

# O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DO PROCESSO ESTRUTURAL

*THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES AND THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH THROUGH THE STRUCTURAL PROCESS*

Paulo Henrique Guilman TANIZAWA<sup>1</sup>

Ana Luísa Barreto LIBERATTI<sup>2</sup>

---

**ISSUE DOI: 10.21207/1983-4225.2021.1023**

---

## RESUMO

A Constituição de 1988 e o Estado Social e Democrático de Direito conferem caráter prestacional à saúde. Embora positivada, a ausência ou deficiência de políticas públicas compele a recorrência da população ao Judiciário, fenômeno denominado judicialização. O processo civil brasileiro é garantidor de direitos fundamentais. Contudo, padece de meios repulsivos a perpetuação da problemática. Valendo-se do método dedutivo, de pesquisa documental e bibliográfica, o estudo demonstra a judicialização da saúde e avalia a adequação do processo estrutural ao processo civil brasileiro. Evidencia que os litígios envolvendo ineficácia de políticas públicas de saúde se adequam ao conceito multipolarizado. Apesar de solver os problemas político-econômicos, a aplicação deste transforma a ordem burocrática do Estado. Dada a receptividade pelo processo civil brasileiro, reputa-se viável aplicá-lo aos conflitos de interesse público relativos à saúde.

**Palavras-chave:** Litígios de interesse público. Judicialização da saúde. Processo Civil. Processo estrutural.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), câmpus Londrina. Advogado. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8591892009374250>.

<sup>2</sup> Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2260375769970852>.

**ABSTRACT**

*The 1988 Constitution and the Social and Democratic State of Law give health benefits. Although positive, the absence or deficiency of public policies compels the recurrence of the population to the judiciary, a phenomenon called judicialization. The Brazilian civil process guarantees fundamental rights. However, the perpetuation of the problem suffers from repulsive means. This research aimed to demonstrate the increasing judicialization of health and to evaluate the adequacy of the structural injunction compared to the Brazilian civil process. It was evidenced that public law litigation fit the multipolarized concept. Despite solving the political and economic problems, the application of the the structural injunctions transforms the bureaucratic order of the state. Given its receptivity to the Brazilian civil process, it is considered viable to public law litigation related to health.*

**Key-words:** *Public law litigation. Health judicialization. Civil law. Structural injunctions.*

## 1 INTRODUÇÃO

A transição do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito consubstanciou a saúde como um direito fundamental, social, e parte do mínimo existencial. Assim caracterizado, cumpre ao país efetivar este direito previsto constitucionalmente, promovendo políticas públicas e econômicas, reduzindo o risco de doenças e agravos ao conferir acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Todavia, a frequente inexistência ou deficiência de políticas públicas relacionadas à saúde, bem como as omissões por parte dos poderes Executivo e Legislativo, fazem com que a população recorra ao Poder Judiciário em busca de efetividade aos seus direitos sociais, ocorrendo o fenômeno denominado como judicialização.

Contudo, apesar do processo civil brasileiro ser mecanismo que auxilia na garantia dos direitos fundamentais, a problemática do descumprimento e da ineficiência das políticas públicas nessa seara ainda se perpetuam. Assim, faz-se necessário investigar quais os recursos que o processo civil utiliza ao lidar com os litígios que envolvem políticas públicas e identificar os problemas deles advindos.

Para tanto, será demonstrada a crescente judicialização da saúde pública e sua repercussão. Posteriormente será estudada a capacidade do direito processual civil brasileiro em lidar com os litígios de interesse público, avaliando em seguida os aspectos dogmáticos e teóricos acerca do processo estrutural, oferecendo-se uma visão crítica e constitucional. A partir de então, demonstrar-se-á a viabilidade das structural injunctions como nova perspectiva à reordenação e redistribuição das funções estatais na efetivação de direitos fundamentais e implementação de políticas públicas no Estado brasileiro, especialmente no que tange à saúde.

## 2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

### 2.1. SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), a proteção do direito à saúde se dava de forma indireta, restrita a normas esparsas e inespecíficas. Mas o denominado Movimento de Reforma Sanitária almejava alterar a gestão de saúde contributiva, centralizada e vinculada ao Ministério da Previdência. Nesse sentido, sua participação foi fundamental na VIII Conferência Nacional da Saúde, ocorrida em 1986, em que foram discutidas e propostas diretrizes visando a descentralização e participação da coletividade na gestão da saúde, a fim de consagrá-la como direito isonômico e universal.<sup>3</sup>

O Relatório Final da VIII Conferência concluiu que a saúde pública deveria reger-se pelos princípios da descentralização dos serviços, da integralização das ações, da regionalização e hierarquização das unidades, bem como da participação da população na sua gestão.<sup>4</sup> O novo modelo discutido na Conferência foi um dos marcos da sistemática introduzida pela CF/88, que atribuiu contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas agora não propriamente integrado ou subsumido à garantia de assistência social, rompendo-se com a tradição legislativa e constitucional vigente.<sup>5</sup>

Paralelamente à evolução do direito à saúde e sua positivação na CF/88, o Brasil também evoluiu politicamente. Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional qualificando o Estado como Social e Democrático de Direito, uma vez que o artigo 1º o denomina apenas como país democrático, não restam dúvidas e há consenso doutrinário quanto àquela denominação, que se manifesta pela previsão de grande quantidade de direitos fundamentais sociais condicionados à contraprestação por parte do Estado.<sup>6</sup> Portanto, por ser assim

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Flávia Silva de. Controle social no sistema único de saúde – SUS: aspectos constitucionais e legais dos Conselhos de Saúde. In: **Prima Facie**, v.6, n.11, 2007, p. 76-90.

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório Final da 8.ª Conferência Nacional de Saúde**.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, v.17, n.67, jul./set. 2008, p. 126.

