

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
DIRETORIA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

FERNANDO DA SILVA LUQUE

O PROCESSO ESTRUTURAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

**São Paulo
2020**

FERNANDO DA SILVA LUQUE

O PROCESSO ESTRUTURAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

**São Paulo
2020**

Dedico a presente dissertação aos meus grandes marcos na vida jurídica, **Prof.^a Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, Prof.^a Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Prof.^a M.e. Elisabete Fátima de Souza Zerbinatti, Prof.^a M.e. Regiane Coimbra Muniz de Góes Cavalcanti** e ao meu sempre tão amado **Prof.^o M.e. Jonathan Brito Souza de Oliveira.**

AGRADECIMENTOS

Àquele que arquitetou este universo espetacular e o mantém com todo seu firmamento em serenidade, minha gratidão.

Aos Professores Doutores **Alexandre Luna da Cunha, Luciana de Toledo Temer Lulia e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz**, que me ajudaram a chegar neste bom termo, meu reconhecimento.

Mestres, amigos de jornada e família, com absoluto destaque a meus amados José Alves de Oliveira e Adastria Brito Souza de Oliveira – que fizeram por mim, ainda que mal me conhecendo, aquilo que eu não podia e necessitava realmente, e que nem mesmo meus pais fizeram – vós meu tesouro maior, sois parte mais que sensível e vital deste grande poder, que denomino **Deus**. A cada um, celebro e agradeço por toda paciência, dedicação e zelo.

"O direito existe para se realizar. A realização é a vida, e a verdade do direito é o próprio direito. O que realmente não sucede, o que só tem existência nas leis e no papel, é unicamente um espectro do direito, meras palavras e nada mais.

[...]

Mas não basta saber que o direito se realiza; o que se torna necessário é saber como se realiza. De que serviria a certeza e a infalibilidade da realização, se a sua marcha fosse tão lenta que o homem só chegasse a conquistar seu direito nos umbrais do sepulcro?"

Rafael Benaion

RESUMO

A presente pesquisa fará uma exposição do processo estrutural nas políticas públicas de saúde, a partir da Constituição Federal de 1988, que elenca a saúde dentro do rol de direitos sociais, atendendo a um dos aspectos da vida humana, compreendido como o bem-estar físico e o psíquico, protegendo o direito à vida. O estudo não terá o poder de ofertar resposta a esta questão, que está há gerações insolúveis. Com o intuito de assegurar e efetivar direitos fundamentais que ao serem demandados se tornam parte de litígios estruturais, este estudo terá como proposta estabelecer como incremento ao instrumental processual brasileiro o processo estrutural e a decisão estruturante como ferramenta adequada ao desenrolar da tutela jurisdicional de demandas com características complexas e múltiplas. O clássico processo civil, que antes se preocupava somente com demandas individuais ou coletivas, apresenta inadequação e deficiência ao deparar-se com valores públicos que reputam uma reforma estrutural em um ente privado ou público. Nessa perspectiva, são basilares um tratamento diferente do tratamento tradicional e uma nova forma de encarar o processo civil, o modo de julgar e a própria figura do julgador sob o ponto de vista ético. Uma sentença expressa com uma participação formal limitada aos legitimados processuais e um processo rígido/estático, nos moldes clássicos de nosso Judiciário, mostra-se um modelo inadequado e falho ante as demandas atuais, oriundas do próprio desenvolvimento da sociedade e positivamente de direitos. Em virtude dessas implicações, o padrão bipolarizado, seja ele coletivo ou individual, deve ser reconsiderado e discutido. O processo estrutural com seus contornos específicos de mediação, flexibilidade e cooperação parece-nos a melhor opção, pois, além de aperfeiçoar a atividade jurisdicional, poderá proporcionar um processo interativo, com participação gradativa, transparente, ampliada e funcional, com uma postura proativa das partes na busca da solução da demanda em modo amplo. Para que isto se realize é preciso que os agentes envolvidos mudem a própria postura e busquem novos significados para os conceitos tradicionais, das fases de conhecimento, da fase de execução, dos princípios da separação dos poderes, da causa de pedir e pedido, a exemplo do contraditório, da congruência e demanda, da estabilização da demanda, da coisa julgada e dos prazos e meios de prova. Diante da variedade de fatos e o hoje reconhecido o amplo impacto da decisão judicial que a cada dia mais afeta a sociedade, tudo isso necessita ser revisto com base em uma forma de dirimir lides mais criativa e flexível, que possibilite o verdadeiro contato com a verdade real e a busca pela concreta solução da demanda, para além de seu caráter singular. Essa tendência parece-nos possível e mesmo necessária. Apesar de alguns perigos e dificuldades imaginados em sua efetivação, como a intromissão em estruturas burocráticas e o desdobramento de um processo duradouro não os enfrentar e optar por uma saída mais fácil e irresponsável. Apesar de não ser uma resposta definitiva ao assunto ou a solução de todos os problemas, o processo estrutural é um caminho adequado à concretização e ao início do debate de direitos fundamentais em litígios estruturais, principalmente ao Direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas Públicas. Processo Estrutural. Decisão Estruturante. Eficácia. Concretização de Direitos.

ABSTRACT

This research will present the structural process in public health policies, starting with the Federal Constitution of 1988, which lists health within the list of social rights, attending to one of the aspects of human life, understood as physical well-being and the psychic, protecting the right to life. The study will not have the power to offer an answer to this question, which has been insoluble for generations. In order to ensure and enforce fundamental rights that, when demanded, become part of structural disputes, this study will propose to increase the structural process and the structuring decision as an appropriate tool for the judicial protection of claims with complex and multiple characteristics. The classic civil process, which previously was concerned only with individual or collective demands, is inadequate and deficient when faced with public values that consider structural reform in a private or public entity. In this perspective, a different treatment from traditional treatment and a new way of looking at civil proceedings, the way of judging and the figure of the judge under the ethical point of view are fundamental. A sentence expressed with a formal participation limited to the legitimate procedural and a rigid / static process, in the classic molds of our Judiciary, is an inadequate and flawed model in view of the current demands, arising from the very development of society and positivization of rights. Because of these implications, the bipolarized pattern, whether collective or individual, must be reconsidered and discussed. The structural process with its specific contours of mediation, flexibility and cooperation seems to us to be the best option, because, in addition to improving jurisdictional activity, it can provide an interactive process, with gradual, transparent, expanded and functional participation, with a proactive stance of parties in the search for a broad solution of the demand. For this to happen, it is necessary that the agents involved change their own posture and seek new meanings for the traditional concepts, the knowledge phases, the execution phase, the principles of separation of powers, the cause of asking and asking, for example contradictory, congruence and demand, stabilization of demand, *res judicata* and deadlines and means of proof. In view of the variety of facts and the now widely recognized impact of the judicial decision that increasingly affects society, all of this needs to be revised based on a more creative and flexible way of dealing with disputes, which enables true contact with the truth. Real and the search for the concrete solution of the demand, beyond its singular character. This trend seems possible and even necessary. Despite some dangers and difficulties envisaged in their implementation, such as interference in bureaucratic structures and the unfolding of a lasting process, they do not face them and choose an easier and irresponsible way out. Although it is not a definitive answer to the subject or the solution of all problems, the structural process is an adequate way to materialize and initiate the debate on fundamental rights in structural disputes, especially the right to health.

Keywords: Right to health. Public policy. Structural Process. Structuring Decision. Efficiency. Realization of Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DIREITO À SAÚDE	14
1.1 Constituição Federal de 1988: a saúde como direito fundamental	15
1.2 Da Responsabilidade do Estado em matéria de saúde	17
<i>1.2.1 Dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde</i>	17
1.3 Tutela do direito fundamental à saúde: mecanismos e legitimados ativos	17
<i>1.3.1 O Que são Políticas Públicas?</i>	19
<i>1.3.2 Políticas Públicas de Saúde</i>	23
2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	27
2.1 Consequências da Judicialização do Direito à Saúde	34
2.2 Limites da intervenção judicial	36
<i>2.2.1 Mutualidade</i>	36
<i>2.2.2 Reserva do Possível</i>	42
<i>2.2.3 Proibição de Excesso e Proporcionalidade</i>	45
3 HISTÓRICO E AS REFORMAS ESTRUTURAIS	49
3.1 Fundamentos teóricos da proposta	50
3.2 Conceito de decisão estrutural	55
3.3 Implicações do modelo processual estrutural	56
<i>3.3.1 Representação e participação</i>	59
<i>3.3.2. Participação direta e representatividade adequada</i>	60
<i>3.3.3 Pluralização da representação</i>	63
<i>3.3.3.1 Responsabilidade ética do juiz</i>	65
<i>3.3.4 Flexibilização processual</i>	69
<i>3.3.4.1 A relativização do princípio da demanda</i>	70
4 DA ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA INTEGRAL	72
4.1 Ações judiciais que visam dar efetividade ao fornecimento estatal de medicamentos	72
<i>4.1.1 Direito de petição</i>	73
<i>4.1.2 Mandado de Segurança</i>	73
<i>4.1.3 Mandado de Injunção</i>	76
<i>4.1.4 Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85)</i>	77

<i>4.1.5 Medida Cautelar Inominada</i>	78
<i>4.1.6 Ação Ordinária</i>	78
<i>4.1.7 Tutela antecipada</i>	78
4.2 Astreintes imposta ao Poder Público omissis	81
4.3 Possibilidade de prisão da autoridade omissa	84
4.4 A contribuição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)	86
4.5 Ministério Público: eficácia da função institucional de zelar pelo direito à saúde	87
5 DO DIREITO À SAÚDE E O PROCESSO ESTRUTURAL	90
5.1 Crítica ao termo “Direito à Saúde”	90
5.2 A Decisão Estrutural nas Políticas Públicas	92
5.3 Breve Análise do Caso da ACP do Carvão – Primeiros Sinais da Aplicação do Processo Estrutural no Brasil	95
5.4 O Processo Estrutural e a Lógica Recomposição Processual	96
5.5 A Ética do Magistrado Como Base do Processo Estrutural	101
5.6 O Processo Estrutural aplicado no Brasil como possível via de solução das demandas complexas de Saúde Pública aliado necessariamente à Saúde Preventiva Efetivada do SUS como única forma possível de efetividade do Direito Constitucional de Saúde	103
5.7 A Saúde Preventiva como Meio de Diminuição de Demandas	106
CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação é aclarar o tema do “*processo estrutural nas políticas públicas de saúde*”, especificamente, conceituando a vida, que é o bem maior de todo ser humano. Para que todo e qualquer pessoa possa usufruir de uma melhor qualidade de vida é indispensável que tenha acesso à saúde e às condições sanitárias dignas, no meio em que vive.

No Brasil, as mudanças ocorridas na saúde pública, tiveram seu ápice com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e as perspectivas para um horizonte futuro, uma política direcionada através do SUS rascunhada na VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986 e positivada pelo Poder Constituinte na promulgação da Magna Carta de 1988.

Conforme a Constituição Federal, as políticas públicas de saúde orientam-se pelos princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços, pelas diretrizes de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade na organização de um sistema único de saúde no território nacional.

As políticas devem obediência ao que dispõe a Constituição Federal de 1988, estando dentro do contexto histórico em função do que dita a Carta Magna brasileira para a União, os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

O Estado tem como missão assegurar a dignidade da pessoa humana por meio da concretização da igualdade e dos direitos constitucionais em situações reais. Assim, no que se refere à saúde, direito humano fundamental, deixa o Estado de ser mero garantidor de direitos e liberdades individuais como fora outrora, para ser protagonista de prestações positivas para direitos, de segunda e terceira dimensões (*égalité et fraternité*) que são implantadas mediante políticas e ações estatais.

O Constituinte de 88, depois de colocar como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito “*a dignidade da pessoa humana*” (artigo 1º, III), enuncia o rol dos direitos e garantias fundamentais, a partir da inviolabilidade do direito à vida (artigo 5º, caput). E, na sequência, a Constituição enumera o rol dos direitos sociais, nele incluindo a “*saúde*” (artigo 6º), cujos lineamentos constam de outras disposições em título próprio.

De acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz, o princípio da dignidade humana, ou, da dignidade da pessoa humana, atinge, no contexto da Constituição de 1988, um espaço singular, preordenando a compreensão e a interpretação “*dos direitos situados no núcleo*

central da Constituição, a organização dos poderes e do Estado e, sobretudo, a atuação dos poderes na conformação legislativa dos direitos e na aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais consagradoras, limitadoras ou restritivas de direitos.”

Na mesma linha de proteção, a Carta Magna, sob o título “*Da ordem social*”, dispõe em seus artigos 193 e seguintes que: “*a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”.

Está elencado, desse modo, em dispositivos explícitos no ordenamento maior, a garantia do direito humano à saúde, cabendo ao Estado dar efetividade a esse direito em todos os seus planos, seja em medidas de cunho preventivo ou em medidas de recuperação da pessoa agravada em suas condições físicas ou psíquicas, todas inerentes a uma existência digna.

Encontram-se presentes, os objetivos de um sistema protetivo integrado, que se veste com medidas preventivas, protetivas e recuperatórias, dispondo-se a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

A ideia de saúde é concebida como um direito universal, abordado, tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, tendo por base a elaboração de políticas públicas que contemplem a atenção à saúde.

Em termos gerais, existem duas posições amplamente difundidas na América Latina: uma primeira postura, caracterizada como de tipo conservador, na qual se enfatiza a necessidade de levar a cabo avaliações baseadas nas propostas ou perspectivas de especialistas. Por outro lado, há outra postura, bastante peculiar e pouco examinada na literatura: trata-se daquela defendida por trabalhadores e gestores do setor saúde, que visa promover reformas sanitárias progressistas, sob vários aspectos, mas que, não obstante, seus posicionamentos críticos em temas como dos determinantes sociais em saúde, enfermidade e atenção, como regra minimizam ou ignoram as contribuições dos enfoques emergentes no âmbito da avaliação.

No Brasil, os estudos do processo estrutural são novos, mas se destacam, entre outros, os seguintes: Marco Félix Jobim, “*Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*”; Sérgio Cruz Arenhart, artigo com o título: “*Decisões*

estruturais no direito processual brasileiro”, publicado na Revista de Processo em Novembro de 2013.

Assim, embora muito se discorra acerca do direito à saúde e da sua judicialização, o enfoque da presente dissertação está voltado para uma possível aplicação do processo estrutural e da eficácia da decisão estruturante nas diversas políticas públicas de saúde e se justifica na medida em que é um tema novo em solo pátrio e que muito pode contribuir para a efetivação do direito consagrado constitucionalmente, para além de outras demandas complexas que não encontram solução perene em nosso arcabouço atual.

A problemática que aqui se destaca deve-se ao fato de observar a aplicabilidade do processo estrutural no sistema judiciário brasileiro, tendo como enfoque desta dissertação analisar a viabilidade de uso do objeto de estudo nas questões de saúde, sendo assim, o diálogo será desenvolvido a partir da seguinte questão: existe a possibilidade de o judiciário brasileiro determinar medidas estruturantes na seara da saúde, por meio das ações judiciais que visam dar efetividade ao direito de saúde? E quais seriam as básicas premissas para a recepção deste instituto em nosso ordenamento de modo amplo?

Dentro desta proposta, a partir do capítulo 1, dá-se a apresentação do direito à saúde, que aparece contemplado como direito fundamental social no artigo 6º, “caput” e no artigo 196 da constituição federal, devendo o estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

No capítulo 2, será estudada a judicialização do direito à saúde, frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como a sua limitação.

Chega-se ao capítulo 3, onde se procederá à análise da parte histórica e das reformas estruturais, bem como o conceito histórico de decisão estrutural e as implicações do modelo processual estrutural, considerando que as decisões estruturantes servem para tornar efetivas as reformas estruturais necessárias ao cumprimento integral dos direitos, que caracterizam os modernos Estados Constitucionais como democracias de direitos, democracias para tutela dos direitos fundamentais, independentemente das opções políticas e econômicas do Estado e do mercado.

O capítulo 4 apresentará o estudo da assistência terapêutica integral, assim como o atual instrumental que garante os processos judiciais que visam dar efetividade ao fornecimento estatal de medicamentos e que não são por si só suficientes para a solução das

demandas, a contribuição do Conselho Nacional de Justiça e a eficácia da função institucional de zelar pelo direito à saúde pelo Ministério Público.

Finalmente, o capítulo 5 trará das notícias do direito à saúde e o processo estrutural, com o estudo e a sua lógica da recomposição processual como possível ferramenta mais adequada para este tipo de demanda. Estudar-se-á o foco do processo estrutural para mostrar contornos específicos e melhor caminho à concretização e ao início do debate de direitos fundamentais em litígios estruturais, vez que uma sentença proferida na lógica “*nada ou tudo*”, uma participação formal restrita aos legitimados processuais e um processo rígido e estático, mostram-se cada dia mais um modelo inadequado e deficitário. Aonde será demonstrada a preocupação necessária com a ética do juiz no processo estrutural, acreditando-se que devam ser (cooperação supervisionada das partes pelo juiz e a ética deste) os balizadores na prolação e execução da sentença estrutural, dada à amplitude do espectro de consequências da sentença e a situação do juiz, que no processo estrutural se vê com grande poder em mãos.

No desenvolvimento da pesquisa, será utilizado o método lógico-dedutivo, traçando-se, inicialmente, o sistema de referência bibliográfico adotado, a fim de delimitar o objeto da pesquisa, desenvolvendo-se, assim, as premissas fundamentais, notadamente, as relativas à Constituição Federal e ao Código Processo Civil, buscando-se promover uma interpretação mais ampla e democrática, para dar voz a essas pessoas, que não suportam mais aguardar, num campo de insegurança, pagando este tempo de esperas e incertezas muitas vezes com a própria vida, que o legislador ampare seus direitos de igualdade e dignidade, reconhecidos e protegidos pelo Estado.

Vencida essa etapa introdutória, avante ao primeiro passo desta grande caminhada a ser desenvolvida, na certeza de que as descobertas a serem inventariadas poderão trazer uma contribuição científica, ainda que o seja, para que a crítica possa impulsionar em direção a novas conclusões, alcançando verdades que este trabalho, por ventura, não teve o mérito de atingir.

1 O DIREITO À SAÚDE

Cumpra salientar a definição do que seja “direito”, termo cuja simples análise semântica revela sua complexidade. De fato, a palavra direito refere-se a um ramo do conhecimento humano, a ciência do direito, ao mesmo tempo em que esclarece seu objeto de estudo: o direito, um sistema de normas que regula o comportamento dos homens em sociedade. Muitas vezes, emprega-se a palavra direito em sentido axiológico, como sinônimo de justiça e muitas outras, em sentido subjetivo, é o meu direito; trata-se, como ensina Reale¹, da “regra de direito vista por dentro, como ação regulada”.

Kelsen², filósofo do direito alemão, partindo da análise linguística, chegou à conclusão de que o significado da palavra *Recht* (direito, em alemão) e de suas equivalentes em outros idiomas (*Law*, *Droit* e *Diritto* para o inglês, francês e italiano, respectivamente) é o mesmo: “ordens de conduta humana”.

A terminação é empregada em sua acepção de direito subjetivo na exigência do “direito à saúde”. Contudo, a alusão ao preceito de direito vista por dentro insinua basicamente a abrangência do direito como sendo normas do comportamento humano em coletividade.

A segurança de oferta de cuidados de saúde de mesmo plano a todos que deles carecem, também contrapõe à reivindicação da igualdade, enquanto direito coletivo à saúde, pendente novamente da prática de desenvolvimento do Estado. Somente o Estado que contiver o seu direito ao desenvolvimento célebre poderá avalizar as mesmas medidas de proteção e recuperação da saúde para toda a sociedade.

Por fim, o direito à saúde, de forma irrestrita, nasce considerado como direito fundamental social no artigo 6º, “*caput*” e no artigo 196 da Constituição Federal, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Nesse sentido, Anna Cândida menciona que o direito à saúde foi contemplado no artigo 6º da atual Carta Constitucional, como direito social fundamental, sendo a primeira

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 104.

² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 89.

constituição brasileira a lhe fazer tal reserva. Segundo a autora, a expressão direito social está vinculada ao movimento pós-revolução industrial e liga-se à ideia de igualdade material.³

1.1 Constituição Federal de 1988: a saúde como direito fundamental

O direito à saúde, de forma irrestrita, nasce considerado como direito fundamental social no artigo 6º, “*caput*” e no artigo 196 da Constituição Federal, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Leciona Gouvêa⁴ em seu artigo sobre o tema, que os direitos fundamentais têm ressurgido, em vários países e contextos discursivos, com diferentes nomenclaturas. Comenta ainda que a doutrina francesa mais preocupada em enaltecer seu o caráter limitador da *potestas* estatal, prefere chamá-los de liberdades públicas; ao passo que os estudiosos ligados à tradição anglo-saxônica preferem a expressão: direitos civis, “*civil rights*”, reforçando assim sua vinculação com a temática da cidadania e de seus reconhecimentos no âmbito da esfera pública (*civitas*); os alemães já se preocupam mais em traçar-lhes uma fundamentação transcendente, frisando a essencialidade desses direitos através do uso da expressão: direitos fundamentais.

No âmbito das ciências sociológicas e do direito internacional, esclarece Gouveia, tornou-se vulgar a designação de direitos humanos, que ressalta sua pertinência ao homem, independentemente de qualquer outra circunstância. A doutrina constitucionalista sobre esses direitos, baseada, sobretudo, na experiência da Carta de Bonn, incorporou a terminologia alemã.⁵

³ FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: *Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização*. Org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifio, 2006. p. 161/162. Temos por definição da autora sobre direito social: “A segunda geração de direitos compreende a consagração dos direitos sociais [...], tributários principalmente da noção de igualdade material [...]. A característica mais acentuada dos direitos sociais é a determinação da atitude do Estado com relação a leis. Os direitos sociais demandam do Estado uma ‘atuação positiva’ [...]. São chamados de ‘direitos sociais’, porque se propõem à realização da justiça social ou porquanto constituem instrumentos postos pelo Estado e pela sociedade para a efetiva concretização dos direitos fundamentais em geral”.

⁴ GOVÊA, Marcos Masselli. *Direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. In: Revista Forense, vol. 370. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 103.

⁵ VIRTUE, Sovereign. Cambridge (Mass): Oxford, 2000. p.309 e s.

Leciona Barros⁶ que “a dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro”.

É oportuno o comentário de José Afonso⁷ sobre a inserção do direito à saúde na Constituição Federal:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da Ciência Médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

Segundo Ingo Sarlet⁸, o artigo 196 é um daqueles dispositivos da Constituição que, tradicionalmente, seriam considerados meramente programáticos, a despeito de qualificar a saúde como “*direito de todos e dever do Estado*”. Isto porque o termo saúde, à vista de seu caráter genérico, dificulta a definição de um campo preciso de investigação. Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de precisar-se que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente.

Marcos Maselli Gouvêa⁹ esclarece que uma interpretação fulcrada no imperativo da máxima efetividade, entretanto, deve reconhecer que, embora não se possa pleitear uma determinada prestação estatal, pode-se, sem dúvida, exigir que o Estado articule alguma política de redução do risco da doença e de acesso universal e igualitário à promoção, proteção e recuperação da saúde.

O novo conceito de saúde trazido pelo Texto Maior de 1988 pondera as suas peremptórias e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte, etc.) e comina aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde a obrigação de habituarem-se esses fatos sociais e ambientais e, ao Governo, o de estabelecer políticas públicas combinadas com a ascensão do costume de vida da população.

⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica, 1996, p. 134.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 304.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 101.

⁹ GOVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. In: Revista Forense, vol. 370. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 103-134.

1.2 Da Responsabilidade do Estado em matéria de saúde

1.2.1 Dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde

A Constituição Federal de 1988, depois de colocar como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, III), enuncia o rol dos direitos e garantias fundamentais, a partir da “inviolabilidade do direito à vida (artigo 5º, *caput*)”. E na sequência, a Constituição enumera o rol dos direitos sociais, neles incluindo a “saúde” (artigo 6º), cujos lineamentos constam de outras disposições em título próprio.

Na mesma linha de proteção, a Carta Magna, sob o título: “Da ordem social”, dispõe em seus artigos 193 e seguintes que: “*a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”.

Está aplicado, dessa maneira, em aparelhos explícitos do Ordenamento Maior, que se avaliza o direito humano à saúde, competindo ao Estado dar efetividade a esse direito em todos os seus níveis, seja como conceitos de cunho preventivo, ou como em medidas de recuperação da pessoa ofendida em suas qualidades físicas ou psíquicas, todas essenciais a uma vivência digna.

1.3 Tutela do direito fundamental à saúde: mecanismos e legitimados ativos

Consoante o exposto anteriormente, a Constituição Federal expressamente consagra em seu artigo 196, a saúde como:

[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O art. 197 da Constituição Federal, por sua vez, apregoa:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Nesse norte, com propósito regulamentador desses dispositivos constitucionais foi editada a Lei 8.080/90 (Lei do SUS), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos seus serviços correspondentes, constando ali expressamente que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” E que esse dever do Estado de garantir saúde consiste na formulação de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Desses dispositivos retrocitados, algumas observações merecem ser feitas para a compreensão da tutela do direito à saúde em solo pátrio.

Primeiro, a própria lei regulamentadora reconhece a saúde como direito fundamental (art. 2º) para, em seguida, impor ao Estado o dever de prestá-la, mediante políticas públicas direcionadas à redução dos riscos de doenças e, mediante o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Anna Cândida da Cunha Ferraz adverte que a imediata aplicabilidade dos dispositivos referentes ao direito fundamental depende da natureza da norma. Logo, existem normas exequíveis de per si e outras programáticas. Em suas considerações, ela afirma:

Em suma, é possível vislumbrar, mesmo em normas definidoras de direitos dependentes de legislação infraconstitucional para terem imediata aplicabilidade, prestação jurisdicional tendente a tornar efetivo o exercício do direito, desde que os recursos aos meios usuais de interpretação e desde que a prestação jurisdicional não implique em criação da norma inexistente [...] ¹⁰

¹⁰ FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: *Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização*. Org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifício, 2006, p. 154-156.

