

Ações estruturais como caminho para a racionalização da judicialização da saúde no Brasil

Structural actions as a path to rationalizing the judicialization of health in Brazil

Felipe Azevedo Barros¹

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a propositura de soluções estruturais para uma maior racionalização da judicialização da saúde no Brasil, abordando o fenômeno crescente da interferência do poder judiciário na gestão da saúde no país e os problemas decorrentes desse cenário. Apresenta alguns mecanismos para um desenlace global, prospectivo e definitivo, por meio de soluções estruturais, sobretudo, nas demandas em que pacientes pleiteiam a realização de consultas e cirurgias contra o Estado. Com a contribuição referencial teórica de BOCHENEK (2021) e VITORELLI (2021), a pesquisa leva em consideração a doutrina dos processos estruturais para solução de problema reiterado. Utiliza-se o método indutivo, partindo de uma problemática real para a construção

1 Procurador do Estado do Paraná. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

de uma solução teórica translacional, por meio de estudos exploratórios e qualitativos com base na jurisprudência, na legislação e no estudo de casos.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização da saúde; racionalização; soluções globais e prospectivas; cumprimento de ordem judicial; responsabilidade dos entes públicos; processos estruturais.

ABSTRACT: This article proposes structural solutions for greater rationalization of the judicialization of health in Brazil, addressing the phenomenon of increasing interference by the judiciary in health management in the country and the problems arising. It presents some mechanisms for a global, prospective and definitive outcome, through structural solutions, especially in health demands in which patients request medication, consultations and surgeries against the State. With the theoretical reference contribution of BOCHENEK (2021) and VITORELLI (2021), the research considers the doctrine of structural processes to solve a repeated problem. The inductive method is used, starting from a real problem to construct a translational theoretical solution. The solution to the problem will occur through the proposed research and the studies will be exploratory and qualitative based on jurisprudence, legislation and case studies, reaching a final product of the work, proposing structural solutions in health actions.

KEYWORDS: judicialization of health; public policies; global solutions, structural lawsuits; court orders.

1. INTRODUÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E PROBLEMAS DECORRENTES DE SEU CRESCIMENTO EM ESCALA

O presente artigo é fruto de estudos sobre a judicialização no Brasil e os chamados processos estruturais, buscando propor soluções mais eficazes para a enorme e crescente procura pelo poder judiciário para intervir em

eventual falha na política pública estatal em saúde. O trabalho pretende investigar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil e no Paraná sob o ponto de vista crítico, analisando suas repercussões no exercício da atividade jurisdicional e da administração da justiça e os seus reflexos na concretização da política pública de saúde, a fim de criar soluções processuais para um tratamento mais eficaz na busca da desjudicialização da saúde.

Historicamente, a judicialização da saúde surge no Brasil com a entrada em vigor da Constituição de 1988, que prevê, dentre diversos outros direitos, o direito à saúde, classificado como fundamental, inserido no rol do art. 6º da Constituição e disciplinado pelos arts. 196 a 200 do mesmo livro. A previsão constitucional estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Clenio Jair SCHULZE (2019, p.27) salienta a obrigação estatal no cumprimento de princípios constitucionais norteadores dos direitos sociais, ao dispor que:

O Estado possui a obrigação de cumprir vários mandamentos que dão base a teoria dos direitos sociais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial em saúde, a vedação de retrocesso social e o dever do progresso em saúde.

Posteriormente, a lei n. 8080/90 vem regulamentar a previsão constitucional, estabelecendo o Sistema Único de Saúde (SUS) por meio de regras concretas acerca das ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

Para PIOVESAN (2015, p. 53), a Constituição Federal de 1988, além de incluir a saúde no rol dos direitos sociais, “ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas,

diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade”.

O contexto de estabelecimento dos direitos fundamentais consagrados na constituição trouxe, por outro lado, a assunção pelo Estado de diversas obrigações de difícil efetivação, ante à grande e crescente demanda social, à falta de recursos e à má gestão de verbas públicas. Desafios que levaram ao inadimplemento constitucional no que toca à obrigações de assistência à saúde, definida pela Organização Mundial de Saúde como “bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”, conceito aplicado no Brasil por meio do Decreto n. 26.042/1948.