<sup>6</sup> Idem, 2008, p. 71.

caracterizado, deve o Estado garantir à população que o habita a satisfação de seus direitos fundamentais, provendo-os através de políticas públicas.

Os direitos fundamentais são aqueles garantidos aos indivíduos e limitados no tempo e espaço, por serem positivados na Constituição Federal. Por esta razão, detêm eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme assegura o §1º do artigo 5º da Constituição Federal, o que possibilita a exigência da prestação destes direitos pelo Estado no âmbito de quaisquer dos três poderes, seja Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Dentre os direitos fundamentais, se encontram os direitos sociais, dispostos no artigo 6º da Constituição Federal. Posteriormente às conquistas do passado, a saúde se designou um direito social, descrito no artigo 196 da Constituição como pertencente a todos e encargo do Estado. Este é responsável, por meio de políticas públicas e econômicas, em reduzir o risco de doenças e agravos e conferir acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Conforme o exposto por Ada Pellegrini Grinover, a fruição destes direitos depende diretamente da organização do Estado, que deve fixar e implementar políticas públicas por meio da função legislativa e administrativa.<sup>7</sup>

Ainda, conforme Karina Rocha Martins Volpe, o chamado mínimo existencial, é composto pelos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana e caracteriza-se pela reunião das condições básicas que possibilitam às pessoas uma vida digna.<sup>8</sup> Nesse sentido, pode-se compreender a saúde como um direito fundamental, social e parte do mínimo existencial.

## 2.2 A SAÚDE EM CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO

Ainda que os direitos fundamentais sociais tenham perseguido sucessivos avanços e atualmente estejam constitucionalmente tutelados, há uma grande distância entre sua previsão e efetivação. Neste sentido, aponta Virgílio Afonso da Silva que, embora o Brasil seja, dentre os chamados países em desenvolvimento, um país com uma economia forte, com um PIB entre os quinze maiores do planeta, é ao mesmo tempo um país que,

---

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 423-424.

<sup>8</sup> VOLPE, Karina Rocha Martins. A judicialização dos direitos sociais: estudos de caso na ótica do mínimo existencial. In: **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v.13, n.1, jan./jun. 2012, p. 121.

na área social, padece de todos os problemas característicos dos países não-desenvolvidos.<sup>9</sup> A desigualdade social piora o quadro, fazendo com que grande parte da população dependa completamente da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas de educação, da saúde e da moradia.

O gasto público *per capita* com saúde no Brasil é um dos menores quando comparado aos demais países com sistema universal de saúde e mesmo se contraposto aos países vizinhos, em que o direito à saúde não é um dever do Estado (Argentina e Chile).<sup>10</sup> Conforme o gráfico 1, extraído do Relatório Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil 2018, em 2015, os gastos públicos com saúde no Brasil equivaleram a 3,8% do Produto Interno Bruto (PIB), o que colocou o país em 64º lugar na distribuição mundial, que considera 183 países. A porcentagem é ligeiramente superior à média da América Latina e Caribe, de 3,6%. Os países desenvolvidos aplicam proporcionalmente mais recursos em saúde, em média, 6,5% do PIB.<sup>11</sup>

Além de o Brasil investir pouco em saúde, ressalta Ada Pellegrini Grinover que os poderes políticos frequentemente se omitem, ficam inertes ou executam políticas públicas inadequadas para a satisfação da previsão constitucional. Nesse momento, entende que a função jurisdicional pode ser acionada, seja para fins de controle da constitucionalidade da política pública ou de interveniência, a fim de implementá-la ou corrigi-la.<sup>12</sup> Diante desta problemática, não resta alternativa à população senão recorrer ao Poder Judiciário em busca de efetivar aqueles direitos em que o Estado é omissor em tutelar. Conseqüentemente, tem-se um cenário de crescente judicialização dos direitos sociais, em especial o da saúde pública, como será demonstrado.

Segundo entendimento de Bechtold e Martins, a judicialização se trata de um fenômeno que ocorre quando questões de larga repercussão política ou social são decididas por órgãos da função judicial, e não pelas

---

<sup>9</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 383.

<sup>10</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Nota técnica nº 28 de setembro de 2016**. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil, p. 17.

<sup>11</sup> BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil 2018**, p. 8.

<sup>12</sup> GRINOVER, 2017, p. 423-424.

instâncias tradicionais, Legislativo e Executivo, transferindo-se poder aos juízes e tribunais.<sup>13</sup> Elucida Luis Roberto Barroso:<sup>14</sup>

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a proliferação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Barroso compreende ainda que o fenômeno da judicialização originou-se essencialmente de três causas.<sup>15</sup> A primeira delas foi o grande processo de redemocratização enfrentado pelo país após a ditadura militar, que originou a Constituição Federal de 1988. O retorno da democracia consequentemente devolveu ao Poder Judiciário seu empoderamento político, capacitando-o para efetivar a Constituição e as leis. O ambiente democrático favoreceu a cidadania, a troca de informação e de consciência dos direitos à população, que passou a buscar a tutela perante o Judiciário. Assim, houve fortalecimento e expansão da função judicial e o aumento da demanda por justiça.

A segunda causa foi a criação de uma Constituição Federal abrangente, que abarca os mais variados direitos, sejam individuais ou coletivos. Dessa forma, uma vez que um direito é disciplinado, se torna potencial pretensão jurídica, passível de ser objeto de ação judicial.

