

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**VANESSA REICHERT**

**AS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

**SÃO LEOPOLDO**

**2015**

Vanessa Reichert

AS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo

2015

R351m Reichert, Vanessa  
As medidas estruturantes no direito à saúde no Brasil  
/ Vanessa Reichert -- 2015.  
119 f. ; 30cm.  
Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do  
Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em  
Direito, São Leopoldo, RS, 2015.  
Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

1. Direito - Saúde. 2. Medida estruturante - Direito -  
Saúde. 3. Direitos sociais. 4. Ação civil pública. I. Título. II.  
Teixeira, Anderson Vichinkeski.

CDU 34:614

Catálogo na Publicação:  
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **“AS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL”**, elaborada pela mestranda **Vanessa Reichert**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

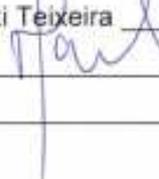
São Leopoldo, 07 de julho de 2015.

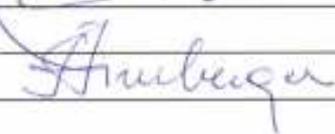
  
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira 

Membro: Dr. Marcos Felix Jobim 

Membro: Dra. Têmis Limberger 

Ao meu noivo Cristóvão, por fazer dos meus dias os  
nossos e torná-los mais fáceis e alegres.  
Aos meus pais, por tudo: presente, passado e futuro...

## **AGRADECIMENTOS**

Quando comecei a trilhar este caminho ainda nos idos do ano de 2012, sabia que a trajetória seria árdua e que comportaria diversos obstáculos.

Por isso, ao chegar ao fim deste percurso, além de a felicidade tomar conta de mim, faz-se presente um enorme sentimento de gratidão por todos àqueles que, de algum modo, auxiliaram-me a trilhar este caminho, pois certo é que ninguém chega sozinho ao seu destino.

Assim, agradeço aos meus familiares, em especial ao meu noivo Cristóvão, aos meus pais Roque e Sueli e ao meu irmão Victor, pelo apoio, incentivo, paciência e compreensão no decorrer destes anos, especialmente, nos momentos mais difíceis. Amo vocês!

Agradeço aos nominados e também aos demais familiares, amigos e conhecidos que compreenderam minha ausência, perdoando-me pelo recolhimento necessário a fim de que, nas horas aflitivas e solitárias deste estudo, este sonho se consumasse.

Ao professor orientador Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira, pela acolhida, por toda a atenção dispensada ao longo da elaboração deste trabalho, especialmente, por compartilhar seus sólidos conhecimentos jurídicos e por ter sido sempre tão paciente e receptivo.

Ao professor Dr. Marco Félix Jobim, distinto ser humano, sobretudo por sua humildade e generosidade, qualidades raras na nossa era, o qual fora meu orientador na conclusão do curso de graduação em direito e mesmo após isso, esteve sempre presente me apoiando e me influenciando com suas obras, em especial, nesta dissertação.

A todos os professores de quem fui aluna e com quem convivi ao longo desta jornada e contribuíram para a minha formação intelectual, muito obrigada!

Aos meus colegas de mestrado, de modo especial Gabriel Joner, Sérgio Harris e Jones Kehl, por me presentarem com o convívio e a amizade ao longo desta trajetória.

Ainda, para evitar injustiças, estendo meus agradecimentos a todos àqueles com quem convivi durante os mais de dois anos do curso de mestrado, e que, de algum modo, auxiliaram-me a alcançar o meu objetivo, ainda que fora dos muros acadêmicos e longe das lições de direito, agradecimento que faço na pessoa da Bernadete.

A Deus, obrigada por todas as alegrias!

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

[...]

Mas não basta saber que o direito se realiza; o que se torna necessário é saber como se realiza. De que serviria a certeza e a infalibilidade da realização, se a sua marcha fosse tão lenta que o homem só chegasse a conquistar seu direito nos umbrais do sepulcro?<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba editora, 1943. v. 3, p. 16.

## RESUMO

Ao aliar o estudo do direito à saúde com as medidas estruturantes, o presente trabalho objetiva descobrir se existe a possibilidade de o Judiciário brasileiro determinar medidas estruturantes na seara da saúde por meio da Ação Civil Pública. Sabe-se que embora a saúde seja direito fundamental social no Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, a sua efetivação no plano dos fatos ainda está longe de ser a ideal. A inércia do Poder Público, bem como as burocracias estatais, aliado às expectativas da população tem feito com que o Poder Judiciário, por meio das demandas que batem à sua porta, seja chamado a efetivar esse direito constitucionalmente assegurado. A par disso, especificamente, objetiva-se estudar a viabilidade de associações civis ajuizarem ação civil pública para exigir dos entes estatais a implantação de um posto de saúde ou uma unidade de pronto atendimento na sua comunidade, por exemplo, quando é público e notório que o Estado mantém-se inerte à solicitação e à dita necessidade há muito tempo. Em conclusão ao presente estudo, entende-se que a Ação Civil Pública juntamente com as tutelas de fazer, não fazer e entregar coisa previstas no atual Código de Processo Civil e mantidas na nova legislação processual civil, que entrará em vigor no próximo ano, possibilitam o ingresso do modelo de decisão judicial estadunidense iniciado na década de 50 do século passado na Corte de Warren e da doutrina de Owen Fiss para o direito brasileiro, sendo que o art. 139 do Novo Código de Processo Civil amplia ainda mais esta possibilidade. A proposta, ao final apresentada, é no sentido de que as medidas estruturantes podem ser implementadas em sede de Ação Civil Pública, quando, por exemplo, cidadãos que vivem nas comunidades mais carentes e são vítimas da omissão reiterada do Poder Público em efetivar o direito à saúde, poderiam constituir uma associação com os fins exigidos pela Lei e a partir disso, utilizar-se do legítimo e democrático instrumento que é a ACP para, pleitear em juízo, a defesa dos interesses coletivos de seu grupo, exigindo a implantação de uma unidade de saúde na sua comunidade, por exemplo. No que concerne à metodologia, a pesquisa se valeu do método de abordagem hermenêutico-filosófico para reconstruir o objeto, repensando-o a partir dos objetivos propostos.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Direito à saúde. Medidas estruturantes. Ação civil pública.

## ABSTRACT

By combining the study of the right to health with the structural reforms, this study aims to find out if there is a possibility to the Brazilian judiciary determine structural reforms in the health field through Public Civil Action. It is known that although health is a social fundamental right in Brazil since the 1988 Federal Constitution, its effectiveness in terms of the facts is far from ideal. The inertia of the government and the state bureaucracies, coupled with expectations of the population have made the judiciary, by the demand knocking on their door, be called to consummate this right constitutionally guaranteed. Aware of this, specifically, the objective is to study the feasibility of civil associations prosecute Public Civil Action to require for state entities the implementation of a health center or a unit of emergency care in your community, for example, when it is common knowledge that the state is inert to the request and the need for a long time. In conclusion to this study, it is understood that the Public Civil Action with the tutelage of to do, not do and deliver provided things in the current Civil Code and maintained in the new civil procedure law, which will come into force next year, enable the entry of US judicial decision model started in the 50s of the last century at the Warren Court and Owen Fiss doctrine to Brazilian law, and the article 139 of the New Civil Procedure Code further extends this possibility. The proposal, presented at the end, is in the sense that the structural reforms can be implemented by Public Civil Action, when, for example, people living in the poorest communities and are victims of repeated omission of the Government to effect the right to health, could constitute an association with the purposes required by the Law and so, using the legitimate and democratic instrument that is the PCA to, plead in court, the defense of the collective interests of their group, requiring the implementation of a health center in their community, for example. Regarding to the methodology, the research used the hermeneutical-philosophical method approach to reconstruct the object, rethinking it from the proposed objectives.

**Keywords:** Social rights. Right to health. Structural reforms. Public civil action.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 O DIREITO À SAÚDE</b> .....	<b>15</b>
2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE .....	15
2.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL: CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS, DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO À SAÚDE .....	23
2.3 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS, EM ESPECIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	30
2.4 TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: MECANISMOS E LEGITIMADOS ATIVOS .....	39
2.4.1 O Que são Políticas Públicas? .....	40
2.4.2 Políticas Públicas de Saúde .....	44
2.4.3 Tutela Judicial do Direito à Saúde - “Judicialização” .....	48
<b>3 AS MEDIDAS ESTRUTURANTES</b> .....	<b>55</b>
3.1 CASOS PARADIGMAS .....	60
3.1.1 O Caso Brown v. Board of Education .....	61
3.1.2 O Caso Mendoza - Argentina .....	72
3.2 BRASIL: A POSSIBILIDADE DE MEDIDAS ESTRUTURANTES NA ÁREA DA SAÚDE POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....	78
3.2.1 A Ação Civil Pública .....	79
3.2.2 Repensando a Utilidade da Ação Civil Pública na Tutela Coletiva da Saúde ..	93
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>106</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>111</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A saúde é um dos principais direitos que integra o rol dos direitos sociais. É de se esclarecer que devidamente consagrados no plano do direito constitucional de cada Estado, os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais que, no entanto, se distinguem dos direitos de primeira dimensão em vista da necessidade de prestações positivas por parte do Estado.

Insta observar que este ideário construído ao longo do século XX de fundamentalização dos direitos sociais trouxe enormes desafios para o Estado. Grande parte dos direitos sociais ainda não saiu do papel e outros foram implantados apenas parcialmente, como é o caso do direito à saúde no Brasil.

Cumprе esclarecer que no Brasil, o direito à saúde está positivado nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988. De tais dispositivos, depreende-se que a saúde é direito fundamental social e ao Estado é atribuído o dever de prestar saúde à população. Compreendem-se por Estado, nesse contexto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tratando-se de competência comum.

Ora, como se vê, a efetivação do direito garantido constitucionalmente, depende de ações por parte dos entes estatais, por meio de políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação e da saúde.

Dados da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), órgão vinculado à Organização Mundial da Saúde (OMS), revelam que cerca de 75% (setenta e cinco por cento) da população brasileira depende exclusivamente do Sistema Único de Saúde (SUS) para garantir seu bem-estar físico, psicológico e social. São, portanto, aproximadamente 145 milhões de brasileiros que reclamam diariamente a intervenção do Estado para que o direito à saúde não se resuma a promessa inconsequente do texto constitucional.<sup>2</sup>

A par disso, convém assinalar o que é de conhecimento público e notório: o direito à saúde está longe de ser efetivado em *terrae brasilis*. Faltam hospitais, unidades de pronto atendimento, investimentos em saneamento básico e prevenção de doenças, aprimoramento das listas de medicamentos disponibilizados pelo Poder

---

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-MAERICANA DE SAÚDE (OPAS). Washington, 2015. Disponível em: <<http://www.paho.org/593B07BF-B201-4C72-AB44-B16967263196/.FinalDownload/DownloadId-D78C0F8DE7924229AD65315A4B721902/593B07BF-B201-4C72-.AB44-B16967263196/saludenlasamericas/docs/sa-2012-resumo.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2015.

Público, dentre outras tantas carências verificadas no sistema de saúde brasileiro.

É de se observar que é corrente nos noticiários a discussão acerca do papel do Estado na efetivação do direito à saúde, seja pela crítica ao Sistema Único de Saúde (SUS), seja por debates em torno das ações judiciais pleiteando o fornecimento de remédios e a prestação de tratamentos pelo Poder Público.

A inércia dos entes estatais e dos seus respectivos Poderes Executivo e Legislativo, bem como as atinentes burocracias, aliado às expectativas da população, que são reforçadas por boa parte da doutrina constitucional, na medida em que esta apresenta certo consenso quanto ao compromisso de tornar efetivas as normas constitucionais, fazem com que o direito à saúde seja cada vez mais submetido ao crivo das instituições jurídicas para a sua efetivação.

Não é difícil observar em qualquer grau de jurisdição no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos de fornecimento de medicamentos, de disponibilização de exames, de cobertura de tratamentos para doenças ou de disponibilização de leitos em hospitais. Seja numa pequena comarca ou nos tribunais, cada vez mais o judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde. Isto ocorre devido ao impasse entre a vontade geral do povo supostamente transmitida, a paradoxal inércia do Legislativo e Executivo e as burocracias de tais poderes.

Tendo em vista este estado da arte da saúde no Brasil, o presente trabalho conjuga o tema do direito à saúde ao estudo das medidas estruturantes, as *structural reforms* do direito norte-americano.

Cumprе esclarecer que a *structural reform* tem suas raízes nos anos 50 e 60 do século passado, quando a Suprema Corte estadunidense estava sob a presidência de Earl Warren e realizou-se um extraordinário esforço para colocar em prática a decisão no famoso caso *Brown versus Board of Education*.

A *structural reform* ou medida estruturante se constitui uma forma de adjudicação<sup>3</sup> caracterizada pelo caráter constitucional dos valores públicos e,

---

<sup>3</sup> *Adjudication* é a forma usual na literatura de língua inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. Não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a “a adjudicação compulsória”), é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão. FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

principalmente, por implicar um encontro entre o Judiciário e as burocracias estatais.<sup>4</sup>

Consoante refere o próprio Owen Fiss, o processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual o juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.<sup>5</sup>

Owen Fiss justifica o uso das medidas estruturantes com o argumento de que a propositura de tais ações e o deferimento das medidas exigidas pelo caso concreto para o seu atendimento não tem por objetivo simplesmente eliminar violações, mas efetivar os valores constitucionais.<sup>6</sup>

Com base nesse posicionamento, Owen Fiss admite as mais variadas medidas para concretizar a decisão judicial que reestrutura entidades do Estado para torná-las de acordo com a Constituição.

No Brasil, o estudo das medidas estruturantes é novo. Poucos estudiosos se debruçaram sobre o tema. Dentre eles, vale destacar a obra de Marco Félix Jobim: “Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal”<sup>7</sup>, a publicação de artigo sobre o tema por Sérgio Cruz Arenhart com o título: “Decisões estruturais no direito processual brasileiro” publicado na Revista de Processo em Novembro de 2013<sup>8</sup>, bem como artigo de Humberto Dalla Bernardina e Victor Augusto Passos Villani Côrtes com o título: “As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro”,<sup>9</sup> além ainda, da tese defendida por Desirê Bauermann, que apesar de não tratar especificamente do tema das medidas estruturantes, inevitavelmente o aborda, uma vez que o trabalho abarca um estudo comparado das obrigações de fazer ou não fazer entre Brasil e

---

<sup>4</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

<sup>5</sup> Ibid., p. 27.

<sup>6</sup> “O objeto da medida estrutural não é eliminar a “violação” no sentido implícito no princípio determinante, mas eliminar a ameaça imposta pela organização aos valores constitucionais”. [...] Ibid., p. 90.

<sup>7</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>8</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, Decisões estruturais no direito processual brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

<sup>9</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920>>. Acesso em: 28 maio 2015.

Estados Unidos.<sup>10</sup> Vale ressaltar que todos os referidos, claro, sob diferentes perspectivas, defendem a possibilidade das medidas estruturantes no direito brasileiro.

Assim é que embora muito se discorra acerca do direito à saúde e da sua judicialização, o enfoque do presente trabalho voltado às medidas estruturantes se justifica na medida em que é um tema novo em solo pátrio e que muito pode contribuir para a efetivação do direito consagrado constitucionalmente.

Em vista da necessidade de delimitação da presente dissertação, o que se pretende, aliando o estudo do direito à saúde com as medidas estruturantes, é descobrir se existe a possibilidade de o Judiciário brasileiro determinar medidas estruturantes na seara da saúde por meio da Ação Civil Pública<sup>11</sup>. Especificamente, estudar a viabilidade de associações civis ajuizarem ação civil pública para exigir dos entes estatais a implantação de um posto de saúde ou uma unidade de pronto atendimento na sua comunidade, por exemplo, quando é público e notório que o Estado mantém-se inerte à solicitação e à dita necessidade há muito tempo.

O trabalho se divide em duas grandes partes. O primeiro capítulo é dedicado ao estudo do direito à saúde, passando pela evolução histórica do conceito de saúde, pelo estudo da saúde como direito fundamental social, o que englobará o contexto histórico do surgimento dos direitos sociais e desenvolvimento histórico da proteção à saúde. Em seguida, abordar-se-á o tema da saúde no contexto nas Constituições brasileiras, com destaque para a Constituição de 1988. No final deste capítulo, dedica-se um item ao estudo da tutela do direito fundamental à saúde, contemplando os mecanismos e legitimados para tanto, ainda que de forma sumária, finalizando com o tema da tutela judicial do direito à saúde ou a judicialização desse direito.

Na segunda parte do trabalho, explora-se o tema das medidas estruturantes, passando pela doutrina de Owen Fiss, para em seguida realizar uma abordagem dos casos paradigmas relacionados ao assunto, sendo o mais importante, o caso *Brown v. Board of Education* da Suprema Corte dos Estados Unidos e o caso *Mendoza* da Corte Suprema da Argentina.

---

<sup>10</sup> Registre-se que a versão comercial da obra foi publicada por Sergio Antonio Fabris no ano de 2012. BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

<sup>11</sup> A opção pela Ação Civil Pública se justifica em função da necessidade de delimitação do trabalho.

Na sequência, aborda-se o tema da ação civil pública e da subsidiariedade do CPC em relação a esta, especialmente com relação às tutelas de fazer, não fazer e entregar coisa, assim como se faz uma abordagem sobre o art. 139 do Novo Código de Processo Civil que bem se relaciona ao tema, sendo que o último ponto é dedicado ao fechamento deste trabalho, em que se propõe repensar a utilidade da ação civil pública na tutela coletiva da saúde.

No que concerne à metodologia, a pesquisa se valeu do método de abordagem hermenêutico-filosófico para reconstruir o objeto, repensando-o a partir dos objetivos propostos. Em relação ao método de procedimento, convém assinalar que no capítulo 1 e em quase que a totalidade do capítulo 2 adotar-se-á o método analítico-descritivo, promovendo uma análise pormenorizada dos temas que se relacionam ao objeto de estudo, sendo que o método crítico-hermenêutico possibilitará que as conclusões do item 3.2.2 do trabalho sejam desenvolvidas. E, em relação às técnicas de pesquisa, importa ressaltar que o estudo será desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas, de consultas a livros, artigos científicos publicados em revistas especializadas, monografias, dissertações e teses e pesquisa jurisprudencial.