Contudo, percebe-se que ao longo dos últimos anos a simples inserção da saúde no rol dos direitos fundamentais constitucionais não foi suficiente para dar concretude a esse direito. O referido inadimplemento, somado à intensa promoção do acesso à Justiça, por meio da implementação dos Juizados Especiais e da concretização do papel de instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público na proteção de direitos sociais, provocou mudança em relação ao Poder Judiciário, propiciando-lhe papel de destaque nessa transformação do acesso aos serviços e tutelas da saúde, o que contribuiu para intensificar o fenômeno da presença jurisdicional na saúde (SILVA, 2014, p. 465-94).

Nas últimas duas décadas, quando se passou a adotar uma postura mais contundente em relação à judicialização da saúde, os tribunais superiores vêm entendendo, principalmente o Supremo Tribunal Federal (STF), que há uma colisão entre duas perspectivas: de um lado, o direito à vida e à saúde, e de outro, os interesses secundários do Estado (SCHULZE, 2019, p. 61).

Nessa colisão entre dois direitos fundamentais, o Ministro Luís Roberto Barroso se posicionou no Agr/PE 801676 conforme a Constituição Federal, ou seja, no sentido de que a solução do conflito deva ser a preservação do direito à vida e à saúde. O Poder Judiciário vem exercendo o papel de “guardião das promessas” do Executivo e do Legislativo em se tratando de direito à saúde, principalmente em demandas cujo objeto é o

fornecimento de medicamentos (SCHULZE, 2019, p. 61).

Ocorre que o fenômeno da judicialização tomou proporções gigantescas no que toca ao número de ações propostas e a quantidade de recursos despendidos, o que gera inúmeras dificuldades para o gestor público. A interferência do Poder Judiciário nas questões de saúde dificulta a gestão e a implementação de políticas públicas, criando a necessidade de um orçamento paralelo a ser executado para cumprimento das ordens judiciais. Apenas no ano de 2022, o Estado do Paraná gastou R\$ 233.804.255,08 com o cumprimento de determinações judiciais para entrega de medicamentos a 15.864 pacientes ativos em demandas judicializadas (CEMEPAR, 2022).

De acordo com o relatório *Judicialização da saúde no Brasil: perfil de demandas, causas e propostas de solução*, elaborado no ano de 2018 pelo CNJ, houve um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde entre os anos de 2008 e 2017. Esse crescimento, conforme relatórios do *Justiça em Números*, publicados no mesmo período, é muito superior aos 50% de crescimento do número total de processos de primeira instância.

Para George LIMA (2017, p. 105-130):

Parece bastante claro que já superamos uma fase romântica e ingênua em que se acreditava que o judiciário poderia ter um papel transformador e concretizador do direito à saúde para entrarmos em uma fase um pouco mais cética, em que são percebidos os excessos e abusos que, em nome do direito à saúde, podem ser cometidos. Hoje já se tem consciência de que a judicialização da saúde, em determinados contextos, pode até piorar os problemas do sistema de saúde, seja por dificultar o planejamento e a gestão, seja por encarecer os insumos e serviços, seja por propiciar a prática de conluíus e fraudes, seja por criar situações de iniquidade entre aqueles que conseguem ser favorecidos por uma decisão judicial e os que não conseguem.

Sob o ponto de vista de MOROZOWSKI (2020), esse fenômeno vem crescendo de maneira exponencial, de modo que diariamente desafia o Estado-juiz a harmonizar as legislações relacionadas à saúde, além de

decidir acerca da relação de consumo existente na saúde suplementar.

O objeto das discussões e críticas à judicialização intensa da saúde giram em torno do impacto no orçamento público, da autonomia do gestor eleito democraticamente, da separação de poderes e da utilização de critérios técnicos para concessão de tutelas judiciais. A frase “saúde não tem preço, mas tem custo” se tornou lugar comum nas discussões acerca dos impactos que determinações judiciais geram na organização administrativa, o que leva à constante busca de limites e soluções plausíveis para a solução desses problemas.