Nesse mesmo raciocínio, é seguro afirmar que o Estado deve gerar, como continua ensinando Anna Cândida:

(...) condições objetivas capazes de permitir aos cidadãos usufruírem efetivamente dos seus direitos, liberdades e garantias”. “...o alcance razoável do princípio consiste em sugerir que se deve procurar dar à regra definidora de direito ou garantia aplicação imediata dentro do possível, utilizando-se do princípio da otimização de seus efeitos e, inclusive, do recurso à analogia ou outros princípios e esquemas de interpretação, quando couber.¹¹

Assim, se a saúde é tutelada por meio de políticas públicas, importante se faz compreender o que efetivamente são “políticas públicas” e, em especial, entender como se dão as políticas públicas de saúde.

Por outro lado, apesar de todo o arcabouço legal mencionado, a efetiva realização do direito à saúde, mediante políticas públicas promovidas pelos entes estatais, mostra-se como um dos maiores desafios do país, devido à falta de planejamento do Executivo, às inúmeras demandas da população e a diversos outros fatores, de forma que o direito à saúde está sendo cada vez mais submetido ao crivo das instituições jurídicas para a sua efetivação, assim, deve-se abordar também, ainda que em apertada síntese, a questão da tutela judicial desse direito.

1.3.1 O Que são Políticas Públicas?

Como dito, ao direito à saúde dos cidadãos, corresponde o dever do Estado de proteger e efetivar tal direito. E o Estado atua na proteção e efetivação do mesmo por meio de políticas públicas.

Mas, o que são políticas públicas?

Desde logo, convém registrar que as políticas públicas são instrumentos de ação dos governos. A função de governar, ou seja, o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social, é o núcleo da ideia de política pública.¹²

¹¹ FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: *Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização*. Org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifício, 2006, p. 154-156.

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

Logo, a “política pública” é eivada de conteúdo político. O próprio conceito de política pública é um conceito que partiu da Ciência Política e da Administração Pública.¹³

Consoante referem Ana Luiza d’Ávila Viana e Tatiana Vargas de Faria Baptista, falar de política pública é falar de Estado, é falar de pacto social, de interesses e também de poderes, visto que, atrás de todo interesse há o poder. Falar de política pública é falar do Estado em ação, do processo de construção de uma ação governamental para um setor, o que envolve recursos, atores, arenas, ideias e negociação.¹⁴

As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender a analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.¹⁵

Consoante Têmis Limberger, foi com a inauguração do constitucionalismo social no início do século XX, que o tema das políticas públicas entrou na pauta jurídica.¹⁶

Em verdade, é de observar que a relevância das políticas públicas para o direito está essencialmente relacionada com a constitucionalização dos direitos sociais, especialmente, a partir do momento em que são consagrados como direitos fundamentais, isso porque os direitos sociais passam a vincular a ação do Poder Público, que deverá estruturar procedimentos e instituições que viabilizem a proteção e o acesso aos bens tutelados por aquelas normas, e isso, inevitavelmente, ocorre por meio de políticas públicas.¹⁷

A partir disso, ocorre um maior intercâmbio entre as esferas jurídica e política, pois o Direito e a estrutura burocrática do Estado passam a incorporar mecanismos que viabilizam a deliberação pública sobre a orientação do agir estatal. Assim, situações que anteriormente eram consideradas tipicamente políticas (como a escolha de quais demandas da população seriam objeto de atenção do Poder Público, bem como quais meios seriam utilizados para supri-las), assumem relevância jurídica, inclusive com a possibilidade de controle judicial,

¹³ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

¹⁴ VIANA, Ana Luiza d’Ávila; BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. Análise de políticas de saúde. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 68

¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

¹⁶ LIMBERGER, Têmis. *Op. cit.* p. 63-64.

¹⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99

seja em relação aos objetivos que informarão as ações públicas, seja em relação às medidas adotadas para o seu cumprimento. Portanto, todo o processo, essencialmente político, de definição das prioridades e das prestações que serão entregues à população, está sujeito ao crivo de constitucionalidade e de legalidade.¹⁸

Trata-se, portanto, de uma problemática sentida com vigor na realidade brasileira, em que a Constituição de 1988 possui um inegável caráter dirigente, com a imposição de metas e a estruturação de instituições voltadas à realização dos direitos sociais que demandam, conseqüentemente, a formulação e execução de políticas públicas.¹⁹

Assim, parece fácil relacionar o termo “políticas públicas” com as ações conjugadas que o Estado realiza para atingir determinado fim. Expressões como política sanitária, política ambiental, política agrícola, política monetária, contribuem para esse entendimento.²⁰

Ocorre que compreender o que é uma política pública não é uma tarefa tão fácil.

Para Maria Paula Dallari Bucci:

Há certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, ainda que a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano. Frequentemente as políticas públicas se exteriorizam através de planos (embora com eles não se confundam), que podem ter caráter geral, como Plano Nacional de Desenvolvimento, regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação, etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação. Sucodem-se normas de execução, da alçada do Poder Executivo.²¹

Em outra obra, voltada especificamente para o conceito jurídico de políticas públicas, a mesma autora conceitua o termo da seguinte forma:

É o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do

¹⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ GARCIA, Barros Gabriel. *A intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde*. 2012. f. 35-36. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS, Belo Horizonte, 2012, p. 54.

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 259

Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²²

Já Saulo Lindorfer Pivetta afirma que:

É possível conceituar políticas públicas como instrumentos de ação do Estado que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados.²³

Além disso, cumpre ainda esclarecer que as políticas públicas têm uma estrutura normativa complexa, que é verificada na medida em que elas não se expressam por meio de um único instrumento normativo, nem decorrem de deliberações tomadas em uma única esfera de Poder. Nesse sentido, uma política pública pode ser conformada no ordenamento jurídico por meio de normas de diversificados escalões: os objetivos e as linhas gerais da política, via de regra, estão elencados no texto constitucional, que, por sua vez, pode ser disciplinado por alguma espécie legislativa; a Administração Pública, em seu âmbito de competência, pode elaborar atos administrativos de caráter normativo que viabilizem o delineamento concreto da política.²⁴

De outro lado, não há uniformidade, quanto à nomenclatura utilizada pela legislação para expressar uma política: conceitos como “plano”, “programa” ou mesmo “política”, são utilizados indistintamente para se referir a políticas públicas. Todos se destinam, basicamente, a explicitar objetivos e os instrumentos necessários à sua realização que devem ser observados pelo Poder Público.²⁵

Assim, apesar de sumária, a exposição pôde traçar algumas linhas acerca do que vem a ser política pública e sua complexidade, auxiliando, assim, na compreensão do termo, que será, doravante, utilizado nas questões atinentes ao direito à saúde.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

²³ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 100.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

1.3.2 Políticas Públicas de Saúde

Vale ressaltar que a “ideia de saúde pública é imbricada com o conceito de política pública.”²⁶

O direito à saúde:

Deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, um conjunto de atos normativos que se constitua em uma verdadeira “*policy*”, para usar a expressão norte-americana característica para este tipo de ação. Não se trata de uma norma, mas um conjunto encadeado de atos e ações do Poder Público que visam a garantir a todos este direito e imponham aos órgãos competentes do Estado o dever de executá-las.²⁷

Na verdade, “*as políticas públicas constituem-se em instrumento privilegiado de concretização e efetivação dos direitos fundamentais sociais*”.²⁸ Desse modo, a política pública visa à implementação pelo Poder Executivo de um comando constitucional. Verifica-se na Constituição Brasileira de 1988, que no tocante à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, atribuiu-se competência comum à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios (art. 23, II), ou seja, todos os entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões.²⁹ Isso, inevitavelmente, acarretaria a insuficiência na prestação dos serviços de

²⁶ LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo nas políticas públicas de saúde. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 308.

²⁷ SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 78

²⁸ MAAS, Rosa Helena; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais: algumas estratégias. *Unoesc International Legal Seminar*, Chapecó, v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4382>>. Acesso em: 10/09/2019

²⁹ Registre-se, neste ponto, que o RE 855178 RG, Rel. Min Luiz Fux, julgado em 05/03/2015, ao arripio da Constituição Federal, reconheceu a responsabilidade solidária dos entes federados. Veja-se um trecho do acórdão: “União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo, quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas, cuja causa de pedir é a

saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.³⁰

Cumpra esclarecer que pouco tempo depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O Sistema Único de Saúde é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta.³¹

A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a *“formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”*. (art. 6º, VI)

A Lei 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas competências, estabelece os princípios, pelos quais sua atuação deve se orientar, entre eles, vale destacar a universalidade, pela qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis, a subsidiariedade e a municipalização, que procuram atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas públicas em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX)

A Lei 8.080/90 procurou definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS atribui-se a competência de *“prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”* (art. 16, XIII), devendo *“promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal”* (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os

negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 855.178-SE*. Reclamante: União. Reclamado: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15319097113&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10/09/2019

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. [S.l. 2019]. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 10/09/2019

³¹ *Ibidem*.

Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).³²

As políticas públicas no âmbito do direito à saúde devem ter por objetivo não apenas o tratamento da doença, porém, mais amplamente, a redução do risco de doenças e outros agravos, por meio de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem o almejado estado de saúde de todos. E mais, devem ter por escopo o acesso de todos, de modo universal e igualitário, a essas ações e a esses serviços.³³

O comando do art. 196 da Constituição Federal recebeu atenção do legislador ordinário em outras oportunidades, entre as quais se destacam a Lei 8.142/1990 (que disciplina a participação popular no SUS e as transferências intergovernamentais para a aplicação em ações e serviços e serviços de saúde) e a LC 141/2012 (que disciplina os recursos mínimos a serem aplicados pelos entes federados com as ações e serviços de saúde).

Conforme entende Ingo Sarlet, em que pese a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000 e a solidariedade entre os órgãos federativos estabelecida já pelo constituinte originário em matéria de saúde, a articulação entre os órgãos estatais e entre as diversas esferas da Federação ainda não logrou alcançar níveis de eficiência dignos da realização satisfatória do direito fundamental à saúde dos cidadãos.³⁴

O fato de todos os entes federativos terem suas atribuições em relação ao direito à saúde, em um primeiro momento pode parecer uma vantagem, no entanto, revela-se uma dificuldade de implementação na prática. Por vezes, se a responsabilidade é de todos, acaba não sendo de ninguém, havendo um eximir-se recíproco de responsabilidades.³⁵

Conforme a Constituição Federal de 1988, as políticas públicas de saúde orientam-se pelos princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços, pelas diretrizes

³² BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 10/09/2019

³³ SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 79

³⁴ BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Direito à saúde e solidariedade na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (prefácio)

³⁵ LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo nas políticas públicas de saúde. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*, nº 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 308

de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade, na organização de um sistema único de Saúde no território nacional.

As políticas devem obediência ao que dispõe a Constituição Federal de 1988, estando dentro do contexto histórico em função do que dita a Carta Magna brasileira para toda a Federação, os Estados e Municípios.

Para a Constituição federal de 1988, no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II (Da Saúde), artigo 196 (Brasil, 1988), saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Inicialmente, devem-se observar as palavras de Anna Cândida sobre restrições de direito fundamental, onde a autora afirma que não há regra geral específica acerca das limitações e das restrições aos direitos fundamentais que não são absolutos.

Segundo a referida autora, os limites e as restrições, quando não se originam da norma específica definidora de determinado direito são, em regra, deduzidos dos princípios que regem o “*sistema constitucional dos direitos fundamentais*”, tais como o princípio da legalidade, com a reserva absoluta ou a proibição de legislação restritiva, princípio da igualdade, entre outros.³⁶

Faz-se necessário, no próximo capítulo, o estudo da judicialização do direito à saúde, analisando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, em seguida, expõe-se sobre a eficácia dos direitos sociais, sua importância e problemática, chegando-se à judicialização da saúde, como última via que o indivíduo dispõe para obter a garantia de um atendimento digno, onde seja resguardado o mínimo existencial, que será estudado a seguir.

³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: *Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização*. Org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifício, 2006, p. 172.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Considerando a necessidade de acesso aos serviços médicos e aos fármacos receitados e dada a negativa do Estado em seu fornecimento, surge a necessidade da judicialização dessa demanda. Nessa seara, Mauricio Lopes sustenta que:

O direito aos serviços médicos e farmacológicos indispensáveis à manutenção da própria vida, e vida digna, gratuito no Brasil, subjetiva-se diante de cada caso em concreto, em ordem a legitimar o acesso pronto e diretamente exercitável em juízo, de todos e cada um, em face dos poderes públicos.³⁷

Sendo assim, o aumento do que fosse conteúdo mínimo, na área da saúde, seria caracterizado como autêntico direito-garantia do direito à vida, por já estar sedimentado na consciência do povo, em direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, estando assegurado pelo princípio do não retrocesso, e principalmente por já se constituir em direito adquirido, decorrente das concretizações legislativas já efetuadas.³⁸

Porém, há, ainda, as objeções, quanto ao direito às prestações materiais do Estado, quando referidas ao direito à saúde, por conta da reserva do possível, a que se sujeitam as normas constitucionais, ditas meramente programáticas que orientam o tema. Quanto às asserções, afirma-se que:

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status* negativos, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia “*erga omnes*” e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de política, sujeitos sempre a interpositivo “*legatoris*”, especificamente na via do orçamento público.³⁹

São as situações com que se depara o aplicador da norma diante da considerada escassez e limitação dos recursos públicos.

³⁷ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 88

³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 98

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Obra Coletiva (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 278-279

Todavia, isso não se afasta da ideia do denominado mínimo social ou de que há um direito às condições mínimas de existência humana digna, ainda quando exija prestações estatais positivas, sob pena de se inviabilizar a própria sobrevivência humana e, mais que isso, as condições mais primárias de liberdade, sinalizando para uma distinção que se faz entre direitos sociais e esse mínimo vital essencial, constituído de prestações básicas, como a prestação jurisdicional, a educação primária, a saúde pública preventiva e os programas de assistência à população mais carente.⁴⁰

Já se sabe que o direito ao mínimo essencial, na verdade, já se encontra protegido como dever indeclinável dos Poderes Públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e que a reserva do possível é uma mera alegação para se eximir ou protelar o cumprimento das obrigações impostas pela Constituição, conforme afirma Canotilho⁴¹:

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos por todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “*reserva dos cofres cheios*” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais, se reconduz à garantia do mínimo social.

O direito à medicina curativa, embora minimamente que seja, mas necessária à preservação da própria vida do ser humano, se já não se encontrasse contido no direito social à saúde, certamente estaria naquele relacionado ao direito à vida, pois com a saúde prejudicada o indivíduo pode não sobreviver, por isso, assegura-se, desde logo, a subjetivação necessária à respectiva exigibilidade judicial.

Mais do que isso, expressamente previsto constitucionalmente, o tratamento curativo é garantido e não pode sofrer intervenções, no sentido de ser reduzido o seu núcleo mínimo ou essencial, em decorrência de eventual omissão do legislador ordinário em lhe definir o meio ou a extensão, pois isso sobrepor-se-ia à Constituição e ao declarado efeito desejado pela norma, o da cura.⁴²

⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Obra Coletiva (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 278-279

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 481

⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* p. 278-279

Nesse ponto, tem-se como exemplo um tratamento com medicamento não padronizado pelo SUS e que, por essa razão, o Estado não o disponibiliza ao paciente. Ocorre que isso não pode ser motivo para o Estado não oferecer o tratamento que a pessoa necessita, pois já são recorrentes as decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que o tratamento, ainda que não padronizado, deve ser disponibilizado ao paciente, devendo estar registrado na ANVISA. No entanto, dependendo do caso de cada paciente, o STF já decidiu também que devem ser fornecidos medicamentos não registrados na ANVISA, para que o cidadão tenha garantido o seu tratamento de saúde, conforme se verifica na decisão abaixo:

A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MGRG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo, enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.⁴³

Toda questão, em verdade, acaba por se resumir à extensão, quantidade ou intensidade do provimento jurisdicional, na medida em que o tratamento curativo é direito constitucionalmente assegurado às pessoas, de modo que a reserva do possível não pode assumir proporções tamanhas que transforme o direito à saúde numa “*garantia jurídico-constitucional, equivalente praticamente a grau zero de garantia*”, ou num direito social sob “*reservas dos cofres cheios*”, e, então, pura e simplesmente suprimível por omissão legislativa.⁴⁴

Na verdade, a reserva do possível, no que reveste o direito à saúde, deve ser entendida no sentido do que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, mas sem ter em contrapartida a ineficácia de seu direito, conforme aduz:

A reserva do possível pode ser tomada no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, mas não tem como consequência a ineficiência do direito; antes, expressa simplesmente a reserva geral de ponderação a que se submetem, de resto, todos os demais direitos fundamentais.⁴⁵

⁴³ AI 824946 ED / RS - RIO GRANDE DO SUL EMB.DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOL, Julgamento: 25/06/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 481

⁴⁵ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91

Desse modo, ainda que os direitos às prestações materiais se contraponham com o princípio da separação dos poderes e respectiva delimitação funcional e da reserva do possível, a ponderação a se fazer se refere entre, de um lado, a alegação de escassez de recursos e, de outro, os valores maiores da vida e da dignidade da pessoa humana, porque é isso, e nada menos, que efetivamente está em jogo, quando se trata daquele mínimo necessário à garantia do direito à vida, que os cuidados médicos apenas buscam preservar ou garantir. É o que afirma Lopes.⁴⁶:

Essa equação ponderativa sinaliza no sentido de que “o conflito não pode ser resolvido, senão em favor da vida e da dignidade de que se reveste a pessoa na qual então se subjetiva o direito aos cuidados médicos de que necessita, legitimando-a a exigí-los em juízo” em atenção a certo e determinado trecho da realidade da vida.

Pois bem, feita aqui a exposição, embora resumidamente, a propósito da autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material que lhe fundamenta, passa-se imediatamente a falar sobre as condições para o respectivo exercício de tal direito, e da possibilidade jurídica do pedido imediato e do mediato, o que traz a debate as denominadas condições da ação, ou requisitos do provimento final, entre os quais, com algumas discussões, situa-se o da possibilidade que tem o juiz, considerado o ordenamento jurídico vigente, de conceder ou negar a tutela solicitada pelo autor; ou, em outras palavras, a exigência de que exista, no ordenamento jurídico, o tipo de providência solicitada.

No caso do cumprimento da obrigação de fazer – prestações de serviços médicos/hospitalares/farmacêuticos – o ordenamento jurídico contempla o tipo de provimento eventualmente perseguido, de modo que a possibilidade jurídica, examinada a partir do pedido se vislumbraria presente desde logo.

A possibilidade jurídica do pedido é aquilo que se pode requerer em juízo e que não fere as normas do ordenamento jurídico, conforme entendimento abaixo:

Para a possibilidade jurídica do pedido, é preciso que a pretensão formulada em juízo não afronte o ordenamento jurídico. Não há necessidade de que o ordenamento preveja expressamente aquilo que se pretende obter, mas sim que ele não o vede, que a pretensão não ofenda nenhuma proibição expressa, nem afronte o sistema jurídico nacional.⁴⁷

⁴⁶ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91

⁴⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138

Desse modo, seria juridicamente impossível que o pedido não encontre amparo no direito material.

Sucedee, todavia, que direito de ação, como acesso à justiça, configura-se como o direito a uma resposta do Poder Judiciário para a solução de um conflito, conforme afirma Gonçalves:

Em sentido mais abrangente, ação é o direito subjetivo de acesso à justiça, o direito de obter do Poder Judiciário uma resposta, qualquer que ela seja, a todas as pretensões que lhe forem dirigidas. É o direito de por em movimento a máquina judiciária, de provocar uma resposta, enfim, o direito de acesso ao juízo. Trata-se de uma garantia constitucional, atribuída a todos, que não depende de nenhuma condição.

Ou seja, todos que acionam o Judiciário têm o direito a uma resposta, o confronto do pedido com o direito material leva a uma solução de mérito, seja ela procedente ou improcedente. E no que se refere ao pedido, este possui duas funções, que é sobre o pedido imediato – de o Estado se manifestar – e o mediato – o cumprimento da obrigação pelo réu, como se vê:

Com efeito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice, já que se pode ver desdobrado tecnicamente em a) pedido imediato, contra o Estado, pedido esse que se refere à tutela jurisdicional; b) pedido mediato, contra o réu, e que se refere à providência de direito material que se pretende aplicar, caso se logre êxito na causa. A possibilidade jurídica deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo para que instaure a relação processual em torno da pretensão do autor.⁴⁸

O Código Processual Civil traz, no art. 295, os casos de indeferimento da petição inicial e em seu parágrafo único, os casos de inépcia da inicial, um dos casos de indeferimento. Ao cuidar do assunto fez nítida distinção entre a impossibilidade jurídica do pedido imediato e a do pedido mediato (incisos II e III), considerando inepta a petição inicial não apenas quando inviável o pedido imediato, formulado perante o Estado-jurisdicção, mas também quando “... *da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão*”, isto é, quando ocorrer impossibilidade de direito material, quando do fato arrolado não decorre o direito subjetivo pretendido em face do réu.

⁴⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 209.

Assim, em *status* assertivo, a esfera de proteção jurídica das pessoas, do direito de obter a tutela jurisdicional do Estado, como marcadamente sucede nas situações de urgência não cobertas pela previsão legislativa, eventualmente, a solução não seria outra, senão a de retirar do próprio texto constitucional do direito de saúde o fundamento de direito material da pretensão a ser posta em juízo.⁴⁹

E na falta de vagas na rede pública hospitalar para uma cirurgia de emergência, o que fazer? Aguardar que se abra uma ou que o Estado aumente o número de hospitais ou de centros cirúrgicos ou de equipes de cirurgia, enquanto o ser humano, protagonista de toda a história da civilização, debate-se entre a vida e a morte?

Veja-se a reportagem publicada no site do G1-AMAPÁ, publicada em 14/04/2014:

'Estou há quase dois meses a espera de cirurgia', diz paciente em protesto. Pacientes internados no setor de ortopedia e traumatologia do Hospital de Emergências de Macapá (HE) realizaram um protesto nesta segunda-feira (14) para reivindicar agilidade na transferência para o Hospital de Clínicas Alberto Lima (Hcal). Os pacientes dizem que chegam a esperar dois meses por cirurgias de alta complexidade. Lotação, falta de leitos e medicamentos são outras reclamações feitas por acompanhantes e pacientes.

'Estou há quase dois meses à espera de cirurgia. Minha esposa está se virando para resolver as coisas para mim porque não sei quando vão me transferir.

Tenho dois filhos para criar, não posso ficar muito tempo nessa espera' disse revoltado.

A esposa do estudante Bruno Rodrigues espera há 20 dias por uma transferência para o Hcal. Ele denunciou a falta de medicamentos para os pacientes do setor. 'É muito complicada a nossa situação. Minha esposa está com a perna quebrada e sem previsão de cirurgia, assim como outras pessoas.

Os quartos estão lotados, não tem medicamentos, não tem climatização e as condições de higiene são péssimas'

A traumatologia é um dos setores mais movimentados do Hospital de Emergências. Pessoas vítimas de lesões e fraturas ocasionadas por acidentes de trânsito, agressões e quedas são internadas diariamente na unidade.

Segundo a direção do HE, 25 pessoas internadas no setor aguardam transferência para o Hospital de Clínicas.⁵⁰

E o caso de fornecimento de drogas imunossupressoras para transplantados renais, objeto de tantos mandados de segurança com fundamento direto na constituição? E o fornecimento de *stents*, indispensáveis ao tratamento de doença coronariana, que o sistema

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56

⁵⁰ G1 Amapá. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2014/04/estou-ha-quase-dois-meses-espera-decirurgia-diz-paciente-em-protesto.html>. Acesso em: 26/10/2019.

único de saúde insistia em não custear e que, pela força de inúmeras condenações judiciais, passou a fazê-lo?

E a mãe que chega ao juiz com o filho nos braços, desfalecido, demandando cuidados médicos urgentes, que o Sistema Único de Saúde, por uma razão ou por outra, não provê? Como negar-se nesses casos de perigo de morte, e diante das insuficiências das providências adotadas pelos poderes públicos, o acesso direto à Constituição, como fundamento do pedido de cuidados médicos imediatos, quando a eventual omissão da intermediação legislativa conduziria somente à constituição em mora do Poder Público?

Afinal, o que está em jogo não é a leitura rígida ou flexível do princípio da separação dos poderes, nem a superação de um poder por outro, mas o direito à própria vida que o poder judicial resguarda, submisso como todos os demais poderes, à vontade suprema da nação inscrita na Constituição.⁵¹

Sobre essa delicada questão que incide na independência e harmonia entre os poderes, ensina Anna Cândida:

[...] a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a ideia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias [...]. Finalmente, os meios utilizados para a atenuação do princípio ou para propiciar a interferência não de ser sempre “razoáveis”, sempre conectados com o fim perseguido.⁵²

De modo algum, busca-se, com essa intervenção judicial, a imposição de superioridade do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, apenas que os direitos mínimos de saúde da população sejam garantidos, conforme afirma Santana⁵³:

Não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.

⁵¹ KRELL, Andrea Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 109

⁵² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes – O poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.14.

⁵³ SANTANA, José Lima. O Princípio Constitucional da Eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS). In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Org). *Direito à Vida e à Saúde*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57

Não que se pretenda transformar a teoria constitucional numa ciência empírica, mas se a própria constituição vai buscar o conteúdo de suas normas na realidade sobre o que reflete, como se construir uma teoria constitucional que ignore essa mesma realidade, sem a qual a Lei Maior simplesmente não logra efetivação?

Alexy⁵⁴ sugere, então, uma doutrina que domina *normativa*, isto é, *uma doutrina que encontre, a um só tempo, “consonância no texto constitucional”, na vontade de seus elaboradores, nos precedentes da Corte Constitucional, forjados, a partir das realidades da vida que vai incorporando a seu texto, “e que adquira peso ou relevância de uma opinião predominante”*.

Assim sendo, verifica-se que o direito à saúde descrito no rol dos direitos sociais é plenamente possível de ser requerido judicialmente, caso não seja prestado de forma a garantir o mínimo existencial para a sobrevivência humana, e a reserva do possível não pode servir de argumento para se negar tal direito. O fundamento legal que justifica tal judicialização baseia-se na própria Constituição.

