



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PROCESSO CIVIL**

**CAMILA VIEIRA BRAZ FONTENELE**

**DECISÕES ESTRUTURANTES E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE**

**FORTALEZA  
2020**

CAMILA VIEIRA BRAZ FONTENELE

DECISÕES ESTRUTURANTES E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Emilio de Medeiros Viana

FORTALEZA  
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

---

F683d Fontenele, Camila Vieira Braz  
Decisões estruturantes e controle de políticas públicas de saúde  
/ Camila Vieira Braz Fontenele. – 2020.  
49 f.

Monografia (Especialização) – Tribunal de Justiça do Estado do  
Ceará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará,  
Especialização em Direito Processual Civil, Fortaleza, 2020.  
Orientação: Prof. Dr. Emilio de Medeiros Viana.

1. Direitos sociais. 2. Direito à saúde. 3. Controle judicial.  
4. Políticas Públicas. 5. Decisões estruturantes. I. Título.

CDDIR 341.465

---

Bibliotecária: Hivana Evely Serpa de Mesquita CRB-3/1568

CAMILA VIEIRA BRAZ FONTENELE

DECISÕES ESTRUTURANTES E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE

Monografia submetida à banca examinadora e à coordenação do curso de pós-graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Emilio de Medeiros Viana, Dr.  
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7)

---

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão, Dr.  
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

---

Rafael Vieira de Almeida, Me.  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## RESUMO

Nos últimos anos constata-se o crescente número de demandas individuais, principalmente que ingressam no Poder Judiciário tratando sobre questões relacionadas ao direito à saúde. Em sua maioria, os pedidos de prestações positivas aos entes federativos relacionam-se aos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde, envolvendo políticas públicas já elaboradas, ou mesmo a ausência delas. Diante de tal quadro, cabe ao julgador, considerando a saúde como direito fundamental a ser garantido em nosso texto constitucional, decidir tais lides, inclusive quando se fizer necessário afetar ou mesmo modificar estruturas burocráticas do Estado. O estudo apresentado no presente trabalho baseia-se na possibilidade de serem utilizadas as decisões estruturantes no âmbito do Poder Judiciário como forma de controle de políticas públicas de saúde. Tais decisões devem ser elaboradas pelo magistrado utilizando-se do princípio da cooperação, sendo permitida a participação processual, não apenas das partes envolvidas, como também de atores sociais que possuam atuação temática com a matéria discutida nos autos de determinada lide, auxiliando o magistrado, quando este entender necessitar de esclarecimentos específicos, já que o desenvolvimento de políticas públicas exige expertises diversas. Concluímos que é possível ao julgador elaborar plano a ser executado pelo próprio ente federativo, réu em ação judicial, solucionando assim várias demandas com pedidos semelhantes, além de evitar a judicialização de futuras ações com as mesmas solicitações.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Direito à saúde. Controle judicial. Políticas Públicas. Decisões estruturantes.

## ABSTRACT

In recent years, there has been an increasing number of individual demands, mainly, that enter the Judiciary dealing with issues related to the right to health. Most of the requests for positive benefits from these federations are related to the services provided by the Unified Health System, involving public policies that have already been elaborated or even the absence of them. In view of this situation, it is up to the judge, considering health as a fundamental right to be guaranteed in our constitutional text, to decide such lawsuits even when it is necessary to affect or even modify bureaucratic structures of the State. The study presented in the present work is based on the possibility of using structural decisions within the scope of the Judiciary as a way of controlling public health policies. Such decisions must be made by the magistrate using the principle of cooperation, with procedural participation allowed not only by the parties involved, but also by social actors who have thematic action with the matter discussed in the case file of a particular dispute, assisting the magistrate, when this understanding needs specific clarifications, since the development of public policies requires different expertise. We concluded that it is possible for the judge to elaborate a plan to be executed by the defendant federative entity in a lawsuit, thus solving several demands with similar requests, in addition to avoiding the judicialization of future actions with the same requests.

**Keywords:** Social rights. Right to health. Judicial control. Public policy. Structural Reform.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	7
2	CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO .....	11
2.1	Constituição Brasileira de 1988: previsão normativa dos direitos sociais .....	11
2.1.1	<i>Direito à Saúde</i> .....	13
2.2	Atuação do Poder Judiciário e a concretização das Políticas Públicas ..	16
3	DECISÕES ESTRUTURANTES.....	21
3.1	Aspectos históricos: <i>structural injunctions</i> e o direito norte-americano	21
3.2	Conceito .....	23
3.3	Relevância da atuação judicial no controle de políticas públicas .....	26
3.4	Decisões estruturantes e o ordenamento jurídico brasileiro .....	28
3.4.1	<i>Previsões legislativas destacadas</i> .....	28
3.4.2	<i>Decisões estruturantes em ações judiciais selecionadas</i> .....	31
4	DECISÕES ESTRUTURANTES E O DIREITO À SAÚDE: CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	35
4.1	Direito à saúde e o funcionamento do SUS: Aspectos legais e demanda judicial .....	35
4.2	Exemplos de litígios e respectivas decisões judiciais sobre saúde pública .....	38
5	CONCLUSÃO.....	45
	REFERÊNCIAS .....	48

## 1 INTRODUÇÃO

Vivemos em um período no qual muitos direitos já se encontram conquistados e reconhecidos, assim como garantidos em nosso ordenamento jurídico, apesar de não se encontrarem realizados e concretizados em nosso meio social. O brasileiro tem, em sua Constituição, por exemplo, o direito à saúde garantido, apesar de, na realidade, muitos sofrem sem a prestação adequada de respectivos serviços pelo Poder Público.

Uma vez que os direitos sociais estabelecidos em nossa Constituição não são concretizados, muitas são as demandas que ingressam no Poder Judiciário para serem analisadas, como é o caso do direito à saúde. Nessas situações, o juiz enfrenta políticas públicas mal elaboradas ou mesmo ausentes, devendo decidir tal tipo de demanda avançando nas estruturas burocráticas de governo. Referida atuação judicial deve ser realizada de forma responsável, principalmente quanto à real efetividade do que se decidir, não impelindo os entes a realizarem ações inviáveis (numa perspectiva orçamentária, por exemplo) ou mesmo injustas (tutelar determinado direito social dificultando ou inviabilizando a realização de outro). Deve o Poder Judiciário, não apenas analisar o que será decidido, mas também como será executada tal decisão, inclusive para que o jurisdicionado não tenha como ineficaz as medidas tomadas para a garantia de seu direito reconhecido judicialmente.

A problemática, então, da pesquisa realizada delimita-se em analisar melhores formas de decidir judicialmente lides que envolvam o controle de políticas públicas na área de saúde. Objetiva-se, portanto, avaliar a utilização de medidas estruturantes para a garantia do direito à saúde quando houver necessidade de controle judicial de políticas públicas relacionadas.

Percebe-se que o debate sobre o tema é de extrema relevância, uma vez que as decisões judiciais, exatamente por envolver muitos aspectos (políticos, orçamentários, legais, dentre outros), devem ser decididas não apenas para solucionar a lide posta nos autos de um processo, mas de que forma deve ser evitada o prolongamento do litígio, pela ineficácia da decisão tomada. Além disso, o direito a saúde exige rápidas soluções, uma vez que a demora na sua realização pode resultar em piora no quadro clínico individual do demandante, o que não poderia ser facilmente substituído por uma conversão em perdas e danos, por

exemplo. Caso não seja buscada na execução dessas decisões a sua real exequibilidade e, portanto, não decidindo de modo a evitar os embaraços burocráticos para o devido cumprimento judicial, pode-se até alcançar o encerramento do processo, mas não a demanda das partes que buscam direitos já garantidos constitucionalmente, embora não realizados.

O presente trabalho se baseia na necessidade de utilização de forma de decidir demandas que requerem a atuação do Poder Judiciário quanto a políticas públicas, especificamente em se tratando da concretização do direito à saúde garantido constitucionalmente.

Com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*<sup>1</sup>, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, proferiu-se decisão que não se limitou a solucionar apenas a lide individual do caso concreto proposto, mas procurou combater o próprio sistema de segregação racial existente (“iguais, mas separados”), a fim de que referido julgado tivesse real efetividade. Exigiu-se dos julgadores não apenas a solução da lide apresentada, mas também que tomassem medidas necessárias para a sua devida execução, desde então conhecidas tais decisões como *structural reform*.

Tradução realizada pela doutrina brasileira, as decisões estruturantes colocam o Poder Judiciário como protagonista, instigado a intervir nas estruturas das instituições que compõem o Estado, supervisionando práticas e políticas públicas adotadas, com a finalidade de materializar garantias constitucionais.

Diante da grande demanda judicial quanto à realização de direitos sociais previstos e garantidos pela Constituição Brasileira, nos quais se insere o direito à saúde, percebe-se que não são realizados adequadamente pelo Poder Executivo e, em certa medida, também pelo Poder Legislativo. Considerando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, necessário se faz o estudo sobre a atuação do Poder Judiciário quanto à análise de tais ações, principalmente quanto a executividade de suas decisões em relação a litígios que abordam o tema. Nesse viés, defendendo-se o maior alcance dos efeitos das determinações judiciais,

---

<sup>1</sup> Linda Brown, jovem criança negra, domiciliada na cidade de Topeka, Estado de Kansa, EUA, apesar de haver escolas públicas próximas de onde morava, precisava atravessar a cidade caminhando todos os dias para chegar ao local onde conseguira matrícula, uma vez que àquelas apenas aceitavam crianças brancas. Ajuizou demanda contra o Conselho de Educação estadual (*Board of Education of Topeka*), assegurando a Suprema Corte, em 1954, seu direito de frequentar escola mais próxima, independentemente de aceitarem negros, encerrando a doutrina *separate but equal*, possibilitando aos negros frequentarem qualquer escola pública.

apresentam-se mais convenientes as decisões estruturantes do que apenas declarar direitos ou mesmo condenar os entes públicos a somente cumprirem obrigações; estabelecendo, portanto, imediatamente padrões a serem seguidos quanto às consequências do que se está decidindo.

O Poder Judiciário, quanto à tutela judicial dos direitos sociais, necessita, na maioria dos casos, confrontar-se com políticas públicas ou mesmo com a ausência destas. Ao analisar tais demandas, igualmente importante é não criar, com suas decisões, problemas diversos do que já existem, como por exemplo, a compra de medicamentos de alto custo para o demandante, comprometendo o orçamento público de determinado ente federativo sem uma análise global e pormenorizada, em detrimento de diversos outros indivíduos que também necessitam de tantos outros medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

Pela amplitude de seus efeitos, defende-se que o Poder Judiciário, na análise de tais ações, especificamente quanto à saúde pública, deve se preocupar em proferir corretamente decisões específicas para solução de tais conflitos, sejam elas terminativas ou não, assim como deve se preocupar com o seu devido cumprimento, sob pena de decidir de forma inócua, sem solucionar de fato a lide proposta. Desse modo, sabendo que o enfrentamento de tais questões se estende além da análise judicial e que o magistrado necessita da colaboração, não apenas das partes que compõem os polos da ação, mas de agentes que atuam, tanto no setor público quanto no privado, dependendo do tipo de demanda, relevante se faz o estudo da litigância de interesse público, não nos limitando apenas à matriz vinculada à litigância clássica.