Surge, assim, a problemática que se pretende enfrentar, ou seja, a busca de soluções criativas e de maior racionalização do exercício da jurisdição, sob um viés global e abrangente, em detrimento de uma visão de túnel regularmente observada nas demandas individuais de saúde. Não se pretende resolver a questão com a simples crítica e a limitação de acesso à esfera judicial, o que seria manifestamente inconstitucional ao ferir o direito fundamental de acesso à justiça. O direito de acesso ao Poder Judiciário, o monopólio da jurisdição, restaram garantidos pela Carta Maior, sendo vedado que qualquer lei possa trazer instrumentos que obstaculizem esse caminho. Na lição de José Afonso da SILVA (2005, p. 431):

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora há de levar-se em conta os direitos coletivos também.

Pelo contrário, o objetivo consiste no oferecimento de alternativa estrutural, macro, com os olhos voltados em perspectiva para a conformidade constitucional da política pública como um todo.

2. IDENTIFICAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO PROBLEMA ESTRUTURAL

A partir dessa diretriz, propõe-se estudar como o processo estrutural pode auxiliar na judicialização da saúde, a fim de interromper o caminho de crescimento exponencial e de saturação que os poderes executivo e judiciário vêm enfrentando por todo esse tempo, dentro de suas atribuições constitucionais.

Ao pretender utilizar o processo estrutural como instrumento de racionalização da judicialização da saúde, o primeiro questionamento que se deve fazer é se, de fato, a judicialização da saúde é um problema estrutural. Trata-se, obviamente, de um problema, mas seria possível adequá-lo ao conceito de problema estrutural e, a partir daí, utilizar-se de técnicas estruturantes específicas dessa moderna visão processual?

Para elucidar o questionamento, pode-se trazer a doutrina dos professores Fredie DIDIER JR, Hermes ZANETI e Rafael Alexandre de OLIVEIRA (2021) sobre o que se entende sobre problema estrutural.

[...] o problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada, uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização ou de reestruturação.

Tal concepção nos faz concluir pela possibilidade de inclusão da judicialização da saúde como um problema estrutural. Por um lado, a visão predominantemente individualizada decorrente de propositura de demandas que pleiteiam um direito subjetivo à saúde contra o Estado reduz o papel da política pública de caráter universal e igualitário. Em contrapartida, problemas como a incompatibilidade entre a gestão orçamentária e o impacto financeiro de decisões judiciais, a autonomia do administrador público, a necessidade de adoção de critérios técnicos para

concessão de prestações jurisdicionais em saúde e o crescente volume de demandas levadas ao poder judiciário exigem a adoção de novas soluções processuais ante ao esgotamento do modelo vigente.

Além disso, a experiência prática com ações que envolvem direito sanitário tem evidenciado grave desequilíbrio entre os entes públicos quanto à atribuição de responsabilidades no cumprimento de determinações judiciais de entrega de medicamentos ou tratamentos médicos. À margem de todo um arcabouço legislativo infraconstitucional que divide a responsabilidade dos entes públicos pela prestação do serviço de saúde, a responsabilidade solidária cristalizada pela Jurisprudência Pátria² tem sido motivo de desequilíbrio financeiro e distorção prática e jurídica.

A possibilidade de imputar obrigação de cumprimento da ordem judicial a qualquer dos entes públicos desequilibra a própria participação e atuação dos corréus. Isso porque, como a judicialização atingiu primeiramente os Estados, a realidade mostra que estes entes federados parecem possuir maior estrutura física e logística para dispensar medicamento ou tratamento médico diretamente ao paciente demandante.

Tal competência técnica estabelecida acaba por levar ao direcionamento da obrigação de entrega de serviço de saúde, obtida

2 CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019 PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020.

judicialmente, ao Estado, que, invariavelmente, depende de recursos próprios para cumprimento de determinação que não lhe incumbiria originalmente, mesmo sem qualquer previsão orçamentária prévia para atendimento da despesa³.

Assim, há clara necessidade de reorganização e reestruturação da judicialização da saúde no Brasil, a fim de conciliar o direito constitucional à saúde do indivíduo, a política pública a ser engendrada pelo Estado e a divisão de atribuições entre os entes públicos dentro do Sistema Único de Saúde, a partir de uma visão universal e igualitária de acesso ao serviço público.