Dito isto, faz-se imprescindível ainda aduzir que a presente dissertação vincula-se indiscutivelmente à linha de pesquisa de que faz parte a autora e seu orientador nesse Programa de Pós Graduação, qual seja, a linha de pesquisa nº 1, denominada “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Isto porque o estudo do direito à saúde induz à discussão acerca do Estado e da necessária resposta às demandas sociais, a partir da concretização dos direitos fundamentais sociais. Também porque estudar o direito fundamental à saúde e a sua efetividade é, em outras palavras, estudar a constituição e a sua efetividade.

Assim, como a linha de pesquisa suporta o debate crítico reflexivo desde a perspectiva da centralidade da Constituição, a presente dissertação é perfeitamente adequada.

Por outro lado, cumpre referir que a presente pesquisa se justifica na medida em que se sabe da importância da saúde e seus determinantes sociais e, mesmo que se tenha conhecimento das várias e diferentes tentativas implementadas por múltiplos setores envolvidos com a concretização deste direito, sabe-se que ainda há muito a ser efetivado, sendo que o direito à saúde ainda não é de todos, como consta na Constituição Federal.

Desse modo, estudar a efetivação do direito à saúde por meio do uso das medidas estruturantes pelo Poder Judiciário brasileiro através da ação civil pública, certamente poderá contribuir para o debate acadêmico e quem sabe, com novos rumos para a concretização deste direito.

## 2 O DIREITO À SAÚDE

A compreensão atual de saúde como direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia do que seja a saúde.

Sabe-se que o estudo da história permite não só compreender melhor o presente como também projetar as transformações sociais futuras.

Nesse sentido, muito embora o objeto central do trabalho não se confunda com uma análise cronológica dos conceitos de saúde, convém que se assinalem algumas referências da pesquisa histórica, a fim de permitir uma compreensão mais abrangente do que hoje se define como direito à saúde e, sobretudo, do conteúdo desse direito no cenário hodierno.

Desse modo, além da evolução do conceito de saúde, serão abordadas algumas questões pertinentes aos direitos sociais, desde o contexto histórico do surgimento desses direitos, bem como o percurso de positivação do direito à saúde, em especial, assim como o desenvolvimento histórico da proteção à saúde nas Constituições brasileiras, com enfoque especial na Constituição Federal de 1988.

Ao final, discorre-se acerca da tutela do direito à saúde, os mecanismos e legitimados ativos para tutelar o direito à saúde em solo pátrio, abordando a questão das políticas públicas, em especial no direito à saúde e, contemplando por último, o fenômeno da intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, ou a judicialização da saúde.

Entende-se que a passagem por todos estes itens é imprescindível para compreender minimamente o estado da arte do direito à saúde no Brasil e possibilitar a análise que se pretende fazer no segundo capítulo.

### 2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE

Importa frisar de imediato que saúde é um conceito histórico, político e social. O aspecto jurídico desse conceito expresso, por exemplo, na Constituição Federal de 1988, é resultado dessa construção histórica, política e social, bem como da

trajetória da medicina como profissão legalmente instituída para definir o que é saúde, o que é doença e o que é tratamento prescrito para uma doença.<sup>12</sup>

Dito isso, impende aclarar que a busca pela saúde é uma realidade presente desde os primórdios da humanidade, tempos em que se verifica a existência de curandeiros, xamãs e feiticeiros imbuídos da cura dos males que afetavam os seres humanos, por meio de procedimentos “mágicos”.<sup>13</sup>

O que se pode afirmar é que as primeiras acepções de saúde surgiram com os povos primitivos, que explicavam a saúde contrapondo-se à doença, numa visualização mágica do mundo. O doente era visto como vítima de demônios e espíritos malignos, possivelmente mobilizados por um inimigo, e o único “conhecimento” disponível para rebater as doenças à época era a magia.<sup>14</sup>

Essa concepção só seria questionada com a chegada de novas formas de conhecimento que vieram contrapor-se à magia. Isto ocorreu, especialmente, na Grécia antiga, onde os gregos apesar de cultuarem deuses da saúde, acreditavam também que a cura era obtida pelo uso de plantas e de métodos naturais, e não apenas por procedimentos ritualísticos.<sup>15</sup>

No entanto, a concepção mágica, restou estremecida, sobretudo, com os estudos de Hipócrates – considerado o pai da medicina, que desenvolveu extraordinariamente a observação empírica, como o demonstram os casos clínicos que deixou registrados, reveladores de uma visão epidemiológica do problema da saúde-enfermidade, e que revelam observações que não se limitaram ao paciente em si, estendendo-se ao ambiente onde vivia.<sup>16</sup> Ou seja, Hipócrates considerava os fatores ambientais ligados à doença, e defendeu o que hoje poderia ser chamado de um conceito ecológico de saúde-enfermidade, enfatizando que a cidade e o tipo de vida influenciavam a saúde dos habitantes.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 15.

<sup>13</sup> SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 10-11.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

Consoante expõe Germano Schwartz, essa concepção é aplicada modernamente, tanto que é fácil relacioná-la como um dos possíveis remotos motivos que justifica a descentralização da saúde no Brasil.<sup>18</sup>

Aliás, não só essa, mas outras ideias de Hipócrates cruzaram os séculos (com exceção da Idade Média), perdurando até os tempos atuais, principalmente a noção de que a doença é algo palpável, com causalidade natural, conceito ainda utilizado na medicina contemporânea.<sup>19</sup>

Os romanos seguiram a tradição clássica grega, esmerando-se na busca de uma engenharia sanitária que atendesse à crescente demanda populacional concentrada em grandes cidades, porém “a queda do Império Romano e a ascensão do regime feudal marcaram profundas e desastrosas consequências na conjuntura de saúde, na prevenção e no tratamento de doenças”<sup>20</sup>.

Na verdade, a passagem para a Idade Média, consolidou um sério retrocesso na área sanitária.<sup>21</sup> Os movimentos populacionais aliados à miséria, à promiscuidade e à falta de higiene dos medievais e os conflitos militares criaram as condições para explosivos surtos epidêmicos que fizeram com que a Idade Média ficasse conhecida como uma época de pestilências.<sup>22</sup>

Nesta época,

as práticas médicas desenvolvidas pelas tradições ocidental (grega e romana) e oriental (árabe e judaica) – esta última incluindo estudos nos campos da farmacologia, oftalmologia, cirurgia entre outros – ficaram à margem da cristandade dominante.<sup>23</sup>

O que houve foi um retrocesso, capaz de levar às pessoas novamente às práticas supersticiosas. A doença voltou a ser vista como castigo divino, resumindo-se os cuidados sanitários à preocupação de afastar o doente do convívio social, para evitar o contágio e a visão da própria doença.<sup>24</sup>

Conforme explica Germano Schwartz, a Igreja teve grande participação nesse processo eis que a saúde era propagada como uma (des)graça divina. Para os

---

<sup>18</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 20.

<sup>21</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 78.

<sup>22</sup> SCLIAR, *op. cit.*, p. 20.

<sup>23</sup> FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 78.

<sup>24</sup> SCLIAR, *op. cit.*, p. 20-21.

cristãos, a doença era purificação de algum pecado (castigo divino) e sua cura somente viria se ela fosse merecida.<sup>25</sup>

Os monarcas ingleses e franceses da época também tiveram sua participação no processo de regressão da saúde, em grande parte por acreditarem serem representantes divinos. Famoso era o toque real praticado pelos reis da França e da Inglaterra, cuja expressão “Eu te toco, Deus te cura”, demonstrava a dicotomia saúde/ciência reinante na Idade Média.<sup>26</sup>

Por óbvio que esta prática não surtiu efeito algum na questão sanitária (vide a “Peste Negra”). Assim, a ineficácia mágica passou a ser compensada por meio da caridade, que se traduziu na construção dos primeiros hospitais – mais apropriadamente hospícios, ou asilos, nos quais os pacientes recebiam, se não o tratamento adequado pelo menos conforto espiritual.<sup>27</sup>

Na verdade, não se pode dizer que tais hospitais ofereciam um tratamento aos pacientes. A ideia era dar conforto àqueles que eram uma ameaça à sociedade e que, no entanto, dela não poderiam ser eliminados (por temor religioso), e não a procura de soluções para os problemas de saúde dos internados,<sup>28</sup> já que em relação à ciência, aos cuidados médicos e mesmo às medidas higiênicas havia desconfiança e até hostilidade.<sup>29</sup>

Curiosamente, por volta de 1240 coube à própria Igreja o retorno às ideias greco-romanas: os mosteiros começaram a ressuscitar a medicina grega, iniciando processos de dissecação de cadáveres.<sup>30</sup>

Nessa mesma época, a medicina leiga torna a se desenvolver, particularmente em Salerno, na Itália. Ali surgiu uma escola médica que, a partir de 1240, começou a formar profissionais licenciados pelo rei, sendo que é também neste período, que aparecem as primeiras corporações médicas.<sup>31</sup>

Dessa forma, começaram a surgir as condições para o nascimento da moderna saúde pública.<sup>32</sup>

---

<sup>25</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 23-24.

<sup>28</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 32.

<sup>29</sup> SCLIAR, *op. cit.*, p. 24.

<sup>30</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 32.

<sup>31</sup> SCLIAR, *op. cit.*

<sup>32</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 32.

Já o Renascimento, exatamente pela progressiva restauração do conhecimento clássico greco-romano, seria, na área da saúde, um período polarizado entre as duas tradições anteriores, opondo-se o misticismo medieval e as práticas exotéricas remissivas ao progresso das ciências, às descobertas sobre o corpo humano, ao pensamento e ao método científicos.<sup>33</sup>

No século XVII, além do retorno ao tratamento da saúde sob um prisma científico, agregou-se a percepção da saúde como ausência de doença, conforme apregoava Descartes.<sup>34</sup>

A saúde como ausência de doenças ainda era o norte dos pensadores no século XVIII.<sup>35</sup>

Ocorre que o movimento de urbanização acarretado pela Revolução Industrial, fez com que as pessoas se aglomerassem ao redor das fábricas com absoluta falta de higiene, o que permitia a rápida proliferação de doenças entre operários, patrões e familiares, sendo que tais fatos foram decisivos à reivindicação por melhores condições sanitárias, dada a necessidade de resguardo à saúde dos operários, seja pela manutenção dos níveis de produção das fábricas, seja pela proteção da saúde dos próprios patrões, assim como pelo atendimento às reclamações dos operários, já organizados em movimentos de luta social, que exigiam o estabelecimento de melhores condições sanitárias para si e respectivos familiares.<sup>36</sup>

Na verdade, com a industrialização da sociedade, a força de trabalho deveria ser a máxima possível, e a doença passou a ser considerada um transtorno para o funcionamento das indústrias. A sociedade industrial do século XIX passa, portanto, a aliar ao conceito de saúde como ausência de doenças um novo componente: o trabalhador não pode adoecer porque prejudica o processo de acumulação capitalista pelo simples fato de não poder produzir.<sup>37</sup>

Assim, a saúde, basicamente, tinha uma concepção liberal: a de repor o indivíduo ao trabalho por razões econômicas<sup>38</sup> e como o Estado nada mais era do

---

<sup>33</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 78.

<sup>34</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> FIGUEIREDO, *op.cit.*, p. 79.

<sup>37</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 33.

<sup>38</sup> *Ibid.*

que instrumento do empresariado mostrou-se relativamente simples a transferência dessas reivindicações, assumindo o Estado a função de garante da saúde pública.<sup>39</sup>

Segundo expõe Germano Schwartz, a saúde dentro dos padrões do individualismo liberal que floresceu no século XIX, é uma saúde curativa, posto que se resumia às atividades curativas no sentido de rearranjo das disfunções que afetassem o organismo das pessoas, repondo-as, aptas, no mercado (de trabalho).<sup>40</sup>

Ainda no século XIX seria reforçada a preocupação no trato científico da questão sanitária:

Em 1851, doze países assinaram a Primeira Conferência Internacional Sanitária. Porém, o motivo dessa reunião eram as epidemias de cólera, peste e febre amarela, que abatiam muitos trabalhadores, o que prejudicava sobremaneira o comércio. Em 1864, a Cruz Vermelha Internacional é criada, e, em 1882 e 1883, são descobertas as causas da tuberculose e da difteria.<sup>41</sup>

As transformações sociais ocorridas no séc. XX e as grandes guerras do mesmo período fizeram com que fosse repensada a ideia da saúde “curativa”. Assim, começa a tomar corpo a tese “preventiva” da saúde que surge com o desenvolvimento do modelo do Estado do Bem-Estar Social, portanto, quando nasce uma visão coletivizante da realidade social.<sup>42</sup>

[...] Ora, a saúde deveria não ser mais apenas um ‘poder comprar a cura’, mas sim direito de que ‘todos tenham acesso à cura’. O Estado interventor deveria, pois, proporcionar a saúde aos seus cidadãos mediante serviços básicos de atividade sanitária.<sup>43</sup>

A proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo, estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

<sup>40</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>42</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 188.

<sup>43</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 34.

<sup>44</sup> FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 79.

Como leciona Bolzan de Moraes, a prevenção complexifica o tema, incorporando ao mesmo uma situação antecipada no sentido de evitar a ocorrência da doença por meio de serviços básicos garantidores da salubridade pública.<sup>45</sup>

Percebe-se, então, que a saúde não se restringe mais à busca individual e passa a ter uma feição coletiva na medida em que a saúde pública passa a ser apropriada pelas coletividades como direito social, como direito coletivo, bem como alarga-se o seu conteúdo. Tem-se a *prevenção da doença*.<sup>46</sup>

O que se pode extrair deste breve delineamento histórico é que o conceito de saúde perpassou por várias hipóteses, que, no entanto, se resumem basicamente à tese “curativa” (cura das doenças) e à tese “preventiva” (mediante serviços básicos de atividade sanitária). Em verdade, ambas as teses tem como base a visão de que a saúde é a ausência de doenças (uma visão organicista). O que as difere é o tempo de intervenção: na primeira, o médico e/ou o sistema de saúde agem após a doença ter se instalado no corpo humano; na segunda, antes da doença ter-se alojado no corpo do enfermo.<sup>47</sup>

Em verdade, com o passar do tempo e com o aumento da complexidade da sociedade, o que se pode perceber é que a noção de saúde ganhou outros contornos, os quais abandonam a ideia do divino e real e vinculam-se a um olhar científico e social tentando superar uma noção de saúde apenas enquanto ausência de doenças.<sup>48</sup>

No entanto, o verdadeiro marco teórico referencial do conceito de saúde estaria por vir.

Ainda no século XX, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem (DUDH), incentivaram a criação de órgãos especiais dedicados a resguardar alguns direitos humanos essenciais. Entre outras entidades, criou-se a Organização Mundial da Saúde (OMS) que teria como escopo garantir o direito humano à saúde.<sup>49</sup> E é com a Constituição da OMS que em 26 de julho de 1946 é erigido o marco teórico-referencial do conceito de

---

<sup>45</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 188.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 35.

<sup>48</sup> WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão, risco e saúde**: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais. Curitiba: Juruá, 2013. p. 48.

<sup>49</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

saúde. Consta no preâmbulo que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>50</sup>. Esta concepção revolucionou o conceito de saúde, que anteriormente estava resignado aos aspectos “curativo” e “preventivo”.<sup>51</sup>

Para compreender minimamente o conceito erigido, deve-se recordar que quando a OMS foi criada, pouco após o fim da Segunda Guerra Mundial, havia uma preocupação em traçar uma definição positiva de saúde que abrangesse o “bem estar social” eis que a preocupação com a devastação causada pela guerra era ainda muito presente e havia um otimismo em relação à paz mundial.<sup>52</sup>

Consoante expõe Germano Schwartz, o conceito “adentra na chamada ‘promoção’ da saúde ao propor que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas também um completo bem estar, seja físico, mental ou social”.<sup>53</sup>

No entanto, não se pode deixar de registrar que o conceito da OMS sofre críticas, como nas palavras de Moacyr Scliar, que o considera pouco operativo, expondo que

[...] pode-se estabelecer parâmetros desejáveis em termos orgânicos (peso ideal, pressão arterial normal, etc.), e mesmo em termos de equilíbrio mental ou social (salário, escolaridade, etc.); mas a expressão ‘bem estar’ envolve um componente subjetivo dificilmente quantificável. É antes uma ‘imagem-horizonte’ do que um objetivo concreto.<sup>54</sup>

Assim também Sandra Vial afirma que a definição apresentada pela OMS é questionada por autores como Badeia e Serger & Ferraz, pois esta se apresenta como finalística, apoia-se na perfeição inatingível, já que não deixa claro o que é o bem estar.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Constitution of the World Health Organization**: basic documents, WHO, Genebra, 1946. Disponível em: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

<sup>51</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

<sup>52</sup> SAÚDE. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 02 maio 2015. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%Bade>>. Acesso em: 10 maio 2015. Vale lembrar que a OMS foi ainda a primeira organização internacional de saúde a considerar-se responsável pela saúde mental, e não apenas pela saúde do corpo.

<sup>53</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 35.

<sup>54</sup> SCLiar, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 33-34.

<sup>55</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 200.

Para Germano Schwartz, em verdade o conceito não é operacional na medida em que depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes.<sup>56</sup> O principal fator apontado pelo autor se deve ao fato de que

[...] a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido completo bem-estar físico, social e mental.<sup>57</sup>

Apesar destas constatações, o fato é que o conceito de saúde se aperfeiçoou no decorrer dos tempos e não há como ser diferente, afinal a modernidade exige avanços para o atendimento das necessidades humanas.<sup>58</sup>

Consoante já se pincelou, ao lado do conceito de saúde, evoluiu também o o direito à saúde e todo este apanhado histórico sobre as diferentes concepções do que se infere por “saúde” e dos modos pelos quais foi esta tratada pela sociedade ao longo dos tempos servirá como base para a compreensão da ascensão da saúde como direito social, e do modo pelo qual esta foi sendo tratada nos ordenamentos jurídicos dos Estados, em especial, no Brasil, sendo que é isso que se pretende abordar nas próximas linhas.

## 2.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL: CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS, DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO À SAÚDE

A saúde é um dos principais direitos que integra o rol dos direitos sociais<sup>59</sup>. Por isso, é importante discorrer algumas considerações acerca do surgimento dos direitos sociais, bem como algumas de suas características e apontamentos sobre a

---

<sup>56</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>58</sup> DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 38.