Nesse sentido, mais importante do que resolver o conflito proposto em ações judiciais é apresentar medidas estruturantes determinadas pelo magistrado que possam realmente ser executadas.

Sobre os métodos de pesquisa que foram utilizados para alcançar os objetivos do estudo apresentado, empregou-se o método dialético como base lógica na investigação, sendo esta de natureza qualitativa, uma vez que não se buscou critérios de representatividade numéricos, mas uma maior compreensão das ações e relações humanas, bem como uma observação dos fenômenos sociais, como o aumento dos litígios na área de saúde pública proporcionalmente ao crescente gasto de verbas públicas com o cumprimento de decisões judiciais proferidas em tais ações.

Tratou-se ainda de pesquisa descritiva, na qual se objetivou descrever as características de decisões estruturantes em demandas que envolvam direito à saúde em face de ente público.

Quanto aos procedimentos técnicos, tratou-se de bibliográfica a pesquisa, elaborada a partir de material já publicado, indicados na referência bibliográfica, além do estudo de decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores e pelo tribunal local, conforme apresentados ao longo do trabalho elaborado, principalmente nos capítulos 3 e 4.

Por fim, quanto ao emprego dos resultados, verificou-se aplicada a pesquisa, pois se objetivou gerar conhecimentos para aplicações práticas direcionadas à solução do problema apresentado, qual seja, a utilização de decisões estruturantes proferidas em demandas sobre o direito à saúde perante entes públicos pelo Poder Judiciário, tanto local (pelos Juízos de primeira e segunda instância deste Tribunal de Justiça - TJCE) quanto, principalmente, pelos tribunais brasileiros superiores.

## **2 CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO**

Neste primeiro capítulo será analisada a temática quanto ao controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, sendo abordados os aspectos históricos em nosso ordenamento jurídico dos direitos sociais, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, com ênfase no direito à saúde.

A seguir, serão apresentadas previsões normativas quanto à atuação do Poder Judiciário relacionada à concretização de Políticas Públicas elaboradas sobre direitos fundamentais previstos em nossa constituição.

### **2.1 Constituição Brasileira de 1988: previsão normativa dos direitos sociais**

O contexto histórico no qual se insere a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) é o estabelecido sob a perspectiva de um Estado Social de Direito, no qual ocorre a positivação de direitos fundamentais nas constituições estatais. Firmadas como núcleo de todo o ordenamento jurídico dos países nos quais se encontram inseridas, as constituições republicanas utilizam a dignidade da pessoa humana como fundamento e como limitação do poder dos entes governamentais.

No texto da CF/88, em seu nascedouro, apesar da previsão presente no § 1.º do artigo 5<sup>o</sup><sup>2</sup>, admitiam-se os direitos sociais ali previstos como normas meramente programáticas, segundo a doutrina e jurisprudência da época. Não teriam, portanto, aplicabilidade direta e imediata, necessitando de programação direcionada e prévia para que se concretizassem como direitos por parte do Poder Executivo, ou mesmo carecendo de normatização mais detalhada a ser realizada pelo Poder Legislativo. Para que os direitos previstos em tais normas fossem realizados, dependia-se da atuação dos Poderes Executivo e/ou Legislativo, ou seja, em várias situações haveria direitos fundamentais garantidos constitucionalmente que deixariam de ser, na prática, concretizados pela simples inércia de tais Poderes, os quais poderiam ainda escolher quais direitos sociais realizar ou não.

---

<sup>2</sup> CF/88, artigo 5.º, §1.º – as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No mesmo texto constitucional encontramos o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional<sup>3</sup>, o qual determina que ao Estado-juiz, quando provocado, não lhe é permitido se ausentar da decisão. Além disso, devem ser as decisões judiciais devidamente fundamentadas, de acordo com as normas presentes em nosso ordenamento jurídico, principalmente com base nas disposições constitucionais. Portanto, é dever do Poder Judiciário determinar que, ao se deparar com demandas que versam sobre omissão ou descumprimento dos demais entes Estatais diante normas que contenham direitos fundamentais, estas sejam devidamente cumpridas.

Com isso, diante da alta demanda judicial da sociedade e da necessidade de garantir a força normativa à CF/88, ocorreram mudanças na forma quanto à interpretação das normas constitucionais, principalmente daquelas que previam os direitos sociais, para os quais se exige sobretudo prestação positiva do Estado para que sejam realizados.

O texto da CF/88, assim, não mais foi mais tratado como contendo meras previsões de direitos sem força normativa. Apropriando-se de teorias pós-positivistas, a doutrina e jurisprudência brasileiras passam a considerar normas jurídicas tanto as regras quanto os princípios previstos na carta magna, atribuindo-se a mesma força normativa para ambos, não sendo mais usual a classificação que definia os dispositivos que traziam os direitos sociais como normas de eficácia programática. Admitem-se os direitos sociais como semelhantes aos demais direitos fundamentais previstos na constituição, ou seja, com a mesma força normativa e de aplicação imediata sem qualquer diferenciação quanto a tais características.

Ademais, os direitos fundamentais previstos na CF/88 não devem ser apenas aqueles descritos no texto legal, mas extraídos da interpretação das normas constitucionais. Constituída em um Estado Democrático de Direito, a Carta Magna toma como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este considerado cláusula aberta, facilitando a proteção e promoção dos direitos humanos selecionados a serem protegidos e concretizados em nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, ao mesmo tempo que o texto constitucional vigente promove a proteção e a realização de tais direitos, há a determinação de controle de

---

<sup>3</sup> CF/88, artigo 5.º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

poder dos agentes públicos<sup>4</sup>, exatamente para garantir a aplicação das normas previstas, impedindo que a Constituição se torne mero documento com previsões de direitos que não transcendem o mundo platônico das ideias.

Portanto, sendo pressuposto para a concretização dos direitos sociais a conduta ativa do Estado (ente governamental), a realização de direitos tais como a saúde, somente pode ocorrer através de ações e políticas públicas, como será apresentado adiante.

### **2.1.1 Direito à Saúde**

Em breve análise sobre a evolução do direito à saúde no Brasil<sup>5</sup>, percebe-se que, somente com a vinda da família real a este país, ocorreram ações públicas quanto ao combate de doenças (tais como a peste e a lepra) e controle sanitário de vias públicas, não havendo registro de ações públicas relevantes, de maior impacto para a população que neste território habitava em momento anterior a tal fato histórico.

Na década de 1930, instituiu-se o Ministério da Educação e Saúde Pública e dos Institutos de Previdência, prestando assistência à saúde apenas aos trabalhadores que contribuía monetariamente. Ressalte-se que as constituições anteriores à atual, ou não trouxeram nenhuma previsão normativa sobre tal direito, ou o abordaram de maneira tímida e superficial.

Com a promulgação da CF/88, incluiu-se o direito à saúde no rol dos direitos sociais<sup>6</sup>, admitindo-o como direito fundamental, protegido e garantido constitucionalmente. Assim, estabelece-se como direito de toda a população

---

<sup>4</sup> CF/88, artigo 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ao longo do texto constitucional, há vários dispositivos que disciplinam o controle dos Poderes, tais como a atuação de Tribunais de Contas (artigo 71), indicação dos Ministros dos tribunais superiores (artigo 101, parágrafo único) e controle de constitucionalidade de leis (artigo 102, inciso I, alínea a), por exemplo.

<sup>5</sup> CARDOSO, Henrique Ribeiro; NETO, José Benito Leal Soares. *A Deslegitimação das Políticas Públicas de Saúde em razão da intervenção do Poder Judiciário*. Anais do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28: 2019: Goiânia, Brasil). Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/9541g972/b939Jg6MHt78hGGO.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

<sup>6</sup> CF/88, Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

brasileira e não apenas para parcela desta constituída por trabalhadores formalizados, como ocorria na ordem constitucional anterior.

Desta forma, de acordo com o texto constitucional, compete comumente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios realizarem ações que concretizem o direito à saúde para toda a população<sup>7</sup>, cabendo-lhes, ainda, a competência concorrente para legislar sobre a proteção e defesa da saúde<sup>8</sup>.

O texto da CF/88 ainda nos traz, no título que versa sobre a ordem social, incluindo o direito à saúde como parte da seguridade social, juntamente à previdência e à assistência social, dispositivos legais sobre dita pertinência temática compreendidos entre os artigos 196 e 200<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> CF/88, Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

<sup>8</sup> CF/88, Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

<sup>9</sup> CF/88, Art. 196 - 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.

Art. 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.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015).

Seguindo o conceito de saúde utilizado como referência para sociedades diversas, o qual fora instituído na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), esclarece-se que se trata de “estado completo de bem-estar físico, mental e social, não consistindo apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, definição que inspirou o constituinte brasileiro, cabendo ao Estado (aqui englobando todos os entes federativos) instituir programas de ação executiva, ou seja, políticas públicas (conceito a ser melhor analisado no decorrer deste trabalho), que proporcionem não apenas a cura dos doentes, mas medidas que possam favorecer o bem-estar de todos os indivíduos da nossa sociedade, inclusive por ser o direito a saúde, como expresso no artigo 196 da CF/88, de prestação universal e igualitária.

---

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei Federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V – incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

## 2.2 Atuação do Poder Judiciário e a concretização das Políticas Públicas

Uma vez que os direitos sociais são considerados como aqueles para os quais os cidadãos os têm realizados através do Estado por prestações materiais, requerendo mais recursos do Poder Público para efetivá-los (direito à educação, saúde, moradia, etc.), necessário se faz um controle dos gastos, de modo responsável e equilibrado, além de se ter uma preocupação com a otimização dos resultados dentro da dinâmica custo-benefício.

As Políticas Públicas<sup>10</sup>, programas governamentais elaborados a realizar direitos sociais de modo administrativo e gerencial, devem ser pautadas sempre em consonância com o princípio constitucional da eficiência<sup>11</sup>. José dos Santos Carvalho Filho comentou sobre os motivos pelos quais a inclusão deste princípio de deu com a Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998 e não de forma originária:

Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causaram aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus, sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios efetivos para assegurar seus direitos. Os poucos meios existentes se revelaram insuficientes ou inócuos para sanar as irregularidades cometidas pelo Poder Público na execução desses serviços<sup>12</sup>.

Portanto, historicamente, tal princípio fora exatamente incluído no texto constitucional pela não concretização pela gestão pública brasileira de direitos previstos em seu texto.