3. UTILIZAÇÃO DE SOLUÇÕES ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Dados do painel Estatísticas Processuais de Direito à Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstram a grandiosidade do

3 Ver, como exemplo, trecho de decisão proferida nos autos 5001312-18.2022.4.04.7012, Vara Federal de Pato Branco: “Em razão do exposto, defiro o pedido liminar, a fim de determinar o fornecimento do medicamento SORAFENIBE (NEXAVAR), nos termos da prescrição médica (1.8), sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00(cem reais) conforme orientação jurisprudencial - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5047896-43.2016.4.04.0000/PR. Tendo em vista a referida orientação, tem-se que caberá ao ESTADO DO PARANÁ a obrigação de imediato fornecimento do remédio, ante o fato de apresentar-se mais aparelhado a cumprir imediatamente a medida, por exemplo, por meio do CENTRO DE MEDICAMENTOS - CEMEPAR, bem como por se tratar do ente componente do SUS, com mais recursos, mais próximo ao paciente e ao estabelecimento de saúde no qual é tratado. Tudo isso, sem prejuízo do dever da UNIÃO, oportunamente, em razão da solidariedade existente entre os entes, de ressarcir os recursos despendidos por aquele ente federado para a aquisição e dispensação do medicamento, bem como de eventualmente responder pelo cumprimento da medida, caso o Estado não atenda o comando judicial, que ora é determinando”.

volume de ações que envolvem o direito à saúde no Brasil. De acordo com o demonstrativo, apenas em 2022 foram propostas 216 mil novas ações individuais de saúde e 6 mil ações de caráter coletivo. Além disso, os índices de acordo nesse tipo de ação são muito baixos: apenas 6,9 mil ações foram objeto de solução consensual (BRASIL, 2024).

Tais referências demonstram o esgotamento do modelo processual adversarial e bipolar atual. Configura-se um estado de coisas que necessita de reorganização e reestruturação ante à desconformidade constitucional no que toca à prestação de serviço público voltada à saúde.

A partir dessas premissas, o estudo se volta a propor soluções mais racionais para os problemas apresentados, sob uma visão estrutural do processo judicial. Para TOSTA e MARÇAL (2021), considerar uma demanda individual como estruturante (ou criar um processo estruturante a partir de demandas individuais) quando se trata de violação sistêmica a determinados direitos traz mais esperanças e vantagens do que a litigância pontual ou a “conta-gotas”, especialmente para fins de macrojustiça e de análise dos impactos globais das medidas aplicadas.

No processo estrutural que se pretende implantar para resolução da lide, o objetivo é de alteração do estado de coisas ensejador da violação do direito do Estado, ao invés de solucionar pontualmente as infringências legais, cuja judicialização reiterada causa imenso e custoso trabalho às partes e ao Poder Judiciário.

Dessa forma, ante à necessidade de conferir uma solução permanente, completa e prospectiva para o problema que aflige pacientes, entes públicos e juízes, propõe-se uma nova forma de solução de conflitos. Para tanto, pretende-se aplicar conhecidas técnicas de processo estrutural com a finalidade de construção de uma solução conjunta e de criação de fluxo de ressarcimento peremptório entre os envolvidos.

A ideia é se utilizar do processo estrutural como processo estratégico para solução única e definitiva em busca do equilíbrio financeiro da judicialização da saúde. Para VITORELLI (2021),

[...] o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência não de um ato isolado no tempo, mas do funcionamento equivocado de uma estrutura burocrática (entendida como instituição, política ou programa), pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que a solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura.

Nesse sentido, a primeira técnica estruturante a ser utilizada passa pela compreensão ampla e completa do litígio instalado, delimitando-se especificamente o problema e o redimensionamento necessário do conflito, a fim de alcançar um resultado mais satisfativo. Deve-se permitir a participação mais ampla possível de interessados no contraditório ampliado, dentro das características de processo estrutural.

A busca estrutural deve sempre se pautar na alteração da realidade subjacente de forma prospectiva, na mudança do estado de coisas, ilícita ou em desconformidade constitucional, sem olvidar da segurança jurídica necessária a um momento de transição, com base no artigo n. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (BRASIL, 1942).⁴

O processo estrutural é multifocal ou multipolar, envolve diversos interesses não necessariamente antagônicos, sobretudo quando se trata de ações de direito sanitário, em que a disposição se concentra em prestar o serviço público de saúde, o que muda a maneira como o direito social será implementado. Tal arranjo é, portanto, objeto de tratativa do

4 Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

processo estrutural, pois transcende a relação autor e réu, atraindo outros interessados que, de alguma maneira, podem interferir positivamente em uma solução macro, prospectiva e definitiva.