Por fim, a terceira causa de judicialização se trata do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Explica Ada Pellegrini Grinover que “o controle de constitucionalidade não se faz apenas pela forma direta, mas também pela difusa, cabendo também à Justiça ordinária, de primeiro grau, exercer o controle de constitucionalidade de políticas públicas, implementando-as ou corrigindo-as”.<sup>16</sup>

Destarte, a chamada judicialização limita-se ao estrito cumprimento daquilo que fora disposto constitucionalmente. Quando determinada norma constitucional permite a dedução de uma pretensão, ao Poder Judiciário cumpre a reconhecer e efetivar, sendo a judicialização produto do próprio modelo político adotado. Como assevera Alves, “a judicialização da política decorre da vontade do legislador constituinte que

---

<sup>13</sup> BECHTOLD, Alan P. A. M.; MARTINS, Marcos Antônio M. de M. Ativismo judicial. In: **Revista FMU Direito**, São Paulo, n. 38, ano 26, p. 6.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, n. 1, 2012, p. 27.

<sup>15</sup> BARROSO, 2012, p. 24.

<sup>16</sup> GRINOVER, 2017, p. 424.

elaborou uma Constituição analítica que permite discussões de origem política e moral nas ações judiciais”.<sup>17</sup>

Ainda de acordo com relatório Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil, entre os anos de 2008 e 2017, o gasto primário da União em saúde apresentou crescimento acumulado real de 31,9% (3,1% ao ano, em média), contra 6,7% (0,7% ao ano) da Receita Corrente. Ou seja, a despesa pública com saúde se encontra acima da taxa da Receita Corrente da União.<sup>18</sup>

Segundo o estudo, os itens como “Assistência Farmacêutica” e “Vigilância em Saúde” foram os que mais contribuíram para a elevação dos gastos, devido, sobretudo, à aquisição de medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, principalmente em função das decisões emanadas do Poder Judiciário, a aqui tratada judicialização da saúde.<sup>19</sup>

A fim de dimensionar os gastos da União com saúde pública, é fundamental compreender que estes são regidos pelo chamado mínimo constitucional. Trata-se de valor mínimo obrigatório estabelecido no artigo 198, §2º da CF/88 para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apliquem, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde.

Neste aspecto, a Emenda Constitucional nº 95 de 2016 alterou o disposto no artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecendo para o ano de 2017 o percentual mínimo de 15% da Receita Corrente Líquida para ações e serviços públicos de saúde. A Emenda foi bastante criticada desde a sua proposta até a sua aprovação.<sup>20</sup> Isto porque a base foi fixada no valor das despesas pagas no exercício de 2016 e em cada exercício seguinte, o teto deverá ser corrigido pela inflação através do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) do ano anterior, ao longo de vinte anos. Dessa forma, a despesa primária não crescerá em termos reais, sendo congelada no valor real de 2016 (base fixa), com a possibilidade de alteração do mecanismo de correção dos limites para vigorar a partir do décimo exercício de vigência da Emenda, por meio de Projeto de Lei de iniciativa do Presidente da República.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Brasileira**, v. 2/2012, jan./jun. 2012, p. 105.

<sup>18</sup> BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil 2018**, p. 4.

<sup>19</sup> BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil 2018**, p. 5.

<sup>20</sup> MORETTI, Bruno. **Graças à “PEC do Fim do Mundo”, Orçamento do SUS cai em 2019**. Carta Capital, 17 nov. 2016.

<sup>21</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol.4, n.1, jan./abr. 2017, p. 260.

O setor de saúde tende a elevar suas despesas, devido ao crescimento dos custos dos serviços em velocidade superior ao índice de inflação médio da economia. Os serviços de saúde apresentam contínuo crescimento de preços relativos com inflação acima da média da economia, denominado efeito Baumol, o que faz com que os seus custos, particularmente no bloco de financiamento de Média e Alta Complexidade (MAC), cresçam acima do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo.<sup>22</sup>

Em contrapartida, a emenda desconsidera as taxas de crescimento econômico e demográficas dos próximos 20 anos, podendo ocasionar o sucateamento de políticas sociais na área da saúde, o que dá margem ao aumento de sua judicialização. Impedirá investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços públicos, incorporação de inovações tecnológicas, aumentos de remuneração, contratação de pessoal, reestruturação de carreiras, que são necessários dado o crescimento demográfico, bem como os objetivos e fundamentos constitucionais, direcionados a um Estado de Bem Estar Social.<sup>23</sup>

Ademais, o envelhecimento populacional também tende a aumentar as despesas com saúde, e conseqüentemente a judicialização deste direito, posto a maior proporção de pessoas idosas, que demandam maiores gastos em saúde. Em 2017, cerca de 50% de atendimentos ambulatoriais e hospitalares do SUS foram destinadas a pacientes acima de 50 anos, que correspondem a apenas 22% da população. Em 2027, o IBGE projeta que os idosos corresponderão a 12,3% da população brasileira, contra 8,0% em 2015.<sup>24</sup>

A partir da análise dos dados, constata-se que o Brasil investe pouco em saúde, se comparado aos investimentos despendidos por outros países, o que se agravou a partir da Emenda, que possibilitou a redução do gasto público com saúde. Assim, supõe-se que a judicialização da saúde é uma constante em crescimento, dada a diminuição do investimento em saúde pelo governo e o maior envelhecimento populacional.

Em suma, conclui-se que a judicialização da saúde é benéfica à sociedade na medida em que o Poder Judiciário é legitimado a efetivar tal direito social previsto constitucionalmente, preservando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, a promoção do bem de todos. No entanto, a crescente judicialização deste direito social

<sup>22</sup> BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil 2018**, p. 4.

<sup>23</sup> MARIANO, op. cit., p. 261.

<sup>24</sup> BRASIL, 2018, p. 7.

denota uma falha na estrutura burocrática do Estado, que tem dificuldade de assegurar o pleno acesso à saúde fora do âmbito judicial, motivo pelo qual será abordado neste projeto uma possível solução à problemática apresentada.