<sup>59</sup> Após esclarecer o que seriam direitos civis e direitos políticos, em obra clássica de direito constitucional, José Horácio Meirelles Teixeira, refere o seguinte para explicar o que são direitos sociais: “A essas duas primeiras categorias de direitos individuais acrescenta-se uma terceira, relativa àquelas *prestações positivas* do Estado, ou de particulares, por força da Constituição tendentes a proporcionar aos indivíduos os meios ou condições indispensáveis ao exercício das liberdades. São os direitos que muitos autores denominam “direitos socialistas do homem” – direitos ao trabalho, à assistência, à educação, à previdência social, etc. -, que Schmitt denomina “direitos e pretensões socialistas”, e que poderemos melhor designar por *direitos sociais*.” TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 693.

positivação<sup>60</sup> do direito à saúde, para a melhor compreensão do objeto do presente trabalho.

Nesse sentido, cumpre assinalar que embora alguns autores, como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, afirmem que “os direitos sociais foram garantidos já nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX, muito antes da chamada crise do Estado Liberal”,<sup>61</sup> é forçoso afirmar que o marco teórico referencial dos direitos sociais, coincide com a crise do Estado burguês e a passagem para o Estado Social.

Vale recordar que o Estado Liberal, fundado na ideia burguesa de que a realização do bem individual representaria o próprio bem comum, foi cenário de uma primeira dimensão<sup>62</sup> de direitos fundamentais, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> “A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e inalienáveis do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 375.

<sup>61</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32. Convém acrescentar que José Horácio Meirelles Teixeira registrou entendimento semelhante ao de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, o que se pode conferir no seguinte trecho extraído de sua obra: “A origem destas declarações de direitos sociais pode ser encontrada, como vimos, já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e na Declaração elaborada pela Convenção, em 1793 [...]” TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 715.

<sup>62</sup> Sobre a utilização do termo dimensão ao invés de geração, Ingo Sarlet assevera que [...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45. A exemplo, vale referir que Germano Schwartz, na obra citada anteriormente, utiliza o termo “gerações” de direitos fundamentais SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52 e ss. Já, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins empregam o termo “categoria” DIMOULIS, *op. cit.*, p. 32-33.

<sup>63</sup> “São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no

Ocorre que o conceito de liberdade vinculado a este modelo estatal sofreu alterações no decorrer do século XIX, especialmente quando o mundo industrializado deu os primeiros sinais de que nem todos colheriam os frutos do progresso da liberdade burguesa.<sup>64</sup>

Consoante refere Ingo Sarlet, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, assim como as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava garantia do seu efetivo gozo acabaram por suscitar amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.<sup>65</sup>

Estes novos direitos, progressivamente reconhecidos e que atribuíram ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, são os chamados “direitos sociais”. Conforme leciona José Afonso da Silva,

podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais.<sup>66</sup>

Segundo expõe Kildare Gonçalves Carvalho,

são direitos de *status positivus*, já que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado, com o objetivo de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais para o exercício da liberdade. Envolvem a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante a instituição e execução de políticas públicas.<sup>67</sup>

Na verdade, consoante menciona Ramon Fagundes Botelho,

---

rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.” SARLET, *op. cit.*, p. 46.

<sup>64</sup> MOREIRA, Alinie da Matta Moreira. **As restrições em torno da reserva do possível**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 22.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 288-289.

<sup>67</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed., rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 749-750.

a busca incessante por direitos e situações de garantia, aliada à evolução da sociedade que passou de uma sociedade centrada no individualismo, fruto de ideais iluministas, para uma sociedade cuja importância é o bem estar coletivo, fez com que surgisse essa nova gama de direitos, não mais subsumidos ao critério unicamente individual, mas sim, umbilicalmente ligados a uma noção de sociedade, ou seja, de bem estar coletivo.<sup>68</sup>

Em verdade, a integração gradativa dos direitos sociais ao núcleo dos direitos fundamentais do homem, se desenvolveu especialmente a partir do fim do século XIX e início do XX, quando se verificou de forma clara que o homem idealizado pelo liberalismo – cuja única necessidade era a liberdade, suficiente para assegurar uma vida digna para si próprio e sua família, simplesmente não existia.<sup>69</sup>

Frise-se, neste ponto, que alguns ordenamentos jurídicos já reconheciam em seus textos constitucionais um ou outro direito social. No entanto, o tratamento conferido ao constitucionalismo social não se reduz à inserção isolada, em textos eminentemente liberais, de dispositivos de natureza social. Na verdade, implica o reconhecimento de um Estado que, além de adotar uma conduta negativa perante as liberdades públicas, intervém no seio da coletividade para promover a igualdade material e permitir que todos exerçam, em iguais oportunidades, os direitos previstos na ordem constitucional.<sup>70</sup>

Neste norte, cumpre relevar o ensinamento de Konrad Hesse no sentido de que:

[...] a Lei Fundamental qualifica o Estado, por ele constituído, como 'estado de direito social', então isso significa não só um reconhecimento forçado de uma realidade que não pode ser negada. Senão, isso significa, que as tarefas do Estado não mais se esgotam na proteção, conservação, só ocasionalmente, intervenção. O Estado da Lei Fundamental é o estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição como tarefa.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 43.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>70</sup> MOREIRA, Alinie da Matta Moreira. **As restrições em torno da reserva do possível**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25.

<sup>71</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 175.

Importa registrar que o Estado Social e a campanha pelos direitos sociais ganharam destaque normativo, principalmente, na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Segundo refere Fabiana Okchstein Kelbert, as referidas constituições figuram como referência no constitucionalismo social, pois foram as primeiras a acrescentar ao texto constitucional um viés marcadamente social.<sup>72</sup>

De se destacar que a Constituição Mexicana foi a primeira a reconhecer direitos tipicamente sociais, dentre os quais se destaca a saúde, e soube muito bem integrar tais direitos aos de primeira dimensão, com a nítida percepção do caráter complementar que lhes é inerente.<sup>73</sup>

Por sua vez, a Constituição de Weimar, fruto de uma assembleia constituinte convocada em meio à profunda crise econômica e social, inspirou os textos constitucionais de diversos países ao sistematizar, na esteira da Constituição Mexicana, liberdades públicas e prerrogativas de índole social. Diz-se que a Constituição Alemã de 1919 inspirou tantos ordenamentos jurídicos em razão do caráter abstrato e universal que conferiu às prestações de direitos sociais, além da notável preocupação em concretizá-las.<sup>74</sup>

No entanto, a despeito da importância dos textos constitucionais referidos, é no segundo pós-guerra que os direitos sociais são consagrados em um número significativo de diplomas constitucionais, além de terem sido objeto de diversos pactos internacionais.<sup>75</sup>

E é também nesta época que a saúde, como direito humano e fundamental social, passa a ter destaque no plano internacional e nos textos constitucionais dos Estados.

No plano normativo internacional, pode-se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – DUDH/ONU- de

---

<sup>72</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25-26. Sobre o assunto, consultar também: TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 715.

<sup>73</sup> MOREIRA, Alinie da Matta Moreira. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47-48. Nesse sentido ver também, TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 716.

1948<sup>76</sup>, que elenca a saúde como elemento de cidadania e também a Constituição da OMS, que revolucionou o conceito de saúde, conforme já explicitado anteriormente.

Já no plano do direito constitucional estrangeiro, merece especial referência a Constituição Italiana, de 1º de Janeiro de 1948, apontada pela doutrina como primeira Lei Fundamental a mencionar o direito à saúde enquanto direito fundamental e interesse da coletividade, atrelado à proteção da pessoa humana.<sup>77</sup> Com efeito, o artigo 32 desse diploma constitucional estabelece que: “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo por disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”.<sup>78</sup>

Já na década de setenta, merecem destaque o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1976, que abordou a saúde nos artigos 1º, 2º e 12 e, no mesmo ano, a Constituição lusitana, que no seu art. 64, instituiu o Sistema Nacional de Saúde, fundado nos princípios da universalização, gratuidade e da gestão descentralizada e participativa,<sup>79</sup> sendo que esta representou grande influencia para o texto da Constituição brasileira de 1988, que adiante se abordará.

---

<sup>76</sup> “Art. XXV. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, **saúde e bem-estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (grifo nosso). ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>77</sup> “Cremos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64), melhor do que a espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100). O importante é que essas quatro constituições o relacionam com a seguridade social.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 312. Nesse sentido ver também, SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45.

<sup>78</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 85.

<sup>79</sup> SCHWARTZ, Germano; DUARTE, Francisco Carlos; SOUZA, Alex Caldas de. A estrutura do direito à saúde no Brasil e sua juridicização no transcorrer do século XX: da lei Eloy Chaves à Constituição Federal de 1988. In: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; FOLMANN, Melissa (Org.). **Previdência Social nos anos 90 da Lei Eloy Chaves**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 46.

A seguir, veio a Constituição Espanhola de 1978, que optou pela fórmula dos princípios dirigentes (“princípios rectores”, embora preceitue que a Espanha é um Estado Social e Democrático de Direito).<sup>80</sup>

Por seu turno, a doutrina constitucional francesa trata os direitos sociais como direitos de crédito, em contraposição aos direitos-liberdades, conforme se verifica até hoje.<sup>81</sup>

A saúde, portanto, é direito fundamental reconhecido e positivado nos mais diversos ordenamentos jurídicos, em vários deles como mandamento constitucional, como no caso da Constituição Brasileira, em que a saúde é direito fundamental social, positivado no artigo 6º da Constituição Federal, consoante se abordará mais adiante.

Assim, a saúde é direito fundamental de segunda dimensão, eis que é tida como direito social, o que faz com que tenha uma estrutura distinta dos direitos individuais, do liberalismo clássico.<sup>82</sup>

Os direitos sociais, gênero do qual o direito à saúde é espécie, trazem como característica mais marcante o fato de que são direitos que pressupõem uma conduta ativa por parte do ente estatal. Isso significa que só se realizam mediante a atuação do Estado, por meio de políticas públicas e ações governamentais, ao contrário do que preconizava o modelo liberal, onde a efetivação dos direitos de primeira dimensão se dava pela inércia estatal, ou seja, a concretização dos referidos direitos acontecia pela não interferência do Estado.<sup>83</sup>

De acordo com Ingo Sarlet, a nota distintiva dos direitos sociais é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar lição de Celso Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar-social’.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial**: gerenciamento das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 20.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59.

<sup>83</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 31.

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 55.

Bem compreendidos os contornos históricos do surgimento dos direitos sociais, bem como o desenvolvimento histórico da proteção à saúde no plano internacional e nas constituições estrangeiras, importa agora, perpassar a história da saúde como direito social nas Constituições Brasileiras, em especial na Constituição de 1988.

### 2.3 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS, EM ESPECIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A primeira carta constitucional brasileira foi a Constituição do Império de 1824<sup>85</sup> e, consoante expõe Germano Schwartz, embora a mesma ainda estivesse impregnada de forte herança absolutista<sup>86</sup> e forte conteúdo liberal (próprio da época), reconhecidamente, trouxe algumas inovações no aspecto social, apontado para os direitos humanos do século XX.<sup>87</sup>

Tal Constituição proclama os direitos fundamentais nos 35 incisos de seu art. 179. Todavia, “o corpo do texto constitucional imperial, em nenhum momento, normatiza, regulamenta ou coloca como princípio o direito à saúde.”<sup>88</sup>

Em meio aos direitos civis direcionados aos cidadãos brasileiros, ela apenas proporciona um destaque para a saúde ao prever no art. 179, XXIV a garantia de condições salubres no trabalho (“Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”) e no art. 179, XXXI a garantia de auxílios do Império em situações emergências (“A Constituição também garante os socorros públicos”).<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> Segundo esclarece Cláudio Pacheco em livro datado no ano de 1958, “Meros antecedentes de uma institucionalização no Brasil podem ser encontrados em todo o longo período que vai da descoberta até o ano de 1821, **quando começou realmente o nosso movimento constitucional**”. (grifo nosso). PACHECO, Cláudio. **Tratado das constituições brasileiras**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958. p. 183.

<sup>86</sup> “A Constituição assim outorgada e que havia de reger a vida política do país durante mais de meio século, atenuava o antigo vigor do absolutismo monárquico, mas ainda deixava ao soberano muitas prerrogativas e faculdades que abriam possibilidades a uma efetiva predominância do seu poder pessoal.” *Ibid.*, p. 207.

<sup>87</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 43.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 44. Sobre a Constituição Imperial ver também: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76 e ss.

<sup>89</sup> FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014. p. 24.

A Constituição Republicana de 1891, fruto de um pacto liberal-oligárquico, em seu art. 72, composto de 31 parágrafos, retoma os direitos fundamentais especificados na Constituição de 1824 e a essa lista são feitos importantes acréscimos, como, por exemplo, do reconhecimento dos direitos de reunião e de associação<sup>90</sup>, contudo, segue no mesmo sentido em relação à Carta anterior<sup>91</sup>, no tocante a não inclusão do direito à saúde no texto constitucional.<sup>92</sup>

Uma importante inovação ocorre a partir da Constituição de 1934 que incorpora alguns direitos sociais<sup>93</sup>. Nas palavras de Germano Schwartz, tal carta “representa a pretensa inauguração de um Estado Social brasileiro. Nela, podemos localizar preocupações sanitárias,” além de outra importante inovação que é a disposição contida em seu art. 10, II, em que confere competência concorrente à União e aos Estados em relação à saúde, responsabilizando-os quanto à matéria, fórmula que foi adotada pelo constituinte de 1988.<sup>94</sup>

A Carta Outorgada de 1937, contudo silenciou sobre o tema<sup>95</sup>, assim como a Constituição de 1946,<sup>96</sup> sendo que esta última faz referência apenas à importância da medicina preventiva, na parte que dispõe acerca dos direitos dos trabalhadores (art. 157, VIII e XIV).<sup>97</sup>

Segundo leciona Germano Schwartz, apesar de o Brasil ser um dos signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Constituição de 1967<sup>98</sup>, a única

---

<sup>90</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

<sup>91</sup> Consoante refere Cláudio Pacheco, a Constituição de 1891, “desdobrava uma declaração de direitos que, visando assegurar declaradamente a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, não chegava a ultrapassar acentuadamente o círculo das mesmas franquias outorgadas pela Constituição do Império.” PACHECO, Cláudio. **Tratado das constituições brasileiras**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958. p. 240.

<sup>92</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 44.

<sup>93</sup> Consoante refere Jorge Miranda, “a Constituição de 1934 [...] previu formas de intervenção do Estado na economia e direitos sociais na linha da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 148.

<sup>94</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44.

<sup>95</sup> “Os direitos e garantias individuais estavam realmente declarados, em capítulo especial, mas com omissões e restrições francamente compressivas.” PACHECO, Cláudio. **Tratado das constituições brasileiras**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958. p. 265.

<sup>96</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 45.

<sup>97</sup> FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus tribunais: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 30.

<sup>98</sup> “Essa Constituição, promulgada em 24.1.67, entrou em vigor em 15.3.67, quando assumiu a Presidência, o Marechal Arthur da Costa e Silva. Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 88-89.

referência ao direito à saúde encontrava-se no art. 8º, XVI, onde se delegava à União a competência de estabelecer planos nacionais de educação e de saúde. Portanto, nesta época, inexistiu avanço algum no campo da proteção sanitária.<sup>99</sup>

Somente com a promulgação da denominada Constituição Cidadão, de 1988, é que o Brasil positivou o direito à saúde, ou seja, quarenta anos após a Declaração dos Direitos do Homem.<sup>100</sup>

Consoante refere Jorge Miranda, “diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias.”<sup>101</sup>

No direito positivo brasileiro, o direito à saúde está expressamente consagrado nos artigos 6º<sup>102</sup>, *caput*, em que estão elencados os direitos sociais, e 196<sup>103</sup>, *caput*, da Constituição Federal de 1988, de modo que, pela sua dicção normativa, pode ser caracterizado como típico direito-dever fundamental.<sup>104</sup>

Nesse sentido, como expõe Fabiana Okchstein Kelbert,

de forma pioneira na história constitucional brasileira, a Constituição Federal de 1988 erigiu os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, ao incluí-los, expressamente sob o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Esse caráter de fundamentalidade reconhecido a direitos que antes (desde a Constituição de 1934) apenas se enquadravam na categoria de direitos econômicos e sociais, pode ser entendido como um compromisso do legislador constituinte em construir uma sociedade um pouco mais equilibrada, dadas as gritantes diferenças sociais que sempre (e ainda hoje) permearam a sociedade brasileira.<sup>105</sup>

Em verdade, a saúde está entalhada no rol dos direitos sociais e assim não

<sup>99</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 150.

<sup>102</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>103</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Outras referências constitucionais que se reportam ao direito à saúde: Arts. 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230. *Ibid.*

<sup>104</sup> FUHRMANN, Italo Roberto. **“Judicialização” dos direitos sociais e o direito à saúde**: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília, DF: Consulex, 2014. p. 68-69.

<sup>105</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33-34.

há como negar o caráter fundamental desse direito, isto porque os direitos retro referidos estão elencados no Título II da CF/88, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.<sup>106</sup>

Conforme leciona Germano Schwartz, se os direitos sociais estão positivados em um capítulo que se situa e que está sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, é óbvio que os direitos sociais (como a saúde) são direitos fundamentais e que possuem os mesmos atributos e garantias destes direitos.<sup>107</sup>

Na visão tradicional, a consequência de se classificar a saúde como direito fundamental é a sua auto aplicabilidade, entendida como a exigibilidade judicial sem subterfúgio normativo inferior conforme os ditames do art. 5º, § 1º, da CF/88. É também a possibilidade de referi-la tanto como um direito fundamental quanto um direito subjetivo e, portanto, oponível ao Estado em caso de descumprimento de seus preceitos. Estabelece-se, assim, uma relação obrigacional na qual o cidadão é o credor, e o Estado, o devedor.<sup>108</sup>

Vale salientar que a saúde, antes de tudo, é um direito humano, ou seja, é inerente ao ser humano, e não um direito conferido pela sociedade política, muito embora possa estar positivado, como ocorre no Brasil.<sup>109</sup>

Ademais, insta registrar que a Constituição Federal de 1988, reconhecidamente, elevou o direito à saúde à categoria de direito fundamental com base na perspectiva do Estado Democrático de Direito<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> SCHWARTZ, Germano; DUARTE, Francisco Carlos; SOUZA, Alex Caldas de. A estrutura do direito à saúde no Brasil e sua juridicização no transcorrer do século XX: da lei Eloy Chaves à Constituição Federal de 1988. In: BERWANGER, Jane Lucia WILHELM; Folmann, Melissa (Org.). **Previdência social nos anos 90 da Lei Eloy Chaves**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 47.