2.1 Consequências da Judicialização do Direito à Saúde

Há muito tempo, a falta de efetividade do Direito de Saúde é matéria constantemente enfrentada pelos tribunais brasileiros. Segundo dossiê analítico do Conselho Nacional de Justiça que tem por título: “Judicialização da Saúde no Brasil”⁵⁵, a quantidade de ações que versam sobre direito de saúde teve um salto de 130% entre 2008 e 2017. Por outro lado, outros tipos de ações tiveram um crescimento muito mais modesto, de 50%. Houve ainda um aumento significativo nas despesas do Estado com ações judiciais, que chegou a R\$ 1,6 bilhão no final de 2016.

Tais dados por si já evidenciam que essa questão reclama tratamento prioritário em todos os âmbitos e graus governamentais, em todas as esferas de poder. Já há muito tempo, o

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 69.

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório analítico propositivo. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Instituto de Ensino e Pesquisa. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em 27/12/2019.

Supremo Tribunal Federal oferece contribuições à tentativa de resolução para esse verdadeiro cabo de guerra que se tornou a relação necessidade X possibilidade.

Pode-se observar em contexto histórico dessas atuações, o julgamento da STA 175⁵⁶, que teve como relator o ministro Gilmar Mendes, e que serviu, por seu julgado, como de maior relevância durante praticamente dez anos.

Aliada a esse, houve a audiência pública da saúde⁵⁷ que fixou vetores de caráter interpretativo sobre a questão do direito e acesso à saúde:

- * existindo omissão na implementação da política estatal estabelecida, o direito subjetivo do cidadão faz-se presente, restando ao Judiciário determinar o cumprimento daquela;
- * em caso de omissão estatal, deve-se analisar se houve decisão administrativa de não incorporar determinada ação de saúde; caso não tenha ocorrido tal negativa, sobressai a responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde envolvendo a medicina baseada em evidências;
- * e a determinação de fornecimento de medicamento abrange apenas aquele registrado na Anvisa e não pode envolver tratamento experimental (sem comprovação científica de sua eficácia).

Devido ao fato de o julgado não dispor de eficácia *erga omnes*, tampouco efeito vinculante, muito embora tenha sido de vital contribuição para o tema, percebeu-se aos poucos a mutação nos pedidos contidos nas ações posteriormente propostas, especialmente, aquelas envolvendo medicações sem registro na ANVISA ou ainda remédios únicos para moléstias raras ou ainda as chamadas ultrarraras.

No ano passado, o STF julgou a esse respeito os temas 500 e 793, que contêm as teses seguintes:

Tema 500: 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 28/9/2009.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública da Saúde, realizada entre os dias 27/4/2009 e 7/5/2009.

medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.⁵⁸

Tema 793: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.⁵⁹

Como se viu, a judicialização da saúde é plenamente possível, mas se torna imperioso pontuar, a propósito dos limites dessa intervenção judicial, não apenas em atenção aos princípios da separação dos poderes e da maioria, mas a natureza prestacional do direito à saúde e sua vinculação à escassez de recursos. Os limites dessa intervenção são baseados principalmente em três princípios: a mutualidade, a reserva do possível e a proibição de excesso e proporcionalidade, conforme será explanado adiante.

2.2 Limites da intervenção judicial

2.2.1 Mutualidade

A mutualidade é um princípio inerente aos contratos de direito privado, notadamente, aos de índole plurissubjetiva e tem por escopo assegurar a viabilidade das obrigações contratadas, através da manutenção do equilíbrio da respectiva equação econômico-financeira. É típica de certos contratos de seguro, notadamente, dos de índole previdenciária, que se fundam em cálculos atuariais.⁶⁰

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. 500 - *Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5559067&numeroProcesso=1165959&classeProcesso=RE&numeroTema=500> acesso em 03/01/2020.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. 793 - *Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793> acesso em 03/01/2020.

⁶⁰ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91

Pierre-Joseph Proudhon a definia como um vínculo fundado sobre a troca e a obrigação recíproca e equivalente de uns em relação a outros. Para esse socialista francês, que se desaveio do comunismo de Marx:

O princípio de mutualidade é bem certamente o laço mais forte e o mais sutil que se possa formar entre os homens. Nem sistema de governo, nem comunidade ou associação, nem religião, nem sermão, não podem por sua vez unir tão intimamente os homens, e assegurar-lhes tal liberdade, tanto mais quanto, em sua concepção, “*o princípio de mutualidade’ propõe um modo de permuta que ultrapassa o plano estritamente econômico.*”⁶¹

É importante citar esse princípio, em razão do dever do Estado de prestar os serviços médicos à população, uma vez que a seguridade social compreende também a proteção da saúde, ou seja, a seguridade social paga para o Estado e o mesmo deve oferecer a contraprestação. Sobre o tema afirma-se:

A seguridade social na constituição brasileira (art. 194) compreende também a proteção à saúde, o que desde logo, insinua-lhe a índole mutualista, mais acentuada pela circunstância de que é, no Brasil, custeada com as contribuições de todos (art. 198 e seus parágrafos). Por isso, se sujeita a uma espécie de mutualidade que não se destina, todavia, a manutenção do “*equilíbrio econômico-financeiro de um contrato*” – que não há, mas da equação que se forma entre o dever de prestar os serviços médicos e a possibilidade de fazê-lo, adequada e eficiente a todos e que guarda indisfarçável natureza financeira.⁶²

Referido princípio significa também e, em linhas gerais, que o uso desses serviços, apoiados no dever de solidariedade que deve presidir as relações interpessoais, impondo às pessoas até mesmo o dever de se ativar, quando necessário, a conjecturar uma situação de perigo por que passe outra, sujeitando todos a observarem moderação e responsabilidade ética, de modo a evitar que a utilização excessiva ou abusiva por parte de uns, venha a comprometer a prestação desses mesmos serviços a outros.

Isso quer dizer que, ainda que em situações de emergência, devem-se verificar as questões de cunho racional, no sentido de se garantir o devido tratamento ao paciente, mas verificando também os custos com o tratamento, pois se existe no mercado, por exemplo, o mesmo medicamento (princípio ativo) de outro laboratório (genérico), ou seja, mais barato,

⁶¹ QUEIROZ, Ricardo Canguçu Barroso de. *Sobre as Mutualidades*. 2000. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/barroso/mutualidades.htm>. Acesso em: 26/10/2019.

⁶² *Ibidem*.

não deverá adotar-se o tratamento mais caro, de forma evitar gastos desnecessários e garantir recursos para outros tratamentos, veja-se:

Assim, mesmo em situações de emergências que permitam extrair da própria constituição o fundamento do direito originário à prestação de serviços médicos/farmacêuticos, o aplicador da norma não pode ignorar a questão que perpassa mesmo o processo de concretização legislativa, a propósito do meio menos oneroso quando possível lhe seja a opção, como sucede, v.g, com aquela que se oferece entre medicamentos de marca e os respectivos genéricos (princípio ativo), ou entre a tela importada, do elevado custo, e a nacional – de eficácia similar e custo baixo, necessária à ressecção cirúrgica de uma hérnia abdominal, ou entre um *stent* farmacológico ou medicamentoso e o simples, indispensável ao tratamento deste dano se arterial.⁶³

É o primeiro dos nortes que se acresce aos demais princípios de interpretação dos direitos fundamentais em geral, e que diz respeito não tanto ao direito à prestação em si mesmo, mas à respectiva extensão – a que se vinculará à execução do julgado – situado por isso mesmo fora da ponderação de interesses necessária ao juízo de procedência da demanda, entre o direito à saúde naquele e particular caso, e o do Poder Público, de conformação política e financeira.

Nessa perspectiva, o princípio da mutualidade, embora pareça, a olhos desarmados, guardar íntima relação com o princípio da proibição de excesso, mais convoca ao debate o direito do outro, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra como limite ao exercício individual dos direitos fundamentais. De modo a ampliar os limites subjetivos a que se confina a demanda entre o direito individual à saúde e o de reserva de conformação política e financeira do Estado, para alcançar também, embora abstratamente – mas pelo menos como limites a serem observados pelo aplicador da norma – o direito de todas as demais pessoas de igual acesso aos serviços médicos/farmacêuticos, ao qual o juiz não pode estar alheio.⁶⁴

Nesse ponto surge outra questão, que se refere às constantes decisões judiciais para as pessoas que se encontram na mesma situação, conforme relatado abaixo:

(...) Os problemas aqui são vários. A prestação de saúde concedida por um magistrado a determinado indivíduo poderia ser concedida também a todas as demais pessoas na mesma situação, e é difícil imaginar que a sociedade brasileira seja capaz de custear toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado para

⁶³ BOTELHO, Ramon Fagundes. *A Judicialização do Direito à Saúde: A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 117.

⁶⁴ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91

todos os seus membros (...). Se a decisão judicial que concede determinado bem ou serviço não pode ser razoavelmente universalizada, acaba-se por consagrar uma distribuição no mínimo pouco democrática dos bens públicos (...)⁶⁵

Bem, é preciso considerar também que as pessoas não são iguais nem desfrutam do mesmo vigor, até mesmo porque num país como o Brasil, de marcantes desigualdades, muitas não receberam, da mesma forma do que outras, nem mesmo os nutrientes – sobretudo proteínas – tão necessários, como de notória sabença de todos que por aqui vivem.

Há os que adoecem mais, em decorrência mesmo dessa desigualdade material que se faz sentir desde o início da vida intrauterina, à mingua dos cuidados materno-infantis a que a constituição devota prioridade, e os que menos adoecem.

Há os que podem pagar por cuidados médicos e os que não podem, absoluta maioria.⁶⁶

Seguro firmar que nem todos precisam, com a mesma recorrência e intensidade, dos cuidados médicos demandados pelos mais despossuídos. Desse modo, o atendimento pelo juiz àquele que (por meio de seu dispendioso defensor) lhe bate às portas, sabidamente, o mesmo que dispõe de meios para custear os cuidados médicos particulares e, conseqüentemente, bons advogados que o levem à presença do magistrado, é atendido em sua demanda, em detrimento dos hipossuficientes, sabidamente mais carecidos de socorro, de modo a tornar-se nula neste sentido a regra da igualdade material.

Isto é, ao invés de se buscar nivelar os desníveis em distribuição democrática dos recursos públicos, na medida em que não só tratam de modo diverso os desiguais, como também se deveria viabilizar, em linha de princípio, a equidade processual, que só se exibiria efetivamente equitativa na medida em que toda a população dispusesse de um mínimo de condições materiais – mínimo social – que lhes permitisse “*participar, racional e imparcialmente, do consenso social mínimo necessário a uma sociedade justa e bem ordenada*”⁶⁷, tem-se um sistema de total desequilíbrio onde o direito a ter é dado a quem já o tem, enquanto é inconstitucionalmente subtraído da expectativa de quem não o possui e dele necessita para proteger a própria vida.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 342

⁶⁶ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 234

⁶⁷ BOTELHO, Ramon Fagundes. *A Judicialização do Direito à Saúde: A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 117.

A respeito do tema, Luis Roberto Barroso elaborou interessante ensaio em que põe em destaque a ponderação que entende necessária entre o direito à vida e à saúde de um, e o direito à vida e à saúde de outros, embora a situasse em âmbito de procedência, ou não, do próprio pleito posto em juízo. Nesse estudo, compreende-se que:

(...) tal balanceamento é posto muito mais em nível de extensão, quantidade ou intensidade do provimento judicial – porque afinal é disso que se trata quando se considera a reserva do possível – do que de procedência do pedido, na medida em que, desde antes, a ponderação entre o direito aos cuidados médicos mínimos necessários à manutenção da vida e as objeções formais e substantivas, já terá sido necessariamente efetuada pelo juiz.⁶⁸

O autor coloca ainda alguns temas que não podem deixar de ser rebatidos, como, por exemplo, o que se refere à pretendida entrega de medicamentos pelo judiciário à classe média da população, exatamente aquela que, além de conhecer seus direitos, poderia adquiri-los com seus próprios recursos.

E mesmo existindo a divisão de atribuições funcionais entre as diversas esferas superpostas de poder num estado federado, insinua-se de difícil contraposição ao jurisdicionado carente, em um país de dimensões continentais como o Brasil, tanto mais quando se considere a solidariedade constitucionalmente estabelecida entre os entes federados no atendimento dessas demandas, de modo a credenciar o respectivo credor a ir buscar a proteção de sua saúde perante qualquer deles.⁶⁹

Ao raciocínio, basta que se imagine o hipossuficiente, morador de pequeno e empobrecido município do interior do Brasil, que tenha que reivindicar medicamentos ou cuidados médicos daquele certo e determinado ente federativo que até mesmo de numerário para aquisição de combustível carece, simplesmente porque, ao arrepio do texto constitucional, assim o dispôs um ato normativo de segunda classe do SUS.

Por outro lado, o sugerido debate em ações coletivas a propósito da alteração das listas dos cuidados médicos/farmacêuticos oferecidos, importaria violar o princípio da separação

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 50

⁶⁹ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91

dos poderes, na medida em que o judiciário, por sentença, estaria a dispor em sentido geral e obrigatório, substituindo-se à Administração Pública numa tarefa que é só dela.⁷⁰

O que deve ser objeto de ações civis é, isso sim, a inconstitucional omissão do Poder Público na implementação das políticas de saúde que a constituição lhe impõe com absoluta prioridade e que acabará por deslocar a discussão para outra área, qual a da intromissão do judiciário numa seara que não seria sua e que já se encontra com o desempenho de suas competências constitucionalmente assinaladas, mas que certamente não poderá evitar e, pior, será projetada para além da simples constituição em mora do devedor da obrigação que simplesmente não se ativa, pelo menos não com a eficiência devida e imposta pela Constituição Federal em seu art. 37.⁷¹

O Poder Público não tem ficado inerte no campo da edição de normas respeitantes ao direito à saúde, mas parece que só nesse terreno, na medida em que não se desenvolve, muito menos cumpre as políticas que ele mesmo traça, como, aliás, ficou claro nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que são citados abaixo:

Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.⁷²

O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido da responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Diversos os temas discutidos no extraordinário e no paradigma apontado (RE 566.471-RG), inaplicável a sistemática da repercussão geral. Agravo regimental conhecido e não provido.⁷³ Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 27/05/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma O Tribunal de Justiça do Estado do Amapá também não está inerte sobre a promoção de políticas públicas para a garantia de tratamentos de saúde como, assim, também tem decidido:

1) Prescreve a Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 196, o direito à vida e a saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Assim, não poderá a

⁷⁰ BOTELHO, Ramon Fagundes. *A Judicialização do Direito à Saúde: A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 117.

⁷¹ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 234

⁷² SL 47AgR/PE-PERNAMBUCO. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) Julgamento: 17/03/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

⁷³ RE 793319 AgR / SC – SANTA CATARINA AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Administração Pública eximir-se da responsabilidade que lhe é inerente no que diz respeito à outorga do direito à saúde como forma mais contundente de expressão do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

2) Não dispondo o Estado de meios e equipamentos adequados para o tratamento da enfermidade que acomete o impetrante, deverá propiciar as condições necessárias para que seja realizado em outra Unidade da Federação.

3) Ordem concedida.⁷⁴

E são essas “*promessas não cumpridas*”, essa inércia material na implementação das políticas traçadas que acaba por se amoldar a séria advertência feita pelo Ministro Celso de Mello⁷⁵, transcrita em maior porção adiante, no sentido de que:

Embora programáticas, as normas dos direitos sociais não pode(m) converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do estado.

Daí que não se pode ignorar que, quanto mais se omite o Poder Público em programar e executar suas políticas sociais, sobretudo, num país em desenvolvimento como o Brasil, de profundas desigualdades sociais, mais se justifica e legitima a intervenção do judiciário no escopo de garantir às pessoas despossuídas o direito ao mínimo existencial que o Poder Público reluta em lhes assegurar, mas sem o qual não pode haver liberdade real ou factual, isso quando se lhes garantisse, ao menos, o direito à própria vida, de que é requisito e mesmo sustentáculo, o direito à saúde.

2.2.2 Reserva do Possível

No enfoque que aqui se dá à reserva do possível, menos do que uma oposição inibidora do direito de acesso do particular à jurisdição, com vistas a reclamar do Estado prestações materiais referidas ao direito a cuidados médicos, mais se afigura, nomeadamente, quando posta pelo Poder Público em contestação delimitadora dos contornos da lide a ser

⁷⁴ MS. Processo Nº 1259/08, Relator Desembargador GILBERTO PINHEIRO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13 de Agosto de 2008, publicado no DOE Nº 4400 na(s) página(s) 17 em 18 de Dezembro de 2008

⁷⁵ Relator, no Recurso Especial nº 271286 AgR, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, Acórdão Eletrônico DJ 24 112000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409.

solvida, como uma espécie de empeco específico, determinado e referente ao caso em debate, na medida em que a urgência das situações fáticas da vida, em verdade, já lhe removera, desde antes, a qualidade de obstáculo genérico de acesso à jurisdição sempre que esteja em jogo o direito ao mínimo vital referido a cuidados médicos preventivos, curativos ou de reabilitação, hospitalares e farmacêuticos.

É óbvio que a limitação de recursos existe e não se pode ignorá-la, até mesmo, para que se possa afirmar judicialmente exigível ou não, certa e determinada prestação do Estado que desborde dos limites do razoável, mas também não se pode esquecer a finalidade da arrecadação de recursos públicos, que outra não é senão a de realizar os objetivos fundamentais traçados na Constituição, veja-se:

A promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em outros projetos de deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.⁷⁶

Não há muito que se acrescer, senão que comentar: a reserva do possível não pode servir de pretexto ou de biombo para, assim protegido dos olhares da sociedade, o Poder Público, no uso de sua liberdade conformadora, optar por priorizar outros setores da cena política e acabar por restringir o núcleo intangível de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias à própria sobrevivência do indivíduo.

Como se mencionou no início do desenvolvimento desse tópico, menos do que obstáculo geral ao acesso direto das pessoas a prestações materiais, que a urgência dos cuidados médicos reclamados pelo estado de saúde do postulante vence ou supera a reserva do possível, pelo menos no Brasil, “*não passa de mais um argumento de contestação do Poder Público ao caso particular submetido a desate, invertidos os ônus da argumentação e o da prova do fato impeditivo*” do direito dos autos, em ordem a eventualmente afastar o acolhimento da pretensão posta, ainda quando se faça a opção pelo meio menos oneroso, em atenção ao direito do outro que a nota de mutualidade inerente ao direito à saúde convoca. Em

⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 271-272

outras palavras: o ônus da prova, a propósito da escassez de recursos, considerados os cuidados médicos, hospitalares e/ou farmacêuticos concretamente reclamados, é de quem o alega, no caso, do Poder Público, cujo aceno genérico à escassez de recursos, por enfadonho, já de há muito não tem encontrado repercussão qualquer na prática judicial.⁷⁷

Diante disso afirma-se que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, pois sua efetivação encontra obstáculos em limites fáticos muitas vezes insuperáveis, conforme entendimento de Maurício Caldas⁷⁸:

(...) em razão destas dificuldades, durante boa parte do século XX, a doutrina dominante negava a possibilidade da tutela judicial dos direitos sociais e econômicos consagrados nas constituições, rotulando as normas que as positivavam como de caráter meramente programático. Tal posição encontra-se ultrapassada, pois mesmo a doutrina ideologicamente mais próxima do liberalismo tem reconhecido alguma eficácia aos direitos sociais, pelo menos no que se relaciona com a proteção do mínimo existencial, vale dizer, à garantia daquelas prestações indispensáveis para a vida humana, sem as quais, sequer o desfrute das liberdades faz-se possível.

Vale relembrar que o juízo de procedência do pedido reclama ponderação que envolve, de um lado, não apenas as objeções de ordem democrática, mas a escassez de recursos e, de outro, os valores da vida e da dignidade humana, frente ao trecho da realidade em que se contém a probabilidade de vê-los lesionados, por vezes irreparavelmente, não fosse o pronto atendimento dos reclamados cuidados médicos/hospitalares/medicamentosos.

Feita, nessa fase, a opção pela procedência do pedido, segue-se, então, outro balanceamento que se fará no escopo de determinar os limites ou a extensão desse provimento, já definido como positivo, entre a prestação reclamada e o direito do outro, em cuja direção sinaliza o princípio da mutualidade e que reconvoca à discussão a reserva do possível, em ordem a que se opte sempre pelo meio menos restritivo do direito do outro, indicado pela proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito, desde que adequado e necessário sobretudo idôneo, eficaz, numa única palavra, para conjurar a situação de perigo, por que passa a saúde, quiçá, a vida da pessoa.⁷⁹

Destarte ao tópico seguinte, referido ao que na verdade acaba por se constituir em um dos subprincípios da proporcionalidade em sentido *latu*, e que semanticamente quase que com

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 197

⁷⁸ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150-151

⁷⁹ *Ibidem*.

esse confunde e quase apenas, na medida em que também a insuficiência, mesmo ela, gera desproporção e justiça injusta, qual o da proibição de excesso.

2.2.3 Proibição de Excesso e Proporcionalidade

Ao lado dos princípios da mutualidade e da reserva do possível forma o da proibição do excesso, indistintamente, como explica Mauricio Lopes:

Sinonímia de proporcionalidade e que parece ter, se assim se puder considerá-lo, na medida em que desde a Antiguidade Clássica, Aristóteles, no célebre livro V, de sua *Ética* e Nicômaco, já a ele fazia menção: 'o justo é uma espécie do gênero proporcional... e o proporcional é um meio termo... (de modo que) a injustiça é excesso e falta, no sentido de que ela leva ao excesso e à falta'.⁸⁰

Embora a extrema diversidade semântica e classificatória com que o texto constitucional se refere à proibição de excesso/proporcionalidade, pelo menos em sentido lato poderia admitir-se a utilização de uma expressão pela outra, sem prejuízo de que a proporcionalidade acabe por integrar a proibição de excesso como subprincípio, já então sob a denominação de proporcionalidade em sentido estrito.⁸¹

Num Estado de Direito que se funde na dignidade da pessoa humana, e, por consequência, no direito à liberdade necessária ao livre desenvolvimento de sua personalidade, a regra geral, em sua leitura mais atual e compatível com o Estado Social, conquanto tenha inegável origem na tradicional separação burguesa entre indivíduo/Estado:

É a autonomia privada, ou a do direito constitucionalmente protegido de não se ver constringida a pessoa na própria liberdade ou em seus direitos, senão quando o Poder Público, na prossecução de outros interesses igualmente dignos de proteção, haja de impor restrições em respeito até mesmo ao direito do outro, mas que se exibirão ilícitas desde que caprichosas, desproporcionais ou desnecessárias.⁸²

⁸⁰ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150-151

⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 197

⁸² *Ibidem*.

E é aí que se convoca o princípio da proibição do excesso como exata medida dos provimentos judiciais, e que mais diz respeito à respectiva extensão, em cujo âmbito se contém, ainda, o da necessidade dos meios, do que à possibilidade de emití-los, essa sim dependente apenas da respectiva necessidade, já não dos meios pelos quais se haveria de fazer atuar a restrição, mais de sua própria “*necessidade necessária*”. Escusada que fosse a eventual conscrição do direito do outro aos mesmos cuidados médicos, ilícita se exibiria a medida já não porque excessiva, mas por dispensável.⁸³

Embora ao discorrer sobre a proporcionalidade, traz-se ensinamento que cobra transcrição:

Nos tempos mais recentes, tende-se a reforçar a metódica de controle do princípio da igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sendo amplo). Talvez seja mais correto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentação e controle conducentes, em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição do excesso em sede de restrição de direitos.

O controle metódico da desigualdade de tratamento terá de testar:

- (1) a legitimidade do fim do tratamento desigualitário;
- (2) a adequação e necessidade desse tratamento para a prossecução do fim;
- (3) a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos (ou a obter). Noutros termos: é o tratamento desigual adequado e exigível para alcançar um determinado fim? Esse fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em sentido normativo?⁸⁴

E é exatamente disso que se cuida, ainda quando se alegue que a hipótese não seria de restrição do direito de acesso aos cuidados médicos, mas de sua extensão a hipóteses não contempladas na intermediação legislativa, na medida em que, ainda assim, no outro prato da balança estariam as reservas de conformação política e orçamentárias do Poder Público e, sobretudo, o direito de outro que, de alguma forma, se vê afetado em decorrência da intervenção judicial.

Como já alertado, a proibição de excesso, em verdade um subprincípio da proporcionalidade em sentido amplo, é também considerada como medida de extensão ou

⁸³ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150-151

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 266-267

quantidade do provimento positivo, e que se constitui numa autêntica e morigerada regra de conduta.

Tem, em verdade, inteira e íntima conexão com o princípio da correlação entre meios e fins, embora informador do princípio do devido processo legal substantivo, acabou por se espalhar por todo o ordenamento jurídico como regra de interpretação e aplicação do direito e que reconduz à ideia mesma de proporcionalidade, à conta de que não se pode imaginar decisão racional que não seja proporcional, nem muito menos a que, sendo desproporcional, não se mostre desprovida de razoabilidade.⁸⁵

Complementando tal entendimento, afirma Mauricio Lopes que:

Mutualidade, ou o direito do outro, reserva do possível e proibição de excesso ou, se quiser, numa única palavra, proporcionalidade – “*direito é proporção real e pessoal de homem para homem*” – constituem-se limites do juízo de extensão, quantidade ou intensidade do provimento judicial positivo a propósito do desate dos pleitos de cuidados médicos, hospitalares e farmacêuticos.⁸⁶

Assim, não só em limites da extensão da intervenção judicial concretizadora do direito à saúde, mas de critério de controle e fiscalização dessa intervenção, a partir da necessária justificação fundada na razão prática e não apenas jurídica que lhe servirá de base à respectiva conclusão, exposta com a clareza necessária na fundamentação do julgado em ordem a ensejar ao jurisdicionado, entre os quais se inscreve, logicamente, o próprio Poder Público, o exercício do direito à dupla revisão das decisões judiciais, precioso instrumento de controle da atividade jurisdicional, obrigatório quanto àquelas proferidas contra a Fazenda Pública.⁸⁷

Desse modo, inegável é o dever do Estado de proporcionar a todos um serviço de qualidade, no que tange ao atendimento de saúde, tendo em vista ser um direito social, garantido constitucionalmente e inerente ao ser humano, que visa assegurar a dignidade da pessoa humana. Certamente que o Estado não dispõe de recursos financeiros para atender a todos os anseios da sociedade, porém, este não pode ser argumento, para que se exima da sua responsabilidade de oferecer um atendimento digno a todo cidadão, cabendo ao Poder Judiciário dirimir quaisquer conflitos da não obtenção de atendimento integral da saúde.

⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 197

⁸⁶ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156

⁸⁷ BOTELHO, Ramon Fagundes. *A Judicialização do Direito à Saúde: A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 117

O próximo capítulo cuidará de uma questão que se objetiva com a pesquisa, a promoção da discussão e debate desse fenômeno recente e inovador, que muito pode contribuir para a redução de demandas apresentadas ao judiciário, o que de por si fomenta o paradigma da eficiência (homenageando ainda os outros paradigmas da Administração Pública, a saber a eficácia, a efetividade e economicidade), bem como para a positivação e efetivação de Direitos Humanos Fundamentais, garantidos pela Magna Carta. De grande importância relacionada ao tema da dissertação, as reformas estruturais, que será exposto a seguir.

3 HISTÓRICO E AS REFORMAS ESTRUTURAIS

Existe certa espécie de decisão que é merecedora de uma análise peculiar, sendo ela pautada em uma resolução estrutural ou resolução estruturante.

É difícil estabelecer um conceito analítico de decisão estrutural. Essa é uma concepção surgida nos Estados Unidos, a partir da postura mais ativa dos juízes que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970⁸⁸. Trata-se de concepção com viés muito pragmático; não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão⁸⁹.

Em termos históricos, um litígio estruturante teve seu começo em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana compreendeu como um ato de violação à Constituição a aceitação de educandos em instituições públicas de ensino americanas, baseada em uma estrutura de preconceito de raça. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*⁹⁰.

Isso foi apenas o início. Segundo Owen Fiss, "O Sistema de escolas públicas foi o sujeito do caso Brown, mas com o tempo a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social. Reformas estruturais alcançaram tão longe, quanto o moderno Estado Burocrático⁹¹. Ou melhor, o paradigma da resolução pronunciado

⁸⁸ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93. Os estudos desta matéria foram realizados originalmente por Owen Fiss e Judith Resnik, professor de Yale: FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives*. An Introduction to Procedure. New York: Foundation Press, 2003.

⁸⁹ Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, "a processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações, Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica. Ademais, ainda engatinha na arte pragmática de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 46).

⁹⁰ FISS, Owen. "Two models of adjudication". In: DIDIERJR. Freche, JORDÃO, Eduardo Ferreira (C0- 7, ord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

⁹¹ Tradução livre, 354 no original: "The public school system was the subject of the Brown suit, but time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state", FISS, Owen. *Op. cit.* p. 761.

no fato *Brown vs. Board of Education of Topeka* estendeu-se, sendo amparado em outros fatos, de maneira que o Poder judiciário dos Estados Unidos, através de suas resoluções, instituiu extensas reformas estruturais em entidades específicas burocráticas, tendo como propósito serem assegurados certos procedimentos constitucionais.

3.1 Fundamentos teóricos da proposta

A configuração do pedido, classicamente concebido no direito brasileiro, segue a lógica das demandas individuais, com fundamento no Código de Processo Civil de 2015 (CPC), em especial, nos arts. 141, 322 a 329 e 492.

No pedido consubstancia-se a demanda, sem a qual a jurisdição não pode atuar (art. 2º do CPC) e fora da qual não pode o órgão jurisdicional decidir (arts. 141 e 492 do CPC). O pedido, portanto, põe em marcha o processo, delimita o objeto litigioso e invoca a tutela jurisdicional, trazendo em seu bojo uma série de implicações procedimentais rígidas.

O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder Judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira a pretensão processual); a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional. É, como dito, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir.⁹²

Os arts. 322 e 324 do CPC dispõem que os pedidos devem ser certos e determinados, ou seja, devem ser expressos e delimitados com clareza os limites da pretensão autoral, salvo a possibilidade de realização de pedido genérico, descrita em casos excepcionais, nos quais não seja possível delimitar o pedido mediato, a utilidade prática pretendida pelo autor.⁹³

Por sua vez, o art. 329 do CPC estabelece a regra da modificação ou aditamento dos pedidos ou da causa de pedir, asseverando, de modo rígido, que eles não poderão ser

⁹² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 565

⁹³ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./ mar. 2018, p. 245.

modificados ou aditados pela parte autora após a contestação (defesa) do réu, sem a sua anuência, e, em hipótese alguma, depois do saneamento do processo. Observe-se a clara explicação de Theodoro Júnior⁹⁴:

Entretanto, o art. 329 do CPC/2015 admite que o autor adite ou altere o pedido ou a causa de pedir: (i) independentemente do consentimento do réu, se o fizer até a citação; (ii) com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar, se o fizer até o saneamento do processo. Certo é, contudo, que, nos termos da lei, o aditamento e a alteração do pedido terão de ser feitos somente até o saneamento do processo.

Observa-se, portanto, que o direito processual brasileiro optou por privilegiar a estabilidade da demanda, adotando no dispositivo citado um rigor preclusivo que não poderá ser levado às últimas consequências nos litígios estruturais.

Por fim, nesse primeiro momento de análise do instituto processual do pedido, os arts. 141 e 492 do CPC prescrevem o princípio da adstrição ou congruência, segundo o qual é expressamente vedado ao juiz da causa decidir para além dos pedidos das partes, bem como condenar em objeto diverso do demandado pelo autor.⁹⁵

Nesse contexto, na clássica óptica processual bipolar, os processos são regidos pelo princípio da congruência ou adstrição, no sentido de que o Estado-jurisdição está limitado àquilo que é pedido pelo autor, não podendo julgar para além ou fora do pedido, devendo-se guardar uma clara e inequívoca correlação entre os pedidos formulados pela parte autora e a sentença a ser proferida pelo juiz, sob pena de incorrer em vícios passíveis de nulidade.

Desse modo, a prolação de qualquer sentença que não observe o princípio da correlação/adstrição, na lógica processual clássica, estará eivada de nulidade, caracterizada como *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*.

Em síntese, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), tampouco,

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105, de 16.03.2015: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 794.

⁹⁵ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./ mar. 2018, p. 246.

ir além delas (decisão *ultra petita*). E esse limite alcança tanto os aspectos *objetivos* (pedido e causa de pedir) como os *subjetivos* (partes do processo). Nem aqueles, nem estes podem ser ultrapassados no julgamento da demanda.⁹⁶

Percebe-se que essas regras processuais objetivam alcançar fins diversos, em especial evitar atos protelatórios, garantir segurança jurídica, celeridade processual e imutabilidade da pretensão em litígio. São regras, em geral, preclusivas ou de delimitação da pretensão, mas que, por vezes, podem transformar-se em óbice à concretização de determinados direitos ou ao acesso à justiça, quando se parte de uma lógica processual bipolar para uma lógica processual multipolar, como bem ressalta Arenhart⁹⁷:

Provavelmente, uma das características mais marcantes do litígio estrutural é a multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio. Ao contrário do litígio tradicional, de estrutura bipolar – ou seja, com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado.

Estabelecidas as premissas acima e tendo-se discorrido sobre a visão processual clássica do instituto do pedido no direito brasileiro, passa-se agora a debater o trato desse instituto na lógica de uma nova tipologia processual, utilizada no trato de litígios estruturais, em que se está diante de um processo multipolar e altamente complexo.

As medidas estruturais, concebidas inicialmente nos Estados Unidos, nas décadas de 1950 e 1960, após o julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Brown v. Board of Education* em 1954, e desenvolvidas doutrinariamente por Owen Fiss, surgem como uma possível resposta ao trato de litígios de interesse público ou casos altamente complexos.⁹⁸

⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105, de 16.03.2015: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.080.

⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 423.

⁹⁸ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./ mar. 2018, p. 249.

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.⁹⁹

Esses conflitos de interesse público ou estratégico, bem definidos por Mariela Puga, têm relação indissociável com as medidas estruturais, que buscam implementar reformas na estrutura de entes e organizações (não somente na burocracia estatal), bem como têm por perspectivas adjudicar determinadas políticas públicas e efetivar direitos fundamentais ou resolver litígios complexos, conforme apontam Didier Junior, Zanetti Junior e Oliveira¹⁰⁰. Para tanto, atribui-se ao Poder Judiciário um viés intervencionista rumo à consolidação de valores públicos, o que impõe a quebra da lógica processual dual, ou bipolar, que atualmente domina a seara processual.

Los juristas califican a estos casos de distintos modos: estructurales, colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación, litigio de derechos sociales, o simplemente, manifestaciones de un activismo judicial en ciernes, el que es producto de la expansión de la ideología neoconstitucional (PUGA, 2014, p.46)

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.¹⁰¹

Esses conflitos surgem na sociedade em função da dificuldade de adjudicação de valores públicos reputados juridicamente relevantes, como assevera Owen Fiss, e da impossibilidade de efetivação de direitos fundamentais, e devem ser compreendidos para designar situações concretas, nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma

⁹⁹ FISS, Owen. As formas de Justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 120.

¹⁰⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017, p. 48.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 48-49.

coletividade em oposição àquelas que envolvem interesse meramente individual, decorrente da lesão direta aos interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, que são atingidas de modo diverso pelo resultado do litígio, dando ensejo a conflitos mutáveis e multipolares.

A Constituição estabelece a estrutura do Estado, posto que cria órgãos e determina suas respectivas funções e seu inter-relacionamento. Identifica também os valores que informarão e limitarão essa estrutura. Os valores presentes na Constituição norte americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição a formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto, uma necessidade constitucional: dar-lhes um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito.¹⁰²

Dessa forma, esses litígios extremamente complexos e que impactam uma gama enorme de sujeitos interessados, como aponta Violin, que se relacionam a questões de amplo espectro como as relacionadas ao desastre ambiental e social ocorrido em Mariana (MG), após o rompimento de uma barragem de rejeitos da mineradora Samarco trazem uma séria necessidade de se repensar a prática jurídica e revisitar os mecanismos processuais existentes, com vistas a possibilitar um trato efetivo desses litígios.

De fato, esse precedente reúne todas as características essenciais daquilo que se convencionou chamar *public interest litigation*: uma demanda multipolarizada; orientada para o futuro; formada por pretensões difusas; baseada em direitos fundamentais cujo conteúdo requer concreção; que visa à reforma de uma instituição social; cuja implementação exige ações diferidas no tempo, que não se esgotam com a prolação da sentença; conduzida por juiz e partes em cooperação. Ou, de modo mais sintético, *“the process whereby organizations or individuals use litigation in the high courts to enforce collective rights or to influence social changes”*.¹⁰³

Assim, dentro da lógica dessa nova tipologia processual, a das medidas estruturais, é necessário que sejam lançados olhares para a flexibilização do instituto processual do

¹⁰² FISS, Owen. As formas de Justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 120.

¹⁰³ VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 304

pedido, como pressuposto para se garantir real acesso à justiça mediante um modelo processual mais adequado à realidade do conflito.

3.2 Conceito de decisão estrutural

A resolução estrutural é, dessa forma, aquela que procura implementar uma reforma estrutural em uma entidade, companhia ou organização, com o intuito de fornecer concretude a um direito essencial, realizando uma política pública específica ou solucionar litígios complexos¹⁰⁴. Dessa maneira, o processo em que ela foi construída é chamado de processo estrutural¹⁰⁵. Tem-se como argumento que a coação ou o dano que os órgãos burocráticos simbolizam para a existência real das diretrizes da Constituição não devem ser abolidos sem que tais companhias possam se reconstruir.

Definiremos por conceito primário de decisão estrutural como aquela que se orienta para uma perspectiva futura de demandas complexas e que tem vários interessados diferentes, buscando a perfeita resolução da lide, de modo amplo, de modo que a decisão judicial, ao inverso do que ocorre com a decisão tradicional que versa sobre complexo tema, não se torne ponto nevrálgico ainda maior que o era a lide que a criou.

¹⁰⁴ Litígio complexo, neste contexto, não é aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Um bom ponto de partida para a compreensão sobre a litigiosidade complexa pode ser encontrado no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados litígios de difusão irradiada: "Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de urna usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente." (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. Repercussões do novo CPC - processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 97-98)

¹⁰⁵ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

Observando seu berço, entendemos que é o processo pelo qual os juízes trazem ao processo decisório, significação aos valores públicos. É uma espécie, por assim dizer, de adjudicação, que se difere pelo caráter constitucional dos valores públicos angariados com a participação de todos os interessados na lide, não apenas da tríade requerente, requerido e julgador. Há aqui a participação de todos os grupos sociais, maiores ou menores, que tenham interesse no resultado da solução da questão (demanda complexa).

A decisão estrutural em sua formulação e execução, trará Judiciário e Estado envolvidos em não defender e julgar, mas em ouvir os interessados e buscar uma solução plena e efetiva, amoldável a casos posteriores e fiscalizada pelo poder sentenciador.

Indissociável e necessário é o caráter burocrático da Administração Pública, mas que no processo e decisão estrutural vai buscar amoldar-se juntamente às formas processuais tradicionais, à nova realidade social.

Ou seja, há cooperação e interação entre as partes e o juízo, na busca de uma solução plausível e atingível, com a busca pelo juiz de dar sentido e concretização ao espírito constitucional dos direitos sociais e da própria razão de ser do Estado, com a flexibilização das organizações governamentais em colaboração com os outros polos da ação.

Por óbvio, tal proposta pioneira de modelo de processo implicaria numa hercúlea recomposição de toda lógica processual pátria. Há que abandonar a visão de que o julgador deve manter-se na discricionariedade gélida, atendo-se a “dizer o direito”, e partir para sua concretização com o emprego de sua ética e esforço no amoldar partes, direitos e limites no sentenciar e concatenar todas as pretensões para um mesmo porto, visando a satisfação de toda sociedade atingida e/ou interessada.

3.3 Implicações do modelo processual estrutural

O aperfeiçoamento de um processo estrutural, tanto por seu propósito, quanto por sua estrutura, requer revisões significativas acerca das entidades, além das concepções tradicionalistas do processo civil. Alguns dos aspectos centrais deverão ser esboçados posteriormente.

O conceito de que a policentria nos litígios estruturais deve apresentar diferentes estágios, e que a complexa gama de relações terá pontos centrais de vantagem de diferentes particularidades, diz respeito ao entendimento de que métodos exclusivos acerca dos direitos coletivos ocasionalmente terão a capacidade de compreender de forma adequada a lide dos processos estruturais, além de investigar, tanto os mecanismos da tutela, quanto a apropriada representação dos grupos em coletividade.

Isso porque a classificação típica dos direitos coletivos, tripartida em coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos e difusos¹⁰⁶, parte de uma identificação abstrata dos direitos (ou das pretensões) que, não raro, não se compatibilizará com a complexidade da realidade social, impondo técnicas impróprias ou insuficientes à adequada tutela dos direitos sob litígio.¹⁰⁷

Afinal, face a litígios coletivos complexos¹⁰⁸, subsiste elevada probabilidade de que a pretensão de direito material assuma contornos de difícil amoldamento a uma das categorias clássicas dos direitos coletivos¹⁰⁹ e, ademais, a própria noção de titularidade inerente a cada uma dessas categorias (sociedade, grupos e coletividade) não revelará precisa correlação para com a imbricada teia de interesses que envolve litígios dessa sorte.¹¹⁰

¹⁰⁶ A tripartição dos direitos coletivos provém do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1998), que enuncia: “Art. 81. (...). 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; 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; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”

¹⁰⁷ VITORELLI, Edilson. *Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual*. In: *Processos Estruturais*. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 521.

¹⁰⁸ Aborda-se aqui “litígio complexo” como sinônimo de “litígio irradiado”, conforme conceito já apresentado.

¹⁰⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 24

¹¹⁰ *Ibidem*.

Face essa limitação da categorização abstrata dos direitos coletivos, Edilson Vitorelli propõe profícuo repensar sobre a base dos litígios coletivos, propondo sua reclassificação, a partir de suportes sociológicos¹¹¹. Para o autor, a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida no contexto de um litígio coletivo¹¹², sendo despropositada a análise da titularidade dos direitos transindividuais enquanto íntegros. Isso porque, embora indivisíveis em abstrato, quando violados (ou ameaçados de violação) podem atingir os indivíduos em distintas intensidades e formas.¹¹³ Pressupõe-se, portanto, à adequada classificação da titularidade dos direitos transindividuais, a efetiva existência de *situação litigiosa*.¹¹⁴

Dois indicadores servem à análise da situação de litígio coletivo: a *complexidade* e a *conflituosidade*. A primeira é mensurada a partir da *variabilidade* das formas de lesão e das possibilidades de tutela adequada de um direito: um litígio será mais complexo à medida que se ampliem as formas de lesão e as possibilidades de tutela da violação; ao passo que a segunda é mensurada a partir da *uniformidade* das posições dos membros integrantes da sociedade em relação ao litígio: um litígio será mais *conflituoso* na proporção da discrepância do impacto da violação sobre os integrantes e do conseqüente *dissenso* existente entre estes sobre qual o resultado desejável à solução do litígio.¹¹⁵

Embora relacionadas, complexidade e conflituosidade nos litígios transindividuais não são codependentes, e permitem a classificação de seus respectivos titulares em três categorias, assim definidas de acordo com a natureza e as repercussões da lesão.¹¹⁶

No grau mais reduzido de complexidade e conflituosidade se apresentam os litígios transindividuais de difusão global (ou litígios globais): trata-se dos litígios que não atingem diretamente os interesses de qualquer pessoa, imputando-se sua titularidade à sociedade entendida como estrutura.¹¹⁷ Os titulares do direito são atingidos pela lesão de modo uniforme e pouco perceptível individualmente, sendo praticamente inexistente o interesse pessoal, e

¹¹¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 24

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Os direitos transindividuais, considerados íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não põem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas. Entretanto, isso não significa que, dada a prática do ilícito ou a existência da lesão ou ameaça de lesão ao direito, os litígios transindividuais necessariamente atinjam ou interessem, da mesma forma, todas as pessoas” (*Ibidem*, p. 74).

¹¹⁴ O ponto de partida para a definição da titularidade dos direitos transindividuais deve ser a situação litigiosa, não o direito íntegro” (*Ibidem*, p. 74).

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 76.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 77

havendo benefício uniforme na tutela do direito.¹¹⁸ Um bom exemplo é o vazamento de óleo em menor quantidade no meio do oceano. O nível de conflito é baixo internamente e tem maiores possibilidades de autocomposição.

A segunda classe, diversa da primeira, é a dos *litígios transindividuais de difusão local* (ou litígios locais), simbolizada pelo *específico e sério* dano a direitos transindividuais que alcançam representantes de pequenas proporções e profundas ligações de correlação social, emocional e territorial, com alto estágio de acordo interno, tendo como exemplificação as comunidades indígenas e quilombolas. Existirá, nessa contingência, alto grau de complexidade e da geração de conflitos, contudo, não de forma exagerada, já que existem intensas ligações reais de identidade que fazem aproximar as intenções da comunidade.¹¹⁹

Por fim, a terceira categoria, e a que apresenta maior correlação para com o presente trabalho, é a dos *litígios transindividuais de difusão irradiada* (ou litígios irradiados). Incluem-se nessa classe aqueles conflitos, nos quais a lesão afeta de modo desigual e variável, tanto em natureza, como em intensidade, diversas pessoas ou segmentos sociais, que não compõem uma comunidade, tampouco, têm a mesma perspectiva social, e não serão atingidas da mesma forma e com a mesma intensidade pelo resultado da demanda¹²⁰. Seus interesses serão superpostos de modo volátil, ora parcialmente coincidentes, ora antagônicos.

Não serão esses direitos, porém, de titularidade *indeterminada*. Sua determinação é tão possível quanto desejável¹²¹. A sociedade titular dos direitos decorrentes das lesões desse gênero é uma *sociedade elástica*, descentralizada e fluida, e, em razão da forma, pela qual as lesões atingem seus distintos membros, não se reputará a indivisibilidade dos direitos transindividuais.¹²²

A geração de conflitos e complexidade são profundos nos litígios dessa espécie. As intenções dos diferentes representantes da sociedade não irão guardar um laço de identidade ou unicidade, acima de tudo, porque os efeitos da grave atuação serão divididos de forma desigual (em maior ou menor proporcionalidade entre diferentes indivíduos ou agrupamentos).

¹¹⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.80

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 82.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 85

¹²¹ Observa o autor que, com relação à identificação dos sujeitos e/ou grupos prejudicados em litígios irradiados, que “a dificuldade de identificação não deve autorizar o tratamento dos indivíduos como uma massa amorfa, irrelevante para a condução do litígio, como se ele não fosse surgir, nas vidas de uma parte deles, impactos concretos e imediatos, que não ocorrerão nas vidas de outras pessoas que não integram aquela sociedade”, e que, nessa medida, “não é vantajoso simplificar um processo se o litígio que ele se propõe a resolver não é simples” (*Ibidem*, p. 89).

¹²² *Ibidem*, p. 92

O conflito será observado sob distintas perspectivas pelos membros do corpo social afetado, e comumente haverá não só conflito entre a sociedade e o causador do dano, mas também entre os membros daquela, sem que se possa definir previamente, entre as variadas pretensões possíveis, aquela que se revela mais adequada.¹²³

Litígios estruturais integram essa terceira categoria¹²⁴, e bem podem ser examinados a partir dos conceitos expostos. A titularidade dos direitos transindividuais de difundida divulgação, por conseguinte, será conferida à sociedade *em termos de elasticidade e fluidez*, distanciando-se o axioma da indissociabilidade dos direitos transindividuais, no intuito de conceder a titularidade dos direitos àqueles representantes que, de diferentes maneiras e impetuosidades, e com discrepantes exigências, foram atingidos pelo dano.

3.3.1 Representação e participação

O meio pelo qual a sociedade afetada participa de processos coletivos *em geral* pode se dar, essencialmente, sob duas formas: através da *participação direta* dos indivíduos ou mediante *representação*¹²⁵. No âmbito de amplos conflitos dos litígios estruturais, no entanto, nem uma nem outra maneira se apresenta como *resultados simples*, no que se refere à atuação da sociedade atingida. Isso porque, como enfatiza Sérgio Cruz Arenhart, trazer os interesses dos afetados para o processo estrutural envolve ao menos duas ordens de problemas: uma, o tratamento legislativo da participação no processo é limitada; duas, a estrutura processual é inadequada para lidar com grandes quantidades de sujeitos participantes.¹²⁶

O tratamento legislativo ordinariamente estabelece a *representação de interesses* mediante legitimados coletivos expressamente arrolados na legislação (*legitimação “ope legis”*), que em regra serão instituições públicas (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Autarquias, etc.). Essa forma de tratamento da representação,

¹²³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 93-94

¹²⁴ VITORELLI, Edilson. *Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual*. In: *Processos Estruturais*. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34.

¹²⁵ FISS, Owen. *The Allure of Individualism. The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 112.

¹²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes*. In: *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 745

contudo, tende a “abstrair” as pessoas efetivamente envolvidas no litígio e “pessoalizar” a titularidade do direito na figura dos legitimados¹²⁷. A legitimação *ex lege* adotada pelo direito nacional atribui a instituições normalmente afastadas da realidade da controvérsia a tarefa de deduzir a pretensão coletiva, e esse descolamento da realidade não raro torna a pretensão deduzida algo que não representa os efetivos anseios e necessidades da sociedade afetada¹²⁸. A representatividade dos interesses metaindividuais e individuais de massa, nessa proporção, não tem compromisso com a verdade, já que faz predominar o desejo do autor coletivo e, para além disso, a própria sociedade atingida nem mesmo é abalizada a ter participação de forma direta no processo.

Essa maneira de representar os interesses coletivos confere-se tão menos apropriada nos processos estruturais, em que o alto grau de conflito e a multiplicação de pontos de tensão no litígio requerem resolução, tão particular, quanto necessária, dos representantes interessados e implicados, além da real representatividade de seus interesses em apreciação.

Como destaca Edilson Vitorelli, o problema central dos litígios irradiados (entre os quais se inserem os estruturais) é o enfeixamento de interesses não alinhados, eventualmente antagônicos, entre os membros da sociedade titular do direito, sendo pouco provável que um único representante possa adequadamente defender todos esses interesses¹²⁹.

Duas medidas reduzem o impedimento da representatividade nos litígios estruturais: em primeiro lugar, a utilização de maneiras de participação e representatividade que mais se aproximam da sociedade atingida; em segundo lugar, o compartilhamento dos pontos de interesse em subclasses com profissionais apropriados e diferenciados.

3.3.2. Participação direta e representatividade adequada

Sob a primeira vertente, ao menos duas ferramentas distintas da legitimação “*ope legis*” podem ser cogitadas para o fim de buscar aproximar o corpo social ao processo coletivo

¹²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 745.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 539.

estrutural: a participação direta e a representação “*ope judicis*” (que importa na avaliação da representatividade adequada)¹³⁰.

O direito de participação direta dos indivíduos ou grupos envolvidos no litígio estrutural, em análise primeira, induz algumas vantagens: seus interesses serão retratados no processo em maior nível de fidelidade possível¹³¹; há salvaguarda mais evidente do devido processo legal, à medida que a vinculação dos indivíduos à decisão coletiva será dada com base em suas próprias presenças imediatas na demanda¹³².

Essa forma de participação, embora adequada a alguns contextos, dificilmente se amoldará aos litígios estruturais. Primeiramente, pelo simples fato de que litígios desse gênero envolvem numerosos interesses divergentes, com indivíduos afetados sob distintas formas, tempos e intensidades, e em regra envolvem lesões de considerável alcance, de modo que a participação direta de todos os afetados criaria tumulto processual irrefreado¹³³. Depois, porque, do ponto de vista teórico, a complexidade fática envolvida poderá turvar a própria intenção de determinação dos grupos efetivamente afetados pela lesão¹³⁴.

