

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS**

NATHÁLIA FERREIRA DA CUNHA

**AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À SAÚDE COMO PROBLEMA ESTRUTURAL:
necessidade de intervenção judicial com medidas estruturantes.**

UBERLÂNDIA-MG

2022

NATHÁLIA FERREIRA DA CUNHA

AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À SAÚDE COMO PROBLEMA ESTRUTURAL:
necessidade de intervenção com medidas estruturantes.

Trabalho de Conclusão de Curso, no formato de artigo científico, apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof^ª. Daniela de Melo Crosara.

UBERLÂNDIA-MG
2022

NATHÁLIA FERREIRA DA CUNHA

AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À SAÚDE COMO PROBLEMA ESTRUTURAL:
necessidade de intervenção com medidas estruturantes.

Trabalho de Conclusão de Curso, no formato de artigo científico, apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Daniela de Melo Crosara.

Uberlândia, fevereiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Daniela de Melo Crosara- Universidade Federal de Uberlândia- Orientadora

Prof. Ms. Karlos Alves Barbosa- Universidade Federal de Uberlândia

A Deus, por ser sempre o meu amparo, sobretudo nesse momento pandêmico; aos meus pais, João Ferreira da Cunha Neto e Kênia Régia da Silva Ferreira, por não medirem esforços para me proporcionar o melhor e pela contribuição imensurável na minha formação como ser humano.

RESUMO

No presente artigo problematiza-se a forma pela qual o judiciário brasileiro vem intervindo nas políticas públicas, especificamente quando se trata de violações por parte do Estado ao direito fundamental à saúde. Através de levantamentos de dados extraídos de publicações do Conselho Nacional de Justiça, verifica-se que o número de ações individuais pleiteando o acesso à saúde é alto e apresentou aumento gradativo, principalmente nos últimos anos. A partir disso, aponta-se que tratar questões complexas, advindas da falha de uma estrutura, através do modelo tradicional de lide, com ações individuais ou coletivas, com tem sido feito no país, tem como resultado não só a falta de solução do problema de modo abrangente, como também pode gerar seu agravamento. Sendo assim, surge a necessidade de uma intervenção mais eficaz, razão pela qual evidencia-se o processo civil estrutural como o meio mais adequado para garantir a maior eficácia dos direitos fundamentais, com enfoque ao direito à saúde, ressaltando-se a necessidade de medidas estruturantes para se alcançar a melhor solução dos litígios. Trata-se de pesquisa de natureza bibliográfica-descritiva.

Palavras-chave: Processo Civil Estrutural. Direitos Fundamentais. Direito à saúde. Judicialização da saúde.

ABSTRACT

This article analyzes the way in which the Brazilian judiciary has intervened in public policies, specifically when it comes to violations by the State of the fundamental right to health. Through surveys of data extracted from publications of the National Council of Justice, it appears that the number of individual actions claiming access to health is high and has presented a gradual increase mainly in recent years. From this, it is pointed out that dealing with complex issues, arising from the failure of a structure, through the traditional model of dealing, with individual or collective actions, as has been done in the country, results not only in the lack of solution of the problem comprehensively, but can also lead to its aggravation. Therefore, there is a need for a more effective intervention, which is why the structural reform litigation is highlighted as the most appropriate means to guarantee the greater effectiveness of fundamental rights, with a focus on the right to health, emphasizing the need for measures structuring to reach the best solution of the disputes. This is a bibliographic-descriptive research.

Keywords: Structural reform litigation. Fundamental rights. Health rights. Health judicialization.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	8
2.1 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	10
2.2. ANÁLISE CRÍTICA DA JUDICIALIZAÇÃO	11
3. O PROBLEMA (OU O LITÍGIO) ESTRUTURAL	14
4. O PROCESSO ESTRUTURAL	18
4.1. CARACTERÍSTICAS.....	19
5. A CRÍTICA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL.....	25
6. CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS.....	29

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se justifica devido à relevância do direito fundamental à saúde que, gradativamente, vem sendo posto à apreciação do Poder Judiciário, cujos integrantes, por sua vez, sob a premissa da exigibilidade imediata dos direitos fundamentais, têm proposto e resolvido as demandas sanitárias através da lógica bipolarizada do processo civil tradicional.

A partir disto, insurge-se a seguinte reflexão: o modo pelo qual o judiciário tem abordado e solucionado os litígios relacionados à falha ao acesso à saúde pública efetivamente soluciona o problema enfrentado?

Diante deste questionamento, adota-se, na pesquisa, como objetivos: discorrer sobre a relevância do direito à saúde e a sua inserção na ordem constitucional; analisar, através da exposição de dados, o aumento significativo da judicialização do acesso à saúde, qual o perfil das demandas e quais seus impactos; evidenciar a insuficiência das respostas jurisdicionais tradicionais; apontar a melhor solução ao problema proposto, através do desenvolvimento sobre litígio e processo estruturais.

Sublinha-se que a linha-mestra de condução desta pesquisa é sustentar que as falhas ao acesso à saúde devem ser vistas, e tratadas, como um problema estrutural, dotado de complexidade e multipolaridade, e que somente com a adoção de medidas estruturantes que visam ao rearranjo de determinada instituição/estrutura, cujo comportamento deu causa à situação de desconformidade, é que se alcançará a solução abrangente do problema e a maior efetividade do direito fundamental litigado.

A divisão do trabalho seguirá a mesma ordem dos objetivos propostos, acrescentando-se apenas, ao fim, um tópico destinado ao debate de uma das críticas relacionadas à utilização do processo civil estrutural. No mais, cumpre mencionar, desde já, que o artigo não pretende e nem conseguiria- esgotar todos os contornos da temática, em vista de sua amplitude. Deste modo, optou-se por evidenciar aquelas consideradas mais importantes à elucidação do problema sublevado.

Para a elaboração do trabalho que se segue foi feita uma pesquisa bibliográfica das principais obras e artigos de escritores brasileiros, como Edilson Vitorelli, Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim, Fredie Didier e Hermes Zaneti, que se destinaram a realizar a sistematização do tema em nosso país, após longos períodos de estudos do ordenamento jurídico norte-americano, local onde se originou o processo civil estrutural.