<sup>107</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 62.

<sup>108</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 129-130.

<sup>109</sup> SCHWARTZ, Germano; RACTZ, Juliana. O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas. **Revista Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas**, Santo Ângelo, ano 6, n. 9, p. 159, nov. 2006.

<sup>110</sup> Para Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, o Estado Democrático de Direito “[...] tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência. [...] Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista – impondo a ordem jurídica e a atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é *plus* normativo em

Isso se confirma vez que já no preâmbulo<sup>111</sup>, a referida Constituição reflete os valores mais caros à sociedade brasileira, sendo que se observa o propósito do constituinte de construir um Estado Democrático, destinado a assegurar a concretização dos direitos sociais.<sup>112</sup>

O Estado Democrático de Direito é um compromisso assumido pela sociedade brasileira no sentido da busca de uma justiça social efetiva, de uma qualidade de vida que se faça presente; logo, de saúde também. “O Brasil, portanto está obrigado a realizar mudanças na procura de que a saúde seja efetivamente aplicada e de que seja ela (saúde) um real instrumento de justiça social.”<sup>113</sup>

Lenio Streck salienta que a Constituição brasileira de 1988 representou “uma ruptura de modelo de direito e de Estado, a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissária (veja-se nesse sentido a determinação constitucional da construção de um Estado social)”<sup>114</sup>, significa dizer, pois, que inaugurou uma nova ordem social.

Assim é que a Constituição Federal expressamente consagra, em seu artigo 196, a saúde como “[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Mencionado texto legal constitui o cerne do direito à saúde de nossa Constituição, sendo que se pode perceber pela sua dicção, que ela é um direito

---

relação às formulações anteriores.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97-99.

<sup>111</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 28 mai. 2015. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67. Expõe: Assim, como já se teve a oportunidade de constatar, a orientação majoritária na doutrina atualmente em vigor no STF, admite que o preâmbulo tenha eficácia normativa indireta e não autônoma, como parâmetro auxiliar para a interpretação e aplicação do direito e argumento adicional para a fundamentação de decisões judiciais”.

<sup>112</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 34.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade positivista. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, 2006. n. 93, v. 1, p. 86.

garantido a todos, independente de classe social, raça, sexo, credo, origem e outros possíveis discrimines fáticos ou jurídicos, sendo um dever do Estado, compreendido como Poder Público.<sup>115</sup>

A partir da Constituição Cidadã, a prestação do serviço público de saúde não mais esteve restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal, mas todos os brasileiros independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde,<sup>116</sup> sendo que o acesso à saúde no Brasil prescinde de qualquer contraprestação pecuniária do seu titular.<sup>117</sup>

Importa salientar que o artigo 196 está inserido num contexto maior, de Seguridade Social, que contempla, além da Saúde, a Previdência e a Assistência Social, na forma do que estabelece o art. 194:

Art. 194 - A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.<sup>118</sup>

Esta Seguridade Social, conceito mais amplo que o de Saúde, como pode ser intuído pela simples descrição contida no artigo 194, tem os seguintes objetivos, descritos em seu parágrafo único:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - eqüidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores,

---

<sup>115</sup> SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 78.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2014.

<sup>117</sup> FUHRMANN, Italo Roberto. **“Judicialização” dos direitos sociais e o direito à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro**. Brasília, DF: Consulex, 2014. p. 69-70.

<sup>118</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.<sup>119</sup>

E é só após tratar das fontes de custeio (art. 195) que adiante, a Constituição dispõe sobre o direito à saúde, a partir do artigo 196, conforme já explicitado.

Assim, após estabelecer os termos por meio dos quais deve ser compreendido o direito à saúde a que o Poder Público está obrigado, a Constituição passa a dispor sobre o *modus operandi* desta atuação, atribuindo aos termos da lei o modo de sua regulamentação, fiscalização e controle, admitida sua execução de forma direta (ou seja, pelo Poder Público) ou através de terceiros (pela iniciativa privada, na forma do art. 199, CF), conforme disposição do artigo 197:<sup>120</sup>

Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.<sup>121</sup>

Daí surge o conceito de Sistema Único de Saúde – SUS, que se constitui em uma inovação constitucional e resultou de uma vitoriosa aspiração dos profissionais de saúde brasileiros.<sup>122</sup> Esta novidade consta do artigo 198: “Art. 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes”.

As diretrizes do SUS expostas nos incisos que seguem o *caput* deste artigo estabelecem descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade.

Este mesmo artigo, em seus parágrafos, define algumas regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo – art. 1º, da CF/88.

As atribuições do SUS, que fogem ao âmbito desta análise, constam do artigo 200 da CF, bem como da Lei 8.080/90, que regulamentou seu funcionamento.

---

<sup>119</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>120</sup> SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 79.

<sup>121</sup> BRASIL, *op. cit.*

<sup>122</sup> SCAFF, *op. cit.*, p. 79.

Afirmado o direito à saúde nos termos acima delineados, a Constituição estabeleceu a quem compete prestá-lo, dentro de nosso sistema federativo. Desse modo, reza o artigo 23 da CF/88:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
[...]  
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.<sup>123</sup>

No mesmo sentido, o artigo 24 estabelece que a competência legislativa entre os entes federados é concorrente:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:  
[...]  
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.<sup>124</sup>

Porém aos Municípios incumbe “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (art. 30, VII, CF).

Ou seja, consoante os artigos acima transcritos, a competência legislativa e a incumbência de cuidar da saúde pública é concorrente entre os entes federativos<sup>125</sup>, porém o foco da prestação dos serviços deve ser municipalizado, com a cooperação técnica e financeira dos demais entes federados.<sup>126</sup>

A par de todo este arcabouço mencionado, o que de mais importante se extrai é que o direito à saúde na forma encartada na Constituição nacional é direito e dever fundamental, oponível *erga omnes*.<sup>127</sup>

Cumpre salientar, na esteira de Ingo Sarlet, que uma vez que a Constituição de 1988 reconheceu a saúde como direito fundamental, as normas que garantem este direito têm aplicação imediata, na forma do §1º do artigo 5º do próprio texto

<sup>123</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> Sobre o assunto, ver: BARBOSA, Jeferson Ferreira. **Direito à saúde e solidariedade na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>126</sup> SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, Antônio Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 80.

<sup>127</sup> FUHRMANN, Italo Roberto. **“Judicialização” dos direitos sociais e o direito à saúde**: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília, DF: Consulex, 2014. p. 70.

constitucional, estando sedimentado e decorrente da própria concepção de normatividade da Constituição.<sup>128</sup>

Ressalte-se, que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (como é a saúde) possuem caráter vinculativo e uma postura normativa diferenciada dos demais direitos fundamentais, uma vez que na posição de normas impositivas de políticas públicas, assumem a condição de norma programática e ao mesmo tempo, são dotadas de eficácia que permite aplicação direta e, em certa medida, independentemente de intermediação legislativa.<sup>129</sup>

Por derradeiro, o direito à saúde perante os dispositivos da Constituição Federal de 1988, deve ser entendido como um direito social fundamental, que na sua essência deve ser buscado na maior otimização possível, haja vista que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana em consonância com a justiça social a ser alcançada, externam o direito à saúde como um verdadeiro direito público subjetivo com toda a sua fundamentalidade.

Nessa perspectiva e diante do que foi desenvolvido no item anterior, diz-se que o direito à saúde é direito social complexo, intimamente ligado com as formas de dirimir as desigualdades sociais e assegurar uma vida digna, pois pretende garantir a liberdade real dos indivíduos e a igualdade material mediante prestações materiais integrais; que visem tanto ao tratamento e recuperação de doenças como à promoção e a proteção da saúde, com o fim de se atingir o maior grau possível de bem estar físico, mental e social de toda comunidade. Assim, ao se tentar determinar quais prestações estão inseridas nesse dever estatal de efetivar o direito à saúde, verifica-se que a cobertura deve ser a mais integral e abrangente, de forma a não se excluir *a priori*, em abstrato, qualquer medida que interfira na saúde individual e coletiva. Pois, como visto, deve-se cobrir o máximo possível de ações, de maneira que apenas nas hipóteses concretas, por meio da conjugação de alguns fatores como a necessidade, a adequação da medida e a proporção de sua concessão se poderá estabelecer o seu conteúdo definitivo e, por consequência, sua efetividade.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 261 e ss.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 294-295.

<sup>130</sup> LÜDKE, Wellington Eduardo. **Políticas públicas de saúde e a tensão entre os poderes**: fortalecimento da via administrativa para harmonização de conflitos. 2012. f. 36. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, 2012.

## 2.4 TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: MECANISMOS E LEGITIMADOS ATIVOS

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

[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>131</sup>

O art. 197, por sua vez, apregoa ser *de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.* (grifo nosso).<sup>132</sup>

Neste norte, com propósito regulamentador destes dispositivos constitucionais foi editada a Lei 8.080/90 (Lei do SUS) que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos seus serviços correspondentes, constando ali expressamente que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” E que este dever do Estado de garantir saúde consiste na formulação de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.<sup>133</sup>

Destes dispositivos retro citados algumas observações merecem ser feitas para a compreensão da tutela do direito à saúde em solo pátrio.

Primeiro, a própria lei regulamentadora reconhece a saúde como direito fundamental (art. 2º) para, em seguida, impor ao Estado o dever de prestá-la

---

<sup>131</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> BRASIL. **Lei n. 8080/90, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2014.

mediante políticas públicas direcionadas à redução dos riscos de doenças e mediante o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

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

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

#### 2.4.1 O Que são Políticas Públicas?

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

Mas, o que são políticas públicas?

Desde logo, convém registrar que as políticas públicas são instrumentos de ação dos governos. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública.<sup>134</sup>

Logo, a “política pública” é eivada de conteúdo político. O próprio conceito de política pública é um conceito que partiu da Ciência Política e da Administração Pública.<sup>135</sup>

Consoante referem Ana Luiza d’Ávila Viana e Tatiana Wargas de Faria Baptista, falar de política pública é falar de Estado, é falar de pacto social, de interesses e também de poderes, visto que, atrás de todo interesse há o poder. Falar de política pública é falar do Estado em ação, do processo de construção de uma

---

<sup>134</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

<sup>135</sup> LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

ação governamental para um setor, o que envolve recursos, atores, arenas, ideias e negociação.<sup>136</sup>

As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender a analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.<sup>137</sup>

Consoante refere Têmis Limberger, foi com a inauguração do constitucionalismo social no início do século XX, que o tema das políticas públicas entrou na pauta jurídica.<sup>138</sup> Em verdade, é de observar que a relevância das políticas públicas para o direito está essencialmente relacionada com a constitucionalização dos direitos sociais, especialmente a partir do momento em que são consagrados como direitos fundamentais, isso porque, os direitos sociais passam a vincular a ação do Poder Público, que deverá estruturar procedimentos e instituições que viabilizem a proteção e o acesso aos bens tutelados por aquelas normas, e isso inevitavelmente se dá por meio de políticas públicas.<sup>139</sup>

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

---

<sup>136</sup> VIANA, Ana Luiza d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. Análise de políticas de saúde. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 68.

<sup>137</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

<sup>138</sup> LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63-64.

<sup>139</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.

político, de definição das prioridades e das prestações que serão entregues à população, está sujeito ao crivo de constitucionalidade e de legalidade.<sup>140</sup>

Trata-se, portanto de uma problemática sentida com vigor na realidade brasileira, em que a Constituição de 1988 possui um inegável caráter dirigente, com a imposição de metas e a estruturação de instituições voltadas à realização dos direitos sociais, que demandam conseqüentemente a formulação e execução de políticas públicas.<sup>141</sup>

Assim, parece fácil relacionar o termo “políticas públicas” com as ações conjugadas que o Estado realiza para atingir determinado fim. Expressões como política sanitária, política ambiental, política agrícola, política monetária, contribuem para esse entendimento.<sup>142</sup>

Ocorre que compreender o que é uma política pública não é uma tarefa tão fácil, senão veja-se.

Para Maria Paula Dallari Bucci:

Há certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, ainda que a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano. Frequentemente as políticas públicas se exteriorizam através de planos (embora com eles não se confundam), que podem ter caráter geral, como Plano Nacional de Desenvolvimento, regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação. Sucedem-se normas de execução, da alçada do Poder Executivo.<sup>143</sup>

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

é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo

<sup>140</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>142</sup> GARCIA, Barros Gabriel. **A intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde**. 2012. f. 35-36. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS, Belo Horizonte, 2012.

<sup>143</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 259.

judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>144</sup>

Já Saulo Lindorfer Pivetta, afirma que,

é possível conceituar políticas públicas como instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados.<sup>145</sup>

Como se vê o conceito é complexo e envolve diferentes aspectos que dificultam a sua análise do ponto de vista estritamente jurídico, tendo em vista o caráter multidisciplinar do termo.

Além disso, cumpre ainda esclarecer que as políticas públicas têm uma estrutura normativa complexa, que é verificada na medida em que elas não se expressam por meio de um único instrumento normativo, nem decorrem de deliberações tomadas em uma única esfera de Poder. Nesse sentido, uma política pública pode ser conformada no ordenamento jurídico por meio de normas de diversificados escalões: os objetivos e as linhas gerais da política, via de regra, estão elencados no texto constitucional, que por sua vez pode ser disciplinado por alguma espécie legislativa; a Administração Pública, em seu âmbito de competência, pode elaborar atos administrativos de caráter normativo que viabilizem o delineamento concreto da política.<sup>146</sup>

De outro lado, não há uniformidade quanto à nomenclatura utilizada pela legislação para expressar uma política: conceitos como “plano”, “programa” ou mesmo “política” são utilizados indistintamente para se referir a políticas públicas. Todos se destinam, basicamente, a explicitar objetivos e os instrumentos necessários à sua realização que devem ser observados pelo Poder Público.<sup>147</sup>

Assim, apesar de sumária, a exposição pôde traçar algumas linhas do que vem a ser políticas públicas e sobre a complexidade do termo, auxiliando na compreensão destas voltadas ao direito à saúde.

---

<sup>144</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

<sup>145</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 100.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 106.

## 2.4.2 Políticas Públicas de Saúde

Como vimos, com relação ao direito à saúde, a Constituição Federal impôs expressamente o dever de o Poder Público formular políticas públicas (art. 196 da CF/1988) e assim também dispõe a Lei do SUS.

Vale ressaltar que a “ideia de saúde pública é imbricada com o conceito de política pública.”<sup>148</sup>

O direito à saúde

deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, um conjunto de atos normativos que se constitua em uma verdadeira *policy*, para usar a expressão norte-americana característica para este tipo de ação. Não se trata de uma norma, mas um conjunto encadeado de atos e ações do Poder Público que visam a garantir a todos este direito e imponham aos órgãos competentes do Estado o dever de executá-las.<sup>149</sup>

Importa compreender que além do aporte de recursos necessários, o sucesso de uma política pública exige organização, planejamento, execução e avaliação constante das ações direcionadas ao atendimento das demandas sociais.

Na verdade, “as políticas públicas se constituem em instrumento privilegiado de concretização e efetivação dos direitos fundamentais sociais”.<sup>150</sup> Desse modo, a política pública visa a implementação pelo Poder Executivo de um comando constitucional. Isso é verificado na Constituição Brasileira de 1988, eis que no tocante à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II), ou seja, os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de

<sup>148</sup> LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo nas políticas públicas de saúde. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 308.

<sup>149</sup> SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 78.

<sup>150</sup> MAAS, Rosa Helena; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais: algumas estratégias. **Unoesc International Legal Seminar**, Chapecó, v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4382>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões.<sup>151</sup> Isso, inevitavelmente, acarretaria a insuficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.<sup>152</sup>

Cumprido esclarecer que pouco tempo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O Sistema Único de Saúde é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a *“formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”*. (art. 6º, VI)<sup>153</sup>

A Lei 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas competências, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar a universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos

---

<sup>151</sup> Registre-se, neste ponto, que o RE 855178 RG, Rel. Min Luiz Fux, julgado em 05/03/2015, ao arremetido da Constituição Federal, reconheceu a responsabilidade solidária dos entes federados. Veja-se um trecho do acórdão: “União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 855.178-SE**. Reclamante: União. Reclamado: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15319097113&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. [S.l. 2014]. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2014.

<sup>153</sup> BRASIL. **Lei 8080/90, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2014.

Municípios na execução das políticas públicas em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX)<sup>154</sup>

A Lei 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS atribui-se a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III)<sup>155</sup>

Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema.<sup>156</sup>

As políticas públicas no âmbito do direito à saúde devem ter por objetivo não apenas o tratamento da doença, porém, mais amplamente, a redução do risco de doenças e outros agravos, por meio de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem o almejado estado de saúde de todos. E mais, devem ter por escopo o acesso de todos, de modo universal e igualitário, a estas ações e a estes serviços.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> BRASIL. **Lei 8080/90, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2014.

<sup>155</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2014.

<sup>156</sup> BRASIL, *op. cit.*

<sup>157</sup> SCAFF, Fernando Facury. O direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 79.

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

Há, ainda, uma série de leis sobre matérias específicas que também estão relacionadas ao direito à saúde. Também na esfera administrativa, há diversos atos administrativos que regulamentam a atuação da Administração Pública na gestão de políticas sanitárias, a exemplo das inúmeras portarias do Ministério da Saúde, as quais não serão abordadas neste trabalho, em vista dos necessários cortes que precisam ser feitos.

Enfim, todo este arcabouço legal objetiva que se disponibilize saúde à população brasileira. É por meio das políticas públicas que os entes estatais devem definir os medicamentos que serão disponibilizados pelo SUS, planejar a prevenção de doenças, o saneamento básico, a construção de postos de saúde, unidades de pronto atendimento, hospitais, ampliação de leitos hospitalares, entre outras tantas ações que precisam ser realizadas para que o direito à saúde seja efetivado.