### 3 A ORIGEM DO PROCESSO ESTRUTURAL

Explica Owen Fiss que a Constituição norte-americana tutela valores como a liberdade, igualdade, devido processo legal, liberdade de expressão, religião, direito à propriedade, entre outros. Todavia, ressalta que tais direitos têm grande margem interpretativa, gerando interesses conflitantes e que é preciso conferir significado específico, definir seus conteúdos operacionais, para que se estabeleçam prioridades a serem consideradas em cada caso específico. Atribui aos poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e à população a capacidade para conferir significado aos valores constitucionais.<sup>25</sup>

Prossequindo neste raciocínio, os Estados Unidos pós Guerra Civil, a qual ocorreu de 1861 a 1865, especialmente os estados situados ao sul, eram marcados por leis discriminatórias, denominadas leis de Jim Crow, promulgadas em desfavor dos negros.<sup>26</sup> Melina Fachin e Caio Schinemann relatam que a constitucionalidade destas leis foi chancelada pela Suprema Corte, no ano de 1896, ao julgar o precedente *Plessy v. Ferguson*. Fora analisada a constitucionalidade de lei do Estado de Louisiana que estabelecia a divisão de vagões de trem entre brancos e negros, entendendo-se não violar a cláusula de proteção igualitária prevista na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, legitimando a doutrina do *separate but equal*.<sup>27</sup>

Em contrapartida, entre os anos de 1954 e 1968, iniciou-se nos Estados Unidos um movimento pelos direitos civis denominado *Civil*

<sup>25</sup> FISS, Owen M. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, p. 1-2.

<sup>26</sup> Idem. As formas de justiça. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Godinho da Silva e Merina de Medeiros Rós. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 134.

<sup>27</sup> FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais na tutela jurisdicional de direitos prestacionais. In: **Revista Estudos Institucionais**, vol.4, 2018, p. 219-220.

*Rights Movement*. Para Jordão Violin<sup>28</sup> o período se caracterizava por conflitos raciais e grandes manifestações tanto a favor da igualdade racial quanto em seu desfavor. O movimento foi primordial para produção de efeitos no âmbito jurídico, uma vez que recebeu os anseios por mudança, intencionando reconstruir as relações sociais, especialmente as baseadas em critérios raciais, com uma forma especial de processo, intitulado de reforma estrutural. Assim, o exercício da jurisdição almejava a alteração do *status quo* para conformá-lo à Constituição, sendo que a intenção de reformar estruturas sociais tradicionais naturalmente gerou inquietação social.

O caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*, advindo em meio ao cenário do *Civil Rights Movement*, é considerado o mais emblemático da denominada reforma estrutural, pela importância dos valores constitucionais veiculados na lide, pela dimensão social da decisão e por seu ineditismo, posto que através dele a Suprema Corte norte-americana considerou inconstitucional a doutrina do *separate but equal* nas escolas. Não se restringindo a isso, determinou a adoção de medidas concretas em diferentes períodos a fim de erradicar o sistema escolar dualista com base na cor de pele.

Somente com fortes resistências fáticas e sérias impugnações jurídicas é que a política de segregação racial pôde ser superada nos anos que seguiram.<sup>29</sup> O caso foi exemplar para impulsionar novos movimentos e processos que visaram efetivar os valores constitucionais, sendo que a reforma estrutural foi alargada para concretizar o ideal de tratamento humano nos presídios e hospícios, para assegurar o devido processo na administração do bem estar social e para equilibrar os gastos nos sistemas educacionais no Estado, dentre outros.<sup>30</sup>

É neste sentido que Owen Fiss alude ser um processo pelo qual os juízes dão significado aos valores constitucionais<sup>31</sup>, por meio da

---

<sup>28</sup> VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 303.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 303-304.

<sup>30</sup> FISS, 1979, p. 3.

<sup>31</sup> Conforme nota constante na tradução do artigo original, Carlos Alberto de Salles, Daniel Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós explicam que *adjudication* é a atividade realizada pelo Judiciário na resolução de conflitos, quando o juiz, ao julgar, aplica a norma ao caso concreto, atribuindo a ele solução. Cf. FISS, Owen. As formas de justiça. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Godinho da Silva e Merina de Medeiros Rós. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 120.

operacionalização das burocracias estatais, adaptando formas de procedimentos tradicionais para uma nova realidade social.<sup>32</sup>

Na explicação de Arenhart<sup>33</sup>, as chamadas decisões estruturais normalmente possuem uma decisão-núcleo sobre o conflito em análise, com conseqüente implementação gradual de planos para a consecução do objetivo. Ademais, conforme surgem problemas atrelados à implementação prática da decisão, o Juiz deve adequá-la, adotando outras medidas e instrumentos concebidos em um plano de ação. Assim, a garantia de efetividade está condicionada à imprescindibilidade de revisão periódica da decisão e a fiscalização de sua prática, bem como, a participação das partes e eventuais interessados.

#### 4 O PROCESSO ESTRUTURAL COMO NOVA PERSPECTIVA AOS CONFLITOS DE INTERESSE PÚBLICO

O impacto orçamentário decorrente das decisões acerca da judicialização individual do direito à saúde têm crescido com o passar dos anos, conforme demonstrado anteriormente. A dinâmica futura das despesas com saúde torna-se ainda mais desafiadora em um contexto de limitação do crescimento dos gastos públicos, de ajuste fiscal e de envelhecimento da população brasileira.

O progressivo aumento da judicialização indica que as condenações sofridas pelo Estado parecem não ter influenciado na formulação de políticas públicas alheias aos provimentos jurisdicionais condenatórios.<sup>34</sup> Desta forma, nota-se que a judicialização da saúde oculta um problema estrutural muito maior do que a simples multiplicidade de demandas individuais que pleiteiam medicamentos ou procedimentos cirúrgicos: a dificuldade que o Estado tem de efetivar a política pública de saúde nacional e implementar este direito fundamental.<sup>35</sup>

Partindo-se desta premissa, a judicialização da saúde pode ser classificada como um litígio de interesse público. Isto em conformidade ao que explica Abraham Chayes, segundo o qual o chamado *public interest*

---

<sup>32</sup> FISS, op. cit., p. 2.