A fim de obter os resultados e respostas acerca da problematização apresentada, o estudo também realizará uma análise crítica de dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça e por outras fontes de pesquisa.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, ao concretizar o Estado Democrático de Direito, consagrou a constitucionalização de um rol de diversos direitos sociais, como é o exemplo do direito à saúde. Essa mudança surge de um reconhecimento do Estado de se preocupar com as necessidades sociais, mediante a formulação de políticas públicas manifestadas em serviços universais, buscando erradicar as desigualdades e vulnerabilidades econômico-sociais dos cidadãos.

Nesse sentido, segundo Marta Arretche, a previsão do direito à saúde de forma universal, efetivamente, tirou da linha de pobreza cerca de 60% da população brasileira, uma vez que antes da CF/88 só possuía direito ao acesso à saúde pública aqueles que trabalhavam com carteira assinada. Portanto, a opção da nossa constituição em atribuir o caráter de direito fundamental universal à saúde é importante medida de superação da pobreza.¹

Reforçando o mesmo entendimento, Gilmar Mendes ensina que esses direitos são acolhidos pela carta magna como autênticos direitos fundamentais.² Ocorre que, ao contrário dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão (caráter liberal), que necessitam, via de regra, de uma abstenção do Estado para se concretizarem, a efetividade dos direitos de segunda dimensão (direitos sociais), dependem de uma atuação positiva estatal, através de ações e políticas públicas concretas.³

Por possuírem um caráter prestacional, em um primeiro momento entendia-se que os direitos sociais eram normas meramente programáticas, de modo que o Estado não estava obrigado a observá-las. No entanto, o melhor e prevalecente entendimento, como já citado aqui, é aquele que extrai a vontade do legislador constituinte, qual seja: atribuir uma colocação especial a esses direitos, inserindo-os no rol de direitos e garantias fundamentais e conferir-

¹ ARRETICHE, Marta. **A metade cheia ou a metade vazia do copo?**, São Paulo, 2015, p. 1-13. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/publicacoes/cada-vez-mais-desigual/a-metade-cheia-ou-a-metade-vazia-do-copo>. Acesso em: 22 fev. 2022.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

³ FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

lhes, portanto, aplicabilidade imediata⁴, tal como os demais direitos previstos no Título II da CF/88, conforme assegura o art. 5º, § 1º, da carta magna.⁵

Assim, o direito à saúde, tutelado constitucionalmente como um direito fundamental social, não pode se tornar mera expectativa de uma promessa impensada do legislador. Pelo contrário, compartilho das palavras de Vanessa Rocha para asseverar que:

A CRFB/88 estabelece tal direito com um dever do Estado, o que faz nascer para o indivíduo um direito público subjetivo de exigir seu cumprimento, ou seja, de colocar à sua disposição serviços e políticas públicas que efetivem a promoção, proteção e recuperação da saúde.⁶

No mesmo sentido é o entendimento de Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos, citados por Vanessa Rocha:

A assistência à saúde não pode ficar à mercê de programas governamentais que podem não acontecer, esvaziando o art. 196 da Constituição de seu conteúdo, que é a eficácia e a eficiência do Estado no pronto atendimento às necessidades do cidadão. Nesse ponto, não há o que objetar. A saúde representa, a partir do texto constitucional de 1988, prerrogativa indisponível assegurada ao cidadão indistintamente.⁷

Arremata-se, ainda, com o posicionamento de Conceição Aparecida Pereira Rezende e Jorge Trindade, os quais afirmam que é princípio da política de atenção à saúde no SUS a saúde como direito e ressaltam que:

Além do princípio que concebe a saúde como direito, a Constituição Brasileira de 1988 qualificou o direito à saúde incluindo-o no conjunto dos Direitos Sociais. O que significa isto? Para a administração pública, a responsabilidade de elaborar programas operacionais que garantam que a atenção à saúde de toda a população habitante na área de abrangência de sua competência esteja assegurada, conforme suas atribuições constitucionais e legais. Para a população, significa a possibilidade de exigir, individual ou coletivamente, a consecução desse direito junto ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, sempre que ele for negado.⁸

⁴ O STF, nesse sentido, de modo geral, tem conferido aos direitos e garantias fundamentais a aplicação imediata, tais como: direito à intimidade (HC 71.373); direito à saúde (STA-Agr 171); direito à educação (RE-Agr 436.996), dentre outros.

⁵ FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁶ FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁷ FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁸ REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. **Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde**. v.2. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

Portanto, tendo sido o direito à saúde consagrado como direito fundamental, indissociável à vida, e como dever do Estado a prestação de saúde para todos, como ditam os termos do art. 196, da CF, incumbe ao ente estatal a concretização de tal direito, respeitada não só a coletividade, como também a individualidade de cada cidadão.

2.1 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme mencionado no item anterior, a Constituição Federal de 1988 e o legislador foram um tanto quanto prolixos ao estabelecerem direitos e garantias, sendo que parte deles, como é o caso do direito à saúde, necessita de uma atuação positiva do Estado, através de diversas políticas públicas, para concretizá-los.

Há de ressaltar também que o texto da Carta Magna garantiu aos cidadãos diversos direitos e impôs ao Estado muitos deveres, entretanto não se preocupou em definir a forma pela qual se daria o equilíbrio dessa equação, deixando de lado, por exemplo, as constrições orçamentárias e questões gerenciais da atividade administrativa.⁹

Diante deste cenário, havendo falhas, inércia e/ou má execução das políticas públicas, a consequência é o surgimento de pretensões judiciais reivindicando determinado direito fundamental que não está sendo efetivamente assegurado pelo poder público incumbido.

Neste sentido, nas palavras de Edilson Vitorelli, “se, quando a Constituição prevê direitos fundamentais, os prevê de modo abstrato e, ao mesmo tempo, afirma que eles têm eficácia imediata (art. 5º, § 1º), ela convida os poderes, inclusive o Judiciário, por força do art. 5º, XXXV, a agir.”¹⁰

No âmbito da saúde pública, especialmente, o acionamento do Poder Judiciário tem tomado proporções cada vez maiores. De acordo com um estudo realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça¹¹, o número de processos judiciais no Brasil cresceu 50% entre 2008 e 2017, fato que por si só já é alarmante. Ocorre que, as demandas judiciais relativas à saúde superaram essa média e alcançaram um

⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

¹⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

¹¹ MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir C.. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://cni.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em 7 de fev. de 2022.

crescimento de 130% durante esse mesmo período. Ao todo foram aproximadamente meio milhão de ações individuais, culminando em um gasto de R\$ 1,6 bilhão somente em 2016, isso sem mencionar o custo da tramitação de todos esses processos.