Além disso, não se trata de adotar uma conduta única, isolada, como uma determinação judicial que imponha uma obrigação de fazer, entregar ou custear um tratamento. Trata-se de implantar um plano negociado que abarque um conjunto de medidas a fim de estabelecer um procedimento permanente e duradouro, criar uma estrutura específica para tratamentos de saúde. Dessa forma, por meio de um processo-programa, os entes públicos demandados poderão buscar a implementação de um fluxo de medidas de reestruturação que melhor atendam à população.

É importante observar que um dos paradigmas do processo estrutural fundamenta-se na relativização procedimental e em uma interpretação extensiva do pedido formulado. Para Didier Jr., Zanetti e Oliveira (2021), a flexibilidade da congruência objetiva supõe a interpretação do pedido (CPC, art. 322, § 2.º) que leve em consideração a complexidade do litígio estrutural.

O professor e magistrado Antonio Cesar BOCHENEK (2021) explica que

Nesse caminho, despontam duas características essenciais dos processos estruturais, isto é, a gestão judicial dessas demandas e a flexibilidade dos procedimentos existentes, com a aplicabilidade adaptável das normas, sobretudo, condizente com as exigências de uma atuação eficiente e atual do Poder Judiciário.

Nessa seara, o pedido formulado na referida ação estrutural deve ser interpretado de forma ampla. Conforme a doutrina de Vitorelli (2021),

No código de 2015, um elogiável paralelismo entre os arts. 322, §2, 341, III e 489 § 3º, dispõe que tanto a petição inicial quanto a contestação e a decisão judicial devem ser interpretadas dentro de seu próprio contexto, de conformidade com a boa-fé. Assim, se no processo individual a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, com mais razão, no

processo coletivo e, de modo especial, no processo estrutural, a postulação deve ser interpretada como abertura e um caminho da solução de um problema, não como requerimento específico de providências determinadas.

Outrossim, Humberto THEODORO JUNIOR (2010) explica que as formas, solenidades, estruturas e categorias de direito processual não podem ser únicas, rígidas, inflexíveis ou absolutas. Prevaecem enquanto úteis ou necessárias à realização da justa composição do conflito de direito material. Quando essa meta exigir vias alternativas que melhor se adequem à tutela efetiva do direito subjetivo a resguardar ou restaurar, haverá de se franquear o caminho procedimental que tanto se afeiçoa. O direito processual é dinâmico e não pode perder-se em conceitualismos e estruturalismos estáticos, incompatíveis com a função maior a desempenhar em prol da efetiva prestação de tutela ao direito e aos interesses materiais envolvidos em conflito.

Além disso, o artigo 493⁵ do CPC/15 permite uma maior flexibilização procedimental para que a decisão estrutural se adeque à realidade atual dos fatos, trazendo dinamicidade à prestação jurisdicional e à efetividade das decisões ao estabelecer que, se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

O processo, e sobretudo o processo estrutural, deve servir de instrumento, mecanismo de solução macro, e não ser um fim em si mesmo, entrincheirado em regras formais de possível superação a fim de atingir um propósito de correção das irregularidades apresentadas.

5 Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. BRASIL. **Lei 13.105/2015**: Código de processo civil (...).

Dentro desse mister, não se deve criar uma barreira, *ab initio*, ao curso de uma ação estrutural. Para o professor Sérgio ARENHART (2013), “em regra, existe uma dificuldade de se estabelecer, desde o início do processo estruturante exatamente aquilo que será necessário para fazer cessar o direito violado”.

Em outro momento, Arenhart (2017, p.40) esclarece que:

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

Como consequência, de acordo com Marçal (2021, p.133), a doutrina tem sustentado que: *i*) na fase postulatória, o pedido formulado seja genérico – e não determinado, como estabelece o art. 324, caput do CPC – e incompleto (flexibilizando-se a regra da eventualidade e as preclusões dessa fase); *ii*) na fase instrutória, ocorra a modificação da demanda, aí incluídas a causa de pedir e o pedido (mitigando a estabilização da demanda); e *iii*) na fase decisória, o juízo não esteja adstrito aos limites da demanda (seja da causa de pedir ou do pedido).