<sup>33</sup> ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 225, 2013, p. 400.

<sup>34</sup> FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 213.

<sup>35</sup> ARENHART, Sergio Cruz. Processo estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de processo comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 213.

*litigation* caracteriza-se por ser uma demanda multipolarizada, orientada para o futuro, formada por pretensões difusas, baseadas 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 pelo juiz e pelas partes em cooperação.<sup>36</sup> Nesta perspectiva, os litígios envolvendo a saúde podem ser enquadrados no âmbito da reforma e processo estrutural.

Isto porque, nos ensinamentos de Owen Fiss, a reforma estrutural não se direciona à eventos particularizados ou isolados, mas para práticas da vida social que ameacem valores constitucionais e a função que organizações de grande porte desempenham na criação e perpetuação destas, tal como ocorre com o direito à saúde no Brasil.<sup>37</sup> Neste sentido, será abordado o tratamento do processo civil brasileiro contraposto ao do processo estrutural a este tipo de litígio, a fim de verificar qual o modelo mais adequado à tratativa dos conflitos de interesse público relacionados à saúde.

#### **4.1 O CARÁTER BILATERAL DO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL**

Na lição de Abram Chayes, a estrutura clássica do Direito Processual Civil é marcada por seu caráter bilateral, em que diante de um conflito de interesses, tem-se a parte considerada autora da demanda e a considerada ré.<sup>38</sup> A análise do litígio e dos pedidos formulados impõe ao Magistrado conceder ou rejeitar o pedido da parte demandante. Neste sentido, afirma Arenhart que no direito privado a relação processual clássica resolve de forma eficiente a maioria dos litígios. No entanto, ressalta que determinados casos não se adequam a esta estrutura, pois o posicionamento do juiz em favor de apenas uma das partes é insuficiente para pôr fim ao problema global.<sup>39</sup>

Pode-se aferir que a maioria dos litígios que envolvem o direito à saúde não se restringem somente às partes, mas afetam a esfera jurídica de terceiros, que podem ser abrangidos por eventual decisão judicial.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. In: **Harvard law review**, vol. 89, n. 7, maio 1976, p. 1302.

<sup>37</sup> FISS, 1979, p. 18.

<sup>38</sup> CHAYES, 1976, p. 1282.

<sup>39</sup> ARENHART, 2013, p. 391-393.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 217.

Desta forma, é veiculado na doutrina a relação processual binária não soluciona a existência deste problema abrangente, sendo necessária uma decisão mais ampla, capaz de modificar ou reorganizar a estrutura burocrática do Estado que se apresenta ineficiente.<sup>41</sup>

O tratamento de litígios de interesse público como se fossem bipolares não corresponde à realidade destes conflitos. Nas conclusões de Samuel Paiva Cota e Leonardo Silva Nunes, é inadequada a tentativa de seu enquadramento sob esta ótica, posto que gera uma verdadeira violação massiva de direitos e impede um franco acesso à justiça dos diversos interessados no provimento jurisdicional.<sup>42</sup>

Estes tipos de litígio, que são extremamente complexos, comportam vários sujeitos interessados, e se relacionam a questões de amplo aspecto – como é o caso da judicialização da saúde – trazem uma séria necessidade de repensar a prática jurídica e revisitar os mecanismos processuais existentes, a fim de possibilitar um trato efetivo destes litígios.<sup>43</sup>

Nesta perspectiva, ao contrário do processo civil clássico, o processo estrutural desintegra o conceito típico de partes do processo, conforme explica Owen Fiss.<sup>44</sup> Altera-se a perspectiva individualista para a inclusão de grupos sociais e advogados institucionais no polo ativo da ação. A vítima não é um indivíduo, mas um grupo, que pode ser vinculado à uma instituição, como por exemplo os presidiários de um estabelecimento prisional, ou não, como no caso *Brown v. Board of Education*, em que além de alunos, tem-se um grupo atingido que transcende o vínculo institucional. Enfatiza-se que o grupo existe independentemente da existência de ação judicial e não é possível particularizá-lo no processo. Em outros termos, o grupo existe, tem uma identidade própria e encontra-se na iminência de ser prejudicado.

Neste contexto, por ser o grupo vítima, quem assume o processo em seu favor não necessariamente precisa ser parte dos atingidos, apesar de ser plenamente possível que o seja. Isto porque, a característica do processo estrutural é atingir a burocratização estatal e se o próprio grupo litigasse, encontrar-se-ia em situação vulnerável. Ademais, admite-se a

---

<sup>41</sup> ARENHART, 2013.

<sup>42</sup> COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização de conflitos de interesse público. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.217, jan./mar. 2018, p. 244.

<sup>43</sup> COTA; NUNES, 2018, p. 248.

<sup>44</sup> FISS, 1979, p. 19.

presença de multiplicidade de representantes, na defesa de diferentes ponderações acerca do interesse do grupo vitimado.<sup>45</sup>

Ainda, no decorrer da reforma, o juiz deverá localizar os operadores em posições chave na instituição, para os quais as diretivas de reconstrução deverão ser emitidas. Embora pareça que as decisões no processo estrutural sejam destinadas a indivíduos, na realidade serão voltadas aos departamentos burocráticos do Estado ou de uma organização. Não serão as decisões proferidas a partir da avaliação da culpa particular de um membro dessa organização burocrática, mas em virtude da necessidade de eliminar a ameaça imposta pela instituição aos valores constitucionais.<sup>46</sup>