No mesmo norte, conforme aponta a pesquisa realizada por Lucélia Alves¹², no Estado de Minas Gerais houve um crescimento exponencial da judicialização da saúde: de apenas 7 ações no ano de 2000, para 1.012, em 2008. Constatou-se, ainda, que o índice de procedência total dos pedidos é de 93%, aumentando-se para 96% para procedência parcial e 89% das tutelas de urgência são deferidas. O resultado disso foi um aumento anual médio dos gastos do Estados de 137%, ressaltando-se que de 2002 para 2003 o crescimento totalizou 610%.

Ao analisar somente os anos de 2008 e 2012, a autora verifica um acréscimo de 300% no número anual de ações ajuizadas. Além disso, em uma amostra de 408 casos evidenciados pela pesquisa, apenas três tinham finalidades coletivas, isto é, menos que 1% do total dos casos.

Extrai-se, portanto, algumas conclusões sobre os dados apresentados: primeiramente, e mais evidente, é o aumento significativo no número das demandas envolvendo o acesso saúde. Em segundo lugar, verifica-se que os pedidos são predominantemente individuais, de modo que as ações coletivas representam um número irrisório do total (menos de 1%). Por fim, a consequência disto, revelada pela pesquisa, é um impacto orçamentário relevante para o ente estatal.

Há alguns problemas no modo pelo qual o Poder Judiciário tem intervindo para resolver as falhas ao acesso saúde, os quais serão abordados no próximo tópico.

2.2. ANÁLISE CRÍTICA DA JUDICIALIZAÇÃO

O processo civil tradicional foi, em geral, criado para solucionar uma espécie bem amoldada e típica de litígios, nos quais há um conflito pretérito que resulta na pretensão de uma pessoa (ou grupo de pessoas), alvo de resistência ou insatisfação por outra pessoa (ou grupo de pessoas). Assim, o processo opera uma polarização (ou bipolarização) dos conflitos, que pode

¹² ALVES, Lucélia de Sena. **A judicialização da saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais**. Minas Gerais: 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10456624/A_judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_sa%C3%BAde_e_o_seu_impacto_n_o_or%C3%A7amento_em_busca_da_tutela_adequada_a_partir_do_caso_de_Minhas_Gerais . Acesso em 7 de fev. de 2022.

até funcionar bem para aquelas lides de natureza privada, mas simplificam os problemas que ocorrem no meio social.¹³

Há vários institutos positivados no Código de Processo Civil que demonstram claramente a ideia de que o processo é restrito a dois extremos, incumbindo ao juiz, via de regra, a escolha de um desses polos como vencedor e o outro como o perdedor. É o manifestado, por exemplo, pelo princípio da demanda, o qual moldura o limite máximo daquilo que o magistrado pode conferir ao autor, bem como determina que o julgamento deve ocorrer somente nos exatos termos do que foi apresentado pela parte autora (art. 460, do CPC).¹⁴

Ocorre que, conforme afirma Vitorelli, com a intensificação das relações sociais, das comunicações em tempo real do mercado de consumo, das ameaças globais representadas por governantes e por entidades privadas, seria ilusório imaginar que o Poder Judiciário continuaria se restringindo apenas à resolução de controvérsias simplistas, reduzidas a dois polos e interesses perfeitamente delineados.¹⁵

Exemplificando-se: uma demanda na qual um cidadão pleiteia uma cirurgia de urgência, sob o argumento de que o fornecimento pelo sistema de saúde público está sendo demasiadamente moroso, ao contrário do que se pensa e do modo pelo qual a questão vem sendo proposta e apreciada pela justiça, este não é apenas um litígio polarizado (ou bipolarizado) entre o direito à saúde e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Muito além disso, ele envolve em seu seio graves questões de política pública, de alocação de recursos públicos e até mesmo de determinação do próprio interesse público.¹⁶

O mesmo se aplica quando a pretensão busca definir quais tratamentos ou medicamentos o Sistema Único de Saúde deve fornecer, o que igualmente requereria alterações em toda a dinâmica do sistema, nas alocações orçamentárias, nos critérios científicos que orientam a incorporação de novas tecnologias, etc.

Entretanto, nenhuma das milhares de ações individuais que vêm sendo propostas visam esse intuito. Pelo contrário, requerem tratamentos ou medicamentos específicos para determinada pessoa, sem levar em consideração, por exemplo, com o impacto financeiro

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, v..225. 2013.

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, v..225. 2013.

¹⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, v..225. 2013.

causados pelas condenações, que, atualmente, de acordo com a pesquisa outrora citada, atinge cifras bilionárias.¹⁷

É certo que essas ações individuais, em sua maioria, recebem uma resposta jurisdicional muito célere (89% das tutelas de urgência são deferidas, índice aumentado 96% em procedências parciais de mérito), o que aparenta uma resolução do problema e uma falsa sensação de eficácia.

Reitera-se, as milhares demandas resultam em apenas uma aparente solução para a falha ao acesso à saúde, pois a complexidade fática permanece, já que a inconstitucionalidade é sistemática, não pontual, e a eliminação de uma conduta não basta para adequar o sistema público de saúde à Constituição¹⁸.

Como explica Edilson Vitorelli, ao se aplicar o foco, percebe-se que os resultados que parecem ser satisfatórios, ao contrário, implicam que a política pública deixa de ter os critérios técnicos a ela inerentes, como, por exemplo, o critério da ordem de prioridade de atendimento estabelecido pelas diretrizes do Sistema Único de Saúde. Logo, dentro desta sistemática, terá atendimento médico ou receberá o medicamento quem procurar a justiça primeiro.¹⁹

Além disso, as pessoas que sabem que podem procurar a justiça para satisfazer suas pretensões, e assim o fazem, são, em tese, menos vulneráveis do que o grupo de pessoas que sequer dos seus direitos possuem conhecimento. Grupo este do qual os esforços públicos vão, conseqüentemente, cada vez mais se distanciando, uma vez que há uma realocação do foco com as demandas e o problema, intrínseco à estrutura pública, permanece existindo e atingindo ainda mais pessoas.²⁰

Nesse norte, colaciono as palavras de Edilson:

Ao distribuir bens pelo critério do acesso individual à justiça, subverte-se a pirâmide das prestações estatais, para se atribuir mais a quem já tem mais. Presumivelmente, em um mundo de recursos finitos, a atribuição de mais direitos a um grupo se faz pela redução dos direitos de outro grupo, não pelo aumento do universo total de direitos.²¹

¹⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

¹⁸ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese (Doutorado)- Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

¹⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

²⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

²¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

No âmbito da tutela coletiva, também se ignora a causa do litígio e, de modo ainda pior, há uma -aparente- amplificação dos problemas mencionados em razão de sua maior interferência no âmbito econômico, político, social ou cultura, fazendo com que os autores, embora possuam legitimidade, optem por não ajuizar ações coletivas, e, quando o fazem, encontram juízes com muita resistência para conceder a tutela. Aqui, verifica-se uma contradição no sistema judicial, uma vez que as pretensões individuais somadas implicam nos mesmos resultados que aquelas.

3. O PROBLEMA (OU O LITÍGIO) ESTRUTURAL

Consoante o exposto, as ações individuais ou coletivas e a tutela fornecida nos moldes limitados do processo civil tradicional se revelam insuficientes para a solução adequada e abrangente do problema, podendo até mesmo agravá-lo, uma vez que não se preocupam em resolver a causa da desestruturação e das falhas sucessivas do Poder Público em garantir o direito fundamental à saúde, mas somente tratam das pontuais consequências do fato.

De outro lado, há uma terceira opção de intervenção judicial que vem sendo estudada pelos autores brasileiros, inspirados pelo direito norte-americano, com grandes esforços, sobretudo nos últimos anos, qual seja: tratar o problema (ou o litígio) como estrutural, o qual é dotado de peculiaridades e complexidade, e, por consequência, exige novas técnicas processuais aptas a se amoldarem e garantir a tutela mais adequada do direito fundamental litigado, cuja denominação se deu como processo estrutural (*structural litigation*).

Ao adentrar-se no tema, de início, verifica-se que há uma divergência doutrinária quanto ao ponto de partida para a compreensão do processo civil estrutural. De um lado, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., Rafael Alexandria Oliveira propõem a categoria básica do instituto como “problema estrutural”, pois acreditam que “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”²². Na mesma linha de

²² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303., 2020.

pensamento, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim também caracterizam o problema estrutural²³.

De outro lado, Edilson Vitorelli afirma que essa definição é imprecisa, na medida em que “problema” não é uma categoria processual, o que tornaria necessário delimitar, em um primeiro momento, tal instituto. Assim, este autor opta pela categoria do litígio, que já é tradicional na teoria do processo.²⁴ Para fins deste artigo, ambas as definições serão adotadas.

Iniciando pela perspectiva deste último professor, litígio estrutural é necessariamente um litígio coletivo irradiado, pois afeta uma sociedade irradiada de pessoas, com alta complexidade e conflituosidade, devido aos modos diferentes como os subgrupos sociais se relacionam com a estrutura (caráter policêntrico).²⁵

Além disso, esses litígios advêm não de um ato isolado, mas sim de mau funcionamento ou até mesmo da ausência de uma estrutura (exemplificada como instituição, política ou programa), que pode ser pública ou privada, e que resulta em um padrão reiterado de violações a direitos, criando, fomentando ou viabilizando o conflito.

Assim, de acordo com esse autor, em virtudes de suas características peculiares, a solução desse litígio, para ser efetiva e duradoura, demanda a reestruturação do funcionamento da estrutura.

Noutro giro, partindo para a análise da contribuição dos professores Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim para o tema, é feita uma subdivisão das características do problema estrutural, sendo elas:

a) Complexidade: ao contrário do que se possa esperar pelo sentido comumente utilizado, complexidade, no contexto aqui inserido, não está relacionado a uma questão de difícil solução/ compreensão ou às possíveis dificuldades na determinação dos fatos da causa, por exemplo.

Utilizando-se dos ensinamentos de Kania e Kramer, Arenhart descreve que a ideia de “problemas complexos” está relacionada com a incompatibilidade de respostas simples e

²³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

²⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

²⁵ VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo, v. 284, p.333-369, 2018.

tradicionais. Assim, diferencia-se os problemas simples dos complexos a partir de uma previsibilidade das consequências oriundas de determinado estímulo sob possíveis resultados.²⁶

Nesses moldes, a linearidade entre causa e efeito, ou intervenção e retorno, é dotada de uma relativa simplicidade. Por outro lado, em problemas complexos, como é o caso de uma ampla reforma no sistema de saúde, as consequências das possíveis ações não são previsíveis, isto é, não podem ser antecipadamente conhecidas. Ademais, todas as possíveis soluções exigem a participação de uma pluralidade de indivíduos/ organizações. Essas características somadas impossibilitam uma intervenção jurisdicional realizada de forma pontual que, ao contrário, há de ser “contínua, constante e central”²⁷.

Verifica-se, portanto, que, sob o prisma deste tema, a complexidade está interligada com a indeterminação das consequências às possíveis ações a serem adotadas, isto é, não há como estabilizar uma resposta jurisdicional, o que torna o problema complexo uma exceção aos moldes simplistas desenhados pelo sistema processual tradicional.

b) Multipolaridade: a multipolaridade, aqui tratada por Arenhart, Osna e Jobim, diz respeito aos diversos polos de conflitos, todos dotados de relevância para o processo, existentes nos problemas estruturais.

Os direitos fundamentais, por si só, têm um caráter multifacetado e implicam vários polos diferentes de interesse. Tendo o caso da saúde como parâmetro, verifica-se que a questão, na maioria das vezes, não está definida simplificadamente entre aqueles que querem o acesso à saúde e aqueles que somente não querem fornecer. Muito além de uma simples falta de vontade, o problema pode estar na própria dificuldade de fornecimento enfrentada pelo Poder Público.