Conforme entende Ingo Sarlet, em que pese a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000 e a solidariedade entre os órgãos federativos estabelecida já pelo constituinte originário em matéria de saúde, a articulação entre os órgãos estatais e entre as diversas esferas da Federação ainda não logrou alcançar níveis de eficiência dignos da realização satisfatória do direito fundamental à saúde dos cidadãos.<sup>158</sup>

O fato de todos os entes federativos terem suas atribuições em relação ao direito à saúde, em um primeiro momento pode parecer uma vantagem, no entanto, revela-se uma dificuldade de implementação na prática. Por vezes, se a responsabilidade é de todos, acaba não sendo de ninguém, havendo um eximir-se recíproco de responsabilidades.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> BARBOSA, Jeferson Ferreira. **Direito à saúde e solidariedade na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (prefácio)

<sup>159</sup> LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo nas políticas públicas de saúde. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 308.

E assim, a omissão no dever de prestação das políticas públicas de saúde por parte dos entes estatais, ou ineficácia destas, leva ao controle do Poder Judiciário,<sup>160</sup> conforme se verá no item seguinte.

#### 2.4.3 Tutela Judicial do Direito à Saúde - “Judicialização”

Apesar de todo o arcabouço legal mencionado, a efetiva realização do direito à saúde mediante políticas públicas pelos entes estatais é que se mostra um dos maiores desafios do Brasil.

A efetivação do direito à saúde, como de outros direitos sociais, tem sido caracterizada por dificuldades decorrentes, sobretudo, das relações entre normas constitucionais e infraconstitucionais, a tensão entre direito e políticas públicas.<sup>161</sup>

Em verdade, embora a saúde seja direito fundamental social no Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, a sua efetivação no plano dos fatos ainda está longe de ser a ideal. Faltam hospitais, postos de saúde, unidades de pronto atendimento, investimentos em saneamento básico e prevenção de doenças, dentre outras tantas carências. A inércia do Poder Público, bem como as burocracias estatais, aliado às expectativas da população tem feito com que o Poder Judiciário, por meio das demandas que batem à sua porta, seja um dos principais palcos de efetivação deste direito constitucionalmente assegurado.

Vale lembrar que o direito à saúde é oponível ao Estado. A relação que deriva deste direito constitucional cinge-se numa relação obrigacional, na qual o cidadão é o credor e o Estado, o devedor. Daí se obtém a justiciabilidade de tal direito<sup>162</sup> e importa registrar, que o Judiciário é obrigado a se manifestar, até mesmo porque a Constituição veda, em seu art. 5º, XXXV<sup>163</sup>, que se exclua da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

---

<sup>160</sup> MAAS, Rosa Helena; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais: algumas estratégias. **Unoesc International Legal Seminar**, Chapecó, v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4382>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

<sup>161</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed., rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 773.

<sup>162</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 129-130.

<sup>163</sup> “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

O que se verifica é que o direito à saúde é matéria cada vez mais suscitada no meio jurídico, em razão do relevante número de ações, nos órgãos jurisdicionais, pleiteando a liberação e concessão de medicamentos, leitos em hospitais, entre outras obrigações de prestação assistencial médica que devem ser oferecidas pelo Executivo.

Releva-se que recente pesquisa<sup>164</sup> apontou que apenas no Estado do Rio Grande do Sul do ano de 2002 a 2009, foram protocoladas 18 mil ações judiciais relacionadas ao direito à saúde e em 94% dos casos houve deferimento total dos pedidos de liminares pelo Poder Judiciário gaúcho.

A pesquisa aponta que entre os que recorreram à Justiça, 53% ganhavam menos de um salário mínimo por mês e 56% das ações foram conduzidas pela Defensoria Pública, enquanto 35% tiveram advogados privados como patronos.

O levantamento mostra ainda que apenas 16% das ações relacionadas a medicamentos solicitavam remédios que estavam fora das listas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Outra pesquisa<sup>165</sup> noticiada no ano de dois mil e onze (2011) no site do Conselho Nacional de Justiça constatou que à época tramitavam no judiciário brasileiro 240.980 (duzentos e quarenta mil novecentos e oitenta) processos judiciais na área da saúde e a maior parte desses processos diziam respeito a demandas por medicamentos e procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como vagas em hospitais.

O levantamento aponta que o Rio Grande do Sul concentrava quase metade de todas as demandas do país: 113.953 (cento e treze mil novecentos e cinquenta e três) ações judiciais sobre saúde. Em segundo lugar, figurou o estado de São Paulo com 44.690 (quarenta e quatro mil seiscentos e noventa) ações. E o Rio de Janeiro possuía à época 25.234 (vinte e cinco mil duzentos e trinta e quatro) ações em tramitação. Deve-se destacar ainda, que o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que comporta os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, contava à época

---

<sup>164</sup> Tal pesquisa foi apresentada, no dia 03/06/2013 pelo professor João Biehl, da Universidade de Princeton (EUA), durante o Seminário Direito à Saúde: Desafios para a Universalidade, que o Conselho Nacional de Justiça realizou na sede do Tribunal Superior do Trabalho (TST). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Em sete anos justiça do RS defere 94% das ações relacionadas ao direito à saúde**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24927-em-sete-anos-justica-do-rs-defere-94-das-acoes-relacionadas-ao-direito-a-saude>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

<sup>165</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Brasil tem mais de 250 mil processos na área da saúde**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

com 8.152 (oito mil cento e cinquenta e duas) ações judiciais referentes ao direito à saúde.

Registre-se que a frequência com que a intervenção do Judiciário tem sido provocada nos últimos anos em matéria de direito à saúde, em todos os estados do país, deu azo ao surgimento da expressão “Judicialização da saúde”<sup>166</sup>, alcunha atribuída ao fenômeno da reiterada efetivação do direito à saúde por meio da intervenção jurisdicional.

Nesses casos, invocam-se frequentemente, as deficiências do SUS, tais como: a falta de atualização das listas de medicamentos dispensados gratuitamente; a demora do processo de registro de medicamento no órgão de fiscalização nacional; a (in)definição dos destinatários do serviço público de saúde e da interpretação atribuída pelo administrador ao princípio da integralidade ditado pela Constituição Federal; a dificuldade de interpretação do cipoal de normas que regulamentam o sistema; a dificuldade de identificação do ente federado responsável pela prestação da integral assistência médica, etc.<sup>167</sup>

A quantidade de ações da área da saúde em tramitação no país e os desdobramentos revelados pelas pesquisas, como o fato de que entre os que recorreram ao Judiciário no período de 2002 a 2009, 53% ganhavam menos que um salário mínimo e que apenas 16% do total destas ações pleiteavam medicamentos que estavam fora das listas do SUS, revela que o Judiciário tem sido um palco importante de concretização do direito à saúde no Brasil.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> “[...] Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.” Luís Roberto Barroso aponta a necessidade de diferenciação entre os termos judicialização e ativismo judicial, que para o autor, não se confundem. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [S.l., 2013. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2013. Vale lembrar que a expressão “judicialização” foi cunhada por Luiz Werneck Vianna. Nesse sentido ver: VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>167</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferraira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Paula; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 261.

<sup>168</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Em sete anos justiça do RS defere 94% das ações relacionadas ao direito à saúde**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24927-em-sete-anos-justica-do-rs-defere-94-das-aco-es-relacionadas-ao-direito-a-saude>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

Cumprido esclarecer que o Poder Judiciário, ao ser instado a exercer a sua típica atividade, não pode se furtar a atender ao direito do demandante em razão dos possíveis reflexos de sua decisão. Fosse assim, nenhum direito fundamental poderia ser “judicializado” – ideia que contradiz o sistema de direitos e garantias ditado pela Constituição Federal, traduzindo um retrocesso social.<sup>169</sup>

Na verdade, é possível afirmar que o sistema processual brasileiro coloca, à disposição do jurisdicionado, diversos procedimentos que podem ser manejados na proteção do direito à saúde, seja do ponto de vista das ações individuais, seja no que tange às ações coletivas. A título de exemplo podem ser citados: as ações de obrigação de fazer, mandado de injunção, mandado de segurança, ação civil pública, etc.

As demandas chegam ao Judiciário por diversas vias ou meios processuais e por provocação de diversos atores legitimados.

Diante do fato de que o direito à saúde é caracterizado como obrigação de fazer, que vincula o Estado devedor ao cidadão credor, certamente, a utilização das tutelas específicas, especialmente as ações fundadas no art. 461 do Código de Processo Civil, é uma das formas de tutela que mais se destaca quando o assunto é direito à saúde.

O desdobramento do aludido artigo se revela na previsão de meios que apontam para o alcance da solução prática e efetiva dos direitos, dando poderes ao juiz de concessão da tutela liminar ou mediante justificativa prévia (parágrafo 3º); fixação de multa diária (parágrafo 4º); imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (parágrafo 5º); além de outras providências que se tornarem necessárias no decorrer do trâmite do processo, na medida em que esse rol não é taxativo.

Na verdade, qualquer cidadão pode mover demanda judicial buscando não só tutela mandamental, mas também tutela condenatória a fim de obter prestação positiva do Estado relativa ao direito à saúde.

É de se ressaltar também que nos mais variados pleitos processuais, são utilizadas as tutelas de urgência para o alcance da tutela pretendida, pois estas não de propiciar de maneira célere e tempestiva a satisfação do direito subjetivo pleiteado. Dentre elas, cumpre destacar a antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC e os

---

<sup>169</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferraira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Paula; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. p. 272.

pedidos de liminares embasados no poder geral de cautela do magistrado.

Cumpra registrar ainda que o cidadão, nas demandas individuais, poderá ser representado por advogados particulares de sua confiança ou pela Defensoria Pública dos Estados.

Por outro lado, insta mencionar que antes de ingressar em juízo, o cidadão poderá buscar soluções no âmbito administrativo, não havendo proibição nesse sentido, somente que devem ser respeitados os princípios constitucionais do processo administrativo, da ampla defesa e do contraditório, além da possibilidade de acesso à justiça, mesmo que esgotados os caminhos administrativos.

Como a saúde também é direito social, os remédios coletivos da tutela de tais direitos também podem ser invocados para a sua proteção.

No tocante aos direitos e garantias coletivas do direito à saúde, a Constituição Federal e a legislação infra disponibilizaram a certas pessoas investidas em determinados cargos e/ou organismos e órgãos a legitimidade de defesa da saúde quando esta estiver caracterizada como direito social e/ou coletivo ou difuso. Portanto, o que se tem é uma deslocação de legitimidade, mas o direito a ser protegido permanece, apenas que transmutado em um caráter coletivo.<sup>170</sup>

Nesse passo, certamente, pode-se citar o mandado de segurança coletivo e ação civil pública como os procedimentos mais adotados quando o assunto é direito à saúde.

O mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF/88) possui os mesmos requisitos de sua versão singular. É, em verdade, um meio de impetrar o mandado de segurança tradicional por meio de tutela coletiva.

Pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados<sup>171</sup> e também pelo Ministério Público que é o principal legitimado para

---

<sup>170</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.130.

<sup>171</sup> “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. BRASIL. **Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

propor a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, que visa a suprir, por meio de medidas judiciais, a omissão ou lacuna de políticas públicas.

No que se refere ao direito à saúde, esse pedido pode ser oposto contra o Estado e os responsáveis legais pela saúde pública.

A ação civil pública pode ser proposta subsidiariamente sob o rito ordinário ou sumário do processo civil, cabendo provimento liminar quando estiverem presentes os pressupostos de aparência do bom direito e do perigo da demora ou ainda a tutela antecipada.

De outro norte, o cidadão pode ter participação importante nos Conselhos de Saúde, na esfera de governo correspondente, que são instrumentos importantes de participação popular na saúde, já que dita participação é obrigatória em seus órgãos colegiados, e, também, porque são esses Conselhos, que, de acordo com as pormenoridades e particularidades regionais, formularão as políticas de saúde a serem implementadas naquele limite geográfico.

Percebe-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou soluções várias para a proteção jurídica e administrativa do direito à saúde.

O fato de a saúde ser direito fundamental do ser humano implica sua auto aplicabilidade, da mesma forma que, por possuir um caráter negativo e positivo, por ser direito individual e metaindividual, ela pode ser protegida tanto coletiva como individualmente.<sup>172</sup>

Por fim, cumpre retomar o tema da judicialização do direito à saúde, para registrar que esta tem sido (pré)compreendida, no Brasil, como excessiva, transferindo para o Poder Judiciário grande parte da demanda social pela concretização de direitos que, em regra, deveriam ser efetivados no âmbito político-democrático, mediante políticas públicas. Tal “judicialização”, estaria restringindo, de modo demasiado, o espaço de conformação política dos demais poderes, por meio de um número elevado de decisões, cujo impacto econômico estaria inviabilizando a gestão da Administração Pública.<sup>173</sup>

No entanto, consoante menciona Italo Fuhrmann,

---

<sup>172</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 121.

<sup>173</sup> FUHRMANN, Italo Roberto. **“Judicialização” dos direitos sociais e o direito à saúde**: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília, DF: Consulex, 2014. p. 138.

por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, ficou assente, especialmente diante do material produzido pela Audiência Pública<sup>174</sup> acerca do direito à saúde, que grande parte das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde se refere, em primeira linha, ao não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigação já regulamentada na esfera legislativa e incorporada em política pública pré-definida pelos órgãos da Administração Pública.<sup>175</sup>

De fato, na maioria dos casos, a intervenção judicial é necessária para determinar o cumprimento de políticas já estabelecidas, mas não cumpridas.

Por outras vezes, se faz necessária a intervenção em vista da omissão reiterada do Poder Público em editar política pública para determinada situação que já foi reivindicada incontáveis vezes, quer dizer, quando é pública e notória a necessidade de efetivação.

Para estes casos, enxerga-se outra possibilidade de atuação do Poder Judiciário, que será desvelada e dissecada no próximo capítulo.

---

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de tutela antecipada nº 175 /CE - CEARÁ**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgamento: 17 de março de 2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.E175.NUME.\)OU\(STA.ACMS.ADJ2175.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.E175.NUME.)OU(STA.ACMS.ADJ2175.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 31 mai0 2014.

<sup>175</sup> FUHRMANN, Italo Roberto. “**Judicialização**” dos direitos sociais e o direito à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília, DF: Consulex, 2014. p. 138.

### 3 AS MEDIDAS ESTRUTURANTES

De início, cumpre esclarecer que a expressão “medidas estruturantes” deriva da tradução de “*structural reform*”, e que tal já fora traduzida em solo pátrio, como *reforma estrutural*<sup>176</sup>, *ações estruturais*<sup>177</sup>, medidas estruturais ou decisões estruturais<sup>178</sup> sendo preferida para esta pesquisa a tradução cunhada por Marco Félix Jobim.<sup>179</sup>

A *structural reform* tem suas raízes nos anos 50 e 60 do século passado, quando a Suprema Corte estadunidense estava sob a presidência de Earl Warren e realizou-se um extraordinário esforço para colocar em prática a decisão no caso *Brown versus Board of Education*.<sup>180</sup>

Portanto, o julgamento do caso *Brown* no ano de 1954 é o marco referencial do que aqui se denomina “medidas estruturantes” e por isso, ele será estudado detidamente mais adiante.

Consoante refere Marco Félix Jobim, foi em 1954 que a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou pública a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, sendo que naquele julgamento, emergiu, uma nova forma de *adjudication*<sup>181</sup>, a qual Owen Fiss<sup>182</sup> denominaria de *structural reform*<sup>183, 184</sup>.

<sup>176</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Carlos Alberto Salles, logo na apresentação geral, já fala em reforma estrutural na página 7. Também é de ser lembrado que na tradução da mesma obra para o espanhol, a qual é intitulada “El derecho como razón pública”, a *structural reform* aparece como “*la reforma estructural*”. FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Traducción de: Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 23.

<sup>177</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 54. A autora assim expõe a tradução da teoria: “Todo esse movimento teve início com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, leading case das chamadas ‘ações estruturais’ [...]”.

<sup>178</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, Decisões estruturais no direito processual brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

<sup>179</sup> Ver: JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

<sup>180</sup> FISS, *op. cit.*, p. 27.

<sup>181</sup> “Adjudication is the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression. In my judgment, this has always been the function of adjudication, clearly embraced and legitimated by Article III of the Constitution, and continuous with the role of courts under the common law, but within recent decades a new form of adjudication is emerged. E continua: “This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals, but by the operations of large-scale organizations, the bureaucracies of the modern state. Secondly, this new mode of litigation reflects the realization that, unless the organizations that threaten these values are restructured, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated. For this reconstructive endeavor, the traditional universe of legal remedies – the damage judgment or the criminal persecution – are inadequate. The injunction is the favored remedy. It is not used, however, as a device for stopping some discreet act, as it might have been in other times, but instead is used as the formal medium through which the judge directs the reconstruction of a

A *structural reform* ou medida estruturante se constitui uma forma de adjudicação<sup>185</sup> caracterizada pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, por implicar um encontro entre o Judiciário e as burocracias estatais.<sup>186</sup>

Cumprido esclarecer que Owen Fiss refere existir dois grandes modelos de *adjudication* nos Estados Unidos: o primeiro, que denomina de *dispute resolution*, e o segundo, que alcança as medidas estruturantes por meio do *structural litigation*.<sup>187</sup>

Marco Félix Jobim<sup>188</sup>, com base na doutrina de Owen Fiss, elenca algumas diferenças entre tais modelos, destacando que:

- (i) o mundo da *dispute resolution* é composto quase sempre de indivíduos, não existindo espaço para entidades sociológicas ou minorias, o que existe em abundância no *structural suit*;
- (ii) a *dispute resolution* abarca todos os valores, enquanto na *structural litigation* os valores públicos são os mais visados;

bureaucratic organization. FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure**. New York: Foundation Press, 2003. p. 287-288.

<sup>182</sup> Segundo relata Stanley N. Katz, Owen Fiss é um dos melhores professores de direito do país: "Owen M. Fiss is the Sterling Professor of Law at the Yale Law School. A Harvard Law graduate, he clerked first for them Judge Thurgood Marshall on the United States Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit, and subsequently for Justice William J. Brennan of the United States Supreme Court. He also served in the Civil Rights Division of the Justice Department and as a professor of law at the University of Chicago. As any of his students will tell you, Owen is also on of the best – and most demanding – law teachers in this country". FISS, Owen. **Troubled beginnings of the modern state, 1888-1910**. New York: Cambridge University Press, 2006. v. 8: History of the Supreme Court of the United States, p. xviii.

<sup>183</sup> "The new mode of litigation, which I call "structural reform," represents an important advance in the understanding of modern society and the role of adjudication". FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure**. New York: Foundation Press, 2003. p. 288.