Caso haja políticas públicas que não atendam aos ditames de tal princípio, ou mesmo em hipóteses de ausência de planejamento público para a realização dos direitos sociais, sendo dita hipótese mais clara e evidente de

---

<sup>10</sup>As políticas públicas, por definição, são conjuntos de programas, ações e decisões tomadas pelos governos nacional, estadual ou municipal que afetam a todos os cidadãos, de todas as escolaridades, independente de sexo, cor, religião ou classe social. A política pública deve ser construída a partir da participação direta ou indireta da sociedade civil, visando assegurar um direito a determinado serviço, ação ou programa". *Políticas Públicas e Modelos de Atenção e Gestão à Saúde*. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/politicas-publicas-e-modelos-de-atencao-saude>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>11</sup>CF/88, artigo 37, *caput* – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (grifo nosso).

<sup>12</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

ineficiência, imperioso se faz o controle judicial destas ações e/ou omissões dos agentes públicos.

Entende-se a eficiência como princípio que deve ser observado pelos três Poderes da União, independentemente das respectivas funções exercidas, de tal modo que, mesmo que se alegue não ser possível ao Judiciário manifestar-se sobre a conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário<sup>13</sup>, é-lhe imposto o controle por obediência à norma constitucional sobre eficiência administrativa.

Diante da necessidade de controle judicial nos moldes acima apresentados, há quem questione a legitimidade da magistratura para tanto.

Nos últimos anos, diversas são as tentativas de aproximação do Poder Judiciário com a população brasileira, considerando-se que, dos três Poderes, é o único em nosso estado democrático que não retira sua legitimidade do voto popular para atuar. Há ainda uma publicização maior de suas decisões, como ocorre nas sessões televisionadas dos tribunais superiores, além da existência de assessoria de comunicação que alimentam vários meios de comunicação, principalmente virtuais, com notícias de seus respectivos órgãos, numa tentativa de se colocar cada vez mais próximos dos cidadãos.

Essa aproximação é uma das causas para a grande procura ao Judiciário com demandas que visam à garantia de direitos constitucionalmente previstos, como é o caso dos direitos sociais. Estes, em sua maioria, demandam altos gastos para sua realização, inclusive quando atendidos de modo individual, tendo como exemplo a compra de medicação de custo elevado. A questão é que, para atender demandas judiciais individuais, obrigando o Estado a dispendar valores exorbitantes, sendo os recursos limitados, pode-se prejudicar, seguindo o mesmo raciocínio do exemplo apresentado, o fornecimento de medicamentos de baixo custo mais necessários, para uma parcela considerável da população de uma localidade. Ambas as necessidades são justas, com a mesma previsão constitucional de proteção, no caso, o direito à saúde.

Nesse contexto é que se faz extremamente necessário que o controle judicial atue de forma responsável, a fim de que os direitos sociais sejam garantidos a todos, devendo ser considerados vários tantos outros requisitos, como a escassez

---

<sup>13</sup>Ato realizado pela Administração Pública de acordo com a conveniência e as oportunidades avaliadas pelo gestor público, dispondo este de certa margem de liberdade em sua atuação, mas limitado pela legalidade. (conceito da autora)

de recursos. Além disso, existem as particularidades de cada indivíduo que busca a garantia de uma vida digna, com o mínimo necessário previsto em texto constitucional.

Há ainda quem pleiteie algo que não lhe seja tão necessário ou urgente, ou mesmo quem possa arcar com os custos do que lhe seja necessário, mesmo se constituindo como direito reconhecido constitucionalmente a ser prestado pelo Poder Público. Deve-se analisar, sobretudo, que uma coletividade, mesmo que não demandante judicialmente, também dentro de suas particularidades carece de prestações materiais de entes estatais que podem ser prejudicadas caso decisão judicial favoreça demanda individual que requer prestação de alto valor, por exemplo.

As críticas ao controle judicial de políticas públicas também se fundamentam especialmente na teoria da separação de poderes de Montesquieu, cuja ideia central é determinar que o comando de uma nação seja dividido em três esferas (Executivo, Legislativo e Judiciário), separação que evita a concentração total de poder em um único soberano (indivíduo ou entidade), impedindo a formação de um Estado absoluto e autoritário. Cada um dos três Poderes possui funções determinadas que não devem ser exercidas pelos demais, um tendo a possibilidade de fiscalizar o outro (sistema de freios e contrapesos).

Também é possível encontrar argumentos contrários à atuação do Judiciário no sentido de que seus membros não possuiriam legitimidade para tanto, pois não foram eleitos pela população, defendendo tal alegação de que não são os magistrados selecionados de maneira democrática, como ocorre quanto a escolha dos membros dos demais Poderes.

Tem-se ainda problemas estruturais para que dito controle seja realizado, como ausência de previsões legais quanto à execução de certas decisões judiciais proferidas dentro sistema processual vigente, além de limitações orçamentárias da Fazenda Pública e alta demanda da população quanto às prestações positivas que devem ser realizadas pelo Estado.

Faz-se necessária uma ressignificação sobre alguns conceitos para entender que tais críticas não podem impedir a atuação do Estado-juiz no controle das políticas públicas, sob pena de retirar a força normativa dos direitos previstos no texto constitucional, impedindo a sua concretização.

Atualmente há que se garantir proteção aos direitos constitucionais presentes em nosso ordenamento jurídico contra o arbítrio de leis mal elaboradas (que pretendam a retirada de direitos ou que impeçam a realização destes), e contra omissões do Poder Público em situações que exigem prestações positivas de sua parte, tudo isso a fim de garantir o Estado Social adotado como modelo pelo nosso País.

Nesse contexto, qualquer um dos Poderes, independentemente da forma como são selecionados os seus membros, apenas são considerados legítimos se atuarem para garantir a liberdade individual e a igualdade entre os que compõem a sociedade que representam. Uma vez que os direitos fundamentais presentes em nosso texto constitucional não são concretizados, ocorrerá instabilidade política, pois será desacreditada perante a sociedade a força normativa de nossa constituição.

Diante de tal quadro, o controle judicial de políticas públicas passa a ser forma de efetivação do que se encontra previsto no texto de nossa Carta Magna, principalmente quando negados e omitidos pelos demais Poderes.

E mais, ainda que os membros no Judiciário não sejam escolhidos pelo voto em eleições diretas pela população brasileira, não cabe a afirmação de que os magistrados seriam desprovidos de legitimidade para o controle de Políticas Públicas. A seleção de seus membros se dá de acordo com regras constitucionais, as quais determinam que, para os ocupantes de tal cargo, sejam preferidos os mais capacitados quanto ao conhecimento e não pelo número de votos dos eleitores brasileiros, originando-se de tais regras a legitimidade para agirem como garantidores das previsões constitucionais.

Quanto às críticas sobre nosso sistema processual vigente, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se a tentativa de solucionar os conflitos apresentados ao Judiciário de forma mais participativa, com a presença mais ativa de outros atores sociais, dando ao magistrado a possibilidade de construir decisões de modo mais democrático e eficaz (garantindo meios para que a fase executória se concretize de modo mais efetivo).

Portanto, percebe-se que, apesar das dificuldades e entraves do acesso à justiça, a cada dia encontramos, na jurisprudência, decisões nas quais cada vez mais se admite o controle judicial de políticas públicas, principalmente em casos de omissões estatais, mesmo quanto à organização orçamentária de determinado ente, tudo para garantir a força normativa de nossa constituição.

Sobre as limitações orçamentárias da Fazenda Pública, considerando-se a escassez de recursos e altos custos dos direitos, relevante ponderar sobre os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

Em rápidas palavras, mínimo existencial é tudo o que alguém necessita minimamente para sobreviver de forma digna (com base no conceito fundamental da CF/1988 que é a dignidade da pessoa humana); reserva do possível ocorre quando “não se poderia impor que a administração executasse determinada política pública independentemente do seu custo e de suas repercussões para as demais políticas públicas, uma vez que seria matematicamente impossível o incremento de umas sem prejuízo das demais”<sup>14</sup>.

Há que se conjugar ambos os conceitos, a fim de realizar os direitos constitucionalmente previstos, ao menos minimamente, para garantir a dignidade individual de cada cidadão e para que os gastos públicos sejam executados de maneira eficiente. Sendo os recursos finitos e as demandas da população inúmeras, deve-se agir de tal maneira que não se gaste exorbitantemente com algo desnecessário ou não tão urgente, mas sim com as demandas mais relevantes e indispensáveis à coletividade, sempre atento ao que for primordial a cada um.

De qualquer forma, os argumentos que tentam afastar a intervenção do Estado-Juiz não devem limitar a atuação judicial no controle de políticas públicas, cabendo ao magistrado analisar questões fáticas e jurídicas, utilizando-se de decisões (medidas) estruturantes, objeto de estudo do presente trabalho, considerando os entraves sistemáticos para a concretização dos direitos fundamentais, mais especificamente os ditos sociais.

---

<sup>14</sup> ALEXANDRE, Ricardo e DEUS, João. *Direito Administrativo*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

### 3 DECISÕES ESTRUTURANTES

Neste capítulo serão analisados os aspectos históricos e o conceito de decisões estruturantes, a fim de facilitar a compreensão da situação em que se encontravam os julgadores que originariamente se utilizaram de uma nova forma de decidir diante de problemas estruturais na sociedade em que se encontravam inseridos. Segue-se com a apresentação de algumas previsões legais e jurisprudenciais especificamente selecionadas sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.1 Aspectos históricos: *structural injunctions* e o direito norte-americano

De acordo com a 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos<sup>15</sup>, a partir do ano de sua aprovação, em 1868, é garantida a toda e qualquer pessoa nascida ou naturalizada no país a igualdade de direitos. Apesar de prevista tal garantia constitucional, havia à época e durante muitos anos a doutrina denominada *separate but equal* (em tradução livre, “separados, mas iguais”), a qual garantia a segregação racial entre brancos e negros, desde que ambos tivessem acesso à prestação de serviços públicos com o mesmo padrão de qualidade. Tal entendimento foi instituído oficialmente através da decisão proferida pela Suprema Corte estadunidense em 1896 no caso *Plessy v. Ferguson*, ação na qual se discutia a possibilidade de separação de assentos exclusivos para brancos e negros em transporte público, sendo considerada constitucional a segregação institucionalizada.

Ao longo dos anos houve mobilizações contra essa doutrina e em defesa das pessoas negras. Em 1909 organizou-se a Associação Nacional de Defesa de Pessoas Negras (National Association for Advancement of Colored People – NAACP<sup>16</sup>), cujo principal propósito, dentre outros, seria o de tentar conseguir no

---

<sup>15</sup> XIV Emenda Constitucional: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis”. *Constitution of the United States*. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_14\\_\(1868\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_(1868)). Acesso em: 10 mar. 2020. (Tradução livre realizada pela autora).

<sup>16</sup> *History of the NAACP*. Disponível em: <https://www.naacp.org/>. Acesso em: 15 fev. 2020.

Judiciário um processamento mais igualitário de ações propostas por e contra pessoas de cor.