Ainda, como os autores exemplificam, em um caso de dispensação de um fármaco de alto custo, é possível imaginar diversos polos distintos, quais sejam:

“Os três entes federais (União, estados e municípios, cada um com interesses próprios); o polo concernente aos pacientes que esperam o medicamento para certa doença (e eventualmente outro polo, tangente a pacientes de outras doenças que também pretendem a ampliação do uso da medicação para a satisfação de seu interesse próprio); o polo da indústria farmacêutica; o polo composto por outros doentes que são contrários ao gasto do dinheiro público com aquela específica medicação, etc.”²⁸

²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

Assim, tratar no processo todos esses interesses agrupados em apenas dois núcleos é visto “não só como uma ingenuidade gritante, mas, sobretudo, um enorme erro, capaz de deslegitimar a resposta jurisdicional ali obtida”.²⁹ Portanto, não se podendo resumir esse tipo de demanda entre aqueles que almejam e os que resistem, repita-se: não há como trata-la com a simplificação inerente ao processo tradicional.

c) Reposição institucional: essa característica está relacionada ao fato de que a realidade que percorre o problema estrutural exige uma recomposição institucional, isto é, se faz necessário que o Poder Judiciário intervenha com medidas que reestruturem determinada instituição/ estrutura responsável por ferir as garantias constitucionais devido ao seu sucessivo comportamento lesivo.

Isto pois, precipuamente os direitos fundamentais pertencentes à classe dos direitos sociais (como é o caso do direito à saúde), não são, via de regra, violados por indivíduos isolados, mas sim pelas organizações, ou instituições, de grande escala, de modo que sem o rearranjo destes aparatos não há a eliminação da violação recorrente.

Neste ponto, ainda, vale ressaltar que é uníssono na doutrina sobre a temática que a estrutura necessitante de alterações pode ser pública ou privada, desde que seja de relevante repercussão social, econômica, política ou cultural.

d) Prospectividade: em decorrência até mesmo da necessidade de reposição institucional (característica anterior), a resolução do problema se perpetuará no tempo, de forma que ocorrerá a efetivação do direito no futuro.

No entendimento de Arenhart, Osna e Jobim, para potencialização dos direitos fundamentais tende a ser necessário uma atuação contínua e estratégica. Assim, questionam se haveria razoabilidade e possibilidade em defender, por exemplo, que o problema da ampliação de leitos de hospitais possa ser superado de maneira imediata. E, ainda que fosse viável, indagam se o déficit de investimento que originou a falha não poderia ocorrer novamente.³⁰ A partir dessas reflexões, é apontado que:

Notamos que o modelo de atuação hoje imputado à esfera pública deve passar não apenas por um saneamento do presente, mas, também, por uma efetiva tentativa de construir um amanhã mais adequado. Nesse sentido, a recomposição institucional previamente descrita procura, exatamente, estabelecer premissas para que – de modo

²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

mais ou menos distante- o interesse jurídico relevante possa ser objeto de máxima proteção.³¹

Para finalizar este capítulo, sublinha-se que não é necessária a reunião de todas as características apontadas para determinar ou não se um problema é estrutural, pois, em razão de sua multiformidade, não há como delinear todas as possíveis situações e desdobramentos concretos.

4. O PROCESSO ESTRUTURAL

Apresentadas as características multifacetadas do litígio estrutural que resultam na impossibilidade de utilização do modelo clássico de processo desenhado no nosso ordenamento jurídico, surge a necessidade de novos moldes processuais hábeis a fornecer uma resposta jurisdicional adequada e que assegure a máxima efetividade do direito fundamental violado.

Nas palavras de Jordão Violin:

Trata-se de uma espécie de processo que reconhece a inevitabilidade das grandes instituições na vida hodierna e a insuficiência do processo tradicional, destinado à resolução de disputas privadas, para adequar a conduta delas a um parâmetro mínimo de conformidade.³²

O processo estrutural, como é chamado aqui no Brasil, teve origem no direito norte-americano há mais de 60 anos e lá são denominados como *structural reform litigation*. A primeira decisão da Suprema Corte Americana que inaugurou o instituto, ao determinar medidas estruturais, foi proferida no caso *Brown v. Board of Education*.

A ação coletiva, ajuizada por Oliver Brown e mais doze pais, foi proposta contra a Secretaria de Educação de Topeka, Kansas, e questionava a constitucionalidade da negativa de matrícula de 20 crianças negras em escolas nas quais o acesso era permitido somente às pessoas brancas.³³

O tribunal, então, a partir da análise do litígio, proferiu decisão, em 1950, reconhecendo a inconstitucionalidade da doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais) no âmbito

³¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

³² VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese (Doutorado)- Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

³³ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese (Doutorado)- Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

escolar, doutrina esta que outrora havia sido legitimada pela mesma corte no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* (1896), no bojo do qual havia se admitido a segregação racial.³⁴

Não obstante ter representado um grande avanço para os direitos civis, a decisão proferida pela Corte ainda estava pendente de efetivação. Nesse sentido, questionava-se o modo pelo qual se daria a implementação da medida de dessegregação, além de outras dúvidas, assim apontadas por Arenhart, Osna e Jobim:

Seria factível supor que a decisão proferida em *Brown* receberia aceitação e cumprimento imediatos? A intolerância que levou à positivação de instituições formais legitimadores da política segregacionista se esvaziaria pela mera manifestação judicial? Contrariamente, não seria possível que ela prosseguisse se afirmando por meio de instituições matérias menos visíveis?³⁵

Já ciente da complexidade da execução da medida imposta, a Suprema Corte, agindo pela primeira vez como agente de transformação social, tomou algumas atitudes a fim de possibilitar o cumprimento efetivo de sua decisão: - utilizou-se de uma fórmula aberta, pois não foi fixado um prazo determinado para realização da completa dessegregação; - determinou-se aos juízes de primeiro grau o dever de fiscalizar a adequação de toda a sistemática envolvida (condições físicas das escolas sistema de transporte escolar, distribuição pessoal e definição geográfica de distritos escolares), tendo sido orientado, também, a utilização de medidas flexíveis e ajustáveis às peculiaridades de cada localidade.³⁶

A doutrina considera, portanto, *Brown* como o primeiro caso marcante de reforma estrutural, por reunir as principais características do chamado processo estrutural, quais sejam: litígio multipolarizado; conduzido pelo magistrado em cooperação com as partes; formado por pretensões difusas e com violação a direitos fundamentais prestacionais; visa a reestruturação de uma instituição social, cuja execução demanda ações que se prolongam no tempo.³⁷

4.1. CARACTERÍSTICAS

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

³⁶ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese (Doutorado)- Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

³⁷ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese (Doutorado)- Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