Isso não quer dizer que é preciso eliminar essa maneira de participação processual. Contrariamente, sempre que a conjuntura fática possa ter viabilidade, a participação real em âmbito comunitário engajada no processo poderá ser apreciada, para autorizar a construção da comunidade no que diz respeito às resoluções e ultrapassar a prática democrata do Poder estatal¹³⁵. O uso de audiências públicas, sobremaneira, traz equilíbrio à participação desejada e efetiva da sociedade envolvida com o propósito de transformar em praticidade o processo estrutural.

Existe, sob outra ótica, a fundamental figura da apropriada representatividade de interesses por intermédio de legitimados em termos de coletividade. A representatividade aqui mencionada, contudo, opõe-se à legitimação “*ope legis*” apresentada acima. Isso advém do fato de a simples nomeação de um legitimado extraordinário, que é qualificado em termos legais para a incumbência de dar voz à sociedade atingida, de forma improvável proporcionará

¹³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 745

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² A participação direta, noutros termos, supostamente asseguraria o “dia na corte” aos envolvidos no litígio coletivo. Essa posição, contudo, não é indene de críticas. Vide, nesse sentido: FISS, Owen. *The Allure of Individualism. The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 109- 110.

¹³³ No mesmo sentido, ressalta Owen Fiss, em exame crítico ao caso *Martin v. Wilks*, que a numerosidade e o caráter prospectivo da deliberação estrutural inviabilizam a participação direta dos afetados (*Ibidem*, p. 110-111).

¹³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 745

¹³⁵ *Ibidem*.

real adesão do processo judicial para com a complexidade do conflito no âmbito da coletividade. A gerência da legitimidade pelo juiz implica, não em uma análise legislativa-abstrata do legitimado em âmbito da coletividade, porém diz respeito à investigação da atuação desse legitimado para de maneira efetiva representar os interesses do agrupamento ou da sociedade atingida.

É princípio essencial do processo, enfim, a improbabilidade de abstenção de direitos, sem o merecido processo legalizado. Tratando-se do aspecto da tutela coletiva, esse preceito pode reincidir com grau maior de intensidade, pois os membros que forem submetidos à decisão em pauta não terão a oportunidade de apresentar defesa, em termos individuais e por suas decisões próprias seus direitos em juízo. Daí se exigir que, para a preservação das garantias fundamentais processuais na tutela coletiva, o representante do grupo seja adequado, atuando com máximo engajamento possível na representação dos interesses da sociedade afetada¹³⁶. Essa constatação, a rigor, não é verdadeira apenas no contexto dos litígios estruturais¹³⁷, mas nele se potencializa, em razão das características próprias do dissídio, especialmente de sua elevada conflitualidade.

Não se olvida que o exame da representatividade adequada dos legitimados coletivos não encontra previsão expressa na legislação infraconstitucional¹³⁸. Essa falha legislativa, contudo, não impossibilita sua receptividade pela estrutura pátria, já que, contrariamente, a análise da representação apropriada dos legitimados em coletividade institui-se em função da própria segurança em termos constitucionais do apropriado processo legalizado. Como sinaliza Antônio Gidi,

(...) apesar de não estar previsto em lei, o juiz não só pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo (...)

¹³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 406.

¹³⁷ A necessidade de adoção de um sistema de avaliação da representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras é amplamente abordado na doutrina pátria. Sobre a crítica acerca do sistema de legitimação “*ope legis*”, vide: VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 219 e seguintes

¹³⁸ Como enfatiza Sérgio Cruz Arenhart, conquanto haja previsão no Código de Processo Civil de 2015 da avaliação da representatividade adequada do *amicus curiae* (art. 138), esse dispositivo sinaliza uma abertura da legislação nacional a essa espécie de filtro, ainda que se delimite a um instituto qualificado pela legislação nacional como intervenção de terceiro (ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes*. In: *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 750.

Pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional.¹³⁹

Ambas as ferramentas – *participação direta e representação adequada* – podem e devem ser empregadas conjuntamente, sempre que viável o seja, a fim de equilibrar as vantagens e desvantagens de cada uma¹⁴⁰. Esse convívio de diferentes maneiras de participação da sociedade atingida, em diversas regiões de concorrência certamente possibilita uma ligação que demanda complexidade de trâmite dificultoso. Esse empecilho, contudo, não pode validar inadequadas facilitações do litígio estrutural. Como observa Arenhart, a judicialização de litígios complexos, com intento de reestruturação de instituições sociais, torna imprescindível a elaboração de um procedimento correto para o exercício dessa forma de atuação, que se adeque ao nível de debate necessário e legitime a atuação judicial¹⁴¹.

3.3.3 Pluralização da representação

À medida que a junção de mecanismos de participação efetiva e representatividade parece ter destaque no que concerne à aproximação do processo estrutural para com a sociedade atingida, a compreensão de que transgressões estruturais provocam diferentes danos, em diversas intensidades, para diferenciados agrupamentos de interesse, importa na exigência de pluralidade da representatividade¹⁴².

A existência de interesses jurídicos importantes não ordenados ou incompatíveis requer diferentes profissionais apropriados a cada subclasse. A pluralidade proporciona aos profissionais a visualidade clara de qual o subgrupo possui representação e quais as suas intenções¹⁴³.

¹³⁹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 108, 2002. p. 68-69.

¹⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 757.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 538-539

¹⁴³ *Ibidem*.

O esboço do subgrupo protegido e de seus interesses particulares passa por instantes de interlocução efetiva dos representantes da subclasse para com o profissional, e de participação efetiva daqueles, por intermédio de mecanismos processuais próprios, como audiências públicas. Essa, contudo, não é missão ingênua. À proporção que a *unidade* de representatividade deve causar subproteção de agrupamentos específicos, o excesso de difusão em subclasses pode impossibilitar a continuação do processo.

Entende-se que certos mecanismos processuais podem ser empregados no intuito de oferecer melhoria ao grau de representação sem, todavia, subir o número de subclasses: a prática de audiências públicas, antes do acordo coletivo ou da decisão; tendo a escolha de um terceiro (mesmo que outro legitimado) para o particular propósito de representar os *interesses periféricos* (aqueles não afetados totalmente pelo dano coletivo), a escolha de um tipo de “advogado do diabo”, como uma variabilidade de um “*special master*”, para a defesa do ponto de vista de como a decisão que é (ou não) adequada, razoável ou apropriada para a proteção do direito dos não presentes, a subjugação do processo às agências públicas ou entidades privadas do mesmo setor de *expertise*, do qual se refere o litígio, promovendo um modelo de legitimação *exterior* ao processo.

Não existe, entretanto, um caminho suficiente ou apropriado a essa incumbência. A amplitude ou diminuição dos subgrupos, o conceito de seus profissionais e a utilização de mecanismos processuais para extensão da representação dos interesses afetados, ainda que se sustentem em parâmetros específicos, estarão sempre propensos à “tentativa-e-erro”.

O juiz prudente, determinado a alcançar resultados sustentáveis em termos de participação, tenderá inicialmente a maior inclusão, reajustando o arranjo processual à medida que se desenvolvam as fases de reestruturação institucional¹⁴⁴. A relevância, contudo, está em atingir resultados que garantam de forma satisfatória o direito de representatividade, sem impossibilitar o desenvolvimento processual, os meios para concretizá-lo, como é normal nessa espécie de litígio, submeter-se-ão ao “*experimentalismo*” e ao permanente aperfeiçoamento.

¹⁴⁴ “*The interests at stake in such cases are manifold, and it is always difficult to know with certainty what those interests are and whether they are being adequately represented. The prudent judge, determined to achieve a measure of finality and to get on with the business of structural reform, is likely to err on the side of inclusiveness*” (FISS, Owen. *The Allure Of Individualism. The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 115).

3.3.3.1 Responsabilidade ética do juiz

Tendo alcançado este ponto, urge falar sobre a ética necessária ao se tratar de questão tão sensível e, no sentido literal do termo, vital.

Analisando a ética do juiz no papel jurisdicional, podemos dizer que a figura do juiz pode ser nomeada como a justiça animada, sendo ele a personificação da justiça. Cabe a ele, o juiz, a aplicação (mais correta possível) da justiça dita corretiva. No desequilíbrio das partes, cabe ao juiz a tarefa de harmonizar as partes. O descumprimento de um contrato, a prática de um ato tido como ilícito ou criminoso, ou ainda a omissão em dever constituído afeta esta harmonia, surgindo daí o dever do juiz de buscar o restabelecimento da situação ao ponto original de equilíbrio. Temos aqui a simbologia basilar da magistratura na figura da justiça, que mantém sempre em equilíbrio os pratos de sua balança.

A figura do magistrado é a encarnação da imparcialidade, o mediador (sendo a própria representação da mediedade), ou seja, é o termo mediano entre dois pontos opostos, dotados de interesses diversos.

O juiz antes de mais nada (talvez até ao contrário da crença popular de hoje), não é majestade que usa o poder que emana do povo para dizer a sua própria justiça. Outrossim, “*ab ovo*”, o juiz é (ou deve ser) um mediador entre as vontades envolvidas numa lide: a vontade do povo manifesta pela lei e seus institutos, e das partes conflitantes.

Seguro firmar que a magistratura é e deve continuar sendo instituição aberta, capaz de abrigar uma pluralidade de perfis de juízes com visões e arcabouços de conhecimento diferenciados, de modo que o confronto de visões, as disparidades de opiniões e o conseqüente diálogo deles derivado, incrementam sobremaneira o patrimônio cultural em que se instala. A situação de homogeneidade de pensamentos ou um “modelo pronto” de juiz, padronizado em seus pensamentos e modos de agir é não desejável e mesmo impróprio para um estado de preparadas consciências.

Concordamos com as palavras do professor José Renato Nalini que muito acertadamente desenha as linhas gerais de um estado de bom juiz: “*Alinháveis se mostram,*

entretanto, caracteres que devem identificar o bom juiz. E eles podem ser agrupados em pelo menos quatro vertentes: a técnica, a ético-institucional, a cívico-política e a humanista”.¹⁴⁵

A lógica do raciocínio jurídico requer do juiz o senso de razoável, vez que se deve ter sempre em vista a premissa de que a verdade não é absoluta, bem como não são absolutos os juízos de evidência e certeza. Esta razoabilidade “*lastreia-se na experiência da vida humana e requer apelo profundo à prudência decisória*”¹⁴⁶

Pode-se com facilidade dizer que o fardo do julgar é complexo e urge muitas cautelas. Socorrendo-se da lei, o magistrado encontra os parâmetros do julgamento seguro dentro da democracia. Observando a equidade achará uma forma de adequar a lei ao caso concreto, de modo a atender as necessidades de quem à justiça recorre. E na doutrina e jurisprudência a sabedoria dos ensinamentos que exemplificam casos e a vivência dos muitos magistrados que já se debateram com casos iguais ou parecidos.

Resta então a mais complexa subseção deste complexo instrumental: os parâmetros de foro íntimo. Estamos então nos referindo à consciência, educação, paradigmas, amplitude de raciocínio e ponderação dentro da virtude. Do alto deste púlpito, o magistrado deve observar o caso onde encontra as sementes da decisão.

É certo que a atividade jurisdicional traz ao magistrado o dever inexcusável da ação imparcial ao apreciar o caso concreto, visto que qualquer dos polos da ação podem ser prejudicados ou privilegiados pelo “achismo” do julgador. Logo, a decisão deve ser embasada no livre convencimento motivado que faz do juiz figura capaz de prolatar sentença, desde que baseado nas provas carreadas aos autos em julgamento.

Em tempos de incertezas e turbulências como hodiernamente, a virtude do magistrado é peça-chave para a administração da justiça. A seriedade, o compromisso, a persistência, a força, a resolução, a firmeza e a autorrestrrição são virtudes basilares ao consequente atuar salutar do magistrado.

Conforme nos ensina José Renato Nalini¹⁴⁷:

¹⁴⁵ NALINI, José Renato. A formação do juiz, in NALINI (Coord.) *Formação jurídica*. 2 ed, revista e ampliada, São Paulo: RT, 1999, p. 123.

¹⁴⁶ SICHES, Luis Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed., Imprenta México: Porrúa, 1973, p. 291

¹⁴⁷ NALINI, José Renato. *Ética e Direito na Formação do Juiz*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout15anos/article/download/3673/3763> acesso em 27/12/2019.

Não é fácil a tarefa, pois o mundo e a anarquia de valores parecem conspirar contra o bem. Valores como fraternidade, solidariedade, amor ao próximo estão em desprestígio e em desuso. A ressurreição desses temas está na ética. E se não houver postura ética, uma irrepreensível conduta ética, outras propostas para alavancar a funcionalidade da prestação jurisdicional podem ser contraproducentes. Poderiam até oferecer instrumentos para fazer com eficácia maior o que já está errado, na linha de uma logística mais adequada para uma guerra imoral.

Pois bem, se existe a ética judicial, seguro firmar pelos princípios constitucionais (dos quais o julgador não é mero observador, antes, deles é servo) que o fundamento da ética judicial deve ser a observância da dignidade da pessoa humana, que mesmo antes da Magna Carta, é celebrada. Desde Kant que afirmou a superioridade ética plena sobre as coisas, a pessoa humana é modelo imanente e mesmo transcendente à visão humana.

Tal fundamento da ética judicial efetiva-se pela observância aos direitos humanos. Dessa observância derivam os princípios conformadores e mesmo concretizadores da dignidade da pessoa humana, que são os formadores da virtude do magistrado.

Ainda segundo José Renato Nalini, esta virtude judicial tem em seu bojo três características que se destacam: a verdade, a justiça e o amor. Ele (Nalini) define:

A verdade está correlacionada ao método de reconstrução histórica dos fatos e à teoria jurídica de interpretação das normas jurídicas. O juiz da sociedade contemporânea deve deixar de ser apenas a boca da lei, e atuar como agente de pacificação social, compreendendo a verdade não apenas como fruto do consenso obtido ao longo do processo, mas como mecanismo de concretização do desenvolvimento e da superação das desigualdades sociais.

A justiça, como expressão da verdade, busca concretizar e realizar o fundamento da ética, qual seja, a dignidade da pessoa humana, a partir da satisfação de diversos valores sociais que consubstanciam os direitos fundamentais da pessoa humana, tais como igualdade, liberdade e segurança jurídica.

O amor implica doação incondicional das coisas e da própria pessoa em prol do outro, apresentando-se também como manifestação em relação ao trabalho e ao estudo, como a busca de constante aperfeiçoamento.¹⁴⁸

Com todas essas definições, tem-se aclarada a dificuldade do magistrado ao proferir sentença sobre temas de saúde.

Pense num pedido cautelar que obrigue uma prefeitura a aplicar todos os recursos destinados à saúde para custear a viagem de uma pessoa que necessita de determinado tratamento.

¹⁴⁸ NALINI, José Renato. *Ética e Direito na Formação do Juiz*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout15anos/article/download/3673/3763> acesso em 27/12/2019.

Numa primeira análise, o pedido é totalmente plausível de ser acolhido, afinal trata-se de um tratamento médico, do qual depende a vida daquela pessoa que dele necessita. Seria um absurdo se o juiz dissesse que não pode conceder a cautelar? Bem, essa resposta tão óbvia perde esta posição tranquila quando se diz que, em detrimento dessa determinação judicial, milhares de crianças ficarão sem suas vacinas, pois o município gastou tudo de que dispunha para a saúde com a viagem daquela pessoa.

Como deve agir o juiz? É certo ordenar o tratamento e deixar a municipalidade sem recursos para custear as vacinas, já que a falta de recursos deve ser administrada pela municipalidade e não, pelo magistrado, que afinal de contas está lá apenas para dizer o direito que o paciente requisitante, de fato o tem?

No entanto, ao não atender o pedido de viagem para tratamento urgente e indispensável à vida do requerente, o juiz não transformaria em mera retórica a política pública de saúde ou mesmo o direito constitucional à saúde?

Enquanto o juiz se debate internamente com essas questões, existem as pressões externas do solicitante, que grita por socorro para subsistir; da Administração Pública, que apresenta um único manto tendo dois santos para cobrir; e do povo que aguarda a sentença como outrora se esperou de Salomão a decisão de partir ou não o bebê ao meio para as duas mães reclamantes.

Diante desse aparentemente insolúvel problema, o magistrado acaba por optar por um ou outro, dada a sua competência de apenas dizer o direito, sem, contudo, poder ditar ou mesmo opinar em alternativas para tamanho problema.

Neste tão complexo contexto, o julgador não apenas pode como deve, se valer da ética ao buscar a melhor resposta, considerando, não apenas o pedido e a causa de pedir, mas também os impactos (tão abrangentes e muitas vezes sem volta) positivos e negativos em ambas as situações.

Por óbvio seria utópico exigir do homem-juiz a condição de infalibilidade ou de homem dotado de superpoderes. Mas é plausível sim pedir que o juiz esteja, no julgar, “sereno” na plenitude sua, incorporando a si o indispensável ideal de prudência e virtude. E este engajamento urge a consciência social, por seu alto posto. Oras, um magistrado acastelado em seu gabinete, com seu séquito despachando à sua volta conforme a vontade sua, não pode nem nunca vai sair de mero ofício técnico do julgar como até melhor o fazem as

balanças bem calibradas, para a realidade e necessidades sociais que estão ao seu entorno e que clamam por sua apreciação, inda que de modo silente.

Destarte, mister se faz ao magistrado sim a consciência plena, o compromisso e o atrelamento com a causa da justiça social numa visão “*praeter petitas*” (além do que de fato se pede), dos poucos senão único modo de o necessitado entre os necessitados ser enxergado, vez que este não possui voz nem vez no mundo fático para se achegar à justiça. Segundo Nalini: “*O cumprimento estrito de exigências éticas do dever funcional parece insuficiente para satisfazer as exigências éticas do mister judicial*”¹⁴⁹

Cobra-se do magistrado a consciência de ser ele a última palavra acerca da lei perante toda a sociedade. Por tal, o compromisso e ligação do juiz com a causa social o impelem a não apenas (como há tanto se fez e ainda faz em muitos lugares) manejar mecanicamente a lei no arcaico modelo, hoje satirizado como “síndrome da juizite” (“*ego sum per saecula saeculorum*”), mas necessitamos que nossos juízes tenham uma consciência social e coletiva de direitos e deveres, necessidades e possibilidades, reconhecendo que o peso de sua Vara não tem por si o poder de pacificar o povo de modo pleno em seus anseios coletivos e particulares. É preciso o engajamento da boa vontade entre magistrados, partes e sociedade para que se possa falar em concretização da justiça, para além de um caso isolado.

Com os institutos processuais hoje existentes e que a seguir serão expostos, apenas para construção do raciocínio acerca da possibilidade ou não de aplicação do processo estrutural (que por óbvio não tem o escopo de dar resposta a tema de tamanha proporção, mas tão somente suscitar o debate e a reflexão na busca de uma solução), como uma possível ferramenta que pode fazer-nos caminhar a largos passos em direção da concretização de direitos sociais, ao menos nestas questões de políticas públicas.

3.3.4 Flexibilização processual

Dos elementos até aqui apresentados é possível se conceber, até intuitivamente, a parca capacidade dos institutos rígidos do processo civil clássico para lidar com a

¹⁴⁹ NALINI, José Renato. *Ética e justiça*. Oliveira Mendes, 1998, p. 98

complexidade e dinamicidade dos litígios estruturais. O adequado desenvolvimento de um processo estrutural, destarte, está intimamente ligado à flexibilização processual¹⁵⁰.

Sabe-se que a flexibilidade aqui apresentada não é sinônimo de *ignorar* valores processuais e sua importância como medidas de proteção. Simboliza, de forma contrária, a compreensão de que o processo, enquanto mecanismo de proteção dos direitos, pode ser adequado às necessidades do valor que procura assegurar. De acordo com o autor Owen Fiss, o que de maneira efetiva se modifica no processo estrutural é a *forma*, porém não a *função* da jurisdição. Essa alteração de forma, por outro lado, advém do próprio aumento da complexidade das estruturas sociais e, desta maneira, não pode ser olhada com preocupação¹⁵¹. Diferenciações no parâmetro processual estrutural não podem causar dúvidas, quanto à sua legitimação, a menos que se possa presumir uma prevalência ligada, tanto à normatividade, quanto ao parâmetro processual tradicional, afirmação que aqui se considera inadequada. O que de maneira efetiva levaria a uma crise de legitimação, nessa proporção, seria persistir em litígios estruturais por meio de um processo refletido para solucionar conflitos, tanto de situações individuais, quanto patrimoniais.

3.3.4.1 A relativização do princípio da demanda

O advento de tais solicitações, de forma geral, diz respeito à questão de que a solicitação formulada pela parte alega e traz delimitação quanto à atuação do juiz, fixando o objeto do processo; e, por causa disso, faz parte do núcleo de componentes primordiais da jurisdição. Por fim, se a atuação adjudicatória necessita da provocação da parte e possui suas limitações delineadas por ela, não resta dúvida de que o advento das solicitações desempenha ofício aceitável acerca da jurisdição.

A outorga do poder de *iniciar* e *delimitar* a atuação do judiciário parte de dois princípios: o primeiro, de que o processo civil trata necessariamente de direitos privados e disponíveis, confiando ao titular impor sua vontade no que diz respeito à salvaguarda do

¹⁵⁰ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo- estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 135

¹⁵¹ FISS, Owen. “*The Alure Of Individualism*”. *The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p.30

direito protegido; e o segundo, de que a delimitação da atuação do judiciário à solicitação formulada é segurança da equanimidade do juiz.

Esses princípios, contudo, nem sequer apresentam sustentação total nos processos ligados a litígios individuais, mostrando pouca operacionalidade no que se refere às necessidades concebidas por litígios estruturais.

A mais básica dificuldade concebida pelos litígios estruturais, finalmente, representará a real definição das causas de solicitação e pedidos ali envolvidas, não raro, a formulação se dará somente com uma *noção* desses componentes, sendo a petição inicial um “esboço” da solicitação, que, mediante a sua alta produção, não possui correta delimitação, consagradamente.

Como leciona Sérgio Cruz Arenhart, “*um ordenamento em que impera a necessária correspondência entre pedido e sentença dificilmente consegue operar com a espécie de decisão em análise, porque não tem a flexibilidade necessária para a adequação da decisão judicial às particularidades do caso concreto*”¹⁵².

Não só é inviável o desenho apriorístico, quanto à pretensão em sua amplitude exata, como também as possibilidades do caso concreto exigem essa atenuante. Dessa forma, a cautela, no que diz respeito às situações de concretização da direção jurídica e à proporção de suas repercussões exige a readequação nos limites da pretensão ao longo do processo¹⁵³.

A atenuante, no que diz respeito à premissa das resoluções, no entanto, não autoriza o descuido dos limites de *dano irradiado* que se propõe impossibilitar ou recompor. No entanto, que seja tolerável a maior amplitude à atividade jurídica, ultrapassando-se os limites das situações de solicitação e dos pedidos iniciais esboçados, não se deve desprezar as formas da ilegalidade que devem ser combatidas, sob pena de, “*ultima ratio*”, elaborar a substituição da gestão da entidade, de forma definitiva, pelo órgão jurídico¹⁵⁴.

A releitura da demanda, pois, aqui representa a *inversão* da lógica clássica, segundo a qual, o objeto é conhecido e plenamente delineado “*a priori*”. Um processo estrutural, em regra, será iniciado com um *esboço* do intento reformatório, focado, sobretudo, na lesão de direitos que se objetiva impedir ou reparar, e cujo objeto será construído “*a posteriori*” e *continuamente*, conforme a dinamicidade do litígio¹⁵⁵.

¹⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 375

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 135

Feitas essas considerações, para não quebrar a metodologia do discurso, deslocando o pensar para ponto distante do núcleo da dissertação, será examinada a assistência terapêutica integral, com suas características e institutos tradicionais do direito relacionados com o tema, em demonstração no capítulo seguinte.

4 DA ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA INTEGRAL

4.1 Ações judiciais que visam dar efetividade ao fornecimento estatal de medicamentos

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. (Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, também conhecido por Direito de Ação ou Princípio do Livre Acesso ao Judiciário).

Esse dispositivo garante a todos o acesso à justiça para postular e defender os seus interesses, por meio de tutela específica. O acesso à justiça é garantido pelo exercício do direito de ação que permite ao interessado deduzir suas pretensões em juízo, para que sobre elas seja emitido um pronunciamento judicial. As expressões “*lesão*” e “*ameaça a direito*” “*garantem o livre acesso ao Judiciário para postular, tanto a tutela jurisdicional preventiva, como a repressiva*”.¹⁵⁶

Os recursos legais de amparo judicial do direito à saúde envolvem a perfeição dos antídotos constitucionais e processuais, sejam individuais ou coletivos, na finalidade de conseguir completo e eficaz auxílio.

Podem ser mencionados, entre outros, e sem anseio de exaurir a casuísta, os adjacentes meios judiciais de entrada à proteção ao direito à saúde: Direito de petição - artigo 5º, XXXIV/CF; Mandado de Segurança - artigo 5º, inciso LXIX/ CF; Mandado de Injunção - artigo 5º, inciso LXXI /CF; Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85); Medida Cautelar Inominada - artigo 297 do CPC; Ação Ordinária - art. 1.046, § 1.º e 1.049, relacionados Tutela antecipada - artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII da CF.

Procurando a concretude dos princípios constitucionais da efetividade e da economia processuais, a Lei nº. 10.444, de 7 de maio de 2002, acrescentou ao artigo 273, do CPC, que aborda a antecipação de tutela, o § 7º, que comporta ao juiz apor o princípio da fungibilidade, dado e reconhecido o grau de urgência, independente do rótulo “*nomem iuris*” empregado, se tutela antecipada ou cautelar.

¹⁵⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 113.

4.1.1 Direito de petição

O direito de petição tem como finalidade assegurar o exercício das prerrogativas de um Estado e que são elementos de um Estado Democrático de Direito. Esse direito não aceita abusos ou arbitrariedades. É direito que o cidadão possui o de invocar atenção do Poder Público em relação a uma determinada questão. A Constituição através do artigo 5º, inciso XXXIV, afirma que “o direito de petição aos poderes públicos”, deve se assegurar a todos, e isto acontece independente do pagamento de taxas, é instrumento de defesa de direitos ou contra ilegalidades do abuso de poder.