Na década de 1950, a NAACP agiu sobretudo com o intuito de garantir o acesso de jovens negros em universidades que sequer possuíam estrutura física que pudesse garantir a segregação racial (tais como alojamentos, banheiros, dormitórios, refeitórios, salas de aula, biblioteca, etc. Locais acadêmicos nos quais não havia negros, portanto, não existia separação na estrutura utilizada apenas por pessoas brancas). Em sequência, também atuaram no sentido de garantir acesso de estudantes negros em qualquer escola de ensino básico, uma vez que existiam colégios inteiros separando crianças e adolescentes com base na cor da pele. Por óbvio, as escolas destinadas aos negros, quando comparadas às frequentadas apenas por brancos, possuíam pior estrutura física, além de comprovadamente na época terem péssima qualidade de ensino.

Uma das ações judiciais com tal intuito proposta pelo NAACP foi a de Linda Brown, em 1951, jovem criança negra, domiciliada na cidade de Topeka, Estado de Kansas, EUA. Apesar de haver escolas públicas próximas de onde morava, precisava atravessar a cidade todos os dias para chegar ao local onde conseguira matrícula, uma vez que os colégios adjacentes apenas aceitavam crianças brancas. Ajuizou-se demanda contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education of Topeka*), assegurando a Suprema Corte, em 1954, seu direito de frequentar a escola mais próxima ao seu domicílio, independentemente de aceitarem negros, encerrando a doutrina *separate but equal*, possibilitando aos negros frequentarem qualquer escola pública.

No julgamento do caso *Brown v. Board of Education*<sup>17</sup>, a Suprema Corte reconheceu que a atitude de negar matrícula a uma criança motivado apenas pela cor de sua pele era inconstitucional, elaborando decisão que reformou verdadeiramente a forma de ingresso nas instituições de ensino, tanto as envolvidas na demanda judicial quanto as de todo o país, ou seja, não apenas garantindo direito à parte autora. Inaugura, desta forma, o ativismo judicial norte-americano quando, na busca de concretizar os valores constitucionais não realizados pelos governos, elaboram-se decisões direcionadas às políticas públicas, seja para corrigir as já

---

<sup>17</sup> *History – Brown v. Board of Education Re-enactment*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 11 mar. 2020.

existentes, seja para determiná-las onde são omissas.

### 3.2 Conceito

Owen Fiss, professor Emérito de Direito da Universidade de Yale, expõe a seguinte conceituação sobre *structural injunction*, tema que surgiu originariamente na decisão do caso *Brown v. Board of Education*, acima mencionado:

As reformas estruturais têm base na noção de que a qualidade da vida social dos cidadãos é afetada diretamente pela operação das organizações de larga escala, e não apenas pelas ações individuais daqueles que atuam sob ou dentro dessas. Também partem da crença de que os valores constitucionais não podem ser plenamente assegurados sem que se realizem mudanças básicas na própria estrutura dessas organizações. Assim, os processos estruturais são aqueles em que um juiz, confrontando a burocracia do Estado com os valores constitucionais, determina a reestruturação da organização no sentido de eliminar a ameaça a esses valores decorrentes das atitudes da instituição, sendo a *injunction* o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas<sup>18</sup>.

Esmiuçando a conceituação exposta, as ações judiciais nas quais o magistrado decide utilizando-se de medidas estruturais são aquelas em que há uma tentativa de eliminar atos (comissivos e/ou omissivos) dos governantes contrários aos valores constitucionais de determinado ordenamento jurídico, de forma a modificar tais práticas, adequando-as ao que determina a Constituição.

Na prática, o juiz se depara com situações em que deve determinar inclusive a forma de execução da própria decisão sobre o direito material a ser garantido, sem previsão legislativa, ou mesmo atuar no âmbito de políticas públicas já elaboradas pelo Executivo. Importante, pois, no caso concreto, demarcar exatamente o que deve ser garantido quanto ao valor constitucional reclamado, além de identificar corretamente em que grau houve a violação alegada.

Por exemplo, de acordo com o tema aqui estudado, o que exatamente deve ser reconhecido como direito à saúde, valor constitucional a ser protegido e garantido, em demanda proposta sobre pedido de medicamentos a serem fornecidos para pessoas com alto padrão econômico e para aquelas consideradas de baixa renda? Deve o poder aquisitivo de cada ser levado em consideração ao analisar o deferimento de pedido judicial, sendo a necessidade de determinado fármaco a

---

<sup>18</sup> FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, n. 93, Nov. 1979. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/1b7a/09288fd520df14697d097789b6efde5468d9.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

mesma para ambas as pessoas aqui exemplificadas?

Nessa situação, o magistrado pode se deparar com a situação de escassez de recursos públicos, sendo muitas vezes necessário estabelecer parâmetros para garantir o direito à saúde apenas a uma parcela da população, mesmo havendo previsão constitucional de que a saúde é um direito de todos (artigo 196, CF/88). Portanto, caso o indivíduo tenha meios efetivos para custear determinado tratamento que lhe seja necessário, sem que isso prejudique sua própria subsistência ou de sua família, por exemplo, não seria justo o Estado ter que financiar medicamento para quem pode pagar em detrimento de garantir tratamento para pessoas consideradas hipossuficientes economicamente. Pode-se dizer que, no caso concreto, apesar de ser plausível reconhecer o direito à saúde do indivíduo que comprovadamente precise do tratamento pleiteado, se lhe é viável o custeio por meios econômicos próprios, talvez não seja o caso de violação de tal direito a omissão estatal em prestá-lo.

O Juízo, ao elaborar tais decisões, deve sempre se preocupar em analisar o custo-benefício das medidas: seguindo no exemplo acima exposto, quais seriam os requisitos utilizados pelo magistrado quando se deparar com o pedido que obrigue o Estado à compra de medicamento de alto custo para um indivíduo que tem condições financeiras de custeá-lo? Deve-se considerar que o ente governamental, com a mesma verba pública que dispenderá para atender ao deferimento judicial desse pedido poderá realizar a compra de diversos outros fármacos para várias pessoas de baixa renda que deles necessitam.

Além da exigência de definição sobre os limites do direito a ser garantido no caso concreto, deve ainda o julgador, ao elaborar decisão estruturante, permitir futuras revisões, para o caso de não ser mais necessária ou se torne extremamente onerosa, de tal forma a aliar-se ao desejo popular do que seja mais justo, considerando a definição sob o aspecto democrático do que a aspiração da maioria representa. Assim, mais fácil será a execução da medida, exatamente por envolver outros atores sociais e os demais poderes republicanos, pois considerar a atuação democrática na elaboração de medidas estruturantes é também uma forma de garantir a devida exequibilidade destas, exatamente por não terem os juízes todo o conhecimento técnico necessário (por exemplo, que tipo de medicamento é mais eficaz para determinada enfermidade: aquele que a parte pleiteia em determinada

ação ou o indicado em lista própria elaborada pelo governo e fornecido para a população de forma gratuita?).

Importante ressaltar que há objeções ao envolvimento do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, encaradas como sendo de responsabilidade do Poder Executivo (elaboração e execução), com autorização legal do Poder Legislativo.

Uma delas é precisamente quanto ao princípio da separação dos poderes, posição já analisada em nosso primeiro capítulo.

Outra crítica à atuação do Estado-juíz é a inexperiência do magistrado sobre políticas públicas. Como acima demonstrado, o desenvolvimento de tais políticas é realizado em conjunto pelos governantes e legisladores, ambos incumbidos de decidir sobre o que é mais necessário e urgente para toda a população em sua maioria.

Pode-se entender que em uma decisão judicial que beneficia apenas o autor da ação, há valorização deste em detrimento de toda uma coletividade, uma vez que o juiz, segundo alegam, não considera a situação de todos os cidadãos que também necessitam do mesmo bem jurídico pleiteado em determinada ação. Argumenta-se, por exemplo, que o deferimento de pedidos liminares quanto a determinado procedimento cirúrgico, o julgador apenas considera a necessidade e direito à saúde da parte autora, provocando o desrespeito a uma fila de prioridade em relação às cirurgias eletivas organizada pela Secretaria de Saúde de determinado Estado.

Além disso, afirmam que ao Estado-juíz não lhe é imposto o conhecimento e organização das finanças públicas, sendo sempre importante considerar o equilíbrio entre o custo-benefício na elaboração de políticas públicas. Ao decidir sem se importar com referido equilíbrio, provavelmente tal decisão judicial poderia causar grandes prejuízos financeiros para os cofres públicos, além de possíveis danos à própria população<sup>19</sup>.

Portanto, o Poder Judiciário deve ser cauteloso ao decidir em situações nas quais envolvam políticas públicas. Percebendo estar diante de lide na qual há necessidade de imposição de medidas estruturantes, uma vez que afetará as

---

<sup>19</sup> Situação concreta que pode acontecer é aquela na qual um juiz determine a um Município a compra de medicamento de alto custo para benefício de um paciente, comprometendo praticamente toda a verba municipal destinada à saúde pública em determinado ano.

estruturas burocráticas estatais, requer-se bastante atenção em vários detalhes que não lhes são impostos no dia a dia forense tradicional. Inclusive para que a decisão não gere outros problemas estruturais, ou mesmo outras violações constitucionais.

### **3.3 Relevância da atuação judicial no controle de políticas públicas**

Tradicionalmente, o modelo de resolução de lides no âmbito forense se dá pelo debate entre as partes nos autos de um processo para, ao final, ser decidido quem está certo e quem está errado, de modo a finalizar extinguindo a querela, restaurando a harmonia que existia anteriormente entre os indivíduos envolvidos.

Ocorre que, na prática, não há exatamente certo ou errado a ser reconhecido judicialmente, sendo necessário muitas vezes modificar a relação entre as partes, criando verdadeiramente uma nova forma de se vincularem na qual cada uma deve agir ou se omitir para que seja estabelecida uma real harmonia entre elas.

Quando uma pessoa ingressa no Poder Judiciário propondo uma ação em face do Poder Público, na tentativa de que sejam seus direitos fundamentais reconhecidos (elencados e protegidos constitucionalmente), provavelmente será sobre o mesmo direito previsto para toda ou grande parte da população, principalmente em se tratando de direitos sociais que exigem prestação positiva por parte do Estado para serem verdadeiramente concretizados.

Partindo deste ponto, não sendo determinado direito fundamental devidamente observado pelo Poder Público, cada cidadão encontrar-se-ia legitimado a ingressar com demanda judicial para obter o bem da vida que necessita em face do governo, gerando de tal forma um elevado número de ações processuais que provocaria danos à celeridade nas soluções das lides.

Da mesma forma, provavelmente as decisões proferidas favoreceriam apenas àqueles indivíduos que, necessitando de determinada prestação de serviço por parte do governo, ingressassem com demanda judicial em detrimento daqueles que, por alguma razão, não demandaram, (não tiveram garantido o seu direito de acesso à justiça, como uma das possíveis causas), gerando situação injusta através de decisão judicial emitida, em que de todos aqueles que precisam da prestação pública apenas parte deles a obtêm.