O magistrado também deverá assumir uma responsabilidade afirmativa para assegurar a adequada representação das partes, dadas as particularidades já explicadas, através de meios compatíveis e observada a imparcialidade, como continua explicando o autor. Deverá ser enviada notificação aos representados, explicando a ação, possibilitando contestação e posterior adequação das partes. De igual forma, poderá convidar organizações ou órgãos públicos para participar do processo judicial como *amicus curiae*, como parte ou outra figura híbrida, desde que o ensejo não seja movido por interesses pessoais do juiz. Pode também designar o *special master* como representante, uma vez que no processo estrutural esta figura tem como uma de suas funções a de representação.<sup>47</sup>

## 4.2 O PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO E NECESSIDADE DE REVISITAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

O artigo 2º do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, estabelece que o processo tem início somente por iniciativa da parte, a qual delimita o objeto em que se exercerá a jurisdição, chamado de objeto litigioso, define as partes, o pedido e a causa de pedir, conforme ensina Leonardo Greco. De igual forma, o réu é livre para escolher as matérias de defesa que pretende submeter à apreciação do juiz. Assim, conclui-se que o Estado, por meio do Poder Judiciário, não deve apreciar o direito material

---

<sup>45</sup> FISS, 1979, p. 20.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>47</sup> FISS, 1979, p. 26.

das partes além dos limites por elas estabelecidos, salvo nos casos excepcionais confiados pela lei à tutela ativa do juiz.<sup>48</sup>

Pelo princípio da adstrição, previsto nos artigos 141 e 492 do CPC, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide nos termos em que foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes, segundo doutrina de Humberto Theodoro Júnior.<sup>49</sup> Na lógica processual tradicional, a prolação de sentença que deixe de observar tal princípio será eivada de nulidade, caracterizada como *extra petita*, quando soluciona causa diversa da requerida pelas partes nos pedidos e causa de pedir; *ultra petita*, quando ao conceder o pedido, o juiz o defere além dos termos requeridos; ou *citra petita*, quando deixa de julgar algum pedido requerido.<sup>50</sup>

Ademais, impõem os artigos 322 e 324 do CPC que os pedidos devem ser certos e determinados, ou seja, expressos e delimitados com clareza. Ainda, o processualista Humberto Theodoro Júnior dispõe que o artigo 329 do mesmo Código estabelece serem a modificação ou aditamento dos pedidos ou da causa de pedir impedidas de realização pela parte autora após a contestação do réu, sem a anuência deste, e em hipótese alguma após o saneamento do processo.<sup>51</sup> Assim, evidenciam-se as características de rigidez modificativa e preclusiva do pedido.

Pontificam Samuel Paiva Cota e Leonardo Silva Nunes que estas regras processuais objetivam alcançar diversas finalidades, entre elas especialmente evitar atos protelatórios, garantir segurança jurídica, celeridade processual e imutabilidade da pretensão. Ressaltam, porém, serem regras preclusivas ou de delimitação da pretensão e que podem transformar-se em óbice à concretização de determinados direitos ou ao acesso à justiça, quando considerada a lógica processual multipolar em detrimento da processual bipolar.<sup>52</sup> Outrossim, Susana Henriques da Costa assevera que as regras inflexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo podem se mostrar insuficientes para lidar com a mutabilidade inerente aos direitos difusos. O pedido originalmente realizado pode, com o lapso temporal, não mais ser apto a resolver a crise de direito material trazida para a apreciação jurisdicional, que passa a demandar outro tipo de

---

<sup>48</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 511-512.

<sup>49</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, p. 72.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 1.099-1.100.

<sup>51</sup> THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 738.

<sup>52</sup> COTA; NUNES, 2018, p. 246.

prestação protetiva, em função da alteração da causa de pedir.<sup>53</sup> Razão pela qual Arenhart expõe a necessidade de adequação do processo estrutural a este tipo de litígio. Ainda, afirma ser necessário para a admissão de provimentos estruturais um sistema maleável, de forma que o magistrado tenha liberdade na eleição da melhor forma de atuação na tutela do direito.<sup>54</sup>

Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterada pela a Lei nº 13.655/2018, destaca em seu artigo 21, parágrafo único, que a decisão nas esferas administrativa, controladora ou judicial, que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas, bem como as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.<sup>55</sup>

O mencionado artigo possibilita a implementação de técnicas processuais de tutela com características estruturais nos litígios complexos que envolvam o controle da Administração Pública, indo de encontro a uma sistemática processual diversa da tradicional, em que os efeitos da sentença são multilaterais e se irradiam extraprocessualmente.<sup>56</sup>

Recepciona as decisões estruturais, em que o juiz, ao invés de unilateralmente impor obrigações de cumprimento imediato, nos rígidos prazos fixados pela norma processual, segue uma nova formatação para a tutela executiva da sentença, planeja e dimensiona no tempo, com a cooperação das partes, um cronograma para implementação das obrigações impostas, atento aos impactos e repercussões extraprocessuais da ordem judicial.<sup>57</sup>

Por conseguinte, o artigo 21, parágrafo único da Lei nº 13.655/2018 possibilita a utilização de medidas estruturantes na

---

<sup>53</sup> COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 414.

<sup>54</sup> ARENHART, 2013, p. 398.

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei número 13.655/2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, D.F, pt. 1, p. 1, 26 abr. 2018.

<sup>56</sup> MENEGAT, Fernando. **A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública**. Direito do Estado, ano 2018, n. 396, 26 abr. 2019.

<sup>57</sup> ARENHART, 2013, p. 397-403.

implementação de sentenças condenatórias e mandamentais exaradas em face do Poder Público nos processos de maior complexidade. Para Owen Fiss<sup>58</sup>, a tarefa do juiz é simplesmente declarar qual das partes está certa, o que pode ser questionável diante da desigualdade na distribuição de recursos. Esta característica fornece razão para que, no processo estrutural, o juiz assuma um papel mais ativo no processo, visando pleno acesso aos fatos e conseqüentemente proferindo um deslinde justo à causa.