Esse direito é uma prerrogativa estabelecida pelo Estado Democrático de Direito, apresentando uma característica informal, de modo escrito, e independentemente de haver pagamento de taxas. É considerado instrumento de participação político-fiscalizatória dos negócios do Estado, tendo como intuito a busca pela legalidade constitucional e do interesse público.

Conclui-se que o objetivo do direito de petição é dar notícia ao fato ilegal, aquele visto como abusivo do Poder Público, para que o mesmo providencie medidas vistas como adequadas. Para o exercício do direito de petição, não é obrigatório que esteja endereçado a órgão competente, para que as medidas devam ser providenciadas. Nesse sentido, o direito de petição apresenta como característica a eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento e exame necessário.

4.1.2 Mandado de Segurança

A Constituição Federal por meio do seu artigo 5º, inciso LXIX, afirma que a concessão de mandado de segurança é feita para resguardar o direito líquido e certo, não amparado por “*habeas corpus*” ou “*habeas data*”, nesse caso se o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Lenza, afirma que o direito líquido e certo é todo aquele que pode ser visto por meio de prova pré-constituída, não havendo que se demonstrar dilação probatória, logo é direito manifesto na sua existência.¹⁵⁷

O mandado de segurança expressa uma garantia, um remédio de natureza constitucional, exteriorizado através de uma ação especial, que é facultada a qualquer pessoa, física ou jurídica, ou do ente despersonalizado, apresentando capacidade processual, cujo escopo repousa na proteção de direito individual ou coletivo, próprio ou de terceiro, líquido e certo, onde o mesmo não é amparado por “*habeas corpus*” ou “*habeas data*”. O conceito legal é demonstrado pela própria Constituição, presente no artigo 5º, como direito individual.

À luz do art. 5º, LXIX:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo aquele demonstrado de plano por meio de prova documental, e sem incertezas a respeito dos fatos narrados pelo declarante; é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (natureza supletiva), quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (legitimados passivos).

O procedimento do Mandado de Segurança foi regulamentado pela Lei 12.016/2009. É sempre ação de natureza civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal. Possui como legitimadas ativas as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil, titulares do direito violado.¹⁵⁸

O mandado de segurança é atribuído aos sujeitos para que eles resguardem aos atos ilegais ou praticados do abuso de poder. Logo, os atos vinculados em relação aos atos discricionários são atacáveis por meio do mandado de segurança, pois a Constituição Federal e a lei ordinária ao aludirem à ilegalidade, estão se referindo ao ato vinculado, e ao se referirem a abuso de poder, estão se reportando a ato discricionário.

Desta maneira, os fatos não podem ser controversos, são fatos sobre os quais não podem restar dúvidas, quanto aos documentos que os comprovam, que lhes atribuem veracidade. Na circunstância de existir controvérsia em relação à comprovação documental e

¹⁵⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Ed Método, 2003, p. 113

¹⁵⁸ DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 139.

em relação ao que se alega, ou no caso dos documentos apresentados sofrerem algum tipo de impugnação, tendo como fundamento a falsidade, isso subtrai a sua credibilidade.

Partindo-se desse entendimento é que se compreende a natureza processual e que pode ser compreendida a adoção do rito especial e a necessidade de que a peça inicial, de plano deva estar instruída por meio de prova documental, denominada de prova pré-constituída. Importante ainda esclarecer que o mandado de segurança não tem fase instrutória ou produção de provas complementares, dentro de um contexto interpretativo, isto significa que ainda subsiste algum tipo de incerteza.

Diante disso, ao ser formulada a ideia de direito líquido e certo, é importante que se aborde os atos que por ventura possam ser objeto da impetração do “*mandamus*”. Parte da doutrina admite que ato de autoridade pública é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados em relação ao desempenho de suas funções ou no anseio de exercê-las.

A definição em relação à autoridade pública deve ser compreendida em seu sentido “*latu*”, inserindo-se nesse rol não apenas os agentes da Administração Direta e Indireta, nesse caso, trata-se também dos dirigentes das empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas. Portanto, conforme o inciso LXIX, do artigo 5º da Carta Magna, o mandado de segurança será concedido, visando proteger direito líquido e certo, onde o mesmo não esteja amparado por “*habeas data*” ou “*habeas corpus*”, e na situação, onde o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública, que esteja exercendo suas atribuições pelo Poder Público.

A ação que declara e satisfaz o direito, sincrética, de rito especial, que não pertence ao direito material ou processual de modo específico, e sim ao direito processual constitucional. Nesse sentido, a natureza do mandado de segurança representa uma ação constitucional, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, em virtude de ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Em relação à natureza jurídica, à repercussão dos efeitos provenientes da sentença, o mandado de segurança pertence às ações mandamentais, pois a mesma não é apenas declaratória ou constitutiva, tendo em vista suas peculiaridades.

4.1.3 Mandado de Injunção

O mandado de injunção é interpretado como instrumento processual feito para regular a norma da Constituição, na circunstância dos Poderes competentes não o realizarem, nesse caso o pedido é feito para garantir o direito do indivíduo que tenha sido prejudicado pela omissão, particularmente.

A Carta Magna fundamenta nesse sentido que o mandado de injunção significa a ausência de norma regulamentadora, onde o exercício de direitos e liberdades constitucionais tornem o exercício inviável em relação à cidadania.

São estabelecidos como requisitos constitucionais, para que o mandado de injunção seja feito: a norma constitucional de eficácia limitada, determinando direitos, liberdades constitucionais e conseqüentemente prerrogativas à nacionalidade e soberania da cidadania. Além disso, existe ausência de norma regulamentadora, deixando inviável o exercício dos direitos de liberdades e conseqüentemente a ausência de normas regulamentadores tornam inviável o exercício dos direitos, existindo a omissão do Poder Público. Nesse sentido, tanto pessoa física, quanto jurídica são consideradas legítimas para impetrar mandado de injunção, em virtude da omissão normativa.

O Supremo Tribunal Federal aceita o ajuizamento de mandado de injunção coletivo, sendo legitimados por analogia, as entidades do mandado de segurança coletivo. Para que o mesmo seja impetrado é importante que exista a ausência de norma regulamentadora que tornem viáveis os direitos, liberdades ou prerrogativas.

O mandado de injunção tem como finalidade a realização do caso concreto. É mecanismo de controle difuso de constitucionalidade, sua característica é a de sanar a violação de direitos que são decorrentes de omissão inconstitucional no dever de ostentar efeitos inter partes, ou, eventualmente coletivo, mas que não apresentam características gerais. O objeto do mandado de injunção representa a falta de norma regulamentadora sobre preceito constitucional e o objetivo do remédio é assegurar o pleno exercício de direitos, liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à soberania, a cidadania e nacionalidade. Refere-se a um meio concreto de controle de inconstitucionalidade por omissão. No polo passivo da ação, a Pessoa Estatal poderá ser demandada, e nunca o particular.

É comum a observação da tese de que o mandado de injunção, na circunstância da soberania, aplica-se aos tratados internacionais, um exemplo que pode ser dado é o do Brasil ao assinar o Tratado do Mercosul, no qual a Argentina, Uruguai, Paraguai e Brasil aceitam aquelas cláusulas que devem ser aplicadas aos signatários. Se por exemplo, a Argentina desobedecer às diversas disposições, aplicando sanções a produtos brasileiros, estabelecendo restrições a importações, agindo em desacordo com o Tratado. Na circunstância de o Estado não exercer corretamente o seu direito de se opor a essas transgressões, ao ceder ou deixar de lado sua soberania, uma pessoa física ou jurídica ao ser atingida em seu direito pela falta de regulamentação em relação aos instrumentos de proteção, poderia nessa circunstância impetrar mandado de injunção, para que o Poder Judiciário determine as medidas necessárias, visando garantir a efetividade de seu direito, no caso concreto.

4.1.4 Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85)

A ação Civil Pública pode ser impetrada na circunstância de haver lesão ou ameaça de lesão, atendendo a interesse difuso ou coletivo que abarca a questão relacionada com a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e patrimônio cultural e histórico, abrange ainda a ordem econômica, urbanística ou atendendo a todo e qualquer interesse que tenha como enquadrar o controle difuso ou coletivo. A questão do sujeito passivo é vista como toda e qualquer pessoa física ou jurídica na esfera pública ou privada, responsável por dano ou ameaça de dano, visando atender ao interesse difuso ou geral.

São entes que assumem essa ação, o Ministério Público, na categoria da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, assim como associações que estejam constituídas há pelo menos um ano, conforme o entendimento da lei civil, incluindo as finalidades institucionais. Resguardando questões como proteção ao meio ambiente, consumidor, patrimônio artístico, estético, histórico, paisagístico e que atendam também aos interesses difusos e gerais.

4.1.5 Medida Cautelar Inominada

Fundado receio de que a omissão de assistência pelo Poder Público até que seja compelido por ação ordinária, cause ao prejudicado lesão grave ou de difícil reparação. Esse dispositivo atribui ao juiz o poder genérico de tomar providências pertinentes e, dessa maneira, resguardar a parte litigante do risco de dano ao seu provável direito subjetivo.

4.1.6 Ação Ordinária

Representa uma ação de ato declaratório, buscando reconhecer o direito da pessoa que esteja enferma à assistência integral ao Estado. Seu preceito cominatório encontra-se no artigo 287 do Código de Processo Civil, atendendo aos princípios da observância do procedimento sumário, conforme o artigo 274 e 275 inciso I do mesmo diploma legal.

Nesse sentido Carvalho, afirmava que o Direito Brasileiro também não distingue o interesse difuso ou coletivo de interesse público, preocupação que se encontra em juristas de determinados sistemas, entre eles, o português, e nem exclui tutela coletiva de determinados interesses difusos ou coletivos¹⁵⁹.

É uma ação utilizada como instrumento de Direito para garantir o cumprimento de uma obrigação civil, o que a distingue da ação penal, derivada de contexto originário do Supremo Tribunal Federal por referir-se a litígio sobre Estados estrangeiros e organismos estrangeiros.

4.1.7 Tutela antecipada

O Direito à saúde é considerado como direito fundamental positivo, logo, o titular do direito à saúde é detentor do direito de exigir do Estado a prestação do serviço, atribuindo ao

¹⁵⁹ ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Ação civil pública*. Minas Gerais: Del Rey, 2005, p. 177.

Estado-Juiz o exercício de assegurar o cumprimento do direito fundamental à saúde, algo considerado corolário ao direito à vida, e isso é visto como manifestação da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁰

Cabe ainda afirmar que a tutela antecipada, tem como escopo a inserção de direitos fundamentais e que eles são tratados no direito à tutela jurisdicional efetiva, conforme determina o artigo 5º, inciso XXXV da Magna Carta, devendo ainda atender à tempestividade da tutela jurisdicional que apresenta resguardo no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.¹⁶¹

A tutela antecipada é fundada sobre três hipóteses, a primeira refere-se ao destino de remediar uma situação de perigo, em relação ao dano iminente a um direito material, na situação de ser abusivo, existe o exercício, no caso do demandado, em relação ao direito de defesa. Podendo inclusive tornar incontroversa uma parcela do mérito da causa. Nesse sentido é importante mencionar o entendimento de Júlio César Silva¹⁶², em relação à efetividade do acesso universal sobre a saúde pública, atendendo à questão da antecipação de tutela, asseverando que:

É importante caracterizar que inicialmente tratando-se sobre a dificuldade de aferição em meio à possibilidade do risco de irreversibilidade dos efeitos que são provimento do que foi estabelecido restando à aplicação de um princípio constitucional implícito, atendendo ao princípio da proporcionalidade. Além disto, a Fazenda Pública antecipa prestações de natureza patrimonial, dentro do plano jurídico que não se caracteriza em virtude do órgão público peticionar no intuito de obter um reembolso, (e se a execução será, ou não, efetiva, ao final, a questão, por si só, não torna a tutela antecipada juridicamente irreversível). Diante de argumentos com o próprio aspecto constitucional da execução em virtude da Fazenda Pública, o que a transformaria incompatível com o instituto da tutela.

A tutela antecipada é elaborada conforme o pedido do autor, o réu nesse caso pode requerer, em virtude da contestação e que o mesmo não se limite em relação à formulação de defesa. Dessa forma, o réu formula pretensão a seu favor, no sentido de criar reconvenção no procedimento comum. Logo, denotam-se nas decisões, no trato sobre as tutelas antecipadas em relação aos medicamentos, que elas atendem a uma análise, vista como perfunctória dos

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 256.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 280.

¹⁶² SILVA, Júlio César Ballerini. *Aspectos da tutela do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio: ponderações sobre relações de direito público e privado*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, jul. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18398>>. Acesso em: 26/10/2019.

autos, o que acaba por representar uma verdadeira tutela jurisdicional considerada satisfativa e antecipada.

Nesse caso, uma avaliação em que não haja perigo de irreversibilidade da tutela, em relação ao artigo 273 do CPC, conforme o parágrafo 2. Destaca-se que via de regra, inexistente uma regra judicial em relação a aspectos pontuais, de modo criterioso, efetivamente se avalia a medida judicial proposta pela parte.

A estabilização da tutela antecipada não gera coisa julgada material, os efeitos da medida de urgência poderão ser extintos em posterior ação, conforme os termos do artigo 304, parágrafo 2 do CPC/2015, “*qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput*”. A ausência de coisa julgada é também explicitada no parágrafo 6 do artigo 304 do CPC/2015, portanto, a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes nos termos do parágrafo 2 desse artigo.

A tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independente do pagamento de custas. É o requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ajuíza uma demanda pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo, pleiteando apenas a tutela definitiva, e no seu curso, pede a tutela provisória¹⁶³.

O fato de tratar-se de tutela incidental, como visto, não impede que seja formulado pedido “*in limine litis*” (no início do processo)¹⁶⁴. Nada mais sumário que uma decisão proferida liminarmente. Quanto ao momento da concessão, a tutela provisória pode ser concedida no início do processo, durante o seu desenvolvimento, na sentença e, ainda, em grau recursal. Em caso de ser concedida na sentença, por óbvio, será com base em cognição exauriente. Sobre a concessão da tutela provisória na sentença, ensina Fredie Didier Junior:

É necessário distinguir duas situações: i) em sendo caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo – que, em regra impedem a execução provisória – a concessão da tutela provisória no bojo da sentença terá por consequência retirá-la do

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2015, v. 2, p. 571.

¹⁶⁴ Em outras palavras, a classificação é referente à hipótese de ser ou não aduzido pedido definitivo, desde o início do processo, sendo que pode haver pedido de tutela provisória liminarmente ou no curso do processo, por isso é chamada de incidental.

estado de ineficácia e autorizar o cumprimento provisório; ii) em sendo caso, tão somente, de apelação sem efeito suspensivo – e não sendo o caso de reexame necessário – a execução provisória já está automaticamente autorizada, sendo pouco útil a concessão da tutela provisória¹⁶⁵.

Como visto, a grande utilidade da concessão da tutela provisória na sentença é quebrar o efeito suspensivo do recurso, dando imediata eficácia à decisão. Em grau recursal, a competência para apreciação é do tribunal, vez que encerrado está o ofício do juízo “*a quo*”.

A concessão em grau recursal conferirá também eficácia imediata à decisão. Deverá ser dirigida ao tribunal (presidência ou vice-presidência, em caso de pedido de tutela provisória no âmbito de recurso especial ou extraordinário) enquanto ainda não distribuído o recurso, e ao relator, caso já tenha sido distribuído. No que tange à legitimidade, o CPC/2015 não restringe a possibilidade de pleito de tutela provisória ao conceito de parte, tal qual fazia o CPC/73, em seu art. 273.

4.2 Astreintes impostas ao Poder Público omissis

Existe em decisão liminar a questão da multa aplicada ao Município, essa multa é cominada em relação à Fazenda Pública, denominada também de astreinte, tendo a intenção de agregar eficiência em relação a obrigação de fazer ou não fazer que são determinantes à Administração, podendo às vezes ser deixada de lado em virtude da razoabilidade e da proporcionalidade em relação ao “*quantum*” estabelecido na sentença ou na liminar.

É vista como medida útil em relação ao cumprimento da obrigação determinada no julgamento, tendo como consequência a questão do inadmissível, conforme jurisprudência.¹⁶⁶

Deve-se levar em consideração a questão do arbitramento de multa cominatória diária, na circunstância da astreinte, no que tange às obrigações de fazer, tendo como fundamento o artigo 461 do parágrafo 4, do Código de Processo Civil. Momento jurídico que representa a

¹⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2015, v. 2, p. 581.

¹⁶⁶ (vg. AI nº 521.322-5/7-00, rel. Des. Evaristo dos Santos) e entendimento dominante nesta C. 1ª Câmara (Ap. nº 994.04.041223-2, rel. Des. Renato Nalini, j. 23/11/2010; Ap. nº 990.10.284003-4, rel. Des. Franklin Nogueira, j. 14/12/2010; Ap. nº 0116761-14.2007.8.26.0053, rel. Des. Regina Capistrano, j. 05/04/2011; Ap. nº 0026560-61.2009.8.26.0196, j. 18/01/2011).

ideia de impelir o vencido a cumprir sua prestação, na circunstância de fornecer os medicamentos.

Dentro do contexto dito anteriormente, o Tribunal de Justiça de São Paulo apresenta como característica a cominação de multa, na situação de o devedor mostrar-se receoso no cumprimento da obrigação de fazer, ao ser colocada de lado em relação ao cumprimento do prazo estipulado, isso não impede que seja fixada a condicionante sobre o descumprimento da obrigação, tendo como fundamento a pessoa jurídica de direito público que não está imune à sua aplicação pelo magistrado, dessa forma, o Tribunal de Justiça afirma que:

Multa diária. Cominatória. É cabível a cominação de multa diária (astreintes) contra a Fazenda Pública como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou de entregar coisa certa. Precedentes do STJ. Prazo fixado de forma moderada a permitir o cumprimento da obrigação e razoabilidade do valor da multa estipulada. Recurso não provido.¹⁶⁷

Nesse sentido, segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.
 “*In casu*”, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento à pessoa necessitada, cuja imposição das astreintes objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e consequentemente resguardar o direito à saúde.
 “Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública”.¹⁶⁸

Existe uma corrente jurisprudencial que afirma que a atual redação para imposição da multa é dada por meio de uma faculdade que é atribuída ao juiz e não mais uma obrigação como antes era tratada e atendendo ao exposto pelo artigo 644 do Código de Processo Civil e que tratava sobre a omissão da fixação da multa. Nesse caso, o juiz poderá, conforme os artigos 644 e 461 do Código de Processo Civil, estabelecer a fixação de multa em relação ao cumprimento da obrigação de fazer ao devedor, analisando as dificuldades inerentes aos cofres públicos. Além disso, observa-se que pode ser inconstitucional e injusta, pois o que se

¹⁶⁷ AI nº 521.931.5/6-00, rel. Des. Décio Notarangeli. No mesmo sentido: AI nº 530.578.5/5-00, rel. Des. Antonio Rulli e AI nº 657.590.5/6-00, rel. Des. João Carlos Garcia.

¹⁶⁸ AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001) (Resp 836913/ RS Relator Min. Luiz Fux- DJ 31/05/2007.

penaliza é a coletividade, violando questões sobre os princípios que fundamentam o legislador na busca pela justiça.

Não tem como ser aceito o cabimento de aplicação e de fixação de multa diária no processo em que se pleiteia a medicação sobre a prestação do Poder Público, pois esse instituto jurídico não tem o condão de assegurar o bem da vida em relação ao paciente, visando onerar demasiadamente o erário, estabelecendo-se nesse caso a questão do ônus que deve ser aceito pela sociedade. Essa compreensão é vislumbrada por meio da 5ª Câmara de Direito público, conforme presente nos autos do Processo AI nº. 425.863-5/5-00, o Presidente e Relator, Des. Xavier de Aquino, Emmanoel França e Machado de Andrade, deram parcial provimento ao recurso decidindo que:

MULTA COMINATÓRIA (ASTREINTES) – APLICAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – Por ser agravante pessoa jurídica de direito público, é injustificável imposição de multa com objetivo de se ver cumprida mais rapidamente a obrigação de fazer. De mais a mais, tal obrigação se torna despicienda por recair em última instância sobre o contribuinte o pagamento da penalidade imposta, pelo fato dos recursos da fazenda Pública Municipal provirem da arrecadação de impostos – Multa cominatória cancelada – Agravo parcialmente provido.

MULTA DIÁRIA Obrigação de fazer Atraso no cumprimento Artigo 644 do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade à Fazenda Pública. Recurso provido. JTJ 219/220.

EXECUÇÃO. Contra a Fazenda Pública por quantia certa. Pretensão de fixação de multa diária pelo juiz, em caso de descumprimento. Inadmissibilidade. Regra do artigo 644 do Código de Processo Civil, apenas aplicável a execuções das obrigações de fazer e de não fazer Recurso não provido.

(Agravo de Instrumento nº 000.695-5 São Paulo 1ª Câmara de Direito Público Relator: Ruy Coppola 12.03.96 V.U.)

SERVIDOR PÚBLICO. Vencimentos. Fixação de multa diária para hipótese de descumprimento da obrigação de fazer imposta à Fazenda Pública. Inviabilidade. Coação econômica que seria suportada pelo próprio contribuinte. Responsabilidade individual do agente do Estado, que não realiza obrigação funcional. Agravo provido.¹⁶⁹

Não deve ser fixado despacho que determine a citação em relação ao executado para adimplir a obrigação, compreende-se que o escoamento deve ser resguardado em relação ao prazo que é estipulado na oportunidade, visando à hipótese de a obrigação não ser cumprida pela astreinte ao devedor recalitrante.

¹⁶⁹ (Agravo de Instrumento nº 116.072-5 São Paulo 6ª Câmara de Direito Público Relator: Oliveira Santos 14.06.99 M.V.)

4.3 Possibilidade de prisão da autoridade omissa

A questão sobre a evolução jurisprudencial do instituto e conseqüentemente da atual disciplina legislativa empregada contra toda e qualquer espécie de devedor, não havendo distinção em relação à fonte, à natureza da obrigação. A questão relacionada a obrigações de caráter patrimonial ou não patrimonial são derivadas de uma natureza contratual, delituosa e legal. Sendo oportuno ainda mencionar que a evolução e conseqüentemente a extensão em relação as obrigações de caráter patrimonial e a não patrimonial, demonstrando-se sua origem contratual.

Diante disso, existe o entendimento jurídico, o entendimento do Desembargador Francisco Bianco¹⁷⁰ sobre o tema:

Destacando que o entendimento pessoal deste relator, que entende possível o arbitramento da referida multa para o caso de descumprimento da ordem judicial nas ações de obrigação de fazer, posto que autorizado pelo § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, tem-se que ela deve ser substituída pela pena de desobediência, na consideração de que a autoridade pública, municipal, estadual ou federal, deve obediência e respeito a toda e qualquer determinação emanada do Poder Judiciário.

A imposição de astreinte ao agente público desidioso, tal qual fixada na sentença recorrida, reverteria em prejuízo do próprio contribuinte, atingido ou não pelos efeitos da decisão judicial, de modo que deve ser afastada.

Tratando-se sobre o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁷¹, o Desembargador Dr. Ivan Sartori determinou a remessa de traslado integral dos autos, inclusive do acórdão ao Ministério Público, a fim de se apurar eventual crime de desobediência.

Cássio Scarpinella Bueno¹⁷² entende que crime é todo ato que teve desobediência em relação ao descumprimento da parte particular, estabelecido pelo Código Penal, conforme os crimes praticados por particular que agisse contra a administração pública, sendo marcada a ocorrência de autoridade renitente ao funcionário público, o crime em tela, torna-se o de prevaricação, conforme estabelecido no artigo 319 do código penal.

¹⁷⁰ TJ-SP relator do APL 0000147-34.2010.8.26.0274; Ac. 5011393; Itápolis; Quinta Câmara de Direito Público; Julg. 21/03/2011; DJESP 30/03/2011

¹⁷¹ Processo nº. 0002880-53.2009.8.26.0097 - Apelação julgada pela 13ª Câmara de Direito Público em 27/07/2011.

¹⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67

Além disso, a pena pelo crime de desobediência encontra-se ligada à tutela mandamental e à constatação e argumentação em relação a ausência dos recursos, não podendo tratar especificamente sobre a tutela mandamental e a constatação sobre a argumentação da alegada falta de recursos, não podendo ser algo diretamente imputado ao administrador.

Dessa forma, é importante o Código de Processo Civil tratar sobre o descumprimento de provimentos judiciais e que os mesmos sejam mandamentais ou presentes nas tutelas antecipadas, cautelares ou em qualquer tipo de ação, atribuindo a faculdade de viabilizar a interpretação e a aplicação sobre as seguintes ações: Tipificação dos delitos em relação à questão da desobediência, na situação de que em particular existirá a prevaricação em relação ao funcionário público, na aplicação de multa, na situação de existir a astreinte, além disso, a aplicação de multa por configuração de ato atentatório à justiça, conforme o estabelecido pelo artigo 14, inciso V, do parágrafo único, do Código de Processo Civil. Além da viabilidade sobre a adoção pelo magistrado de medidas concretas, em relação ao cumprimento de preceitos, visando à busca e apreensão, estabelecendo a remoção sobre as coisas e pessoas.

Fundamenta-se que essas medidas são aplicadas em todo e qualquer tipo de processo judicial. A especificidade técnica e a evolução da medicina fundamentam a adoção de uma norma mais flexível e mais ágil, conforme pode ser visto na resolução normativa pela agência reguladora, em substituição ao regulamento da Presidência da República.

No caso dos planos de saúde, as exceções são atendidas pela ANS e demais instituições, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e o Conselho Regional de Medicina.

E o Poder Judiciário vem a cada dia ganhando força jurídica para interferir, quando se viola o direito fundamental à vida ou, até mesmo, ao direito do consumidor. E a orientação que vem sendo dada pelos tribunais é que o fundamental é respeitar o princípio da boa-fé, não levando em consideração, se a agência reguladora tem competência para definir o que é tratamento experimental.

A Constituição determina que é dever do Estado a prestação da saúde, admitindo que essa prestação de serviço também possa ser exercida pela iniciativa privada.