Por tais motivos, as decisões estruturantes se mostram como recurso adequado para a solução de demandas judiciais que pretendem a garantia de

direitos fundamentais, quando se fizer necessária a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas.

O julgador, ao se deparar com ações que envolvam políticas públicas, tanto quando se tratar de programas já existentes, em andamento ou não, quando houver ausência (omissão) estatal, deve elaborar medidas estruturantes, ou seja, elaborar uma série de reformas na instituição responsável em garantir o bem da vida reclamado, de modo a não somente determinar quem está certo ou errado na lide proposta, mas definir como garantir que os direitos fundamentais pleiteados sejam concretizados, tudo de acordo com a Constituição.

O primeiro impacto que uma decisão estruturante causaria seria o reconhecimento do fracasso das autoridades envolvidas na elaboração ou mesmo omissão de política pública necessária. Autoridades estas que possuem, pelo menos em tese, conhecimento técnico suficiente para atender às demandas sociais segundo normas constitucionais vigentes. Nesse sentido, o magistrado poderia incentivar os próprios responsáveis a corrigirem eventuais desarranjos, sendo possível determinar a realização de audiência prévia com todos os interessados e envolvidos, em casos não tão urgentes. Nada impede, contudo, que referida audiência possa ser realizada ao longo da instrução processual, mesmo após o deferimento de pedidos de tutelas provisórias.

Caso o julgador verifique que haja real necessidade de uma intervenção mais incisiva, deve proferir decisões claras e com o máximo de detalhes possíveis, sempre garantindo os ditames do princípio do devido processo legal.

Deve direcionar as ordens às autoridades competentes para a execução do que se pretende, como intimar o secretário de saúde estadual para assuntos que lhes forem pertinentes em vez de intimação genérica ao governador do Estado para o cumprimento de ordem judicial.

Também o julgador deve estar ciente de que em muitas situações irá se deparar com questões de cunho financeiro, nas quais gerará impactos relevantes ao erário, não devendo limitar sua atuação caso haja, por exemplo, aumento de cobrança de tributos. Cabe ao Estado garantir que os direitos fundamentais sejam concretizados, que se faça efetiva a força normativa de nossa constituição, portanto, deve previamente organizar suas finanças de tal forma a cumprir as previsões constitucionais e o juiz, quando suas decisões gerarem impactos financeiros para a fazenda pública, deve agir de forma razoável e consciente sobre os gastos públicos,

mas nunca deixar de determinar o que for preciso para a garantia dos dispositivos constitucionais.

Outro ponto relevante a ser considerado na elaboração de decisões estruturantes é o conhecimento técnico do magistrado quanto aos temas e nuances sobre políticas públicas. Ao juiz não lhe é exigido saber todos os campos do conhecimento para que possa proferir decisões justas e de acordo com o ordenamento jurídico ao qual se encontra vinculado. Não seria diferente quando necessita intervir em políticas públicas, às quais em sua origem seriam de responsabilidade do Executivo e do Legislativo.

Pode o magistrado realizar consultas a órgãos do governo ou mesmo a instituições particulares a fim de se munir com o máximo de informações imprescindíveis para a elaboração das medidas estruturantes. Na realidade, cabe ao Estado-juiz uma atuação estratégica, reunindo todos os atores sociais que podem agir para a solução da lide, sempre pautada em uma justa e bem fundamentada interpretação da Constituição, o que é mais relevante do que entender as minúcias orçamentárias de determinado plano plurianual de ente governamental.

Portanto, a atuação judicial nas políticas públicas se dá, basicamente, quando há falhas nestas ou mesmo ausência destas, pois, sendo o judiciário demandado, não lhe é possível negar provimento judicial. Ademais, caracterizada a falência estatal em determinadas circunstâncias, caberia ao julgador determinar medidas (estruturais) que corrijam as lacunas estatais, uma vez que os demais poderes não foram capazes de cumprir com seus deveres institucionais.

### **3.4 Decisões estruturantes e o ordenamento jurídico brasileiro**

#### ***3.4.1 Previsões legislativas destacadas***

Em princípio, como na maioria dos textos jurídicos produzidos sobre previsões normativas acerca de algum tema, previsível seria iniciar o presente tópico abordando a análise constitucional. No entanto, verifica-se que referido exame já fora realizado em nosso capítulo primeiro, destacando que, uma vez que o Estado-juiz é provocado, não lhe é possível se imiscuir de sua função<sup>20</sup>, principalmente

---

<sup>20</sup> Princípio da inafastabilidade da jurisdição. (CF/88 Art. 5º, XXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;)

quanto à resolução de conflitos, devendo decidir sempre seguindo as normas constitucionais quanto a concretização dos direitos previstos.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil anterior, de 1973, timidamente um juiz poderia produzir decisão com medidas estruturantes, com base no *caput* do artigo 461 e § 5º<sup>21</sup>, apenas quando a lide envolvesse obrigação de fazer ou não fazer, quando não fosse possível conceder a tutela específica no caso de procedência do pedido. Permitia-se ao juiz aplicar as medidas que entendesse necessárias para assegurar o resultado prático equivalente à referida tutela pleiteada nos autos.

A Lei nº 12.529 de 2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica além de outras providências, traz em seu texto legal a hipótese de intervenção judicial, modalidade que permite ao magistrado determinar medidas interventivas na estrutura de empresas, quando necessário, de acordo com as situações previstas, a serem executadas por interventor por nomeado judicialmente<sup>22</sup>.

Com o advento da Lei nº 13.105 de 2015, a qual instituiu o Código de Processo Civil brasileiro atualmente vigente (CPC), há em seu texto mecanismos que o magistrado pode utilizar quanto à elaboração de decisões estruturantes para uma melhor solução de lides que envolvam políticas públicas, como os negócios jurídicos processuais, inspirados na ideia de flexibilização dos procedimentos judiciais de modo voluntário, permitindo não só às partes, mas também ao juiz que

---

<sup>21</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

(...)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

<sup>22</sup> Art. 96. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

(...)

Art. 102. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

(...)

Art. 106. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar e terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

conduz o processo, solucionar demandas coletivamente. O julgador, por conseguinte, elabora a decisão junto às partes envolvidas, até mesmo com auxílio de terceiros, interessados ou não.

Percebe-se referida tendência legislativa no texto aprovado do novo código, uma vez que há valorização do consenso entre os litigantes, como se percebe em relação ao enaltecimento dos métodos alternativos e extrajudiciais empregados na solução de conflitos, tanto pela doutrina, já em momento anterior a este CPC, quanto pela atuação de diversos atores que funcionam junto ao Poder Judiciário (Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados, por exemplo), na tentativa de realizar conciliações e mediações prévias à propositura de ações judiciais ou mesmo quando já em desenvolvimento.

Desta forma, de extrema importância para o tema em análise é a previsão de cláusula geral de negociação processual no artigo 190 do referido texto legal:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

É com base neste dispositivo, dentre outros, que há possibilidade de o julgador proferir decisão estruturante, ressaltando-se que as medidas definidas de forma consensual podem, inclusive, garantir maior e melhor exequibilidade do que aquelas impostas unilateralmente pelo magistrado. Claro que, em se tratando de políticas públicas, há interesses da coletividade envolvida, mas tal motivo não exclui a negociação dos direitos das partes. Como o dispositivo menciona, basta que os direitos sobre os quais recaiam a lide admitam autocomposição, não importando, como requisito legal, se são indisponíveis ou não. Vedada se encontra à Fazenda Pública de dispor de prerrogativas que lhes foram concedidas para proteção dos interesses públicos, porém, é possível a realização de negócio jurídico com o poder público.

Exemplificando alguns atos possíveis de serem negociados ao se proferir uma decisão estruturante: calendarização processual (art. 191); suspensão convencional do processo (art. 313, II); realização de audiência para sanear o

processo (art. 357, §3º), dentre outros. O saneamento processual cooperativo é aconselhável quando se discute políticas públicas, uma vez que, provavelmente, em algumas questões discutidas, o magistrado necessitará se utilizar de conhecimento técnico para definir determinadas medidas e exatamente essa será uma das oportunidades na qual o julgador terá para, conjuntamente, ouvir e arguir os envolvidos (não apenas litigantes) para dirimir qualquer dúvida que neste sentido houver.

### **3.4.2 Decisões estruturantes em ações judiciais selecionadas**

Na jurisprudência pátria também é possível encontrar diversas decisões que já se utilizam de medidas estruturantes. Serão elencadas a seguir algumas selecionadas que tiveram maior visibilidade no âmbito nacional.

O Ministério Público Federal propôs em 1993 uma Ação Civil Pública<sup>23</sup> em face de empresas carboníferas e da União, devido a danos causados ao meio ambiente pela exploração e carvão no estado de Santa Catarina, conhecida como ACP do Carvão. A situação demandava do Judiciário a determinação de que fossem reparados os danos provocados, mas, ao mesmo tempo, as sanções poderiam provocar prejuízos de outra ordem, como possível demissão de funcionários ou a falência de empresas, sendo que a extração do produto mineral era necessária como matéria-prima para diversas indústrias, o que poderia ocasionar um colapso em alguns setores da economia nacional.

---

<sup>23</sup> A Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, ou ACP do Carvão, como ficou conhecida, foi proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) em 1993 e demandou das empresas carboníferas e à União a recuperação dos danos ambientais causados pela exploração de carvão mineral na região Sul de Santa Catarina. A sentença (Processo nº 2000.72.04.002543-9) foi proferida pela Justiça Federal em janeiro de 2000 e, como havia antecipação de tutela, os réus começaram a se organizar e se estruturar para apresentar seus projetos para a recuperação de seus passivos. Inicialmente, a sentença exigia a apresentação, em um prazo de seis meses, de um projeto de recuperação que contemplasse todos os itens previstos no PROVIDA-SC, bem como a execução desse projeto nos três anos seguintes. O projeto deveria prever a recuperação de áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras. Mais tarde, a sentença foi reformada e o prazo para a recuperação dos recursos hídricos foi ampliado para dez anos, permanecendo o prazo inicial de três anos para as obras terrestres. Em 2006, o juízo, a pedido do MPF, determinou que os projetos fossem padronizados segundo as normas técnicas – NBR 13030, e com os itens NRM-01 (normas gerais) e NRM-21 (reabilitação de áreas pesquisadas, mineradas e impactadas) da Portaria do DNPM nº 237, de 18/10/2001, o que foi atendido pelos réus. Esses projetos passaram a ser analisados pelo MPF e pela então FATMA, atual IMA. (ACP DO CARVÃO-RESUMO. Disponível em: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php> . Acesso em: 27 fev. 2020.)