Ainda acrescenta que, com relação ao pedido, não se faz necessário especificar cada aspecto da estrutura que precisa de reparo, sendo possível verificar quais as exatas modificações necessárias no curso do processo, por meio de inspeções ou das próprias experimentações, com auxílio dos peritos. A partir disso, ainda que o pedido não seja específico, o requisito

da sua certeza deve ser analisado de forma global, devendo ser possível identificar um conteúdo mínimo de tutela para o direito violado. Atente-se que o caput do artigo 322, do CPC/2015, deve ser interpretado em consonância com seu parágrafo 2º, estabelecendo ao julgador que “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.”

Por fim, diante desse conjunto de circunstâncias, é fundamental que o magistrado que receba tal demanda se desamarre de um formalismo processual exacerbado, apegado a exigências limitativas que levariam ao desalento de toda busca de solução global, prospectiva e definitiva para o problema apresentado, que interessa a todos os atores envolvidos.

4. PROPOSTAS DE MECANISMOS DE PROCESSO ESTRUTURAL POSSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO. CRIAÇÃO DE UM PLANO REESTRUTURANTE NAS AÇÕES DE SAÚDE QUE DEMANDEM CONSULTAS E CIRURGIAS DOS ESTADOS

Dentre os exemplos práticos em que tais técnicas podem ser utilizadas, estão as demandas que envolvem pedido de consultas ou cirurgias contra os Estados da Federação. Nestas, invariavelmente há a discussão sobre dois temas muito relevantes.

O primeiro gira em torno da necessidade de respeito à fila de pacientes atendidos pelo Sistema Único de Saúde que esperam o mesmo tratamento do autor. Determinar, por ordem judicial, a inobservância das listas públicas para a realização de procedimentos cirúrgicos implica irremediável prejuízo aos demais usuários do SUS, que podem estar em situação tão emergencial quanto o interessado. Assim, o objeto de discussão envolverá um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da independência dos Poderes, previsto expressamente na Carta Constitucional de 1988 (art. 2º), bem como o princípio de

isonomia, já que a intervenção judicial correrá o risco de desrespeitar os demais pacientes que estão em lista de espera para ser atendidos.

A ação também abarca o debate sobre qual ente público é competente para prestar o serviço público de saúde pleiteado judicialmente. Embora seja consagrada na jurisprudência a responsabilidade solidária dos entes públicos para prestação de serviço de saúde requerido judicialmente⁶, as normas que regulam a Constituição e a Lei do SUS pormenorizam as responsabilidades de cada um dos entes públicos, devendo o Poder Judiciário observar o regramento administrativo de distribuição de atribuições, nos casos em que houver condenação, conforme o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do tema de Repercussão geral 793⁷. Nesse caso, pedidos para a realização de procedimento cirúrgico ou

6 CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019 PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04- 2020).

7 O voto vencedor do ministro Edson Fachin, designado para redigir o acórdão, ao apreciar embargos de declaração, estabeleceu dentre outras, algumas conclusões que bem iluminam o alcance da tese acima transcrita. São elas: 1ª) A obrigação solidária de prestar o serviço de saúde decorre da competência material comum contemplada no art. 23, II, c/c os arts. 196 e ss. da Constituição Federal; 2ª) Por força da solidariedade obrigacional, a parte autora poderá propor a demanda contra quaisquer dos entes da Federação, isolada ou conjuntamente. No entanto, cada ente tem o dever de responder pelas prestações específicas que lhe impõem as normas de organização e funcionamento do SUS, as quais serão observadas pelo órgão judicial em suas consequências de composição do polo passivo

consultas alcançam a competência do Município, pois, de acordo com o artigo 18, da Lei n. 8.080/90, Lei do SUS, cabe à direção municipal de saúde executar tais serviços⁸.

Em resumo, cabe ao Município garantir o atendimento à população local, colocando à disposição os serviços necessários. Por conta disso, recebe transferência de recursos, regular e automática, referente ao valor per capita definido; recebe, diretamente do Fundo Municipal de Saúde, o

e eventual deslocamento de competência; 5ª) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, materiais ou medicamentos não incluídos nas políticas públicas, a União comporá necessariamente o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica. De modo que recaí sobre ela [União] o dever de indicar o motivo ou as razões da não padronização, e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019 PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04- 2020.