<sup>184</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 91-92.

<sup>185</sup> *Adjudication* é a forma usual na literatura de língua inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. Não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a "a adjudicação compulsória"), é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão. FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

<sup>186</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

<sup>187</sup> JOBIM, *op. cit.*, p. 96.

<sup>188</sup> JOBIM, *op. cit.*, p. 97.

- (iii) no *dispute resolution* a ideia é de que a *adjudication* serve para a reestruturação do *status quo* daquele caso, enquanto no *structural suit* há uma negação de que este *status* possa ser justo; e,
- (iv) o modelo de *dispute resolution* isola o Judiciário dos demais poderes, enquanto no *structural litigation* o Poder Judiciário integra uma parte do governo.

Na síntese das ideias de Owen Fiss apresentada por Marco Félix Jobim ao esclarecer o que vem a ser as medidas estruturantes, é possível compreender que

[...] nesse modelo de *adjudication* há o envolvimento de um debate entre o Poder Judiciário e as burocracias estatais, com o juiz sendo o intérprete dos valores elencados na Constituição, devendo dar operacionalização às organizações burocráticas. [...] os valores constitucionais assegurados devem ser condição de possibilidade de reestruturação nas edificações organizacionais burocráticas, devendo enfrentar essa burocracia para a eliminação de qualquer possibilidade de não concretização daquilo que está descrito na Constituição.<sup>189</sup>

Em verdade, nas palavras do próprio Owen Fiss,

o processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual o juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.<sup>190</sup>

Já Sérgio Cruz Arenhar afirma que “as medidas estruturais são forma de decisão judicial em que é necessária alguma alteração institucional”.<sup>191</sup>

Vale ressaltar ainda a colocação de Desirê Bauermann em estudo comparado sobre o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer no Brasil e Estados Unidos, quando ilustra que essas decisões são denominadas “estruturais” em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito

<sup>189</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 93-94.

<sup>190</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

<sup>191</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, **Decisões estruturais no direito processual brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

perseguido, exercer necessária supervisão nas práticas e políticas adotadas pelas instituições que estão sob intervenção judicial.<sup>192</sup>

Em vista do exposto, é de se notar que as medidas estruturantes alteram o padrão tradicional dos comandos judiciais, que normalmente tem por foco uma situação ocorrida no passado, que gera uma disputa a ser solucionada pelo Poder Judiciário por meio de uma decisão, sempre dentro dos limites estabelecidos pelos litigantes.<sup>193</sup>

Nas medidas estruturantes, a função do juiz é conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais.<sup>194</sup> Ou melhor, a tarefa não é declarar quem está certo ou errado, nem calcular o total de danos ou proferir uma decisão destinada a fazer com que o ato isolado deixe de ser praticado. A tarefa consiste na eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais.<sup>195</sup>

Owen Fiss justifica o uso das medidas estruturantes com o argumento de que a propositura de tais ações e o deferimento das medidas exigidas pelo caso concreto para o seu atendimento não tem por objetivo simplesmente eliminar violações, mas efetivar os valores constitucionais.<sup>196</sup>

Com base nesse posicionamento, Owen Fiss admite as mais variadas medidas para concretizar a decisão judicial; a escolha de uma ou outra medida diante do caso concreto levará em conta uma série de fatores, dentre os quais deverá atender à necessidade de obter o melhor julgamento do juiz sobre a forma mais adequada para se eliminar a ameaça aos valores constitucionais em jogo, senão veja-se o que afirma o próprio Owen Fiss em sua obra:

O juiz deve buscar a 'melhor' medida judicial, mas uma vez que seu julgamento deve incorporar essas considerações irrestritas, como eficácia e justiça, e na medida em que a ameaça e o valor constitucional que dão origem à intervenção não podem ser definidos com grande precisão, a adequação da escolha particular da medida judicial não pode ser arguida com certeza. A medida deve estar sempre aberta à revisões, mesmo sem a demonstração exigida

---

<sup>192</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 67.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 36.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>196</sup> "O objeto da medida estrutural não é eliminar a "violação" no sentido implícito no princípio determinante, mas eliminar a ameaça imposta pela organização aos valores constitucionais [...]". *Ibid.*, p. 90.

tradicionalmente para modificação de uma decisão, qual seja, a de que a primeira escolha está causando uma séria adversidade. Uma revisão será justificável se a medida não for eficaz ou for desnecessariamente onerosa.<sup>197</sup>

Além disso, é importante notar que nas medidas estruturantes, a unidade implícita no conceito de partes desintegra-se, os componentes tornam-se isolados e a perspectiva exclusivamente individualista é alterada, passando a incluir grupos sociais.<sup>198</sup>

A vítima de um processo judicial estrutural não é um indivíduo, mas um grupo. Em alguns casos o grupo é definido em termos de uma instituição: os presidiários de um estabelecimento prisional ou os beneficiários da previdência social. Ou, ainda, a vítima pode consistir em um grupo que tenha uma identidade que transcenda os limites da instituição: em um caso referente ao fim da segregação escolar, por exemplo, as vítimas não são os alunos, mas provavelmente um grupo maior, a saber: os negros.<sup>199</sup>

Conforme leciona o argentino Francisco Verbic, os “litígios de reforma estrutural” versam sobre questões estreitamente relacionadas com distintos tipos de políticas públicas e geram a imposição de ordens complexas, tanto no que faz definir os seus contornos como em sua execução. (Tradução nossa).<sup>200</sup>

Na esteira do que registra Sérgio Cruz Arenhart, o fundamental, em relação às medidas estruturantes, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Elas se voltam a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. Por isso, seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirige exatamente à reestruturação dessa relação burocrática, de modo a alterar substancialmente a forma com as

---

<sup>197</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 92-93.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 50-51.

<sup>199</sup> *Ibid.*

<sup>200</sup> VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: AA.VV. “**Libro de ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados - XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal**”. Madrid: Ed. La Ley, 2013. p. 1-2.

interações sociais se travam. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado.<sup>201</sup>

Por isso, pode-se dizer que as medidas estruturantes exigem uma atuação diferenciada do juiz.

Ou, consoante registra o próprio Owen Fiss, porque a função do juiz é dar significado aos valores públicos e a medida judicial deve ser entendida como uma parte importante desse processo, podemos compreender – e decerto avaliar – seu envolvimento com a reforma da burocracia estatal. Trata-se de uma decorrência necessária de sua ampla função social.<sup>202</sup>

Para o presente trabalho, pode-se dizer que o componente principal a ser compreendido em relação às medidas estruturantes, diz respeito à sua íntima relação com a efetividade da Constituição e à derradeira efetivação dos direitos fundamentais.

### 3.1 CASOS PARADIGMAS

O presente item é dedicado ao estudo de dois casos paradigmas sobre o tema das medidas estruturantes.

Ao tratar do assunto, faz-se imprescindível estudar o famoso *leading case* relacionado a este tipo de julgamento, qual seja, o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*<sup>203</sup>.

Dada a importância do referido *case* para o presente trabalho, insta alcançar a compreensão não só do caso em si, mas do momento histórico em que este fora julgado e também suas repercussões.

Por outro lado, buscando demonstrar que a adoção de medidas estruturantes não só ocorreu neste famoso caso e também não só ocorre nos Estados Unidos da América, dedicaremos um subitem deste título ao estudo do “*Caso Mendoza*”, da Argentina, que é um interessantíssimo exemplo de aplicação do instituto estudado.

---

<sup>201</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, Decisões estruturais no direito processual brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

<sup>202</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 99.

<sup>203</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, Kansas 347 U.S. 483 (1954) 349 U.S. 294 (1955).

### 3.1.1 O Caso Brown v. Board of Education

Conforme dito, o caso *Brown versus Board of Education* é o famoso *leading case* relacionado ao tema das medidas estruturantes e por isso é fundamental estudá-lo nesta dissertação.

Para tanto, as próximas linhas serão dedicadas a este estudo. Inicialmente, discorrer-se-á acerca do momento histórico em que o caso foi julgado, a seguir sobre o caso em si e também sobre as suas repercussões e consequências.

#### 3.1.1.1 Momento Histórico em que Brown v. Board of Education foi Julgado

O caso Brown tem suas raízes na escravidão dos negros, que era legal em muitas partes dos Estados Unidos até a época da guerra civil nos anos 1860. A Décima Terceira Emenda, adotada em 1865, aboliu a escravidão, mas a discriminação contra os negros continuou nos anos que se seguiram. Quase todos os estados fora da Nova Inglaterra tinham leis segregando negros de brancos. A mais comum destas era a respeito de escolas públicas segregadas.<sup>204</sup>

Durante o ano seguinte à Guerra Civil, o governo federal tomou uma série de medidas para que os negros fossem tratados de forma mais justa. A medida mais importante foi a aprovação da Décima Quarta Emenda, aprovada pelos estados em 1868. Esta emenda prevê que “Nenhum estado poderá editar ou aplicar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderão privar qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a proteção igual das leis”. (tradução nossa).<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> “The brown case has its roots in the enslavement of blacks, which was legal in many parts of the united states until the time of the civil war in the 1860s. The Thirteenth Amendment, adopted in 1865, abolished slavery. But discrimination against blacks continued in the years that followed. Virtually all states outside New England had laws segregated blacks from whites. The most common of these provided for segregated public schools.” AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. p. 42. (tradução nossa).

<sup>205</sup> “During the year following the civil War, the federal government took a number of steps to see that blacks were treated more fairly. The most important step was the passage of the Fourteenth Amendment, which was approved by the states in 1868. This amendment states in part, “No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” *Ibid.*, p. 42.

Ou seja, a 14ª Emenda à Constituição norte-americana garante, desde 1868, que todos os nascidos ou naturalizados nos Estados Unidos possuem direitos iguais, incluindo o direito ao devido processo legal e proteção igualitária das leis. Essa emenda, juntamente com a 13ª e a 15ª, foi editada justamente para afastar qualquer resíduo de escravidão que ainda pudesse existir nos Estados Unidos, e para proteger os direitos dos cidadãos norte americanos negros. (tradução nossa).<sup>206</sup>

A emenda, entretanto, provou ser de pouco valor prático. Os tribunais dos estados regulavam consistentemente que a garantia de proteção igual da Décima Quinta Emenda não se aplicava às leis de segregação. Perto do final do século dezenove, quase trinta estados continuavam tendo leis requisitando escolas separadas para negros e brancos. (tradução nossa).<sup>207</sup>

Na verdade, como explica Desirê Bauermann, embora tal regra estivesse expressa na Constituição norte-americana desde 1868, prevaleceu por muito tempo nos Estados Unidos a doutrina denominada *separate but equal*, a qual defendia que o simples fato de segregar, ou seja de impedir que negros frequentassem determinados lugares aos quais teriam acesso exclusivamente pessoas brancas, não atingia o direito de igualdade desde que todos possuíssem acesso a serviços públicos de mesma qualidade.<sup>208</sup>

Saliente-se que o princípio da igualdade, *equal protection of law*, como dito, havia sido inserido na Constituição norte-americana pela Décima Quarta Emenda, de 1868, e que os então componentes do Congresso, que também editava leis para o Distrito de Columbia, no qual ficava a sede do Governo Federal, haviam, na mesma legislatura, adotado regime de escolas segregadas no referido distrito. Portanto, de acordo, com a concepção dos autores da emenda, a segregação não era inconstitucional.<sup>209</sup>

Em 1896, essa doutrina foi, inclusive, reconhecida legítima pela Suprema Corte Estadunidense, com o julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, no qual se

---

<sup>206</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 54.

<sup>207</sup> "The amendment, however, proved to be of little practical value. State courts consistently ruled that the equal-protection guarantee of the Fourteenth Amendment did not apply to segregation laws. Near the end of the nineteenth century almost 30 states continued to have laws requiring separate schools for blacks and whites." AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court Justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. p. 42.

<sup>208</sup> BAUERMANN, *op. cit.*, p. 54.

<sup>209</sup> MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.

firmou o entendimento de que o transporte público que reservasse parte dos assentos para uso exclusivo dos brancos e outros onde apenas negros pudessem se sentar era constitucional, não representando essa segregação quebra dos direitos civis nem desrespeito à Décima Quarta emenda.<sup>210</sup>

Na verdade, o *justice* Henry Billings Brown baseou sua decisão no princípio “separados-mas-iguais” que fora primeiramente declarado nos tribunais de Massachusetts em 1850. De acordo com o juiz Brown, a Décima Quarta Emenda garantia instalações iguais, mas nada mais. Ele declarou ainda que a separação das raças/etnias não apenas era permitido pela Constituição, mas era também uma boa política. (tradução nossa).<sup>211</sup>

Consoante refere Desirê Bauermann,

esse entendimento foi utilizado como precedente para o julgamento de questões semelhantes por muito tempo, pelo que se entendia constitucional, por exemplo, proibir a matrícula de uma criança em determinada escola exclusivamente por ser branca ou negra, se a ela fosse franqueado o acesso a outra que provesse a mesma qualidade de ensino, entre tantos outros serviços públicos que passaram a ser segregados com a chancela jurisdicional. Na prática, temos que a segregação se expandiu a praticamente todos os serviços públicos, principalmente nos estados do sul do país, onde as pessoas eram separadas por raça nas escolas, restaurantes, banheiros, transporte público, entre outros.<sup>212</sup>

Diante de tal situação, em 1909 alguns líderes passaram a se reunir e foi organizada a Associação Nacional de Defesa de Pessoas Negras (National Association for the Advancement of Colored People – NAACP), inaugurando nova era na defesa do direito à igualdade racial, cujos principais objetivos, inicialmente, eram eliminar os linchamentos aos negros e obter julgamentos justos para os seus pares.<sup>213</sup>

A partir de 1930 a comunidade passou a dar os primeiros passos para ir além de simplesmente garantir julgamentos “de acordo com a Constituição” para os negros, sinalizando também seu desconforto com o efetivo não cumprimento das

<sup>210</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 54.

<sup>211</sup> “Justice Henry Billings Brown based his decision on a “separate-but-equal” principle that had first been declared in the Massachusetts courts in 1850. According to Justice Brown, the Fourteenth Amendment guaranteed equal facilities but nothing more. He went on to declare that separation of the races was not only permitted by the Constitution but was also good policy.” AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court Justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. p. 43.

<sup>212</sup> BAUERMANN, *op. cit.*, p. 55.

<sup>213</sup> *Ibid.*

normas e valores constitucionais decorrentes da segregação, que claramente não atendia ao princípio de que todos são iguais perante a lei, ainda que tivessem à sua disposição serviços de mesma qualidade, porém separados.<sup>214</sup>

Já na década de 1940, havia certo consenso entre a população sobre a necessidade de mudanças, principalmente no seio do meio intelectual, que abrigava professores, comentaristas, jornalistas e advogados, os quais viam na segregação clara violação à 14<sup>o</sup> emenda e passaram a exigir ações agressivas para pôr fim a essa.<sup>215</sup>

Na década de 50 a discriminação contra os negros (afrodescendentes) era bastante acentuada na América, especialmente nos estados do sul do país.<sup>216</sup> Na verdade, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a sociedade norte-americana viveu um retrocesso no que diz respeito integração racial.<sup>217</sup> O NAACP, então, passou a agir fortemente para mudar esta situação.<sup>218</sup>

Consoante refere Desirê Bauermann, sua principal estratégia,

[...] num primeiro momento, foi forçar a admissão de estudantes negros em universidades, pois estabelecer meios para perpetuar o 'separado mas igual' seria difícil nesse campo, dado que muitos investimentos seriam necessários para construir novos banheiros, novas salas de aula, novos alojamentos apenas para abrigar exclusivamente estudantes negros que passariam a frequentar tais instituições.<sup>219</sup>

Em seguida, passou-se a buscar garantir o fim da segregação e tratamento efetivamente igualitário entre brancos e negros também nas escolas primárias. Para tanto, propuseram-se cinco diferentes ações atacando sempre a doutrina do separado mas igual, em cinco lugares diferentes, todos em alto nível de separação e cujas escolas destinadas aos negros possuíam nível mais baixo de qualidade de ensino que as destinadas aos brancos (Kansas, Carolina do Sul, Virgínia, Distrito de

---

<sup>214</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 56-57.

<sup>216</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 121.

<sup>217</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 80.

<sup>218</sup> BAUERMANN, *op. cit.*, p. 57.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 57.

Columbia e Delaware), visto que tal separação acabava perpetuando as diferenças.<sup>220</sup>

Nos cinco casos propostos, alegou-se o fato de a segregação racial contrariar os ditames da 14<sup>a</sup> emenda, que garante proteção igualitária para todos os cidadãos americanos desde 1868<sup>221</sup>, cujo texto, no que diz respeito ao princípio da igualdade, inclusive, tem alguma semelhança à Constituição Federal Brasileira.<sup>222</sup>

Cumprir esclarecer que o pedido dessas ações não era de concessão de indenização em decorrência de discriminação, mas, sim, de tomada de iniciativas tendentes a erradicar o mal que atacavam. Buscavam impedir a proibição de escolas que aceitassem matrículas de certas crianças e as negassem a outras exclusivamente em decorrência de sua cor de pele. Assim, em virtude, de as violações alegadas não poderem ser corrigidas por meio de penas pecuniárias, buscavam obter decisão judicial que efetivamente reformasse as instituições envolvidas nos processos, a fim de fazê-las cumprir o quanto garantido constitucionalmente.<sup>223</sup>

### 3.1.1.2 O caso

Dentre estes cinco casos propostos em se alegou que a segregação racial contrariava a 14<sup>o</sup> emenda, encontrava-se o famoso caso *Brown v. Board of Education*.

O caso foi proposto em 1951 pelo pai da estudante *Linda Brown* que havia tido sua matrícula recusada em uma escola pública, frequentada unicamente por crianças brancas, em razão de ela pertencer à raça negra.<sup>224</sup>

Para assistir aulas numa escola pública, *Linda Brown*, de 8 anos de idade, tinha que cruzar a cidade de *Topeka (Kansas)*, muito embora houvesse escolas públicas a poucos quarteirões de sua casa. Entretanto, as escolas que existiam nas

---

<sup>220</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 57.

<sup>221</sup> *Ibid.*

<sup>222</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 77.

<sup>223</sup> BAUERMANN, *op. cit.*, p. 57-58.