### **4.3 A IMPLEMENTAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO ESTRUTURAL**

A fase de execução no processo judicial estrutural não é esporádica. Envolve uma longa e contínua relação entre juiz e instituição a ser re(estruturada). Isto porque a tarefa judicial não é declarar quem está certo ou errado, valorar danos ou proferir decisão destinada a fazer com que um ato isolado deixe de ser praticado, mas sim consiste em eliminar a condição que ameaça os valores constitucionais.<sup>59</sup> Explana Jordão Violin que, ao invés de uma declaração judicial precisa e acobertada pela imutabilidade decorrente do trânsito em julgado, espera-se ordens contingentes que sejam adaptáveis às dificuldades originadas no decorrer do processo de reforma.<sup>60</sup>

Susana Henriques da Costa complementa esta ideia ao entender que os direitos em voga nestas relações jurídicas são caracterizados como difusos pela sua universalidade e indeterminabilidade de titulares, são mutáveis e dinâmicos, necessitando de tutela imediata antes que se altere a situação que os originou. Dessa forma, conclui a autora sobre a coisa julgada:<sup>61</sup>

Essa decisão, cujos efeitos são imutáveis, diante da contingencialidade dos processos envolvendo políticas públicas concretizadoras de direitos sociais fundamentais sociais, pode se mostrar ineficiente, justamente porque pode conter comandos não mais necessários por motivo de alteração da realidade fática. Deve o processo, diante desse cenário, adaptar-se e redesenhar suas técnicas, de forma a garantir a tutela

---

<sup>58</sup> FISS, 1979, p. 24.

<sup>59</sup> Idem, p. 27-28.

<sup>60</sup> VIOLIN, 2017, p. 341.

<sup>61</sup> COSTA, 2017, p. 415.

adequada do direito material tratado, sem violar os valores resguardados pelo atual modelo vigente.

Ressalta-se que é estranha ao ordenamento jurídico a ideia de uma fase de instrução durante o cumprimento de sentença. No processo estrutural é absolutamente necessária a averiguação da adequação da ordem judicial aos valores constitucionais e a averiguação dos problemas decorrentes da reforma.<sup>62</sup> Por tais razões que Samuel Paiva Cota e Leonardo Silva Nunes defendem que somente pela lógica processual dialógica, participativa e policêntrica é que as partes poderão, juntamente com o juiz e demais interessados, resolver o conflito de forma mais viável, adequando-o à sua realidade e possibilidade e concretizando os direitos fundamentais.<sup>63</sup>

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece em seu artigo 84, que na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Ademais, o §5º dispõe que para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias, sendo citado no parágrafo algumas delas a título exemplificativo. Neste sentido, trata-se de cláusula aberta que não obsta a ampliação das medidas pertinentes para assegurar o resultado útil do processo, podendo ser utilizada em demanda estrutural.<sup>64</sup>

De igual forma, o artigo 139, IV do Código de Processo Civil prevê que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições legais, incumbindo-lhe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. O artigo 536 do mesmo Código, por sua vez, dispõe que no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente, além daquelas citadas de modo exemplificativo no §1º.<sup>65</sup>

Neste sentido, os dispositivos supramencionados são basilares ao cumprimento das decisões no processo estrutural, uma vez que neles estão

---

<sup>62</sup> VIOLIN, 2017, p. 350.

<sup>63</sup> COTA; NUNES, 2018, p. 252.

<sup>64</sup> VIOLIN, op. cit., p. 350.

<sup>65</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

descritas cláusulas gerais, das quais o poder de promover a execução das decisões por medidas atípicas decorre ao órgão julgador.<sup>66</sup>

Curioso ressaltar que a figura do *special master* nos processos estruturais, como fiscalizador da implementação das decisões proferidas, não é totalmente estranha ao direito nacional, posto que os artigos 102 a 111 da Lei 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência – autorizam a nomeação de interventor judicial para assegurar a execução de medidas judiciais específicas oriundas de processos empresariais em defesa da concorrência.<sup>67</sup> Como disposto na Lei, compete ao interventor praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução, denunciar ao juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento e apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.<sup>68</sup> Assim, uma vez que a legislação pátria já prevê figura semelhante a do *special master*, não há porque obstar seu uso para outros tipos de causa, a fim de assegurar o cumprimento das ordens judiciais.

Nos processos estruturais a implementação da decisão divide-se em medida dialógica, menos invasiva, quando convoca o próprio ente estatal para que elabore o plano de cumprimento da decisão, e em medida coercitiva, em que há possibilidade de bloqueio de verbas públicas, conforme explicam Fachin e Schinemann. Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu em recurso repetitivo a possibilidade de sequestro de verbas públicas em caso de descumprimento do Estado em face de decisão que deferiu o fornecimento de medicamentos.<sup>69</sup> Defendem os autores que no âmbito do processo estrutural tal situação se alteraria migrando de uma aplicação satisfativa de direito individual e privado para aquele de interesse da coletividade.<sup>70</sup>

Ainda que se apresente como uma perspectiva diferente das execuções tradicionais, o processo estrutural está suficientemente amparado pelo regramento disciplinado no Código de Processo Civil e legislação especial no direito brasileiro.

---

<sup>66</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 363.

<sup>67</sup> VIOLIN, op. cit., p. 350.

<sup>68</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**.

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.069.810/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, julgado em 23.10.2013.

<sup>70</sup> FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 234-235.

## 5 CONCLUSÃO

A VIII Conferência Nacional da Saúde e a consolidação do Estado como o democrático e social de Direito conferiram caráter descentralizado, isonômico e universal a saúde, contribuindo para caracterizá-la como direito fundamental, social e parte do mínimo existencial. Embora positivado, este direito carece de efetividade, tanto pela omissão dos Poderes Legislativo e Executivo quanto pela execução inexistente, inadequada ou insuficiente de políticas públicas para a satisfação da previsão constitucional. Dessa forma, a sociedade é compelida a recorrer ao Poder Judiciário, fomentando um cenário de judicialização.