A decisão, portanto, não poderia ser proferida de forma simples, apenas reconhecendo procedente ou não o pedido do autor, ou mesmo condenando os réus a simplesmente pagarem indenizações sem se preocuparem com a recuperação ambiental. Logo, a decisão foi realizada de modo a acolher a participação de diversos atores sociais, com determinações especificadas, mas não estanques, havendo uma constante revisão quanto a execução de acordo com os problemas que surgem e avanços obtidos, sendo constantemente fiscalizada pelos órgãos jurisdicionais competentes, os quais devem realizar os devidos ajustes com base nas mudanças fáticas do caso apresentado.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), destacamos duas decisões. A primeira delas, proferida no Recurso Especial nº1.419.421/GO<sup>24</sup>, trata da utilização de medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) sem a necessidade da existência de inquérito policial nem de processo criminal ou cível. Reputou que tais medidas teriam natureza cautelar cível satisfativa, sem a obrigatoriedade de propositura de ação principal. Considerando-se julgamento realizado em fevereiro de 2014, época de vigência do CPC de 1973, com previsão de exigência de vinculação a uma ação principal em seu artigo 796<sup>25</sup>. Neste caso, o órgão julgador, utilizando-se de medidas já previstas em legislação em vigor (poderia ter se utilizado de quaisquer outras para a mesma finalidade), assegurou, em demanda proposta fora das expectativas legais, a proteção de direitos garantidos constitucionalmente.

---

<sup>24</sup> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1419421/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014)

<sup>25</sup> Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

O segundo julgamento, mais afeto ao tema do presente trabalho, refere-se à decisão proferida nos autos do Recurso Especial de nº 1.069.810/RS<sup>26</sup>, julgado conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos, que será melhor analisado no capítulo seguinte. Em breves palavras, trata da possibilidade de bloqueio de verbas públicas quando o Estado descumprir obrigação de fazer de fornecimento de medicamento para portadores de doença grave.

Importante ressaltar também o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na tomada de decisões estruturantes em nosso país, principalmente sendo “órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República”<sup>27</sup>.

Dentre alguns casos de maior repercussão quanto ao julgamento utilizando medidas estruturantes, também foram selecionadas duas ações.

Uma das demandas na qual houve proferimento de decisão estruturante, em trâmite no Supremo mais mencionadas, seja pela doutrina pátria, seja em diversos outros julgados, é o litígio conhecido como “Raposa terra do Sol” (Pet 3.388/RR)<sup>28</sup>, que trata sobre casos de demarcação de terras indígenas no estado de Roraima. Em tal situação, a decisão abordou diversos tópicos, tais como: o reconhecimento da condição indígena da área territorial em discussão, sendo esmiuçada a natureza jurídica de alguns termos (tais como, “índios”, “terras indígenas”, “território indígena”); liderança institucional da União sobre atividades dos Estados e Município quando atuarem em tais terras; positivou várias nuances do ato de demarcação dessas terras; disciplinou a visita de indivíduos não-índios em

---

<sup>26</sup> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.

(REsp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013)

<sup>27</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>, Acesso em: 27 fev. 2020.

<sup>28</sup> Uma vez que a ementa de referido julgado ocuparia bastante espaço no presente trabalho, recomenda-se a leitura de seu texto no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163247&base=baseAcordaos>. Acesso em 27 fev. 2020.

tais territórios; tratou sobre a compatibilidade com a faixa de fronteira; sendo tais tópicos os de maior relevância, apresentados na ementa da decisão. Tem-se, portanto, excelente exemplo de como é possível a utilização de tais medidas quanto ao controle de políticas públicas, no caso, em relação a direitos indígenas, garantidos em nossa constituição.

Outra ação selecionada neste estudo foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347<sup>29</sup>, que trata sobre sistema penitenciário nacional, reconhecendo-se a existência de falhas estruturais e a falência de políticas públicas, impondo serem necessárias mudanças de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Entre outras medidas, a que se considera de maior relevância para o trabalho aqui apresentado, ao apreciarem os pedidos de medida cautelar formulados na inicial de dita ação, foi a de determinar aos juízes e tribunais que realizassem audiências de custódia, devendo ser possibilitado o comparecimento do preso diante o órgão judiciário competente no prazo máximo de 24 horas do ato da prisão, concedendo noventa dias para as devidas adequações institucionais para a execução da medida. Clara determinação na estrutura administrativa tanto do Poder executivo (condução de presos), quanto no próprio Poder judiciário (necessidade de dispor de estrutura física e de servidores, além de membros do próprio poder para que tais audiências sejam realizadas).

---

<sup>29</sup> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

## **4 DECISÕES ESTRUTURANTES E O DIREITO À SAÚDE: CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Neste último capítulo, será analisada a temática sobre a utilização de decisões estruturantes como controle judicial de políticas públicas específico na área de saúde.

### **4.1 Direito à saúde e o funcionamento do SUS: Aspectos legais e demanda judicial**

Em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde é admitido como um direito social, dependente de prestação positiva do Estado para sua realização. Trata-se de obrigação estatal garantir sua concretização, uma vez que se trata de direito previsto em norma constitucional, conforme já analisado no primeiro capítulo deste trabalho<sup>30</sup>.

Para a realização de tal direito, este devendo ser prestado de modo universal e igualitário, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), criado após a nova ordem constitucional estabelecida com a promulgação da Carta Magna de 1988. Antes desta, apenas os trabalhadores vinculados a sistemas previdenciários tinham acesso a serviços de saúde prestados pelo Estado, ficando grande parte da população a depender da atuação de instituições de caridade (como exemplo, as Santas Casas de Misericórdia).

Através do SUS, há o acesso universal e equânime para toda a população brasileira, sem qualquer discriminação, ao menos em tese, devendo as ações serem prestadas de forma integral à saúde, não apenas combatendo doenças, mas sim prevenindo enfermidades e promovendo bem-estar pessoal.

As ações e serviços realizados pelo SUS são de responsabilidade solidária e participativa dos entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo garantido o envolvimento da população na elaboração de políticas públicas, tanto no controle e na avaliação quanto na execução destas.

Regula-se o direito à saúde no âmbito nacional, de modo a definir largamente as ações e serviços a serem prestados pelo SUS, é a lei federal de nº

---

<sup>30</sup> CF/88, artigos 6º e 196.

8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como “Lei Orgânica da Saúde”.

É nela que encontramos o conceito de Sistema Único de Saúde, constituindo-se este de “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, sendo possível à iniciativa privada participar em caráter complementar<sup>31</sup>.

Estabelece, ainda, a Lei orgânica da Saúde, as competências e atribuições para cada ente federativo, além da forma de financiamento do sistema, dentre outros tópicos mais específicos sobre o funcionamento do SUS.

Organiza-se o SUS de forma regionalizada e hierarquizada, sendo tal estruturação regulamentada pelo Decreto de nº 7.508, de junho de 2011.

Ressalte-se que a participação da sociedade está garantida no âmbito de comissões formadas por Ministério e órgãos competentes, além de entidades representativas da sociedade civil, todas subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde (CNS), ao qual cabe fiscalizar, acompanhar e monitorar as políticas públicas de saúde.

O CNS, criado em 1937<sup>32</sup>, tem as atuais atribuições regulamentadas pela Lei de nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, ato normativo que dispõe, dentre outras matérias, sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS).

Após essa breve apresentação sobre a existência do SUS, evidente se mostra presencialmente em nossa sociedade que o direito à saúde não se encontra devidamente concretizado em nosso país, afirmação que é possível a qualquer cidadão conferir sua veracidade ao buscar os serviços e tratamentos médico-hospitalares nos postos, clínicas e hospitais públicos.

A demanda por prestação de serviços em tal área é enorme e, apesar de políticas públicas elaboradas e implementadas pelos entes, a população ainda se vê carente de atendimentos básicos e indispensáveis, tanto de modo preventivo quanto de forma a buscar a cura de suas enfermidades.

Nesse contexto, é cada vez maior o ingresso no Poder Judiciário de ações nas quais se busca a concretização do direito à saúde, seja de forma individual ou coletiva.

---

<sup>31</sup> Lei 8080/90 – artigo 4<sup>a</sup>, caput e §2<sup>o</sup>.

<sup>32</sup> Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao-cns>. Acesso em 04 mar. 2020.

De acordo com estudo elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e divulgado durante a III Jornada de Direito à Saúde, realizada no ano de 2019, no período compreendido entre 2008 e 2017, o volume de demandas judiciais de saúde registrou um aumento de 130%, enquanto que, no mesmo espaço de tempo, o número total de processos judiciais cresceu 50%<sup>33</sup>.

Identificou-se na pesquisa que referido aumento também impactou a elevação de gastos no orçamento do Ministério da Saúde com demandas judiciais, crescendo aproximadamente 13 vezes em 7 anos, atingindo o valor de 1,6 bilhão de reais em 2016.

O aumento em tais números se mostra preocupante não apenas quanto ao incremento dos gastos públicos realizados, muitas vezes nesse tipo de litígio, de forma imediata, pois no cumprimento de medidas liminares deferidas a serem executadas com urgência, não há a realização de procedimento licitatório para aquisição de medicamentos, próteses/órteses, insumos ou materiais necessários para o tratamento requerido em ação judicial, por exemplo, ou seja, gastos executados sem qualquer planejamento financeiro prévio.

Também se trata de problema a ser enfrentado pelo próprio Judiciário, uma vez que há o ingresso de centenas de milhares de processos (dificultando a celeridade processual), além de muitos desses tratarem de temas recorrentes e, na maioria dos casos, com pedidos de tutelas provisórias que exigem, quase sempre, análise sem o estabelecimento do contraditório.

Diante de tal quadro, faz-se necessária a utilização de mecanismos para facilitar o julgamento das demandas sobre saúde pública. A proposta deste estudo baseia-se na aplicação de medidas estruturantes nas decisões, a fim de permitir que o magistrado tenha acesso e influência sobre políticas públicas elaboradas e realizadas pelos entes federativos, assim como que possa determinar a realização de ações imprescindíveis nos casos em que o Estado for omissivo, tudo para garantir a concretização do direito à saúde previsto constitucionalmente.

Tais decisões devem ser proferidas de forma a garantir a participação dos responsáveis pela gestão da saúde pública, além de profissionais que possam

---

<sup>33</sup> Pesquisa realizada pelo Insper para o CNJ: *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Relatório Analítico Propositivo disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

auxiliar o juízo competente quanto ao esclarecimento técnico sobre as demandas propostas (análise sobre tratamento indicado para a enfermidade sofrida pela parte, por exemplo, estudo sobre se é o mais adequado, se há outros semelhantes, o custo-benefício, etc.). Examinar o caso concreto, independentemente de se tratar de demanda coletiva ou individual, considerando a universalidade, equidade e integralidade do SUS, além das questões orçamentárias de cada ente federado responsável pela prestação dos serviços de saúde.

#### **4.2 Exemplos de litígios e respectivas decisões judiciais sobre saúde pública**

Considera-se de extrema relevância para concluirmos o presente trabalho a exposição de decisões em processos judiciais nos quais se discutia o direito à saúde, e houve a necessidade da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas relacionadas. Importante a mencionada análise, inclusive, pelo fato de não existir um modelo definitivo quanto ao formato de decisões nas quais são determinadas a aplicação de medidas estruturantes, sempre em obediência aos limites impostos pelas normas do ordenamento jurídico na qual serão inseridas.