<sup>224</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 121.

proximidades não aceitavam *Brown* como estudante, porque destinadas exclusivamente a crianças de cor branca.<sup>225</sup>

Em verdade, o pai da estudante *Linda, Oliver Brown*, não foi autorizado pela *Board of Education* da sua cidade, *Topeka (Kansas)*, a matricular a filha em estabelecimento de ensino destinado para brancos, pois aquela cidade havia escolhido adotar um sistema segregacionista de ensino público. No caso, tanto *Brown* quanto os demais que se encontravam em situação análoga, ingressaram com ações junto ao tribunal distrital pedindo a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que permitia que cidades com mais de 15.000 habitantes mantivessem escolas separadas para negros e brancos.<sup>226</sup>

O caso foi julgado improcedente em primeira e segunda instância, sob o argumento de que o precedente anteriormente julgado pela Suprema Corte (*Plessy v. Ferguson*, de 1896) afastava a possibilidade de sua análise, no qual se reconheceu que segregar não constituía violação ao conteúdo da 14ª emenda. Isso porque as crianças negras contavam com escolas à sua disposição, sendo-lhes garantido o direito à educação, embora não tivessem livre acesso a quaisquer escolas da rede pública, mas apenas àquelas em que alunos negros eram admitidos.<sup>227</sup>

Em 1952, o caso chegou à Suprema Corte, juntamente com outros quatro processos que tratavam do mesmo assunto.<sup>228</sup>

A Suprema Corte iniciou os debates sobre o caso ainda na presidência de *Fred. M. Vinson*, em sessão realizada em 13 de dezembro de 1952, com os Ministros extremamente divididos sobre o posicionamento que deveria ser adotado, razão pela qual o julgamento foi postergado.<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>226</sup> CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 275.

<sup>227</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 59.

<sup>228</sup> Ver: AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. p. 40. "The Court grouped the case together with four other suits filed against segregated school districts in the District of Columbia, Delaware, South Carolina, and Virginia. All of these suits demand admission for blacks students into white schools, based on two claims: 1) the facilities at black schools are not as good as those at white schools, and therefore the black students are being denied the "equal protection of the laws" guaranteed by the Fourteenth Amendment, and 2) the very institution of segregated schools is a violation of black students' right to equal protection."

<sup>229</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 81.

No entanto, *Vinson* subitamente faleceu, o que propiciou a chegada do *Justice Earl Warren* na presidência (1953-1969) e a fatalidade do destino ensejou uma grande reviravolta no caso.<sup>230</sup>

Em 12 de dezembro de 1953, uma primeira audiência foi realizada. Warren iniciou seu pronunciamento destacando a importância dos temas abordados e, dizendo-se ciente das divergências existentes, sugeriu que o assunto fosse tratado informalmente, sem que fosse realizada nenhuma votação.<sup>231</sup>

Após uma segunda audiência realizada em 16 de janeiro de 1954, e de uma outra reunião, que ocorreu algumas semanas depois, o caso foi decidido.<sup>232</sup>

O anúncio foi feito às 12:52 do dia dezessete de maio de 1954 (Tradução nossa)<sup>233</sup>, Warren noticiou para um tribunal unânime que “estabelecimentos de ensino separados são inerentemente desiguais” Ele concluiu que as crianças negras que frequentavam tais instalações tinham sido “privadas da proteção igual das leis garantidas pela Décima Quarta Emenda. (Tradução nossa).<sup>234</sup>

Ou seja, ao julgar em grau de recurso a ação intentada pelo pai da menor Linda Brown, a Corte de Warren<sup>235</sup> decidiu que a doutrina dos iguais, mas separados feria a Emenda XIV e, portanto, não se sustentava considerando que a segregação praticada nas escolas públicas não propiciava às crianças negras as mesmas oportunidades educacionais e ainda mais grave, causava-lhes uma sensação de

---

<sup>230</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 160.

<sup>231</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 82.

<sup>232</sup> MENEZES, *op. cit.*, p. 84.

<sup>233</sup> “The announcement came at 12:52 P.M. on May 17, 1954”. McNEESE, Tim. **Brown v. Board Education.** New York: Chelsea House, 2007. p. 112.

<sup>234</sup> “Warren announced for a unanimous Court that “[s]eparate educational facilities are inherently unequal.” As a result, he concluded, the African American children who attended such facilities had been “deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.” GOLUBOFF, Risa L. *Brown v. Board of Education and The Lost Promise of Civil Rights.* In: GILLES, Myriam E.; GOLUBOFF, Risa L. **Civil rights stories.** New York: Foundation Press, 2008. p. 25.

<sup>235</sup> “É de tradição do direito estadunidense identificar, nominalmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos pelo seu respectivo Presidente, tanto mais caso esse Presidente tenha sido um homem de carisma e participado de julgamentos épicos. Assim é que ao longo de mais de dois séculos de ininterrupta atividade a Corte tem sido chamada, também, de “Corte Marshall”, “Corte Hughes”, “Corte Warren” e mais recentemente de “Corte Rehnquist”, em alusão a William Rehnquist, Chief Justice de 1986 a 2005. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 122-123.

inferioridade que afetava-lhes a motivação para aprender<sup>236</sup>, consoante se lê no relatório de Warren:

To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. [...]

We concluded that, in the field of public education, the doctrine of 'separate but equal' has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.<sup>237</sup>

Vale ressaltar que a decisão baseou-se em pesquisas feitas por sociólogos, antropólogos, psicólogos, e psiquiatras, todas com resultado conclusivo sobre a irreparabilidade dos prejuízos sofridos pelas crianças negras a partir da segregação.<sup>238</sup>

Assim, a segregacionista doutrina do “separados, mas iguais” (*separate but equals*), até então aplicada ao transporte público, nos termos do caso *Plessy v. Ferguson*, foi entendida como incompatível com o sistema educacional.<sup>239</sup>

Tal decisão é tida como marco. Primeiro porque alterou precedente anterior, proferido cerca de sessenta anos antes pela própria Suprema Corte, quando se entendeu que a separação por raça, não afastava o reconhecimento da sua igualdade, ou seja, o chamado *separate but equal precedent*, e por reconhecer o direito de igualdade entre brancos e negros efetivamente, dando cumprimento a este valor garantido constitucionalmente, mas especialmente, porque nesse julgamento restou consignado que as escolas exerciam um importante papel no sentido de pôr

<sup>236</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 123.

<sup>237</sup> FEINMAN, Jay M. **Supreme Court Decisions**. New York, Pinguin Books, 2012. p. 102-103. “Separá-los dos outros de idade e qualificações similares unicamente por causa de sua raça gera um sentimento de inferioridade perante o seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de uma forma que dificilmente será desfeita. [...] Nós concluímos que, no campo da educação pública, a doutrina de “separados mas iguais” não tem lugar. Instalações educacionais separadas são inerentemente desiguais. Por isso, nós sustentamos que os demandantes e outros em situação semelhante às trazidas pelas ações são, em virtude da segregação denunciada, privados da proteção igual das leis garantidas pela Décima Quarta Emenda.” (Tradução nossa)

<sup>238</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 161.

<sup>239</sup> CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 275.

fim à segregação racial e que os tribunais estariam em condições de acompanhar a criação, bem como o desenvolvimento das políticas tendentes a pôr em prática a decisão proferida.<sup>240</sup>

Segundo refere McNeese: ‘The importance of the court’s unanimous decision would be staggering, however, one that would require more change than Americans had seen in many decades, perhaps centuries [...]’. (Tradução nossa).<sup>241</sup>

### 3.1.1.3 O Pós Brown - Brown II e Repercussões

Apesar da importância da decisão da Corte de Warren de que a segregação nas escolas públicas dos Estados Unidos era inaceitável, seria apenas o primeiro passo no processo que exigiria mais um posicionamento. Naquele maio, os *justices* haviam apenas declarado que a segregação nas escolas era contra a lei; eles não disseram nada sobre como as escolas em todo o país iriam dismantelar seus sistemas existentes e dar espaço para a integração. Essa situação exigiu uma segunda decisão, aquela que viria a ser conhecida como *Brown II*<sup>242</sup>. *Warren* decidiu segurar a questão do “como e quando” até o próximo pronunciamento da Corte. O que era necessário era a Corte estabelecer um prazo no qual a integração teria de ocorrer (Tradução nossa)<sup>243</sup> e como esta decisão deveria ser implementada.

O julgamento do caso *Brown versus Board of Education of Topeka* não aparentava facilidade de ser concretizado. Consoante refere Marco Félix Jobim, encerrar uma tradição mais que centenária numa sociedade não é algo que se pode dizer ser natural.<sup>244</sup>

<sup>240</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 62.

<sup>241</sup> McNEESE, Tim. **Brown v. Board of Education**. New York: Chelsea House, 2007. p. 116. “A importância da decisão unânime do tribunal seria surpreendente, contudo, exigiria mais mudanças dos que os americanos tinham visto em muitas décadas, talvez séculos [...]”.

<sup>242</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, Kansas 347 U.S. 483 (1954) 349 U.S. 294 (1955).

<sup>243</sup> “Despite the importance of the Warren court’s decision that segregation in America’s public schools was unacceptable, it would only be the first step in process that would require yet another hearing before the court. That May, the justices had only stated that school segregation was against the law; they said nothing about how the schools across the country would tear down their existing systems and make room for integration. That situation required a second decision, one that would come to be known as *Brown II*. Warren decided to hold the question of how and when until the court’s next term. What was needed was for the court to establish a time frame by which integration would need to take place and how this ruling should be implemented.” McNEESE, Tim. **Brown v. Board of Education**. New York: Chelsea House, 2007. p. 120.

<sup>244</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 81-82.

A audiência de *Brown II* foi marcada para 11 de abril de 1955, onze meses depois do anúncio de Warren a favor de *Brown* e contra *Plessy*. Os debates se alongaram por quatro dias e incluíram treze horas de apresentações orais. No mês seguinte, no dia 31 de maio, *Brown II* foi emitido. Ao tomar a sua decisão, a Corte propôs um compromisso. Ao invés de determinar um prazo específico para a implementação de *Brown*, a Corte anunciou que a integração deveria acontecer nas escolas públicas americanas com “toda velocidade deliberada”. A esperança de parte dos *Justices* era que isso daria, especialmente aos estados do sul, uma oportunidade para ajustar-se ao conceito e a realidade de integração nas suas escolas e fazer as mudanças da maneira adequada e na extensão adequada. (Tradução nossa).<sup>245</sup>

No julgamento de *Brown II*, a Corte decidiu que a política de dessegregação deveria ser implementada pelas autoridades escolares, com a supervisão das instâncias federais inferiores, com toda a rapidez deliberada (with all deliberate speed). A fórmula de compromisso possibilitava, conforme as circunstâncias, alguma flexibilização quanto ao cumprimento do princípio, o que a Corte então reputou oportuno por temer reação maciça nos estados do Sul contra *Brown*.<sup>246</sup>

Nas palavras de John Vile,

Noting that substantial steps had already been taken to advance school desegregation, Warren said that ‘School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles.’ Warren decided that the courts that originally heard the desegregation cases would have primary responsibility for overseeing them. Such oversight would be governed by ‘equitable principles’, which Warren characterized as having ‘a practical flexibility in shaping its remedies and by a facility for adjusting and reconciling public and private needs.’ School districts should ‘make a prompt and reasonable start toward full compliance with our May 17, 1954, ruling’ but may then be given extra time.

---

<sup>245</sup> “The hearing for *Brown II* was scheduled for April 11, 1955, 11 months after Warren’s announcement in favor of *Brown* and against *Plessy*. Arguments stretched over four days and included 13 hours of oral presentation. The following month, on May 31, *Brown II* was issued. In making its decision, the court decided to allow for some compromise. Rather than nail down a specific timeframe for implementation of *Brown*, the court announced that integration would have to take place in Americans public schools with “all deliberate speed.” The hope on the part of the justices was that this would especially give the southern states an opportunity to adjust to the concept and reality of integrating its schools and make the changes in the proper manner and to the proper extent.” McNEESE, Tim. ***Brown v. Board of Education***. New York: Chelsea House, 2007. p. 122.

<sup>246</sup> MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 40-41.

District Courts should act to see that such compliance takes place 'with all deliberate speed'.<sup>247</sup>

Em verdade, consoante importante colocação de Sergio Moro, a Corte não se limitou a reconhecer o direito dos demandantes de ingressarem em escolas reservadas a brancos. Tinham eles direito a escolas em regimes integrados, o que implicava a adoção de larga política pública de dessegregação, afetando, portanto, escolas e alunos não envolvidos diretamente no caso.<sup>248</sup>

A implementação do resultado do julgamento de Brown é mais do que interessante, sendo que provocou inúmeras controvérsias, bem como intervenções nos distritos escolares pelas instâncias inferiores e pela própria Suprema Corte, pelo que se pode afirmar que o caso inaugurou um novo modelo de decisão judicial.<sup>249</sup>

Conforme refere Desirê Bauermann, no julgamento de *Brown II*, restou determinado que os tribunais regionais dispunham de amplos poderes de *equity* para alcançar o desiderato de afastar a segregação das escolas na prática, desenvolvendo e impondo políticas públicas para tanto e dispondo de recursos financeiros para tal.<sup>250</sup>

No magistério de Owen Fiss:

Not only did the Warren Court broaden our understanding of constitutional ideals to permit a proper consideration of equality, but it also gave us reason to believe that state activism was a constitutional duty. While the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment have been treated by many, even the New Deal Court, as a set of prohibitions declaring what the state must not do, Brown and its progeny transformed these negative restrictions into affirmative commands. This transformation was in part premised on a recognition

<sup>247</sup> "Percebendo que já haviam sido tomadas medidas substanciais para avançar na dessegregação escolar, Warren disse que "as autoridades escolares tem a responsabilidade primária de elucidar, avaliar e resolver estes problemas; os tribunais terão que considerar se a ação das autoridades escolares constituem uma boa implementação dos princípios constitucionais regentes." Warren decidiu que os tribunais que originalmente ouviram os casos de dessegregação teriam responsabilidade primária em supervisioná-los. Essa supervisão seria regida por "princípios de equidade" que Warren caracterizou como ter "uma flexibilidade prática na formação de seus remédios e por uma facilidade para ajustar e conciliar necessidades públicas e privadas". Os distritos escolares deveriam "começar de forma rápida e racional para a plena conformidade com o regulamento de 17 de maio de 1954", mas pode, em seguida, ser dado tempo extra. As Cortes Distritais deveriam agir para verificar que tal cumprimento ocorresse "com toda a velocidade deliberada". (Tradução nossa). VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions: summaries of leading cases in U.S constitutional law**. 15. ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. p. 411.

<sup>248</sup> MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 40.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 41-42.

<sup>250</sup> BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 64-65.

of the impact of social conditions on the range of choices available to individuals and their standing in the community. Even more, it reflected an appreciation of the responsibility of the state for those conditions.<sup>251</sup>

Na opinião de Souto<sup>252</sup>, essa decisão unânime da Suprema Corte causou enorme impacto na sociedade norte-americana<sup>253</sup>, contribuindo para modificar, com profundidade poucas vezes vista, o comportamento de uma nação no presente e futuro, o que, de fato, é confirmado por Owen Fiss quando refere que o caso *Brown* inspirou a sua geração.<sup>254</sup>

### 3.1.2 O Caso Mendoza - Argentina

A demanda que iniciou a causa “Mendoza” foi promovida por um grupo de pessoas que vivia na zona contaminada (bacia dos rios Matanza-Riachuelo). O caso foi iniciado na instância originária da Corte Suprema de Justiça da Nação contra o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a cidade autônoma de Buenos Aires e 44 (quarenta e quatro) empresas radicadas no entorno. Posteriormente a isso, também foram demandados 14 (catorze) municípios da Província de Buenos Aires. (Tradução nossa).<sup>255</sup>

---

<sup>251</sup> FISS, Owen. **Troubled beginnings of the modern state, 1888-1910**. New York: Cambridge University Press, 2006. v. 8: History of the Supreme Court of the United States, p. 393-394. “A Corte Warren não só ampliou nossa compreensão dos ideais constitucionais para permitir uma análise adequada da igualdade, mas também nos deu razões para acreditar que o ativismo estatal era um direito constitucional. Enquanto a Declaração de Direitos e a Décima Quarta Emenda foram tratados por muitos, inclusive pela Corte New Deal, como um conjunto de proibições sobre o que o Estado não deve fazer, Brown e seu legado transformaram essas restrições negativas em comandos afirmativos. Essa transformação foi uma premissa para o reconhecimento do impacto das condições sociais sobre a gama de opções disponíveis para os indivíduos e a sua posição na sociedade. Ainda mais, ela refletiu uma valorização da responsabilidade do Estado para estas condições.” (Tradução nossa).

<sup>252</sup> SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 125.

<sup>253</sup> Sobre o assunto ver: COMBS, Michael W.; COMBS, Gwendolyn. Revisiting Brown v. Board of Education: a cultural, historical-legal, and political perspective. **Management Department Faculty Publications, Paper**, [S.l.], n. 48. 2005. Disponível em: <[http://digitalcommons.unl.edu/management\\_ntfacpub/48](http://digitalcommons.unl.edu/management_ntfacpub/48)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

<sup>254</sup> “Then in 1954, in Brown v. Board of Education – a case that has inspired my generation [...]. FISS, *op. cit.*, p. 392.

<sup>255</sup> VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, ano 10, n. 43, p. 6, 2013.