8 Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

IV - executar serviços;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

montante total de recursos federais programados para o Município.

Portanto, tais demandas, quando propostas exclusivamente contra os Estados, geram algumas dificuldades. Tratando-se de competência municipal, sobretudo quando o ente detém gestão plena dos serviços do SUS, este possui a gestão da fila, a ciência da quantidade de pacientes aguardando atendimento, o conhecimento do serviço e o corpo de profissionais de saúde e de prestadores contratados.

Por outro lado, o Estado não tem acesso a tais informações, por isso, quando recebe a determinação judicial, se vê obrigado a prestar um serviço que não dispõe e sobre o qual não tem conhecimento sobre a realidade da estrutura de atendimento. Precisa, então, diligenciar junto ao Município onde reside o paciente para buscar o cumprimento da decisão judicial.

Para solução do referido problema, que pode perdurar por anos, é possível a utilização de instrumentos de processo estrutural para conferir um desenlace definitivo e prospectivo, que atenda aos interesses dos pacientes e entes públicos envolvidos de forma global, e não da forma individualizada e pontual como vem ocorrendo até o momento.

Neste sentido, o magistrado deve ter uma compreensão integral do litígio instalado, tal como a espécie de procedimento requerido, o Município responsável onde reside o paciente, a situação da fila, o número de pacientes aguardando atendimento e os prestadores públicos ou privados habilitados. Delimita-se, assim, o problema de forma macro, redimensionando-se o conflito a fim de alcançar um resultado mais satisfativo e eficiente.

Também deve o magistrado franquear a participação dos interessados na solução abrangente do problema estrutural dentro de um contraditório dilatado que, não necessariamente, traz pretensões antagônicas. A busca do ente público demandado é prestar o serviço, e a dos pacientes é de ter acesso a ele; a forma como essa relação se consolidará é que passa pelo crivo do poder judiciário. Este, por sua vez, poderá assumir uma posição de gestor do litígio e catalisador de soluções para melhor deslinde do feito.

Dentro dessa perspectiva, um conhecido instrumento dos processos estruturais é a chamada *town meeting*, originária do direito estadunidense.

Nesse modelo, o juiz tem uma postura proativa no processo a fim de estabelecer as balizas mais importantes da discussão, conduzindo-o para a construção de um diálogo ampliado entre as partes na edificação de uma solução conjunta.

Para Edilson Vitorelli (2021), transformar audiências judiciais em *town meetings* não é apenas uma ideia destinada a obter a legitimidade da decisão ou a adesão, talvez vazia, à noção de participação como elemento essencial, e não instrumental, do devido processo legal; é, antes, uma necessidade decorrente do perfil do conflito a ser decidido.

O método dialógico indicado traz a possibilidade de realização de reuniões e audiências públicas entre os entes envolvidos na lide, permitindo o equacionamento das suas pretensões. Além disso, auxilia os envolvidos na completa compreensão do problema, suas alternativas, oportunidades e soluções, a serem consideradas e refletidas no resultado. Portanto, o processo estrutural nesses casos deve transcender a relação autor e réu, atraindo outros interessados que, de alguma maneira, podem interferir positivamente numa solução macro, prospectiva e definitiva.

Nesse aspecto, aos invés de imputar obrigação ao ente público a fim de atender a pretensão de um único paciente, é possível vislumbrar a elaboração de plano negociado a várias mãos, que abarque um conjunto de medidas permanentes e duradouras a serem implantadas pelos entes envolvidos, com estabelecimento de metas de atendimento a todos os pacientes que necessitam do específico procedimento e dentro de um prazo razoável.

Caberá aos *players* atuantes no processo a implementação desse plano e, posteriormente, incumbir-se-á às partes e ao juízo a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura. Ou seja, deve-se promover o adequado acompanhamento dos termos estabelecidos no plano de trabalho, mormente no que toca a uma regular prestação de serviço universal e igualitário. A intervenção judicial passaria a ser

necessariamente continuada; o provimento não se encerraria de pronto, exigindo constantemente fiscalização e ajuste (OSNA, 2021). A partir dos resultados avaliados, será possível eventual correção ou adequação do fluxo de trabalho, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos.