Ato contínuo, faz-se necessário discorrer, ainda que detidamente, sobre algumas das principais características deste tipo processual que se diferem do modelo clássico, evidenciando seu fim precípuo de modificação de uma estrutura (pública ou privada), cujo comportamento dá causa a uma situação de ilicitude, a seguir expostas:

a) Fases de desenvolvimento: Edilson Vitorelli esquematiza o que ele entende ser as fases de desenvolvimento do processo civil estrutural, assim elencadas:

- 1) apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesse sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio;
- 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável;
- 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado;
- 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura;
- 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e
- 5) a implementação do plano revisto, que inicia o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social que se afigure apropriado, dadas as circunstâncias do conflito, a partir da reorganização da estrutura.³⁸

b) Identificação dos grupos integrantes do litígio e a viabilidade de participação: conforme dito anteriormente, os litígios estruturais possuem como característica a complexidade e a multipolaridade. Por consequência, há uma ampla extensão de pessoas, inseridas em subgrupos, com algum grau de interesse, participação ou nível de afetação dentro do mesmo contexto, o que obsta até mesmo uma identificação de todos esses indivíduos.

Em um primeiro momento, então, é necessário identificar quem são todas as pessoas pertencentes aos subgrupos e que são, de diferentes formas, afetadas pelo problema litigioso, pois só assim será possível a elaboração de um plano realmente adequado às suas necessidades.³⁹

Vitorelli, apesar de alertar contra a superestimação deste instrumento, aponta como uma das alternativas viáveis a definir os contornos do litígio a utilização das audiências públicas, através das quais será possível desenvolver atividades participativas, com aprofundamento de

³⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

³⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

discussões e deliberações sobre a propositura e contornos da lide, além de fomentar a cooperação entre os interessados e o legitimado coletivo.⁴⁰

Já definidos quem são todos os subgrupos envolvidos no contexto conflituoso, outra questão se insurge: como os interessados poderão influir efetivamente na decisão? De início, cumpre mencionar que, considerando a multiplicidade de pessoas envolvidas com graus diferentes de afetação e anseios distintos, já se revela a impossibilidade, material e procedimental, na participação individual de todos, sob risco de ceifar a própria conclusão do processo.⁴¹

Portanto, em caso de se averiguar a real inviabilidade de utilização da participação individual no processo, esta cede lugar à representação, a fim de garantir o mínimo de factibilidade ao processo e uma atuação jurisdicional legítima.⁴² Ocorre que, o modelo brasileiro utilizado nas tutelas coletivas acaba simplificando e “pessoalizando” os direitos individuais de massa, uma vez que atribuem esses interesses aos legitimados coletivos, os quais, por sua vez, os tratam como se fossem individuais.⁴³

É fato que os legitimados possuem um árduo trabalho não somente na parte de identificação do grupo representado, mas também em se verificar quais as vontades e perspectivas dessas pessoas que devem ser levadas em conta. Edilson Vitorelli propõe como solução ao segundo problema a complementariedade entre participação e representação, de modo que tanto que o legitimado, como os representados, devem ter atitudes para que as opiniões do grupo sejam conhecidas e as ações do representado sejam avaliadas.⁴⁴

Assim, ressalta-se que, o problema da representação não ocorre quando o legitimado não age nos exatos moldes que os subgrupos agiriam, mas sim quando se perde a total conexão com aqueles que são os titulares do direito representado. No mesmo linear, conclui-se que ocorrerá uma efetiva representação sempre que o representante tenha como embasamento para sua atuação as vontades e interesses dos substituídos.

⁴⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022;

⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

⁴² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

⁴⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

Por fim, vale sublinhar ainda que, também é possível que o grau de conflituosidade seja tão elevado que resulte na ausência do mínimo de consenso entre os participantes do mesmo grupo, de modo que se impera a nomeação de outro representante em favor dos divergentes.⁴⁵

c) A flexibilização de institutos processuais: sabe-se que o princípio da demanda é um dos basilares do processo civil e tem como objetivo restringir a atuação do magistrado aos exatos termos conferidos pelas partes, sobretudo diante da lógica dos conflitos privados, uma vez que os direitos discutidos são, via de regra, disponíveis e, portanto, sua forma de proteção também.

Através desse princípio extrai-se, então, que: a iniciativa do processo é prerrogativa (quase) exclusiva da parte; bem como há um limite imposto pela parte, através do pedido, a que o juiz deve se ater na decisão- daí também advém a ideia do correlato princípio da congruência, o qual impõe uma correspondência necessária entre o solicitado e o concedido.⁴⁶

Ocorre que, no âmbito da atuação estrutural, surgem algumas dúvidas acerca da imposição desses princípios, assim destacadas por Arenhart, Osna e Jobim:

Os alicerces que levaram à sustentação da ideia de adstrição à demanda seguem compondo o cenário do direito processual? Há, hoje, igual fundamento para que se procure compreender de modo estatístico o objeto da disputa? Mais que isso, como esses elementos se articulariam nas temáticas que recomendam atuação estrutural do Judiciário?⁴⁷

Partindo das seguintes indagações, é oportuno mencionar que, mesmo nas ações de cunho meramente privado, nosso sistema processual vigente já admite a mitigação do princípio da demanda, como são os casos da interpretação do pedido implícito⁴⁸ e da regra imposta pelo art. 1637, do CPC, que autoriza o magistrado a agir visando à melhor proteção ao caso, mesmo que, para atingir tal finalidade, tenha que se desvincular do pedido formulado na ação.