Inicialmente será analisada decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Colombiano (TCC), qual seja o acórdão nº 760 de 31 de julho de 2008<sup>34</sup>. Embora não se trate de ação processada no ordenamento jurídico pátrio, relevante mencioná-la para exemplificar como foi possível, no julgamento de ações individuais, interferir na criação de políticas públicas a serem aplicadas para determinada coletividade.

Em dita decisão, o TCC reuniu ações envolvendo lides diversas em torno do direito à saúde e publicou decisão única, respeitando a individualidade de cada relação jurídica apresentada, impondo medidas estruturantes na tentativa de combater algumas das graves questões existentes no sistema de saúde colombiano na época.

A Corte Colombiana determinou, então, ordens organizadas separadamente na mesma decisão, as primeiras solucionando os casos individuais de negativa total ou parcial de acesso aos tratamentos médico-hospitalares indicados; as demais, imbuídas de natureza estruturante, foram direcionadas a

---

<sup>34</sup> Sentença T-760/2008, disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

resolver problemas estruturais no sistema de saúde local. Entendeu o colegiado que havia uma questão jurídica geral envolvendo todos aqueles casos analisados e que poderia influenciar outras situações que, por motivos variados, não haviam ingressado do Judiciário referentes à concretização pelo Poder Público do direito à saúde constitucionalmente protegido.

Concentrando o estudo no âmbito nacional, apenas como forma de ilustrar a presença de decisões estruturantes proferidas em nosso ordenamento jurídico na área de políticas públicas de saúde, foram selecionados alguns julgados para serem analisados neste trabalho. Não que sirvam como paradigma para a elaboração de outros julgados, mas sim de inspiração como possibilidade de atuação do Judiciário em tal matéria.

No STJ, selecionado julgamento do Resp 1.069.810/RS, ocorrido sob o rito instituído pelo artigo 1.036 do CPC (recurso especial repetitivo – Tema 84), no qual se firmou a seguinte tese:

Tratando-se de fornecimento de medicamento, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

Ressalte-se que referida matéria também é tratada no Tema 289, com repercussão geral no STF, referente ao RE 607.582/RS, ainda com mérito pendente de julgamento, tratando sobre o mesmo assunto, cujo título se apresenta como “bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos”.

Em ambas as ações em trâmite nas instâncias superiores, discute-se a possibilidade de bloqueio de contas públicas como medida coercitiva para que os entes públicos responsáveis cumpram determinações judiciais quanto ao provimento de fármacos.

Situação bastante complicada no país, quanto a decisões que envolvam a Fazenda Pública como ré, é a garantia da execução das medidas estabelecidas pelo magistrado, uma vez que há prerrogativas previstas com garantias em relação à proteção do erário, mas que, por vezes, dificultam a atuação judicial para ter suas decisões devidamente cumpridas pelo gestor público.

Contrários à possibilidade do mencionado bloqueio, encontram-se argumentos, em sua maioria, de que qualquer pagamento devido pela Fazenda Pública deveria ser realizado através do sistema de precatórios, de acordo com o

artigo 100 da CF/88. No entanto, considera-se que obedece tal sistema o cumprimento de obrigações de pagar quantia certa determinadas pelo Judiciário, não englobando as de fazer, por exemplo, como é o caso de demandas judiciais nas quais se requer o fornecimento de medicamento.

No caso de descumprimento de qualquer decisão, seja ela estruturante ou não, inócua seria a atuação do Judiciário sem a possibilidade de coerção efetiva em caso de descumprimento. Desta forma, a jurisprudência já admite a utilização de referido bloqueio, desde que realizado com bastante cautela pelo magistrado, como elenca a tese firmada no STJ, inclusive por se tratar de ato a influenciar diretamente a gestão de finanças públicas. Exatamente em uma situação como esta, na qual se admite a possibilidade de o magistrado, realizando o bloqueio de verbas públicas, forçar o Estado a cumprir decisões, deve-se ponderar se a medida se mostra adequada, uma vez que se trata de entrave das contas públicas para a realização de outras tantas ações programadas pelo governo na execução de suas funções.

Indo mais além, entende-se que seria possível ao juiz até mesmo realizar o sequestro de valores para que o próprio Judiciário realizasse a compra do fármaco requerido pela parte e negado injustamente pelo ente federado. Porém, necessária a ponderação sobre a melhor solução para cada caso, pois se trataria de hipótese a ser realizada sem o procedimento de compra legalmente indicado (por exemplo, licitação ou a dispensa dessa, devidamente processados administrativamente, cumprindo todos os requisitos exigidos por lei).

Por fim, propõem-se a análise do litígio apresentado nos autos da ação de nº 0163657-49.2018.8.06.0001, processada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE)<sup>35</sup>.

Trata-se de demanda ajuizada por paciente já em tratamento domiciliar fornecido pelo SUS, com diagnóstico de Epidermolise Bolhosa Congênita (CID 10 – Q81), enfermidade a qual consiste no surgimento de bolhas e erosões da pele (lesões), geralmente produzidas por mínimos traumas, ocasionando dores aos portadores, além de resultar em possíveis cicatrizes semelhantes às ocorridas em

---

<sup>35</sup> Consultado os autos no sistema eletrônico e *on-line* próprio do referido tribunal, Sistema de Automação da Justiça (e-SAJ), na data de 05/03/2020, há acórdão de julgamento de apelação publicado em 03/12/2019, ainda aguardando a ocorrência do trânsito em julgado.

queimaduras, favorecendo ainda, em alguns casos, o risco de infecções e de sepse<sup>36</sup>.

No caso estudado, o tratamento médico prescrito, entre outras recomendações (como alimentação líquida e pastosa, evitando-se comidas sólidas), baseava-se primordialmente no uso de curativos especiais e de material utilizado para a colocação e retirada destes, tanto para a proteção cutânea, de modo preventivo, quanto para o tratamento de lesões existentes. Afirmava a autora que a utilização do material fornecido pela Secretaria de Saúde do Estado do Ceará não proporcionava prevenção nem melhoria quanto às lesões ocorridas, informando que já empregava os insumos concedidos há cerca de um ano.

Requeriu, então, além de suplementação alimentar conforme prescrição médica para a qual afirmou não existir nenhum programa de entrega dessa por parte do Município ou pelo Estado, material diverso daquele que lhe era fornecido para o tratamento e prevenção das lesões, uma vez que aquele disponibilizado não lhe oferecia os resultados clínicos indicados para melhora de seu estado físico. Afirmou que o valor total de tais itens ultrapassava as possibilidades financeiras próprias e de sua família.

Após devida instrução processual, inclusive com atuação de setor específico existente no TJCE (NATJUS, sobre o qual discorreremos em seguida), este, consultado pelo magistrado, forneceu nota técnica sobre o tratamento indicado e a enfermidade da requerente, houve o proferimento de sentença julgando procedente o pedido da parte autora. Saliente-se que a nota técnica produzida pelo NATJUS informava que no SUS, na época, não havia indicação de tratamento específico para o diagnóstico sofrido pela autora (não constando Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica para tal enfermidade, este apenas sendo apresentado em outubro de 2019<sup>37</sup>), sendo a intervenção terapêutica realizada de forma casuística, recomendando tratamento que fora indicado individualmente para o seu caso específico da paciente. Ou seja, os insumos fornecidos pela Secretaria de Saúde, no momento do ajuizamento da ação e da publicação da sentença, não constavam como sendo parte de qualquer programa institucional devidamente elaborado para

---

<sup>36</sup> Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas Epidermólise Bolhosa Hereditária e Adquirida – Relatório de Recomendação, produzido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2019/Relatrio\\_-\\_Epidermolise-bolhosa\\_-CP\\_60\\_2019\\_verso-10-10-19.pdf](http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2019/Relatrio_-_Epidermolise-bolhosa_-CP_60_2019_verso-10-10-19.pdf). Acesso em 05 mar.2020.

<sup>37</sup> Ver nota anterior.

cuidar especificamente de paciente portadores de Epidermólise Bolhosa, apresentando-se devidamente fundamentada a sentença que concedeu o que fora requerido na inicial.

Ocorre que, após a prolação da decisão que pretendia dar termo à lide proposta, o Estado juntou aos autos informação de que realmente não havia padronização de tratamento no SUS para a enfermidade da paciente. No entanto, com fundamento do artigo 19-P da Lei nº 8.080/90, atentando para a quantidade de pacientes atendidos pelo Estado do Ceará com o mesmo diagnóstico sendo beneficiado por decisões judiciais quanto ao fornecimento dos mesmos curativos considerados de alto custo, havia decidido realizar estudo sobre os insumos prescritos e tratamento clínico indicado para dita doença. Explicou ainda, nos autos, que após Parecer Técnico de junta médica especializada, concluiu-se sobre a existência de alternativas de tratamento, realizando, desta forma, licitação para aquisição de curativos com as mesmas especificações da marca indicada nas decisões judiciais.

Verifica-se, portanto, que o Estado do Ceará, diante da necessidade de cumprir várias decisões de juízos diversos que contemplavam indivíduos com a mesma doença, sendo obrigado ao fornecimento de material de alto custo e sem o adequado planejamento financeiro, decidiu, na realidade, elaborar política pública para adquirir insumos necessários ao tratamento de pacientes com a mesma enfermidade com um custo menor, através de processo administrativo devidamente cumprido (licitação), além de acompanhar a situação clínica de cada um desses pacientes de maneira individualizada.

Na ação judicial examinada, o magistrado teve que decidir sobre o direito de saúde da parte, de forma individual, uma vez que não havia nenhuma política pública criada especificamente para suprir suas necessidades e garantir seu direito ao tratamento adequado. Neste caso, com a soma de todas as decisões judiciais proferidas pelo Judiciário Estadual, obrigando o ente federativo a cumprir a obrigação fornecer os bens médicos prescritos, a parte ré se viu, não obrigada, mas estimulada, a criar política pública para melhor gerenciar as necessidades desse grupo de indivíduos, garantindo-o o direito à saúde e à melhor gestão dos recursos públicos.

Interposta apelação com tais informações em face da sentença acima descrita, o tribunal reconheceu a eficácia do tratamento fornecido pelo Estado

através do mencionado programa recentemente criado, reformando a decisão parcialmente, considerando improcedente o pedido dos curativos solicitados de determinada marca, porém reconhecendo o direito da parte autora de receber do ente federativo a suplementação nutricional, mantendo a decisão de primeiro grau quanto a estes termos.

Por fim, como analisado nos casos concretos apresentados tanto neste quanto no capítulo anterior, notável mencionar a importância de proferir decisões estruturantes baseadas em evidências técnicas e com bastante celeridade, principalmente no caso do direito à saúde, uma vez que as situações enfrentadas pelo Judiciário na rotina forense chegam, na maioria das vezes, quando os pacientes já se encontram em estágio avançado de suas enfermidades. As partes de tais demandas judiciais geralmente enfrentam a burocracia administrativa estatal para solicitarem o fornecimento de tratamento médico-hospitalar prescrito sem qualquer sucesso, recebendo a negativa do Estado com demora, tempo de extrema relevância para o sucesso ou não de algumas intervenções.