Observada a tendência de crescimento da judicialização da saúde quando estudados o baixo gasto público *per capita* com saúde no Brasil, os impactos da Emenda Constitucional nº 95 de 2016, e a projeção de envelhecimento populacional, evidencia-se a necessidade de redução ou eliminação do problema. Para tanto, esse estudo trouxe como possível solução o processo estrutural, advindo dos Estados Unidos, cujo objetivo cinge-se na reforma de estruturas burocráticas do Estado. Assim, inferiu-se pela conformação e receptividade do processo civil brasileiro ao processo estrutural.

O caráter bilateral do processo civil tradicional mostrou-se insuficiente aos litígios envolvendo políticas públicas de saúde, posto que estes afetam vários sujeitos interessados além do autor e réu integrantes da relação jurídica. O processo estrutural, que inclui grupos sociais, representantes e advogados institucionais no polo ativo da ação pareceu mais adequado ao tipo de lide estudado.

Considerando a ótica processual multipolar e a mutabilidade inerente aos direitos difusos, se mostra apropriado que no processo estrutural o juiz tenha uma nova formatação do contexto para a implementação da ordem judicial, para planejamento e dimensionamento do tempo de implementação das medidas necessárias, com a cooperação das partes e um cronograma para realização das obrigações impostas, atento às repercussões extraprocessuais. Ainda, os processos envolvendo políticas públicas de saúde demandam papel mais ativo do juiz no processo, como no processo estrutural, visando pleno acesso deste aos fatos e deslinde justo à causa, mostrando a necessidade de mitigação do princípio processual dispositivo.

A fase de execução dos litígios de interesse público sob a perspectiva do processo civil brasileiro, acobertada pela imutabilidade decorrente do trânsito em julgado, também se mostrou imprópria. A instrução na fase executiva, presente no processo estrutural, é necessária para adequação fática das dificuldades originadas no decorrer do processo de reforma.

Por fim, foi constatada boa receptividade pelos processualistas brasileiros dos institutos do processo estrutural americano, ressaltando-se, inclusive, alguns dispositivos legais e decisões judiciais que dão margem à introdução deste tipo de processo em nosso país. Com base na experiência norte-americana, é ingênuo imaginar que o Poder Judiciário seja capaz de resolver problemas políticos e econômicos que os outros poderes não solucionaram, sendo inegável, porém, que em algumas situações o Poder Judiciário foi capaz de promover mudanças sociais significativas.

Sob esta perspectiva, conclui-se que a tentativa de implementação do processo estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que seja difícil, é legítima. Desta forma, viável sua aplicação aos conflitos de interesse público relativos à saúde, a fim de reorganizar a ordem burocrática do Estado e conferir efetividade a este direito previsto constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Brasileira**, v. 2/2012, p. 95-119, jan./jun. 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 225, p. 389-410, 2013.

\_\_\_\_\_. Processo estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de processo comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 211-229.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, n.1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e->

[publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/538](http://publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/538). Acesso em: 12 out. 2018.

BECHTOLD, Alan P. A. M.; MARTINS, Marcos Antônio M. de M. Ativismo judicial. In: **Revista FMU Direito**, São Paulo, n. 38, p. 01-14, ano 26.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 29 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Nota técnica nº 28 de setembro de 2016**. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/160920\\_nt\\_28\\_disoc.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf). Acesso em 03 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112529.htm). Acesso em 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 18 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.655, de 26 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, D.F, pt. 1, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm). Acesso em 08 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Relatório Final da 8.ª Conferência Nacional de Saúde**. Disponível em: [http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf). Acesso em 06 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Secretaria do Tesouro Nacional. **Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil 2018**. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2018/11/AspectosFiscaisSau%CC%81de2018.pdf>. Acesso em 20 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei 349/2015**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em 08 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.069.810/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, julgado em 23.10.2013.

CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. In: Harvard law review, vol.89, n.7, p. 1281-1316, maio 1976.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p.397-420.

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

DA SILVA, Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 383-396.

DE OLIVEIRA, Flávia Silva. Controle social no sistema único de saúde – SUS: aspectos constitucionais e legais dos Conselhos de Saúde. In: **Prima Facie**, v.6, n.11, p. 76-90, 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4402/3318>. Acesso em 07 jan. 2019.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: **Processos estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954).

\_\_\_\_\_. US Supreme Court. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <https://catalog.archives.gov/id/1685178>. Acesso em 16.06.2019.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais na tutela jurisdicional de direitos prestacionais. In: **Revista Estudos Institucionais**, vol.4, p. 211-246, 2018.

FISS, Owen. As formas de justiça. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Godinho da Silva e Merina de Medeiros Rós. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 119-173.

\_\_\_\_\_. The Forms of Justice. In: **Harward Law Review**, vol.93, n.1, p. 1-58, 1979.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 423-448.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol.4, n.1, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50289/31682>. Acesso em 05 out.2019.

MENEGAT, Fernando. **A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública**. Direito do Estado, ano 2018, n. 396, 26 abr. 2019. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em 08 out. 2019.

MORETTI, Bruno. **Graças à “PEC do Fim do Mundo”, Orçamento do SUS cai em 2019**. Carta Capital, 17 nov. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/saude/gracas-a-pec-do-fim-do-mundo-orcamento-do-sus-cai-em-2019/>. Acesso em 29 jan. 2019.

---

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008,

\_\_\_\_\_. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, v.17, n.67, p. 125-172, jul./set. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 303-352.

VOLPE, Karina Rocha Martins. A Judicialização dos direitos sociais estudos de caso na ótica do mínimo existencial. In: **Espaço Jurídico**, v.13, n.1, p.119-138, jan./jun. 2012.