O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Nesse sentido, apesar de o Estado realmente ser o principal responsável pela saúde das pessoas, existe a possibilidade real de responsabilização das próprias

pessoas, da família, das empresas e da sociedade. O dever desses atores pode ser até menos visível do que o do Estado, mas existe. São exemplos que podemos destacar: o dever das pessoas de se absterem de afetar a sua integridade física, inclusive a vida.¹⁷³

A legislação admite que essa prestação de serviço público seja exercida por entidades privadas, conforme preceitua o artigo 197: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde”, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Bem como preceitua o artigo 199 da Constituição.

4.4 A contribuição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

A judicialização sobre a questão referente à saúde é tema de relevante preocupação do CNJ, que apresenta uma participação com maior amplitude e intensidade sobre a atuação do legislativo e o executivo.

É importante a leitura sobre os princípios da Universalidade e da Jurisdição contemplados no artigo 5º, conforme o inciso XXXV da Constituição que se fundamentou por meio da judicialização ilimitada em relação às questões sociais e à política travada no Estado Brasileiro.

O Conselho Nacional de Justiça funciona de maneira ativa e incessante na procura pela melhoria nos serviços públicos sobre a questão da saúde, em níveis de entes federativos, visando formular as novas políticas públicas nas áreas, permitindo a resolução dos conflitos judiciais de modo menos oneroso em relação às partes, tendo como consequência a sociedade.

Entre seus provimentos e atos, pode-se citar, como exemplo, a Resolução CNJ nº 107/2010 que “*Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde*”, a Recomendação 31 que “*Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas, visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais, envolvendo a*

¹⁷³ ASCENSI, Felipe. *Sistema Único de saúde, lei nº8080/90 legislação correlata*, Rio de Janeiro: ALUMNUS, 2015, p. 112.

assistência à saúde”, sem contar os valiosos enunciados dados pela III Jornada de Direito da Saúde, dos quais pode-se citar os enunciados 09 (medicamentos e tratamentos experimentais), 10 (versa sobre prestação de serviços sociais), 11 (versa sobre pedidos de fármacos e procedimentos já disponíveis no SUS), 12 (versa sobre demonstração de inefetividade de tratamento ministrado pelo SUS), 13 (versa sobre ações que versem sobre saúde e a necessidade de prévia oitiva do gestor do SUS), 14 (versa sobre a não comprovação de ineficácia do serviço ou medicamento ofertado), 15 (versa sobre as prescrições médicas), 18 (versa sobre decisões liminares de ações sobre saúde), 19 (versa sobre as iniciais de ações sobre saúde), 35 (versa sobre planos coletivos de saúde), 38 (versa sobre a observância dos direitos fundamentais em pesquisas, envolvendo seres humanos), 39 (versa sobre o estado de filiação em casos de reprodução assistida), 42 (versa sobre a possibilidade de retificação de registro civil de não transgenitalizado), 64 (versa sobre atenção domiciliar), 71 (versa sobre abandono de tratamento), 74 (versa sobre possibilidade de bloqueio de conta do ente que não fornecer o determinado em ordem judicial), 78 (versa sobre atribuição de competência ao Judiciário Federal para demandas sobre novas tecnologias de alta complexidade ainda indisponíveis no SUS), entre tantas outras.

Profícuo é o trabalho do CNJ na seara da saúde, principalmente nos pontos mais controversos, com diversos livros publicados sobre o tema.

4.5 Ministério Público: eficácia da função institucional de zelar pelo direito à saúde

De acordo com a Constituição de 1988, o Ministério Público é fruto do desenvolvimento do estado brasileiro e da democracia. A sua história é marcada por dois grandes processos que culminaram na formalização do “*parquet*” como instituição e na ampliação de sua área de atuação.¹⁷⁴

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e a instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades, para que bem pudessem exercê-las, bem como

¹⁷⁴ MPU - Ministério Público da União. *Histórico do Ministério Público no Brasil*. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico>. Acesso em: 08/03/2019.

criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.¹⁷⁵

As funções do Ministério Público são descritas através do *caput* do artigo 127 do texto constitucional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A vigente Constituição ampliou significativamente o rol de funções do Ministério Público, erigindo-o como autêntico defensor da sociedade, nas esferas penal e cível, e incumbindo-o de zelar pela moralidade e probidade administrativas.¹⁷⁶

O Ministério Público tem a finalidade precípua de promover a defesa da sociedade, compreende-se que seu papel é o de defender a sociedade em juízo ou fora dele.

Os representantes do Ministério Público deverão estar comprometidos com a ordem jurídica, com o regime democrático e em atender os interesses indisponíveis da sociedade, elementos que são definidos pela Constituição e pelas Leis. Não podendo esses representantes ceder a pressões políticas, sejam elas, intra ou extra institucionais.

Na classificação constitucional, o Ministério Público não integra nenhum dos poderes estatais, constituindo instituição independente e autônoma. Contudo, fugindo à determinação Constitucional, em 2003, o Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a autonomia do “*parquet*”, incluiu-o sob a égide do Poder Executivo.¹⁷⁷

O rol de atribuições que são constitucionalmente asseguradas ao Ministério Público, serve como elemento que limita o âmbito de atuação do próprio Ministério Público na ordem jurídica. Em virtude da abrangência da expressão, a defesa do ordenamento jurídico que lhe é dada, deve ser interpretada conforme sua própria finalidade intuitiva de interesses sociais, individuais e indisponíveis.

O regime democrático pode ser constatado pela soberania popular, eleição direta e secreta dos representantes do povo, assim como pelo Sufrágio Universal, pela tripartição dos poderes, respeito aos direitos e garantias fundamentais e à ordem jurídica vigente. O Estado democrático tem como base a soberania, a cidadania e dignidade da pessoa humana, os valores éticos e sociais, fortalecendo o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo jurídico.¹⁷⁸

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 139

¹⁷⁶ PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2019, p. 156

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

Conforme o artigo 127, da Carta Magna, o Ministério Público é interpretado como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, sendo-lhe atribuída a defesa da ordem jurídica, além do regime democrático e dos interesses sociais e individuais. A saúde é direito e atende aos aspectos dos interesses sociais.

O Poder Judiciário examina as questões relacionadas a condenar o Estado dentro do aspecto da União, dos Estados e Municípios, visa solucionar a questão do fornecimento de medicamentos, dos tratamentos e das terapias, segundo a Constituição da República, que determinou o direito fundamental à saúde, de acordo com os artigos 6 e 196 da Constituição Federal. Não é função do órgão jurisdicional a definição e a criação de políticas públicas sobre saúde.

5 DO DIREITO À SAÚDE E O PROCESSO ESTRUTURAL

5.1 Crítica ao termo “Direito à Saúde”

O artigo 196, da Constituição Federal assevera que: “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*”

Ao definir o “direito à saúde”, o legislador trouxe para si tarefa inglória, uma vez que tenta abarcar com um único termo, toda subjetividade que permeia tal condição. Contextos políticos, sociais, econômicos e culturais influenciam diretamente sobre o que é e o que pode ser direito de saúde para cada pessoa. Ela não representa o mesmo para todos. Sua conotação decerto varia com a época, o lugar e, seguramente, a classe social do titular do direito. De igual forma, o próprio conceito de doença, que a grosso modo é o contrário de saúde, tem mutação constante oriunda de várias influências. Neste sentido o relatório final da famigerada VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida no Brasil em 1986, aduz que:

1 - Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

2 - A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.

3 - Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.¹⁷⁹

Se considerarmos que ter saúde é não estar doente (que é a conceituação mais comum ao povo), homenageando o padrão biomédico focado na doença, há que se lembrar que esta

¹⁷⁹ 8ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Relatório final*. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf . Acesso em 12/12/2019.

concepção é muito limitada, vez que o simples fato de não aparentar quadro sintomático de qualquer doença não é fato garantidor de saúde.

A própria definição de saúde feita pela OMS (Organização Mundial de Saúde) sofre crítica neste sentido.

Fonseca e Corbo nos ensinam que:

A expressão ‘completo estado’, além de indicar uma concepção pouco dinâmica do processo – uma vez que as pessoas não permanecem constantemente em estado de bem-estar –, revela uma idealização do conceito que, tornado inatingível, não pode ser usado como meta pelos serviços de saúde... ..Por outro lado, afirma-se a sua carência de objetividade: fundado em uma noção subjetiva de ‘bem-estar’, implicaria a impossibilidade de medir o nível de saúde de uma população.¹⁸⁰

Ainda neste sentido a já citada VIII CNS tentou formular seu próprio conceito de saúde, dito ampliado. No enunciado podemos ler:

Em sentido amplo, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. Sendo assim, é principalmente resultado das formas de organização social, de produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

Podemos dizer que a Conferência de 86 visou o resgate da dimensão do poder de atuação dos fatores político, social e econômico sobre a saúde e as doenças na população.

Esta preocupação em demonstrar a interdisciplinaridade da efetivação do “direito de saúde” fica claro no 4º enunciado, que veremos a seguir:

4 - Esse direito não se materializa, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade do Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. Entre outras condições, isso será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população.

Quando se diz “do Direito à Saúde”, ao contrário do que querem sugerir algumas críticas, entendemos analisando os documentos históricos como por exemplo os da VIII CNS que o legislador não pretendeu, como de fato não poderia garantir o direito à plena saúde (que

¹⁸⁰ FONSECA AF, CORBO, AD, (Orgs). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV, Fiocruz; 2007. p. 51-86.

por si teria como premissa até mesmo a obrigação de se impedir o evento morte, que por si é fator terminativo de saúde). Ao falar em direito de saúde, temos que ele desejou abarcar a maior quantidade possível de fatores que interferem na qualidade de vida e conseqüentemente de saúde do povo brasileiro, com base na dignidade da pessoa humana e na 2ª e 3ª dimensões de direitos (baseadas na “*égalité et fraternité*” da Revolução Francesa).

O já citado conceito de saúde formulado pela OMS considerava não apenas os fatores biológicos da doença, mas sopesava também os fatores sociais correlatos. Ele teve direta influência na maneira hodierna de se enxergar o direito de saúde na sociedade atual. De igual modo teve significativa contribuição no desenvolvimento do conceito jurídico de saúde e sua alocação no rol de direitos fundamentais. Segundo esta visão, a saúde é então um estado de total bem-estar físico, social e mental, posta como direito fundamental inerente ao direito à vida, frente ao Estado e concidadãos.

O legislador constitucional em 88 recepciona o direito de saúde no rol de Direitos Sociais, logo, Direito Fundamental. Ainda em concordância com os enunciados da VIII CNS, a CF/88 dá uma nova visão de saúde, elevando-a a prestação de relevância pública, vinculando de modo incondicional à prestação de atendimento que vise garantir a saúde do cidadão, a figura do Estado.

Torna-se assim no ordenamento jurídico pátrio o direito de saúde um direito inviolável, condição indispensável para uma vida minimamente digna.

5.2 A Decisão Estrutural nas Políticas Públicas

A presente dissertação como já asseverado não tem, como não poderia, o condão de ofertar mágica resposta àquela questão há gerações insolúvel. Outrossim intenta-se fomentar a discussão de fenômeno cada vez mais palpável, principalmente em se falando do “judiciário do ativismo”, da justiça estrutural e do processo estruturante.

Dito isto, passemos a pensar em um procedimento que vise a discussão de políticas públicas hoje. Seguro firmar que a amplitude das discussões deve ser, como de fato é, muito maior que na análise da lógica de dois polos, historicamente usada no Brasil. Não há que se falar em um demandante (ou vários) e um demandado (ou vários). Temos aqui uma situação

que vislumbra atender uma necessidade premente a todos, mas com peculiaridades em cada caso prático.

Tal contexto urge a participação da sociedade, interessada maior na solução, bem como o aumento da dimensão de cognição judicial, de tal forma que o problema seja apreciado como um todo, o que insta dizer que a maior quantidade possível de perspectivas deve ser apreciada.

Nesta tarefa, temos por certo que mudanças se tornam indispensáveis ao sucesso.

Em princípio, temos a necessidade de definirmos a ideia de contraditório. Ele, visto como direito de influir no processo de convencimento do juiz simplesmente numa pretensão resistida, não pode mais ser enxergado dessa forma, e sim como um movimento que envolva toda a sociedade civil, vez que ela como um todo é atingida pelo tema e o modo como é ou não solucionado.

Por óbvio, inviável seria a participação de cada cidadão na demanda, o que de per se urgiria a representação correta e assertiva da coletividade, conhecidas e compreendidas suas peculiaridades enquanto indivíduos na construção do convencimento e decisão judiciais. Isto significaria um rompimento efetivo e definitivo com o dualismo que hoje permeia as decisões do judiciário pátrio. É sem dúvida uma visão que influenciaria mesmo as demandas coletivas.

Esta construção diferenciada do processo é conhecida por processo estrutural. Nele se pensa a sentença judicial como ferramenta que almeja a substancial alteração futura de certa instituição ou prática. Logo, as questões passíveis de apreciação pelo método estrutural são aquelas ligadas aos valores da sociedade, não apenas visando os concorrentes interesses em questão, mas também o modo como esta decisão afetar, positiva e negativamente, o restante da sociedade.

Nesta construção, o professor Sérgio Cruz Arenhart¹⁸¹ nos dá como indispensáveis dois instrumentos: “as audiências públicas e o *amicus curiae*”. Audiências que permitam a participação da sociedade civil envolvida, “...*embora não disciplinadas expressamente nem no CPC, nem na legislação básica a respeito do processo coletivo, são indispensáveis*”, continua o professor Arenhart.

Obter-se-ia desta forma, um processo que não é subordinado à simples visão dicotômica, de modo que a relação processual se dê de forma “*plúrima, multifacetária e não*

¹⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro*: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35045>. Acesso em 27/12/2019.

necessariamente na base do antagonismo entre polos.” Em se falando de políticas públicas, a visão não pode ser igual àquela adotada na ação comum de caráter individual. Primeiro porque temos mais que apenas um demandante e um demandado. Temos mais de uma visão, mais de um interesse que não se podem unir apenas em dois grupos, do sim e do não. A própria particularidade de cada situação traz à baila esta multifacetação. Doutra feita, estas mesmas visões não necessariamente são díspares totalmente ou mesmo incompatíveis ou antagônicas. É plenamente concebível por exemplo, que os polos da ação queiram uma mesma situação comum, divergindo apenas caminhos ou formas de se alcançar tal.

Temos por certo nesse ponto, baseado em toda literatura pesquisada, que se faz necessário neste novo cenário jurídico, um redimensionamento e mesmo novo conteúdo para o contraditório. O influir atribuído à parte no processo clássico há que poder ser exercido por todos aqueles interessados no objeto da lide, da demanda.

Seja pessoalmente ou por meio de representação, urge haver interação dos setores ou grupos interessados no conflito, e ainda, a contribuição de especialistas das mais diversas áreas, para além dos peritos forenses, de modo a fugirmos das técnicas opiniões por vezes eivadas de vícios. O aporte de uma visão externa, crítica, técnica e institucional do problema pode nos dar um panorama mais acertado do problema e seus meios de resolução.

E não devemos nos ater neste ponto. Careceríamos ainda de uma renovação de conceitos, a começar pela definição de contraditório, a formulação de novo instrumental para procedimentalização do processo, para que o processo estrutural tenha efetividade em seus intentos.

Ainda nesta seara, Sérgio Cruz Arenhart¹⁸² nos ensina que:

Elementos como adstrição da decisão do pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada exigem reformulação completa, quando se pensa em processos estruturais.

E nos dá um exemplo:

Imagine-se o princípio da demanda. Segundo sua essência – e a sequente ideia da adstrição – o juiz está limitado ao pedido formulado pela parte. Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro*: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35045>. Acesso em 27/12/2019.

esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da "tutela" pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial.

Neste contexto, podemos chegar à conclusão que um processo para tratar de políticas públicas, não pode e não deve ser pautado pelo processo civil tradicional, dicotômico e estanque. É preciso que o julgador tenha uma mente totalmente distinta do processo tradicional, que deve ser atrelada a um processo totalmente distinto do processo tradicional. É cada vez mais necessária e aclamada a intervenção do judiciário nas políticas públicas, vez que o sistema processual brasileiro atual não abarca, com seus princípios e procedimentalização, a correta apreciação das questões referentes às políticas públicas.

5.3 Breve Análise do Caso da ACP do Carvão – Primeiros Sinais da Aplicação do Processo Estrutural no Brasil

O judiciário brasileiro tem dado sinais de atuação de caráter estrutural em vários casos, dos quais citamos o caso da mineradora de carvão de Criciúma, a “ACP do carvão”, que trouxe os traços da decisão efetivamente estrutural quando, entre outras inovações, teve um portal disponibilizado para dar publicidade ao caso e obter uma acentuada participação social no gerenciamento da questão (Ação Civil Pública – Justiça Federal – autos nº 93.8000533-4).

Neste caso, o judiciário condenou a desenvolver-se, no prazo de 03 anos, não apenas pela direção da mineradora, mas também pela União e o Estado de Santa Catarina, um projeto de complexa recuperação da região afetada, dando ao Ministério Público Federal a incumbência de opinar sobre o projeto para então na aprovação ser chancelado pelo Poder Judiciário. Após vários recursos e desdobramentos, os condenados tiveram que efetivamente levar a cabo o projeto aprovado, com a inspeção do público através do portal para tal criado, como já aduzido, engajando toda sociedade civil no projeto de recuperação da área.

Para além da participação da sociedade civil no acompanhamento da execução do projeto, destacamos que após extenso levantamento do que seria de fato a recuperação

ambiental do sítio, o MPF autorizou o projeto de recuperação, conclamando como assessoria técnica o Ministério do Meio Ambiente e o Departamento Nacional de Produção Mineral para padronização do projeto com os respectivos cronogramas de execução.

Nessa mesma seara de cooperação de outros entes da sociedade, temos ainda o criado Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo, que foi composto por representações técnicas das mais variadas, além de sujeitos externos ao processo, com ligação com as questões ambientais, que tomavam decisões apenas por consenso, inexistindo maioria de votos. Isto teve forte impacto na redução de litígios internos no curso do processo, de recursos e também incidentes na execução da sentença.

Temos noção destarte, da complexidade que tomou essa ação estrutural, bem como as inovações que foram necessárias à concretização da decisão judicial. Tivemos no caso importantes linhas traçadas que podem oferecer uma chance real de o processo estrutural funcionar nas demandas de políticas públicas no cenário brasileiro.

A otimização das técnicas consensuais no desenvolvimento dos planos reduziu drasticamente o potencial oferecimento de recursos ao cumprimento da sentença. A participação popular foi primordial para que as soluções desenvolvidas realmente atendessem o anseio e necessidades públicos. A participação de corpo de especialistas e terceiros interessados na causa contornos muito mais bem definidos do litígio e das possíveis soluções.

Tudo isso foi possível porque as audiências não se desdobraram unicamente à luz do “*Codex*”, mas também foi sensível ao clamor da necessidade popular e à participação social por meio dos canais criados, adaptando os procedimentos para que se pudessem sopesar estes dois fatores últimos, inerentes à efetividade da decisão estruturante.

5.4 O Processo Estrutural e a Lógica Recomposição Processual

Como já explanado, ao se defrontar com um conflito, pelo processo clássico, deve o julgador agir da maneira mais rigorosamente atrelada às previsões legais, sem ater-se a aspectos outros como a pluralidade interpretativa, a repercussão da decisão em outros casos, configurando a relação processual dicotomizada comumente encontrada nos tribunais. No seu

bojo, a sentença deveria limitar-se à vontade do legislador e observar tão somente as soluções positivadas na legislação.

Contudo, como também já visto, os valores que fundamentaram por décadas esse modo foi se abalando pelas necessidades atuais e cada vez mais gritantes da população. Hoje temos a noção de que o texto legislativo não possui (como de fato não poderia) em seu bojo um conteúdo inato, de modo que sua aplicação deve passar pela interpretação.

Para muito além disso, temos ainda outra tendência (que pôde ser observada no caso do carvão de Criciúma) que impele o julgador a afastar do processo a concepção individualista do direito, passando a observar, com igual grau de importância, a coletividade e as peculiaridades de cada grupo do coletivo, e de cada membro do grupo com suas especificidades e necessidades próprias, dentro de um mesmo tema ou problema. Há que se falar em um valor, uma justiça “global” em detrimento da clássica sentença de observação unilateral. Fica aqui o magistrado, exposto a um completamente novo prisma de investigação e sopesamento.

Com toda esta nova condição, indispensável se faz à comunidade acadêmica, incentivar a discussão e o estudo de novos meios de solução e instrumentalização do processo, de modo a ofertar ao Judiciário e mesmo ao Legislador, amparo teórico que embase e fomente esta nova frente jurisdicional.

Oras, se a cada dia mais o Judiciário enfrenta questões complexas com alto impacto social, imprescindível desenvolverem-se mecanismos novos capazes de atender a estas demandas. Dentre estes mecanismos, seguramente enquadra-se a decisão estrutural, sendo inclusive, este cenário que forçou o nascimento deste instituto no caso *Brown x Board of Education*.

Não mais se trata de puramente tratar e pacificar disputas isoladas, mas sim de reafirmar e consolidar a efetividade de princípios e valores constitucionais, como nos casos da saúde, ao celebrar a Dignidade da Pessoa Humana. Assim temos uma significativa ampliação do entendimento do tema, e, considerando esta mudança, temos a já citada necessidade de reforma da composição de técnicas e procedimentos.

Agora, considerando que na decisão estrutural e processo estruturante, o judiciário acabaria assumindo a posição de recompor e remodelar as instituições e mecanismos criados para atender as pretensões meramente individuais, e, nesta situação, esta reestruturação seria por si suficiente para garantir a efetivação do direito pleiteado e a efetividade da jurisdição

nos conflitos complexos relativos à políticas públicas, analisando nosso objeto de estudo, mais especificamente as políticas públicas de saúde, onde de ambos os polos temos a inserção de valores socialmente relevantes e de pluralidade de interesses?

Analisemos um dilema hipotético (muito aplicável no mundo fático). Suponhamos que na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, os munícipes bem como cidadãos de cidades vizinhas tenham atendimento na rede pública de saúde municipal. Suponhamos ainda que o “*parquet*” da Comarca receba uma denúncia e constate que os médicos da rede municipal foram contratados todos de modo irregular, de modo que não vê outra saída o MP que não pedir a demissão de todos estes profissionais de modo imediato, deixando toda rede de saúde do município desprovida de profissionais para atendimento da população.

Neste hipotético caso, o julgador ao utilizar a instrumentalização tradicional, simplesmente deve declarar a condição irregular e determinar a cessação dos vínculos de emprego ou reconhecer a licitude da contratação. Doutra feita, qualquer das duas decisões terão profundo e impactante efeito negativo: aplicando-se puramente a lei causar-se-ia um grave e irreparável dano à salubridade pública pela falta de acesso à saúde, sem contar o decorrente cerceamento a direito constitucional, vez que a população não teria médico nos hospitais por uma questão administrativa. Estamos falando num quadro desses, no melhor dos casos, em um grande enfraquecimento da confiança do povo no institucional.

Considerando este cenário, a única saída viável para solução deste problema de modo a atender as reais necessidades da população e enveredar por um terceiro caminho. Por mais adversa que seja da clássica construção processual, um caso desse tipo necessita de uma forma de atuação continuada, sujeita a frequentes e rápidas modificações no cumprir ou no modo de cumprir o judicialmente determinado. Reside neste ponto o que nossa doutrina tem chamado de decisões estruturais.

Seria preciso uma remodelação da capacidade de atuação do processo de modo a objetivar de modo mais claro as necessidades reais da população afetada e do demandante. Deste modo o cumprimento da sentença assumiria uma certa institucionalização, devendo ser constantemente monitorada e reavaliada conforme as circunstâncias e alterações do caso. Estamos falando então de uma intervenção judicial continuada dadas as necessidades de alterações e ajustes no decorrer do cumprimento da sentença.

Para além de uma postura unilateral impositiva, o processo teria o condão de produzir o diálogo na persecução de consensos, através de negociações e prospectivos debates, visando uma razoável regulação.

Isto faz da decisão estruturante uma peça fundamental para o aperfeiçoamento jurisdicional face esta nova realidade em constante e acelerada mutação. Pensamos ainda que esta técnica aplicada ao litígio traria ainda uma equalização de efeitos económicos e institucionais em decisões de questões de alta complexidade. Falamos aqui de uma conjugação entre macrojustiça e as necessidades do próprio debate.

Aqui se cabe um novo ponto de reflexão: até que ponto e de que forma a decisão estrutural pode dialogar com questões como as de saúde? Como poderia apurar a relação entre os efeitos sociais da decisão e a própria jurisdição? Com a fluidez cada vez mais acentuada entre a noção de público e privado, quase chegamos a considerar estas noções clássicas de público e privado como falidas, vez que seus antipodais postos estão cada vez mais instáveis, com valores coletivos e interesses de mesma origem transitando entre eles sem quaisquer amarras ou delimitações.

Em face de todo este quadro, cabe ao Judiciário buscar soluções eficazes que sejam capazes de suavizar, quando não resolver, os impactos negativos de uma decisão, equilibrando as consequências de uma decisão e seus efeitos na macrojustiça. É exatamente neste ponto tão sensível que entendemos seja o processo estruturante com a decisão estrutural um caminho digno de atenção e estudos por sua prospectiva e linear lógica que pode propiciar soluções mais aderentes, abrindo uma nova e alternativa entrada para a intervenção jurisdicional, menos “invasiva” que o ativismo judicial.

Oras, observando os litígios de saúde em nosso Judiciário, temos que o tradicional ponto de inflexão entre a necessidade do demandante e os limites do Estado para prestar o necessário pode ter uma saída alternativa, com uma medida negociada, em que não se busca nem a quebra de um, nem a negligência a outro. Temos uma chance de alcançarmos soluções mais proporcionais, compreendidos e observados todos os aspectos envolvidos na questão. Ao invés de vedar-se a ação civil pública a decisão estrutural pode aprimorar sua resolução de modo a tornar mais equilibrados todos os efeitos, ao invés de uma decisão que por exemplo, mine todo recurso de um município para atender um único munícipe em detrimento do direito de outros milhares.