No Estado do Ceará, algumas iniciativas recentes foram significativas para auxiliar os magistrados quanto ao processamento de ações semelhantes às apresentadas neste trabalho, uma vez que se referem a uma melhoria da estrutura do Poder Judiciário local quanto à tramitação de processos que versam sobre o direito à saúde.

Em meados 2018, duas varas situadas na capital tiveram a competência modificada para receberem demandas contra o Estado e o Município de Fortaleza, nas quais os pedidos tratassem sobre saúde pública. Ambas se especializaram em analisar requerimentos contra a Fazenda Pública referentes ao SUS; de serviços, tratamentos e insumos<sup>38</sup>. Embora não seja o foco deste trabalho, sendo ainda recente tal modificação, é previsível o impacto positivo, uma vez que possibilita aos Gabinetes dedicação exclusiva para cada vez mais adquirir conhecimentos técnicos e específicos, facilitando a análise das demandas sobre saúde pública, inclusive para melhor elaborar decisões estruturantes caso julguem necessárias em cada lide que segue em trâmite na unidade judiciária especializada.

Outra iniciativa de extrema relevância realizada pelo TJCE para auxiliar os magistrados na análise e julgamento de tais demandas foi a criação do Núcleo de

---

<sup>38</sup> Resolução do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará de nº 08/2018; DJE edição nº1935, disponibilizado em 28 junho 2018.

Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS)<sup>39</sup>, o qual se encontra em funcionamento na Comarca de Fortaleza, estando em constante expansão da área de atuação, atendendo às solicitações de juízos do interior do Estado. Formado preferencialmente por médicos e farmacêuticos do quadro de servidores efetivos de órgãos e entes cooperados, tem a função de elaborar pesquisa (Respostas e Notas Técnicas), com levantamento bibliográfico para casos complexos nos quais as partes demandem a concretização do direito à saúde perante o SUS, cuja competência seja da justiça estadual.

Por fim, diante de todo o exposto, mesmo com as iniciativas do Poder Judiciário para melhorar a análise e o julgamento dessas ações contra o Estado, deve existir vontade política dos responsáveis, eleitos diretamente pela população, para o atendimento dos ditames constitucionais ou as decisões estruturantes emitidas pelos magistrados não passarão de mera carta de intenções, constatando mais uma vez as falhas estruturais em nosso sistema governamental.

A sociedade busca no Judiciário solução exatamente quando não se tem as necessidades básicas atendidas pela administração pública, como ordena a constituição. Se as decisões judiciais não forem devidamente cumpridas, mais uma vez o indivíduo não terá seu direito à saúde realizado, transmitindo-lhe sensação de total fracasso estrutural do Estado.

Desta forma, importante o diálogo entre os poderes que constituem nossa república, mesmo no momento em que o Judiciário, reconhecendo a ineficácia da atuação do Executivo na realização de políticas públicas de saúde, decida de modo a reconhecer o pedido do autor em detrimento do réu Fazenda Pública. Que não sejam as decisões estruturantes encaradas apenas como uma ordem judicial, mas sim um projeto criado por várias mãos a ser executado da melhor forma possível.

---

<sup>39</sup> Portaria da Presidência do tribunal de Justiça do Estado do Ceará de nº 0536/2017; DJE, edição 1751, disponibilizado em 08 set 2017.

## 5 CONCLUSÃO

Sendo atualmente considerado de elevada importância em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde apenas teve seu reconhecimento como direito fundamental social em nosso país com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ainda no início da nova ordem constitucional brasileira, havia discussão sobre a aplicabilidade imediata ou não das normas constitucionais que previam os direitos sociais, retardando a atuação estatal na realização de tais previsões normativas, ressaltando-se que esses, em sua maioria, requerem prestações positivas do Estado para serem concretizados.

Atualmente, todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata reconhecida, portanto, cabe ao Estado garantir a verificação do direito à saúde para todos que compõem a sociedade brasileira, respeitando-se a força normativa da CF/88.

O Estado, atuando na esfera administrativa, garante a realização dos direitos sociais através de prestações positivas, como já mencionado, para as quais se requer determinado montante reservado de recursos públicos. Ao analisar as demandas da sociedade referentes aos direitos sociais garantidos pela Constituição, em termos resumidos, elaboram-se projetos que prevejam quais ações serão necessárias e o custo para realizá-las, além de organizar previamente todos os procedimentos legais que sejam imprescindíveis para a execução dessa espécie de programa, constituindo as políticas públicas.

Consistem as políticas públicas em programas elaborados de forma a organizar a atuação da Administração Pública, especificamente para a realização dos direitos sociais, foco deste estudo. Sendo assim, ao não pôr em prática devidamente a política pública criada ou mesmo quando esta se fizer necessária e não existir, deve o Judiciário, quando provocado, intervir.

Portanto, aliado ao princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, cabe ao Poder Judiciário atender às demandas que lhe forem apresentadas, cujos litígios se fundamentem não na realização dos direitos sociais pelos entes governamentais responsáveis, uma vez que lhe cabe primordialmente a garantia de que devem ser observados e cumpridos os dispositivos constitucionais.

Diante da possibilidade constitucional dado ao Poder Judiciário de

controlar políticas públicas, ou mesmo a omissão destas, considerando as falhas estruturais existentes na atuação da Administração Pública, eis que se apresentam as medidas estruturantes como opção de decidir judicialmente de maneira a garantir não só a solução de lides apresentadas em autos processuais, mas a reforma da própria estrutura estatal, impedindo a conduta ativa ou omissiva do ente prejudicial à garantia dos direitos sociais.

Ao se deparar com caso no qual a parte requer que seu direito à saúde seja garantido, utilizando-nos neste momento como exemplo o fornecimento de cadeira de rodas para sua locomoção devido à situação pessoal e individualizada, o magistrado pode simplesmente analisar o caso concreto e emitir decisão reconhecendo ou não a existência do direito reclamado.

No entanto, se várias pessoas, na mesma situação daquele demandante, necessitarem de cadeira de rodas para sua locomoção, cada uma delas decidindo protocolizar petições próprias, gerando diversas ações distintas com pedidos de tutelas de urgência, ao juízo competente caberia a análise de todos eles, provavelmente antes da formação do contraditório. Em tal exemplo, pode-se concluir que, de fato, o Estado não possui nenhum programa para o fornecimento de tal bem, ou que, se houver, não é realizado com sucesso.

Na hipótese levantada, o aumento do número de ações deve ser considerado relevante, pois fará com que o julgador dispenda mais tempo analisando cada pedido, verificando o direito e as características intrínsecas de cada parte, tudo isso sem considerar o contraditório, por suposição, perante a urgência alegada. Uma vez deferindo os pedidos de tutela de urgência para a maioria das partes nas respectivas ações, serão emitidas várias ordens judiciais enviadas em momentos diferentes para que sejam cumpridas pelo ente federativo responsável.

Diante deste quadro, evidente que seria mais célere e provavelmente mais eficaz, considerando a execução das medidas determinadas, uma decisão judicial proferida em demanda coletiva que reconhecesse o direito à saúde quanto ao fornecimento de cadeiras de rodas para aqueles que delas necessitassem.

No entanto, o Judiciário sempre dependeria da iniciativa das partes, uma vez que apenas pode atuar quando provocado, considerando ainda que se encontraria limitando também em sua atuação quanto à forma como é instigado. Explico: não lhe é possível analisar demanda individual como se fosse coletiva,

inclusive por fatores como legitimidade passiva, tipo de procedimento, espécie de direitos, dentre outros.

Este trabalho não direcionou à análise sobre a utilização de decisões estruturantes no processamento de demandas coletivas, considerando que na rotina forense nem sempre o magistrado se depara com ações desse tipo, sendo em sua maioria lides propostas individualizadas, mesmo quando tratam sobre o mesmo direito reclamado perante o mesmo ente estatal.

Desta forma, retornando ao exemplo elencado, o julgador que se deparasse com ações nas quais as partes afirmam que tiveram os pedidos de fornecimento de cadeira de rodas negados administrativamente pelo mesmo ente estatal, poderia decidir individualmente em todas elas.

Porém, em conclusão sobre todo o estudo aqui apresentado, entende-se ser possível ao julgador questionar o ente público, considerando a elevada procura do bem pleiteado, a necessidade de executar política pública já existente ou mesmo elaborar uma em caso de ausência.

Auxiliando-se de órgãos e entidades que demonstrem conhecimento técnico pertinente sempre que for imprescindível, é possível ao julgador elaborar plano a ser executado pelo próprio ente réu, solucionando assim várias demandas com o mesmo pedido, além de evitar a judicialização de futuras ações com as mesmas solicitações.

Todos teriam a ganhar com a atuação conjunta dos Poderes na elaboração e execução de decisões estruturantes, pois ao pretender reformar as estruturas burocráticas da máquina pública, ocorreria, por exemplo, a redução do número de demandas judiciais, o que influenciaria positivamente quanto à celeridade processual; seria garantida a realização do direito à saúde previsto na constituição, possibilitando a atuação administrativa de maneira mais eficiente e, o mais importante, a satisfação dos indivíduos que compõem a nossa sociedade brasileira estaria assegurada, como pretende toda e qualquer nação formada.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo e DEUS, João. **Direito Administrativo**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de março de 2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm)>. Acesso em: 24 mai. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARDOSO, Henrique Ribeiro e NETO, José Benito Leal Soares. **A Deslegitimação das Políticas Públicas de Saúde em razão da intervenção do Poder Judiciário**. Anais do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28:2019: Goiânia, Brasil). Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/9541g972/b939Jg6MHt78hGGO.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. **Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas Epidermólise Bolhosa Hereditária e Adquirida – Relatório de Recomendação**. Brasília: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2019/Relatrio\\_-Epidermolise-bolhosa\\_-CP\\_60\\_2019\\_verso-10-10-19.pdf](http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2019/Relatrio_-Epidermolise-bolhosa_-CP_60_2019_verso-10-10-19.pdf). Acesso em 05 mar.2020.

CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. **Apresentação**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao-cns>. Acesso em 04 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentença T-760/2008**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. V.4.

FISS, Owen. **The forms of justice**. Harvard Law Review, n. 93, Nov. 1979. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/1b7a/09288fd520df14697d097789b6efde5468d9.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Políticas Públicas e Modelos de Atenção e Gestão à Saúde**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/politicas-publicas-e-modelos-de-atencao-saude>. Acesso em: 10 mar. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NATIONAL ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF COLORED PEOPLE. **History of the NAACP**. Disponível em: <https://www.naacp.org/>. Acesso em: 15 fev. 2020.

UNITED STATES COURTS. **History – Brown v. Board of Education Re-enactment**. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 11 mar. 2020.