No âmbito do processo estrutural a flexibilidade é inevitável. Isto pois, o objeto do litígio é, por sua natureza, dinâmico e vai se formando, adaptando ou modificando na medida em que

⁴⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

⁴⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

⁴⁸ Código de Processo Civil, artigo 491, caput. “Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:”.

o processo flui. Diante disso, limitar a decisão ao pedido inicial resultaria em sua total ineficácia, razão pela qual, aqui, aplica-se amplamente a regra do art. 493, do CPC, que impõe ao magistrado a observância de novos fatos quando for prolatar a decisão.⁴⁹

Como apontam, cirurgicamente, Arenhart, Osna e Jobim, para que ocorra essa dinamicidade inerente ao objeto do litígio estrutural, é de suma importância que sua construção e reconstrução sejam sempre precedidas da participação das partes, através do diálogo, a fim de que, com o efetivo exercício do contraditório, torne-se possível que o processo se amolde ao objeto mutável sem que haja lesão às garantias processuais dos envolvidos.⁵⁰

Conclui-se que, por vezes, é normal que no início da demanda ainda haja certa indeterminação com relação ao objeto a ser requerido- já que pode não se saber todos os contornos do problema litigado- de modo que, nesta fase, a maior ênfase deve ser conferida à descrição fática, pois inexistindo impasse fático material realmente haveria uma impossibilidade de atuação jurisdicional.⁵¹

Didier, Zanetti e Oliveira asseveram que a consensualidade tem um papel muito importante também nesse tipo processual, ressaltando que a realização dos negócios jurídicos (art. 190, CPC) também deve ser sempre priorizada, tanto em relação ao objeto do processo em si, quanto à adaptação do procedimento para ajustá-lo às particularidades da causa.⁵²

d) Atipicidade das provas: como já abordado, uma das características do problema estrutural é a prospectividade, a qual se evidencia ao perceber-se que a medida estruturante a ser adotada no processo terá efeitos futuros, de modo que, neste âmbito, é importante analisar como as possíveis respostas jurisdicionais ao problema se amoldariam posteriormente.

A partir disso, nota-se que não há viabilidade para adotar-se juízos de certeza, mas apenas de mera probabilidade, considerando que todo rumo do processo é voltado a resultados futuros⁵³. Sendo assim, necessário se faz a utilização de meios atípicos de provas, as quais não estão atreladas a juízos de certeza, como é o caso da por amostragem, a prova estatística, a prova *prima facie*, a prova indiciária, dentre outras.

⁴⁹ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

⁵⁰ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

⁵¹ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2021.

⁵²DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303., 2020.

⁵³DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303., 2020.

e) Execução das medidas estruturantes: de acordo com as etapas do procedimento elencadas por Vitorelli e aqui já mencionadas, a fase de conhecimento do processo estrutural termina com a prolação da sentença (ou após diversas decisões), que nada mais é do que o plano composto das medidas estruturantes voltadas a reestabelecer o estado de conformidade de determinada instituição.

Iniciada a fase de execução das medidas propostas, de início verifica-se que sua efetivação, necessariamente, se dará de forma atípica e dialética, cuja base normativa decorre da combinação do art. 139, IV, com o art. 536, §1º, ambos do CPC⁵⁴. Didier, Zaneti e Oliveira apontam a criação de entidades de infraestrutura específica para resolução de conflitos coletivos (*claim resolution facilities*) como uma possível alternativa a ser utilizada para dar cumprimento à decisão estrutural.⁵⁵

No Brasil, pode-se usar como exemplo de *claim resolution facilities* a Fundação Renova, “construída a partir do termo de ajustamento de conduta firmado entre as empresas Samarco, Vale do Rio Doce e BHP Biliton com a União, Estados de Minas Gerais e Espírito Santo e suas autarquias; (...) para mitigar os impactos socioambientais decorrentes da implantação da Usina Hidrelétrica de Irapé.”⁵⁶

Além disso, há a necessidade de avaliação/fiscalização constante das medidas estruturantes, que podem ser realizadas por um gestor específico ou um comitê, nomeados pelo juiz, bem como através de outras medidas, como: entrega de relatórios periódicos, designação de audiências públicas, realização de inspeções judiciais. De todo modo, salienta-se que a fase de implementação das metas determinadas na decisão demanda ampla discussão.⁵⁷

f) Informações diversas: conforme dito introdutoriamente, o presente artigo não pretende- e nem conseguiria- esgotar o tema, em vista de sua amplitude. Contudo, ainda se faz necessário compilar algumas peculiaridades da temática:

- Nem sempre haverá uma correspondência entre litígio e o tipo processual, de modo que é possível que, ao final de um processo que tramitou sem a lógica estrutural, se determine

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303., 2020.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303., 2020.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303., 2020.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303., 2020.

medidas estruturantes, uma vez considerado que não seria possível uma tutela efetiva sem que haja mudanças no comportamento institucional;

- Ainda que de maneira mais atípica, também é possível que se adote medidas estruturantes em demandas cujo litígio não é estrutural, o que ocorrerá quando, para remediar o conflito, se faz necessário a reestruturação de determinados aspectos da realidade.⁵⁸

- Para Edilson Vitorelli, litígios estruturais são sempre coletivos. Podem existir ações individuais no contexto de litígios estruturais, é o que se tem feito em grande escala no país atualmente, inclusive. No entanto, essas ações sustentam pretensões meramente individuais, não estruturais, cujo objetivo é apenas resolver a situação de um indivíduo específico.⁵⁹

5. A CRÍTICA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL.

Existem algumas críticas em torno da utilização do processo civil estrutural, dentre as quais há aquela que argumenta que esse tipo processual seria uma forma de acentuar a intervenção judicial, o que é inaceitável para tais críticos.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já vêm há algum tempo reiterando o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário para impor ao Poder Público determinado comportamento, quando se tem a violação de direitos e garantias fundamentais.⁶⁰

Assim, considerando o pacífico entendimento dos Tribunais Superiores de que a intervenção em políticas públicas é, por vezes, uma necessidade, conforme Brinks e Gauri, citados por Vitorelli, aduzem “de uma perspectiva pragmática, é tarde para questionar se os tribunais deveriam intervir para assegurar direitos, porque já o fazem diariamente; a pergunta mais importante agora é como devem fazê-lo”⁶¹

Vale ressaltar que a principal literatura dedicada à crítica do chamado “ativismo judicial” é norte-americana, local onde a Constituição não prevê qualquer tipo de direito social, diferentemente da Constituição Federal Brasileiro, que possui um todo um rol extenso de

⁵⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

⁵⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

⁶⁰ Os entendimentos nesse sentido podem ser extraídos de diversos julgados, por exemplo: ARE 1010267 AgR, Rel. Min Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 31/03/2017; REsp 1367549/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014; STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 24/09/09, etc.