Frisemos aqui que uma decisão estruturante tem como pressuposto o respeito pelas decisões e pelo clamor público de que sejam atendidas as necessidades, com uso das competências descritas na constituição pelo julgador para tal. Doutra feita, cremos que a decisão estruturante tornar-se-ia tão somente um apelo de acordo, perdendo de fato sua relevância, legitimidade e mesmo futura eficácia.

Considerando ainda que decisões estruturantes em um ordenamento jurídico que, como em nosso caso, as omissões jurídico-administrativas são incisivas e longas, podem propor com certa segurança que medidas estruturantes não devem substituir as decisões e respectivas litigâncias individuais. Afinal, tais sentenças estruturantes teriam o condão de garantir uma solução equânime, unitária e sistêmica com relação ao seu cumprimento espontâneo resistido, não havendo que se falar assim em absoluto afastamento de demandas pontuais para satisfação de necessidades ditas urgentes ou emergenciais.

Também não devemos criar um mito de “solução milagrosa” no processo estruturante ao imaginarmos que ele deve ser sempre privilegiado em relação ao sistema atual por, em tese, evitarem a dispersão com a redução das demandas individuais, ou de se crer a decisão estruturante como “definitiva e politicamente legitimada e correta”. Reiteremos aqui a ideia de que ações de cunho estruturante demandariam certo grau de respeito pelos demais órgãos da Administração Pública, respeitando-se suas limitações, bem como a viabilidade de efetivação das medidas.

Em suma: mesmo que adotássemos o processo e decisão estruturante, ainda assim teríamos a necessidade de instalação de uma cultura voltada à complementação entre as partes e reforço mútuo. Em primeiro lugar porque as demandas individuais não iriam, como de fato não poderiam sumir, e em segundo ponto porque em decorrência do primeiro, a decisão estrutural teria um papel limitado e não exclusivo no “instrumental” judiciário.

O processo estrutural poderia ser aplicado não apenas nas relações de direito público, mas também nas privadas de interesse amplo. Entendemos que esta nova ferramenta pode inclusive trazer novo crédito ao Judiciário frente ao povo, considerando seu efetivo potencial de concretização de direitos humanos fundamentais em larga escala através do acordo não destrutivo da máquina pública, entre tantas outras formas de atuação que pode o processo estrutural assumir em nosso sistema jurídico.

Decerto, antes de qualquer vislumbre maior possibilidade de positivação de tal instrumento, é indispensável à larga pesquisa e discussão de sua aplicabilidade e efetividade

na busca da nua justiça. Deve-se com a discussão acadêmica, levar aos tribunais brasileiros arcabouço já sedimentado do instituto, de modo que este possa ser gradual e paulatinamente (homenageando-se assim o Princípio da Segurança Jurídica) implementado.

Observando a forma tradicional norte-americana da *structural injunction* vemos que os direitos constitucionais basilares só são efetivamente aplicados com ostensiva supervisão judicial, inda que esta se faça por representação ou delegação – que muito bem pode, ao nosso ver, se iniciar como já citado na figura do “*amicus curiae*”, das políticas e práticas assumidas pelo ente supervisionado. Também precisamos nos ater ao fato de que não se pode vulgarizar a aplicação do instituto, ainda que ocorra o descumprimento de decisão judicial.

5.5 A Ética do Magistrado como base do Processo Estrutural

Novamente voltemos nossa atenção à ética do magistrado, agora sob o enfoque do decidir pela via estruturante.

Qual não deve ser o conflito ético ao se deparar com uma situação de premente necessidade do requerente, considerada a sapiência da frequente impossibilidade de atendimento pelo Estado e ainda, o enorme caos que sua decisão se não plenamente afilada com as possibilidades e necessidades das partes pode gerar, ao se lembrar que sua decisão poderá embasar centenas, se não milhares, de outras decisões de outros demandantes com semelhantes necessidades, nos mais variados âmbitos da Administração Pública?

É certo que a própria Magna Carta estabelece mecanismos de proteção dos juízes, de modo a impedir toda sorte de pressão externa sobre estes. Também as temos no sentido de promover a imparcialidade, como no caso da impossibilidade de demissão após 2 anos de magistratura, salvo em caso de justa causa, a irredutibilidade dos vencimentos, entre outras.

Mas, com o mesmo escopo que se criaram estes dispositivos de proteção, cerceamentos à liberdade do juiz também foram feitas, ao proibir o exercício de outras funções públicas, salvo acadêmicas, a afiliação a qualquer partido político, o recebimento de qualquer pagamento que não do Estado e o próprio advogar.

Enquanto os outros Poderes têm maior interação com movimentos políticos, o Judiciário deve ter total independência e imparcialidade de modo que o juiz possa judicar em

favor das minorias (reais demandantes da maioria das lides e nem sempre prestigiadas), que constantemente são excluídas de todo grande processo político substancialmente majoritário.

Agora, temos como premissa que a ética em uma profissão ou função é corolário da própria função e essa ética se define ao longo da história. É uma construção cultural, quase uma fatalidade. Como também temos como premissa que nas ciências humanas não existe verdade absoluta.

Coloca-se aqui a figura do magistrado, como aquele a dizer muitas vezes que alguém tem direito a tal pedido, e o Estado que se vire e provisione dinheiro de onde não tem tirando de todos os outros fundos ou então dizendo àquele que agoniza pela falta daquilo que é pedido, que ele deve morrer resilientemente em nome do bem-estar da população que seria no todo prejudicada para ele ter seu pedido atendido. Ou ainda, face as pressões sociais (políticas, midiáticas e administrativas) qual deve ser seu modo de agir quando o “justo” não lhe prestigia perante o senso comum ou aqueles que detém poder suficiente para o pressionar, ainda que indiretamente?

Neste sentido, grande guerra entre ego, interesse e comiseração se trava no íntimo do magistrado, ao dizer o direito em uma questão que verse sobre política pública de saúde. Prestígio o detentor do Poder Público? Celebro a Dignidade da Pessoa Humana? Mantenho-me em eu posto de Magistrado, acima do bem e do mal me limitando a dizer o Direito posto?

A cada dia são mais transparentes as ações do judiciário, dado o próprio acesso amplo a toda informação e ao fato de que a cada dia mais o brasileiro se interessa por assunto jurídicos por influenciarem, direta ou indiretamente, suas vidas, sem contar é claro, com o avanço tecnológico que trouxe o processo à palma da mão de qualquer pessoa por uma tela de celular.

No Estado de Direito em que vivemos, não temos ainda perseguições jurídicas e temos ainda todo reforço que a própria Constituição dá à perseguição dos direitos sociais.

Mas, e quando o juiz se depara com questões em que ambas as partes têm argumentos constitucionais e lógicos para defender sua posição? Qual a relação de fato entre direito e ética? Em sociedades complexas como a nossa, ética e direito não se confundem, mas que se interligam, desde os grandes princípios morais do iluminismo.

Na zona discricionária da decisão judicial dos casos complexos, quando o juiz sai da “zona e certeza” e vai para a “zona de penumbra” onde as decisões são discricionárias e políticas, entendemos que a busca pela resposta correta nesse tipo de demanda, está claro no

seguir o direito posto, mas também em, de boa-fé, manter viva a sensibilidade em relação às circunstâncias de cada caso e suas inferências na sociedade, no mundo real. Deve-se buscar um ideal regulativo que não promova novo óbice à efetividade da justiça e do direito. Continuar perscrutando a ordem jurídica no mundo da realidade.

A resposta não deve ser um termo, mas o caminho da justiça e concretização dos direitos. Ética e Direito não existem para discussões filosóficas ou para nutrir sábios debates, mas para resolver problemas reais de homens e mulheres reais e portanto, suas peculiaridades e singularidades necessariamente devem ser observadas e sopesadas na busca da verdadeira justiça.

Muito embora pareça talvez trivial ou até presumível tal, temos por seguro que a estrita observância destes preceitos faria total diferença no verdadeiro sentido de se fazer justiça, aliando-se a isto o processo e decisão estrutural, posto que as ferramentas que deverão surgir para instrumentalizar e positivar o processo estrutural e a decisão estruturante de forma mais robusta e adequada em nosso ordenamento, daria um grande poder de ação (que como já dissemos, faz margens com o ativismo) regulamentado, dos quais forças outras podem tentar se valer para obter vantagens e agraciamentos.

Estes princípios éticos, embora grandiloquentes e belos, numa sociedade marcada pelo “jeitinho”, pelo “contato” e pela influência, correm o risco de, com esta abertura maior do “poder” do juiz no modelo estrutural, possa operar com “sinal trocado”, sendo usados em prol de quem não efetivamente é detentor do direito.

Vemos com certa clareza a chance de tornar-se o modelo estruturante em um “ativismo judicial travestido de boa índole”. E, dada a natureza ampla do processo estrutural bem como a liberdade na tomada de decisões inovadoras do juiz, seguro firmar que sua ética será o sustentáculo da conservação e manutenção do espírito do instituto, por mais positivado que este esteja e munido de dispositivos de segurança contra o ativismo. Daí a urgência de trazermos à baila dos tópicos para criação de um sistema estrutural brasileiro, a ética.

Creemos firmemente tratar-se o sistema estrutural de tema eminentemente ético, e deste indissociável se o desejamos real e aplicável no mundo jurídico.

5.6 O Processo Estrutural aplicado no Brasil como possível via de solução das demandas complexas de Saúde Pública aliado necessariamente à Saúde Preventiva Efetivada do SUS como única forma possível de efetividade do Direito Constitucional de Saúde

Agora, considerando que temos um juiz ético, um sistema positivado de justiça estrutural capaz de dirimir lides complexas com a participação popular e a cooperação dos Órgãos Públicos.

Neste cenário de (utópico?) equilíbrio político-jurisdicional, temos ainda um grande ponto a ser avaliado, da mesma magnitude e importância da implantação do sistema estrutural como possível solução das demandas de saúde: a implantação massiva da saúde preventiva, criada com o SUS com base nas diretrizes do VIII CNS.

Voltemos uma vez mais nossa atenção aos enunciados da referida conferência. Neles, temos a definição de “saúde como direito” e, por conseguinte, a proposta de “reformulação do sistema nacional de saúde”, que originou o SUS.

Nesta conferência, já encontramos a percepção de que o sistema de saúde nacional necessitava de uma reforma muito mais profunda do que uma simples reorganização política ou financeira. Lemos em seu documento final que:

1 - Em primeiro lugar, ficou evidente que as modificações necessárias ao setor saúde transcendem aos limites de uma reforma administrativa e financeira, exigindo-se uma reformulação mais profunda, com a ampliação do seu próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, revendo-se a legislação que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde, constituindo-se no que se está convencionando chamar a Reforma Sanitária... “ ”...Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

2 - A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.

3 - Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às condições e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

4 - Esse direito não se materializa, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade de o Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. Entre outras

condições, isso será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população.

5 – Deste conceito amplo de saúde e desta noção de direito como conquista social, emerge a ideia de que o pleno exercício do direito à saúde implica em garantir:

- Alimentação para todos, segundo as suas necessidades;
- Moradia higiênica e digna;
- Educação e informação plenas;
- Qualidade adequada do meio-ambiente;
- Transporte seguro e acessível;
- Repouso, lazer e segurança;
- Participação da população na organização, gestão e controle dos serviços e ações de saúde;
- Direito à liberdade, à livre organização e expressão;
- Acesso universal e igualitário aos serviços setoriais em todos os níveis.¹⁸³

Vê-se muito claramente neste extrato da conferência, que os participantes definiram em linhas gerais o que vem a ser o direito de saúde no Brasil, e as ações e situações que compreendiam necessárias à sua efetivação.

Foram além inclusive, ao sugerir uma visão holística para o que é e como se obter saúde para cada indivíduo, colocando – exatamente como no processo estrutural se sugere – a sociedade como interessada e o Estado como detentor do dever de fornecer, mas em contato com aqueles para a obtenção de um “acordo”, bem como a extensão do direito à “promoção e proteção” da saúde – ou seja, a saúde preventiva. Vejamos:

(...) a caracterização da saúde de cada indivíduo como de interesse coletivo, como dever do Estado, a ser contemplado de forma prioritária por parte das políticas sociais;

- a garantia da extensão do direito à saúde e do acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional;

- a caracterização dos serviços de saúde como públicos e essenciais.¹⁸⁴

E neste ponto temos ainda, para encerrar o trabalho dando a maior margem possível à discussão e ao debate, que abordar o tema da saúde preventiva.

¹⁸³ 8ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Relatório final*. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em 12/12/2019.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

5.7 A Saúde Preventiva como Meio de Diminuição de Demandas

Após apresentarmos nossa proposta para as demandas complexas sobre saúde e as possibilidades do processo estruturante solucionar os casos, mister se faz observarmos a influência e necessidade da saúde preventiva no cenário de resolução das demandas complexas.

Sob uma visão holística, não podemos deixar de contemplar, em qualquer caso em que proponhamos a decisão estrutural e o processo estruturante, o entorno da situação, os gargalos que a geram e as possíveis contenções preventivas.

Neste sentido, já que analisamos a sentença estrutural sob o enfoque das demandas complexas de saúde, cabe-nos pensar e mesmo propor a discussão da importância (para nós inegável) da necessidade de instalação (por decisões estruturais se necessário for) de políticas sérias e engajadas de saneamento básico, combate à obesidade, sedentariedade, prevenção (muitas vezes simples) de doenças hoje tidas como epidemias.

A grande quantidade de ações que versam sobre demandas oriundas do direito à saúde, pode ter grande parte extinta, pelo desaparecimento do fato gerador, a partir da medicina preventiva.

Questões simples como educação sanitária, acesso à água potável e tratamento de esgoto, a oferta concreta de vacinas e orientações de saúde básica (higiene e preparo de alimentos por exemplo) nas grandes periferias e interiores dos Entes Federados (que não são realidade nos grandes rincões do país, a orientação da necessidade de se buscar a saúde de forma preventiva, mesmo nas grandes metrópoles, a conscientização da população das doenças ditas “modernas” oriundas do ritmo das grandes metrópoles como a depressão, a falta de habitualidade nos hábitos alimentares (destaque-se aqui a baixa ingestão de água e ainda o consumo excessivo principalmente por crianças, adolescentes e jovens de alimentos processados com grande quantidade de gordura, sal e açúcar como biscoitos recheados, salgadinhos, etc.), com o apontamento de seus males e efeitos, com enfoque ainda na obesidade infantil, há sedentariedade cada dia maior entre as faixas etárias menores, com a oferta inclusive de opções de lazer (pelo processo estrutural talvez até de modo pontual em cada comarca? Afinal, o processo estrutural para nós, antes de mais nada é acordo e cooperação orquestrados sob o peso da decisão judicial).

Enfim, enquanto juristas, não cabe a nós a descrição das medidas corretas e sua avaliação de impacto, mas tão somente a oferta de uma ferramenta capaz de propiciar à população o acesso de fato à saúde para além do tratamento sintomático, e à Saúde enquanto órgão público, de condições de deliberação e acordo com o paciente na busca da melhor solução possível para seu problema, que complexamente falando, à toda sociedade atinge e que requer, mais cedo ou mais tarde, de repetição de lide, repetição esta que pelo processo estrutural já será saneada ou ao menos diminuída exponencialmente, cabendo ao mesmo modelo estruturante as adaptações e adequações a cada caso ou grupo sem nova movimentação de todo aparato estatal por sua flexibilidade de ação e interação (vantagem maior sobre o modelo tradicional).

CONCLUSÃO

Com o intuito de encerrar o presente estudo e a concepção como um todo apresentada até o momento, serão em síntese expostas de maneira sucinta, ressaltando de forma englobada os temas abordados.

O direito à saúde, analisado como direito individual, beneficia a vida em sua mais vasta definição e, perante a ótica individual, o direito à saúde sugere a liberdade do profissional de saúde, a fim de determinar o início do tratamento. Ele necessita, conseqüentemente, de poder e instrumental para apoiar-se em todas as opções possíveis, de modo a eleger a mais apropriada.

Restou clara, no estudo realizado, a categorização do direito à saúde como um direito fundamental da pessoa humana de forma a garantir o mínimo existencial. Tal direito integra o rol dentre tantos outros há muito já positivados na Constituição Brasileira. Não se poderia imaginar o atendimento à igualdade, à proteção do direito à vida e à integridade física sem se vislumbrar, por motivo óbvio, seu vínculo ao direito à saúde.

O Estado Brasileiro por sua Constituição é um provedor de igualdade social, cabendo-lhe o atendimento a direitos que lhe exige condutas positivas. Cabe ao Estado, ainda, não apenas a não violação do direito à saúde, mas a obrigação de sua concretização, seja através de políticas públicas por parte do executivo, seja através da edição de leis constitucionais, que se enquadrem na órbita humana do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

A observância a tais regras não se cumpre apenas com a divisão e distribuição constitucional de recursos. Caberá a cada ente a correta gestão do dinheiro público, devendo o administrador deste agir pautado pelos princípios concorrentes à correta e fiel execução das políticas públicas e dos atos delas decorrentes. Deverá o gestor agir com integridade e responsabilidade, não cabendo ao mesmo albergar-se na reserva do possível como fundamento de negativa ao atendimento à saúde da coletividade ou do indivíduo, se a gestão de recursos foi (ou não) maculada por censuráveis desvios.

Estudou-se, também, o direito a saúde e o princípio do mínimo existencial para se garantir a dignidade da pessoa humana frente à reserva do possível muitas vezes arguida pelo Estado para não cumprir seu dever Constitucional de prestação e garantia da saúde. Diante disso, leva-se a comprovar a legitimação da judicialização da saúde, desde que observadas

certas condições e limites. E não caberia ao Judiciário autorizar procedimentos alternativos ainda não efetivamente testados ou reconhecidos. Mas não poderá o órgão julgador permitir que não sejam utilizadas técnicas comprovadamente eficazes em virtude de as mesmas não terem sido referendadas pelos órgãos nacionais competentes, pois o que deve ser preservado é a garantia a um atendimento, mínimo que seja em busca da cura do paciente para se ter garantida também seu direito a uma existência digna.

A judicialização de tal direito torna-se necessária para dirimir os conflitos que assolam o caos em que se encontra a saúde pública do Brasil, pois constantemente as pessoas se veem em situações que necessitam de atendimento médico diferenciado, e mesmo quanto ao atendimento médico padrão, e não conseguem obter o mínimo necessário para tal atendimento, não obtendo sucesso na maioria das vezes, até certo ponto, pela deficiência dos institutos processuais clássicos para solução destas lides.

Noutro giro, sustenta-se que os processos estruturais devem sustentar uma *pretensão epistêmica* – seja dizer, deve-se ter por finalidade a produção de bons resultados sociais (ou de contribuir com a construção coordenada do valor público discutido), presentes tais requisitos, e se preservando, ao possível, o equilíbrio e diálogo entre os poderes, não há como discordar-se da prestação efetiva da tutela jurisdicional na busca da consecução do direito à saúde.

Para que essa forma processual bem se desenvolva, algumas reformulações serão necessárias como a concepção de titularidade do direito deve ser readequada para abarcar, à máxima especificidade possível, a multiplicidade de interesses distintos, e por vezes conflitantes, da sociedade impactada; a concepção de participação no processo deverá ser repensada, tanto para viabilizar a representação adequada dos subgrupos de interesse envolvidos na relação policêntrica, quanto para permitir, tanto quanto possível, a participação direta dos interessados; necessitar-se-á de considerável tolerância à flexibilização do processo, sobretudo com relação ao princípio da demanda e aos institutos da preclusão e coisa julgada, para que se proporcione um cenário próprio a resolução de conflitos sociais mutáveis e multipolares.

No que se refere à assistência terapêutica integral o estado deve empenhar-se com todos os esforços que estejam ao seu alcance para asseverar ao cidadão o exercício de todos os direitos que ele por si só não consegue, no que tange ao direito fundamental que por sua natureza demanda da participação estatal.

A construção de um modelo processual estrutural pautado no amplíssimo dever de diálogo, assim, faz convergir no bojo das medidas estruturantes grande parte das vantagens mutualmente existentes nas decisões *isoladas* de cada um dos Poderes; reduzindo-se os custos socioeconômicos de posturas *estritamente* isolacionistas. Trata-se, sobremaneira, de uma forma de *internalizar nas decisões estruturais* uma concepção forte de diálogos entre as instituições públicas, a sociedade e o demandante, visando na maior medida possível a mais adequada *construção coordenada* do significado dos valores públicos.

Neste cenário observou-se a questão da posição ética que deve assumir o titular da magistratura (bem como todos os demais operadores do direito). Abordaram-se os elementos éticos considerados imprescindíveis à figura do juiz no papel de dizer o direito e chegou-se à conclusão que não pode mais o juiz assumir o papel de semideus ao prolatar sentença, mas deve ter, antes de mais nada, consciência social global da situação objeto das demandas, de modo a poder não apenas julgar corretamente, mas principalmente, assumir um novo papel de mediador na busca por uma decisão realizável e construída em conjunto e cooperação das partes e sociedade, com sistemas de regulação e conferência que lhe permita adequar-se quando necessário na busca da concretização real do direito.

Ultrapassada a crítica ao termo “direito de saúde”, analisou-se o caso da ACP do Carvão enquanto se buscava entender como se daria o processo estrutural nas políticas públicas. Buscou-se compreender o conceito de demanda complexa com sua nova frente de atuação requerida do judiciário, palco que nos introduz a aplicabilidade do processo estrutural, por suas características.

Observou-se a ética do juiz no processo estrutural e o que se acredita devam ser os balizadores na prolação da sentença estrutural, dada à amplitude do espectro de consequências da sentença e a situação do juiz que no processo estrutural se vê com grande poder em mãos.

Apresentou-se por fim, o que se entendeu ser um possível e plausível modelo de processo estrutural que possa ser positivado no Brasil na busca de solução das demandas complexas, observados, sobretudo, os balizadores do processo estrutural e a necessidade da observância da saúde preventiva, na busca não apenas da diminuição de demandas, mas da concretização do direito à saúde para antes do tratamento das enfermidades, na prevenção e orientação necessárias.

Conclui-se esta dissertação com satisfação, e a certeza de que se faz necessária uma visão holística sobre a questão complexa (qualquer que seja), para se encontrar uma saída

plausível e realizável, em consonância com o velho e até então combatido (ao invés de compreendido) binômio necessidade x possibilidade. Muito há que se discutir sobre o tema até que algo concreto submerja de nossa realidade caótica das demandas complexas, mas crê-se que o processo estrutural e a decisão estruturante possam ser, por exemplo, nas demandas complexas de saúde, o caminho mais viável e possível (sem contar sua consonância com a vontade do povo e do constituinte conforme vimos na leitura do enunciado da VIII CNS) na busca do real direito à saúde que vai além do simples tratamento clínico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

8ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Relatório final*. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 12/12/2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35045>. Acesso em 27/12/2019.

ASCENSI, Felipe. *Sistema Único de saúde, lei nº8080/90 legislação correlata*, Rio de Janeiro: ALUMNUS, 2015.

BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Direito à saúde e solidariedade na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (prefácio)

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. [S.l. 2019]. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. . *Curso de Ética Jurídica, Ética Geral e Profissional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A Judicialização do Direito à Saúde: A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública da Saúde*, realizada entre os dias 27/4/2009 e 7/5/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 855.178-SE*. Reclamante: União. Reclamado: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15319097113&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 175*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 28/9/2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório analítico propositivo. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Instituto de Ensino e Pesquisa. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em 27/12/2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./ mar. 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2015, v. 2.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017.

DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo- estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015.

FERRAZ, Anna Cândida Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: *Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização*. Org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifício, 2006.

_____. *Conflito entre poderes – O poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives*. An Introduction to Procedure. New York: Foundation Press, 2003

_____. "Two models of adjudication". In: DIDIERJR. Freche, JORDÃO, Eduardo Ferreira (CO- 7, ord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. As formas de Justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____. *The Allure of Individualism. The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, 2003

FONSECA AF, CORBO, AD, (Orgs). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: EPSJV, Fiocruz; 2007.

G1 Amapá. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2014/04/estou-ha-quase-dois-meses-espera-decirurgia-diz-paciente-em-protesto.html>. Acesso em: 26/10/2019.

GARCIA, Barros Gabriel. *A intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde*. 2012. f. 35-36. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS, Belo Horizonte, 2012.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 108, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. In: Revista Forense, vol. 370. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KRELL, Andrea Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva". Repercussões do novo CPC - processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAAS, Rosa Helena; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais: algumas estratégias. *Unoesc International Legal Seminar*, Chapecó, v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4382>>. Acesso em: 10 set. 2019.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil*: atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MPU - Ministério Público da União. *Histórico do Ministério Público no Brasil*. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico>. Acesso em: 08/03/2019.

NALINI, José Renato. A formação do juiz, in NALINI (Coord.) *Formação jurídica*. 2 ed, revista e ampliada, São Paulo: RT, 1999.

_____. *Ética e Direito na Formação do Juiz*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout15anos/article/download/3673/3763> acesso em 27/12/2019.

_____. *Ética e justiça*. Oliveira Mendes, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

PAULO, Vicente; Alexandrino. Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2019.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde*: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Ricardo Canguçu Barroso de. *Sobre as Mutualidades*. 2000. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/barroso/mutualidades.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva. 1976.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Ação civil pública*. Minas Gerais: Del Rey, 2005.

SANTANA, José Lima. O Princípio Constitucional da Eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS). In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Org). *Direito à Vida e à Saúde*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SICHES, Luis Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2 ed., Imprenta México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Júlio César Ballerini. *Aspectos da tutela do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio: ponderações sobre relações de direito público e privado*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, jul. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18398>>. Acesso em: 26/10/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. 500 - *Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5559067&numeroProcesso=1165959&classeProcesso=RE&numeroTema=500> acesso em 03/01/2020.

_____. 793 - *Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793> acesso em 03/01/2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105, de 16.03.2015: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Obra Coletiva (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Análise de políticas de saúde. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

VIRTUE, Sovereign. Cambridge (Mass): Oxford, 2000.

VITORELLI, Edilson. *Litígios Estruturais*: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: *Processos Estruturais*. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *O Devido Processo Legal Coletivo*: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.