Por fim, o objetivo é de concretização e que o plano de atendimento médico se perpetue indefinidamente, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura estatal e adequação constitucional ao direito à saúde.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo parte de uma preocupação fática com a expansão demasiada da judicialização da saúde no Brasil, um problema que, de fato, é estrutural. A perspectiva individual das demandas que pleiteiam direitos subjetivos face aos entes públicos tem provocado inúmeras distorções relativas à separação dos poderes constituídos, à gestão da política pública, à alocação de recursos e à apropriação de questões técnicas, gerando uma situação de desconformidade legal permanente.

Por sua vez, a contribuição deste estudo está ligada a proposição de soluções para uma maior racionalização das lides sanitárias, a fim de conferir um desenlace definitivo e prospectivo, que atenda os interesses dos pacientes e entes públicos envolvidos de forma global, e não individualizada e pontual como vem ocorrendo até o momento.

Ao contrário dos instrumentos utilizados anteriormente, pretende-se que a solução definitiva seja idealizada por diversas mãos, policêntrica, dialogada e sob gestão judicial, de modo que uma única determinação judicial aplicada em um caso específico dê lugar a um plano estratégico para a solução integral de um problema, por meio de um fluxo claro, forçoso, objetivo e eficaz.

Como uma primeira proposta, vislumbrou-se a aplicação de técnicas estruturais nas ações que envolvem pedidos de consultas ou cirurgias contra os Estados da Federação, apresentando suas discussões e dificuldades de atendimento. Como solução, propôs-se uma ampliação subjetiva e objetiva dessas demandas, estabelecendo-se um conjunto de medidas permanentes e duradouras a serem implantadas pelos entes envolvidos, com estabelecimento de metas de atendimento a todos os pacientes que necessitam do procedimento específico, dentro de um prazo razoável, a fim de viabilizar ações de saúde de forma universal e igualitária.

Importante ressaltar que o objeto deste trabalho, ante a sua inovação, ainda não encontra abrigo na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, pretendendo-se incluí-lo por meio de ações estruturais próprias. Outrossim, as ferramentas propostas tendem a se aperfeiçoar à medida que são vividas e utilizadas na prática forense. Por outro lado, entende-se a necessidade de outras pesquisas sobre o tema para que se estabeleça uma produção teórica consistente sobre a solução de conflitos relativos a políticas públicas e suas eventuais irregularidades.

Conclui-se que é preciso tirar os olhos do retrovisor e se voltar para o futuro pela proposição de soluções prospectivas como a pretendida neste estudo, com vistas à construção conjunta, definitiva e eficaz de soluções para a judicialização da saúde.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henrique da (orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017.

_____. Decisões estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, 2013.

BOCHENEK, Antônio Cesar. Demandas estruturais: flexibilidade e gestão. **Revista Judicial Brasileira**, v. 1, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Art. 24 do Decreto-lei n. 4.657. **Lei de Introdução ao Código Civil**, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4657-4-setembro-1942-414605-norma-pe.html>. Acesso em: 06 dez. 2024.

_____. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.

_____. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei n. 4657 de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.

_____. Conselho Nacional de Saúde. **Estatísticas processuais de direito à saúde**. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-saude/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019 PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04- 2020.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz (orgs.). **Processos estruturais**. 3 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

LIMA, George Marmelstein. *You can't always get what you want*: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105>. Acesso em: 28 nov. 2024.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Editora Juspodivm, Salvador, 2021. Coleção Eduardo Espíndola.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz (orgs.). **Processos estruturais**. 3 ed. rev, atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51-62.

MARÇAL, Felipe Barreto; TOSTA, André Ribeiro. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Feliz (orgs.). **Processos estruturais**. 3ª ed., versão atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

SILVA, Alexandre Barbosa. A intervenção do judiciário nas políticas públicas de saúde: elementos de (não) justificação constitucional. In: Mezzaroba, O.; Feitosa, R.; Silveira, V.O.; Séllos-Knoerr, V. C. (orgs). **Direitos sociais e políticas públicas I**. v. 25, p. 465-94. Curitiba: Clássica, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Estrutura e função no campo do direito processual: visão e dinâmica do fenômeno jurídico. In: THEODORO JR, Humberto; LAUAR, Mara Terra. **Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional**. São Paulo: GZ, 2010.

VITORELLI, E. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.