⁶¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

direitos aos cidadãos e deveres ao Estado. Logo, é evidente que a mesma crítica realizada lá não pode ser transportada para cá.⁶² Aqui, como diz Hermes Zaneti Jr., citado por Nunes e outros, o principal ativismo não é do juiz, e sim da lei e da Constituição.⁶³

É até questionável se o legislador e o constituinte realmente deveriam ter estabelecido todos esses comandos, desconsiderando a situação financeira do Estado ou a forma de implementação, mas, neste caso, o problema é da lei e não do cidadão. Não se pode criar um anseio para que o juiz deixe de aplicar os comandos constitucionais claros, sob o argumento vago de que o ente público não é capaz de dar cumprimento ao comando legal.

Nestas hipóteses, o que se tem é “uma intervenção legítima do Poder Judiciário em políticas cuja decisão de implementação (e, com ela, a decisão econômica alocativa) já foi tomada pelo legislador”.⁶⁴

Ademais, a utilização do argumento da discricionariedade administrativa também não pode servir de escopo para que administrador não cumpra com o seu dever, como entende Vitorelli:

No que tange à reforma estrutural, não se pode opor à intervenção judicial o singelo argumento de que a condução institucional se baseia em prerrogativas discricionárias da administração. A violação sistemática a direitos é uma consequência prática das mais importantes, que autoriza a intervenção jurisdicional, nos termos do art. 20, da LINDB. Se o gestor tivesse ponderado adequadamente as consequências de suas decisões pretéritas, o litígio não existiria. Uma vez que ele existe, não apenas os seus efeitos negativos podem ser submetidos à consideração judicial, mas também todo o esquema gerencial da estrutura, que não ponderou apropriadamente as consequências práticas das escolhas feitas.⁶⁵

Salienta-se ainda que, a maioria dos críticos à intervenção judicial nas políticas públicas não são contra à intervenção jurisdicional, em menor grau, para se assegurar a efetividade dos comandos constitucionais. Ocorre que, o denominado “ativismo a conta-gotas” – realizado através de ações individuais- quando somado, tem o mesmo impacto significativo na política pública. Basta voltar aos dados das ações individuais no âmbito da saúde pública, que, atualmente, já atingem cifras bilionários no Brasil.⁶⁶

⁶² VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

⁶³ NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (orgs). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

⁶⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

⁶⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

⁶⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

Ao contrário do que possa parecer, o processo estrutural não é uma forma de aumentar a intervenção judicial, mas sim de organizá-la. A intervenção judicial já acontece quando os juízes proferem milhares de decisões individuais, que comprometem o orçamento público. Portanto, a questão não é se cabe ao juiz intervir ou não em políticas públicas, mas sim se vai intervir de forma estrutural ou intervir de maneira desordenada, a partir de decisões que subvertem a própria ordem da política pública pelo critério de quem pede primeiro, ganha.⁶⁷

6. CONCLUSÃO

Diante todo o exposto ao longo do artigo, pode-se concluir que, considerando as recorrentes falhas do Poder Público na prestação do direito fundamental à saúde, a intervenção do Poder Judiciário é legítima e cabível para garantir obediência ao comando constitucional que garante o acesso universal à saúde. As alternativas são, contudo, intervir de modo eficaz, visando a solução abrangente do conflito, ou de maneira desordenada, através de milhares de ações individuais (ou coletivas) que objetivam o fornecimento à saúde somente para determinado grupo de pessoas.

Como se percebeu, tratar o problema dentro do segundo molde mencionado, além de não o solucionar, pode até mesmo agravá-lo, tendo em vista os impactos orçamentários ocasionados por essas ações. Ademais, nessa lógica, apenas subverte-se a ordem de prioridade do atendimento estabelecida administrativamente para atender a quem primeiro recorre à justiça.

No mais, as pessoas que, em tese, são as mais necessitadas, e sequer sabem que podem pleitear seu tratamento médico pelas vias judiciais, têm cada vez menos chances de obter o acesso à saúde, na medida em que os esforços públicos são realocados para as demandas judiciais e as causas que geraram aquela falha na política pública permanecem existindo.

A partir disso, o que se evidenciou foi que, para garantir a maior eficácia do direito fundamental em debate a melhor alternativa é tratar o litígio como estrutural, que, logo, não pode ser simplificado em uma demanda entre aquele que pleiteia seu direito à saúde e aquele que resiste o fornecimento por má vontade.

Muito além desse simples impasse, deve-se tratar a causa que ensejou o comportamento lesivo, que, via de regra, não advém apenas de uma ausência de vontade, mas sim da própria

⁶⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022

falha institucional, seja por questões orçamentárias, seja por erros na própria administração dos recursos e políticas públicas.

Portanto, a solução que mais garante a efetivação do direito à saúde é aquela que adota medidas estruturantes, por meio do processo civil estrutural, a partir do reestabelecimento do estado de coisas ideal de determinada estrutura que, no momento, encontra-se em situação de desconformidade. Só assim é possível alcançar a amplitude do problema e tentar evitar sua reiteração.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Lucélia de Sena. **A judicialização da saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais.** Minas Gerais: 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10456624/A_judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_sa%C3%BAde_e_o_seu_impacto_no_or%C3%A7amento_em_busca_da_tutela_adequada_a_partir_do_caso_de_Minas_Gerais. Acesso em 7 de fev. 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Civil Estrutural.** 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.** Revista de Processo Comparado, São Paulo, v.2, 2015, edição eletrônica.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.** Revista de Processo, São Paulo, v. 225, 2013.
- ARRETCHE, Marta. **A metade cheia ou a metade vazia do copo?.** São Paulo, 2015, p. 1-13. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/publicacoes/cada-vez-mais-desigual/a-metade-cheia-ou-a-metade-vazia-do-copo>. Acesso em: 22 fev. 2022.
- AZEVEDO, P. F. et al. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, caudas e propostas de solução.** In: Justiça Pesquisa. Conselho Nacional de Justiça. 2019.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.** Revista de Processo, vol. 303., 2020.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Raphael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturais.** Civil Procedure Review, v.8, n.1, p. 46-64, 2017.
- FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito Fundamental à Saúde.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir C.. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos.** Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em 7 de fev. de 2022.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

- NETO, Daniel Carlos. **Judicialização da Saúde Pública- uma análise contextualizada**. 2. ed. Porto Velho-RO: Editora Motres, 2018.
- NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (orgs). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.
- REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. **Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde**. v.2. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.
- SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à Saúde- ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.
- VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese (Doutorado)- Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.
- VITORELLI, Edilson. **Levando os Conceitos à Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo. Vol. 284/2018. p. 333-369. Out de 2018.
- VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.