Vale esclarecer que “además de ser el litigio estructural más complejo de la República Argentina, es importante tener en cuenta que “Mendoza” representa la judicialización de una problemática ambiental e social muy profunda”<sup>256</sup>

Entre os objetos perseguidos pela demanda se encontravam os seguintes: (i) reparação dos danos e prejuízos ambientais de tipo coletivo emergentes da contaminação da bacia dos rios Matanza-Riachuelo; (ii) criação de um fundo público para reparar os danos individuais homogêneos ocasionados às vítimas e levar adiante ações tendentes a modificar a situação; (iii) obtenção de uma ordem para que o Poder Executivo Nacional retome e continue a execução do Plano de Gestão Ambiental de Manejo da Bacia Hídrica Matanza-Riachuelo; (iv) implementação de medidas urgentes para atender a saúde da população ribeirinha da bacia; e (v) anotação de litígio para impedir que as empresas demandadas se tornem insolventes, a fim de evitar enfrentar eventual condenação pecuniária contra si. (Tradução nossa).<sup>257</sup>

Deve-se esclarecer que o problema da contaminação da zona, produto da acumulação de contaminação de várias décadas, é crítico e atravessa horizontalmente diversas áreas de políticas públicas. Ocorre que, para além do dano ao meio ambiente (bem tutelado pela Constituição Nacional Argentina no art. 41 desde a reforma de 1994), é possível advertir que o conflito envolve questões relacionadas com infraestrutura sanitária, saúde, habitação, trabalho e navegabilidade, entre outras. (Tradução nossa).<sup>258</sup>

Conforme refere Ricardo Lorenzetti, ao sintetizar os pedidos formulados com a respectiva fundamentação jurídica, os peticionantes:

[...] Responsabilizaron al Estado Nacional al producirse la situación denunciada sobre una vía navegable e inter-jurisdiccional (qua abarca parte de la Ciudad de Buenos Aires y once partidos de la Provincia de Buenos Aires), respecto de la cual éste tenía facultades de regulación y control, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75,

---

<sup>256</sup> VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, ano 10, n. 43, p. 4, 2013. Importa registrar que Francisco Verbic é um processualista argentino que tem vários artigos publicados sobre o “Caso Mendoza”, bem como, sobre o tema das medidas estruturantes, no geral. O autor dedica seus estudos, especialmente, aos processos coletivos e às ações de classe, assim como também às questões relacionadas com o acesso à justiça e os processos de reforma judicial. Ver: <http://classactionsargentina.com/francisco-verbic/>.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 4-5.

incisos 10 y 13 de la Constitución Nacional. Adjudicaron responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires por tener el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, de conformidad con lo establecido en los artículos 121 y 124 de la Ley Fundamental. También demandaron a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de corribereña del Riachuelo, el que constituía, en el área de su jurisdicción, un bien de su dominio público, porque tenía jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata, y porque le correspondía preservar la flora y la fauna de su ecosistema, como reserva natural, según lo señala el artículo 8º de la Constitución local. [...] <sup>259</sup>

Ao ditar a primeira sentença da causa em 20 de Junho de 2006, a Corte primeiramente sustentou que se deveriam distinguir os interesses individuais dos coletivos, pretensões cuja acumulação em um mesmo processo, considerou inadmissível. Assim, a Corte abriu as portas da sua competência originária somente para a pretensão do dano de incidência coletiva, por ser o único regulamentado e alcançado pela “Ley General del Ambiente Nº 25.675”. Os direitos individuais das pessoas afetadas, ao contrário, deveriam ser apreciados pelos juízes correspondentes de acordo com o território e de conformidade com as normas de processo individual. (Tradução nossa).<sup>260</sup>

Para corroborar o que se está afirmando e esclarecer outros pontos da decisão, veja-se este trecho da sentença:

[...] la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento.

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un

<sup>259</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 217.

<sup>260</sup> VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, ano 10, n. 43, p. 6, 2013.

bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.<sup>261</sup>

Cumprе esclarecer que a Corte ressaltou também no início da decisão, numerosas deficiências da petição inicial, que, a seu juízo, não apresentava informações adequadas para obter o que buscavam os autores. Com fundamento nesta falta de informação, e assumindo um rol ativo poucas vezes visto antes, a Corte não rechaçou a demanda, ao contrário, tomou as medidas instrutórias e ordenatórias com o objetivo de poder avançar na resolução do conflito. Entre elas, se destacam as seguintes: (i) pedido de informações às empresas demandadas sobre diversos aspectos relacionados com o caso;<sup>262</sup> (ii) requerimento aos três Estados demandados e ao COFEMA (Conselho Federal de Meio Ambiente) para que apresentem um plano integrado que contemple diversas atividades orientadas à solução do conflito;<sup>263</sup> (iii) convocação para uma audiência pública para que as partes informem oralmente o Tribunal sobre dito plano integrado; e (iv) concessão de uma oportunidade para a parte autora a fim de melhorar a demanda mediante o aporte da informação faltante, ressaltada na própria sentença. (Tradução nossa).<sup>264</sup>

Em 24 de agosto de 2006, o Estado nacional, a Província de Buenos Aires, a cidade de Buenos Aires, e o COFEMA apresentaram um plano integrado de saneamento da bacia Matanza-Riachuelo. O plano previa a criação da Autoridade da Bacia (o que ocorreu em novembro de 2006, com a sanção da lei 26.268, que instaurou o ACUMAR como ente de direito público interjurisdiccional no âmbito da Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da chefia do Gabinete

---

<sup>261</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **M. 1569. XL**: Mendoza, Beatriz y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Daños y Prejuicios. Fallos 329:2316. Buenos Aires, 20 de junio de 2006. Disponível em: <<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=604413>>. Acesso em: 13 maio 2015.

<sup>262</sup> Ponto IV da parte da decisão: 1. "Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción. 2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos; 3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675."

<sup>263</sup> Segundo o ponto V da parte da decisão, o plano integrado deveria conter: "1. Un ordenamiento ambiental del territorio. 2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas. 3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata. 4. Un programa de educación ambiental. 5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada".

<sup>264</sup> VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, ano 10, n. 43, p. 6, 2013.

de Ministros), que estaria composta por representantes das três principais jurisdições invocadas. (Tradução nossa).<sup>265</sup>

Nas decisões de 24 e 30 de agosto de 2006, a Corte Suprema admitiu a participação como terceiros interessados do Defensor Público e quatro ONG's – nos termos do artigo 90 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação. Estes terceiros solicitaram que os governos e as empresas demandadas levassem a cabo as ações necessárias para por fim de forma imediata nas atividades contaminantes e para restaurar o dano ambiental provocado à bacia do rio. Em 20 de março de 2007, o tribunal decidiu aceitar a participação como terceira interessada de mais uma ONG, nos mesmos termos.<sup>266</sup>

No seu pronunciamento de 23 de fevereiro de 2007, a Corte ressaltou a falta de elementos necessários para tomar uma decisão sobre a factibilidade do plano. (Tradução nossa).<sup>267</sup>

Assim, após várias audiências públicas nas quais se requereu informação sobre o plano, a Corte ordenou fosse produzido um parecer de factibilidade geral do mesmo, o que ficou a cargo da Universidade de Buenos Aires. Na data de 22 de agosto de 2007 a Corte voltou a tratar do tema, avançando mais nas especificações e dispôs que a demandada encarregada do plano informasse de modo concentrado, claro e acessível para o público em geral, uma quantidade de pontos específicos sobre o plano proposto a fim de melhorar o controle público e tomar uma decisão sobre o tema. Enquanto isso, o plano começou a ser executado.<sup>268</sup>

Na sentença de 8 de julho de 2008, a Corte Suprema resolveu de modo definitivo a pretensão dos autores sobre a recomposição e prevenção do dano ambiental. (Tradução nossa).<sup>269</sup> Condenou a ACUMAR, o Estado Nacional, a cidade de Buenos Aires e a Província de Buenos Aires a tomar diversas medidas com a finalidade de recompor o meio ambiente e evitar que produzam maiores danos no futuro. Segundo explicou a própria Corte, a condenação e tais medidas são consideradas como parte de “mandato de cumprimento obrigatorio para los demandados” cujo conteúdo específico foi diagramado pelo próprio tribunal no uso de suas atribuições conferidas pela Constituição Nacional e a Lei Geral do Ambiente nº 25.675. Chama a atenção que

---

<sup>265</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 221.

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>268</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 138.

<sup>269</sup> LORENZETTI, *op. cit.*, p. 222.

apesar da Corte ter invocado a Constituição Nacional e a Lei Geral do Ambiente como fundamento de sua competência para determinar o conteúdo do mandato, ao mesmo tempo evitou citar artigo algum de tais normas ou especificar por quais princípios e diretrizes políticas dentre aquelas estava fazendo alusão. Tampouco se encontra na sentença algum tipo de doutrina ou jurisprudência (local ou estrangeira) que possa ser de utilidade como fonte de referência. Não obstante, é possível advertir que a estrutura e o objeto da decisão comungam em grande medida com os contornos que adquirem as *structural injunctions* no sistema estadunidense. (Tradução nossa).<sup>270</sup>

Consoante ressalta Francisco Verbic,

El contenido de este mandato fue estrictamente delimitado por la Corte, quien se ocupó de subrayar que su sentencia “se orienta hacia el futuro” y se circunscribe a fijar ‘criterios generales’ para cumplir con el objeto de la pretensión. En este punto puede advertirse una consciente autorrestricción de parte de la CSJN, quien puso de manifiesto expresamente la necesidad de evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación de los otros poderes del Estado. Es por ello que el mandato obligatorio dejó en manos de los demandados la elección de las acciones concretas que fueran necesarias para cumplir los objetivos allí trazados.<sup>271</sup>

Os critérios gerais fixados pela Corte foram precisados como integrantes de um “programa” que foi considerado como necessário para garantir a eficácia na implementação da sentença. As principais características do conteúdo de dito programa foram resumidas pela CSJN nos seguintes termos: “um comportamento definido com precisión técnica, la identificación de um sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitian el control periódico de sus resultados y una amplia participación em el control”. (Tradução nossa).<sup>272</sup>

Importa salientar que a Corte delegou<sup>273</sup> o processo de execução da sentença ao Juizado Federal de Primeira Instância de Quilmes, a quem também facultou a

---

<sup>270</sup> VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, ano 10, n. 43, p. 12, 2013.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>273</sup> “Esta delegación de la ejecución de la sentencia em manos de otros jueces o bien sujetos que operan en calidad de oficiales de la Corte (officers of the Court o Special Masters) es una práctica frecuente en los Estados Unidos de América. VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: AA.VV. “**Libro de ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados - XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal**”. Madrid: Ed. La Ley, 2013.

fixação das multas diárias derivadas do descumprimento do programa, (Tradução nossa)<sup>274</sup> e além disso, a CSJN estabeleceu um sistema de monitoramento e controle sobre a execução da sentença, o qual é exercido com uma forte participação de ONG's. (Tradução nossa).<sup>275</sup>

Conforme refere Verbic, esse sistema tem dois pilares fundamentais. Por um lado, o tribunal designou a Auditoria Geral da Nação o propósito de controlar especificamente a alocação de fundos e a execução do orçamento de tudo o que tenha relação com o programa, e autorizou os juízes da execução a apresentar todos os questionamentos que considerassem necessários com relação ao controle orçamentário e a sua execução. Por outro lado, e com o objetivo claro de fortalecer a participação cidadã no processo, o tribunal conferiu ao Defensor Público da União o caráter de “coordenador” de um corpo colegiado formado pelas diversas ONG's aceitas como terceiras na causa. Este grupo tem por objetivo: i) recolher sugestões dos cidadãos e dar o trâmite adequado. li) receber informações atualizadas; e iii) formular pedidos concretos perante à Autoridade de Cuenca para melhor atingir o objetivo proposto. (Tradução nossa).<sup>276</sup>

Verbic refere que a situação da bacia Matanza-Riachuelo dista de ser a ideal e ainda há muito por fazer, porém as melhoras logradas na zona contaminada graças a este processo são muito importantes. Neste contexto, refere o processualista argentino, poderíamos ver “Mendoza” como um exemplo de que os juízes podem levar adiante decisões como esta se tomam a decisão de fazê-las. (Tradução nossa).<sup>277</sup>

A implementação do caso gerou e continua gerando diversos problemas e questionamentos, mas também um diálogo institucional contínuo entre o Poder Judiciário e a Administração. (Tradução nossa).<sup>278</sup>

### 3.2 BRASIL: A POSSIBILIDADE DE MEDIDAS ESTRUTURANTES NA ÁREA DA SAÚDE POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

<sup>274</sup> VERBIC, Francisco. El caso "Mendoza" y la implementación de la sentencia colectiva. **Revista Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, n. 336, fasc. 5, p. 4, 2008.

<sup>275</sup> VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, ano 10, n. 43, p. 17, 2013.

<sup>276</sup> VERBIC, *op. cit.*, p. 6-7.

<sup>277</sup> VERBIC, *op. cit.*, p. 30.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 30.

Aproximando-se do final deste trabalho, após o estudo de diversos pontos necessários à compreensão do que se propôs a dissertar, este item é dedicado ao fechamento do trabalho.

A par do panorama atual do direito à saúde, bem como após ter estudado as medidas estruturantes, por meio do seu famoso *leading case* e do Caso Mendoza da Argentina, neste ponto, voltamo-nos a responder a pergunta formulada no início do trabalho: “Existe a possibilidade de o Judiciário brasileiro determinar medidas estruturantes na seara da saúde por meio da Ação Civil Pública?”

A resposta a este questionamento será expressa nas próximas linhas.

### 3.2.1 A Ação Civil Pública

A ação civil pública é certamente um dos meios processuais modernos e democráticos de maior importância. Surgiu primordialmente para viabilizar a defesa daqueles direitos sem autor, na feliz expressão de Cappelletti, ou, em outras palavras, daqueles que, por não possuírem um titular específico e identificável, ou serem de difícil judicialização individual acabavam ficando alijados da tutela judicial, não obstante expostos a toda sorte de atentados próprios de um mundo massificado e altamente espoliador.<sup>279</sup>

Tal remédio encontra-se disciplinado na Lei 7.347 de 1985, sendo que é no art. 1º que estão dispostos os objetos da referida lei. Veja-se:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística.
- VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.
- VIII – ao patrimônio público e social.<sup>280</sup>

---

<sup>279</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 29.

<sup>280</sup> BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

Em linhas gerais, a ACP busca defender o patrimônio público, bem como os direitos difusos e coletivos. Ela acarreta ao agente atingido pelo seu conteúdo a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.<sup>281</sup>

Em verdade, a ação civil pública é tida como um marco na construção de uma estrutura legislativa sem-par, de causar inveja à doutrina estrangeira, e capaz, do ponto de vista processual, de dar aplicação prática aos anseios da Constituição de 1988, não somente com relação à defesa dos direitos coletivos, como ainda no que concerne à defesa coletiva de direitos individuais.<sup>282</sup>

Consoante refere Lúcia Valle Figueiredo, anteriormente à Constituição de 1988, grande foi o esforço doutrinário, por não se ter construção sólida, para vencer a estrutura clássica processual garantidora apenas do direito individual, e, sobretudo, vencer as amarras do art. 6º do CPC<sup>283</sup>. Esse artigo (que dispõe sobre a substituição processual) trazia sérios entraves, pois estaria a vedar postulações de direitos, que não fossem próprios, a não ser em casos específicos e determinados por lei.<sup>284</sup>

Como já apontava Barbosa Moreira no seu ensaio sobre a ação popular publicado no Brasil em 1977, “a estrutura clássica do processo civil, tal como subsiste na generalidade dos ordenamentos de nossos dias, corresponde a um modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente a situações de conflito de interesses individuais” ao tempo em que advertia para a indispensabilidade de “um trabalho de adaptação, que afeiçoe às realidade atuais o instrumento forjado nos antigos moldes”. Dava início o brilhante processualista, com tal publicação, a uma série de outros ensaios que terminaram por afirmar a base teórica e a reflexão que resultariam nas alterações legislativas que atualmente garantem uma posição mundial de vanguarda para o Brasil.<sup>285</sup>

---

<sup>281</sup> “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.” BRASIL, **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>282</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 17.

<sup>283</sup> “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em 28 maio 2015.

<sup>284</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública: Gizamento constitucional e legal. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 346.

<sup>285</sup> MOREIRA, 1977 apud GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 25.

Essa posição de vanguarda do Brasil em relação aos instrumentos processuais coletivos é reconhecida por ninguém menos do que o argentino Ricardo Lorenzetti em sua obra *Justicia Colectiva*, quando afirma: “El desarrollo de las acciones colectivas en Brasil es muy avanzado y constituye un ejemplo en el Derecho Comparado. Existe una enorme cantidad de decisiones y de comentarios jurídicos de gran solidez”.<sup>286</sup>

Cumprir esclarecer que antes da LACP, a proteção dos direitos difusos no Brasil resumia-se àqueles que se podiam enquadrar no amplo conceito de patrimônio público da Lei da Ação Popular, compreendendo não apenas os bens de valor econômico de entes públicos ou controlados pelo Poder Público, como os de valor artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º da Lei 4.717/1965) e ao meio ambiente (Lei 6.938/1981). No primeiro caso, qualquer cidadão era legitimado (e só ele, não obstante sua evidente hipossuficiência diante dos prováveis réus) para a defesa em juízo do patrimônio público e, no segundo momento, somente o Ministério Público. Havia previsão de extensão dos limites da coisa julgada, exceto em caso de improcedência por falta de provas (art. 18 da Lei 4.717/1965), regra que hoje prevalece, mas o provimento judicial só podia anular o ato (ação popular) ou determinar a indenização e reparação do mal causado ao meio ambiente (art. 14 da Lei 6.938/1981); era, pois, tão somente corretivo e não supletivo ou preventivo como convém à adequada defesa dos direitos coletivos, cujo perecimento muitas vezes produz graves e irreversíveis danos à sociedade.<sup>287</sup>

Nas palavras do presidente da Corte Suprema da Argentina, “la acción civil pública ha sido el eje central de las acciones colectivas en el Derecho brasileño [...]”.<sup>288</sup>

Conforme dispõe o art. 5º da referida Lei, os legitimados a propor a referida ação são: I) o Ministério Público<sup>289</sup>, II) a Defensoria Pública, III) União, Estados,

---

<sup>286</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 55.

<sup>287</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édis (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 25.

<sup>288</sup> LORENZETTI, *op. cit.*, p. 57.

<sup>289</sup> Cumpre destacar que Hugo Nigro Mazzili, autor clássico de obras voltadas ao Ministério Público, esclarece que se a ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, “estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o enfoque puramente doutrinário, será chamá-la de *ação civil pública*. Mas se tiver sido proposta por qualquer outro colegitimado, mais correto denomina-la de *ação coletiva*.” MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65.

Distrito Federal e os Municípios, IV) a autarquia, a empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V) a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.<sup>290</sup>

Os parágrafos do referido artigo rezam ainda que o Ministério Público, se não intervir como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (§ 1º); fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes (§ 2º); em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (§ 3º); o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (§ 4º); Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei (§ 5º); Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (§ 6º).<sup>291</sup>

Cumprido referir que o art. 129, § 1º da Constituição Federal também faz menção à Ação Civil Pública e aos legitimados para sua proposição, senão veja-se:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.<sup>292</sup>

Ademais, os artigos 6º e 7º da referida Lei, rezam ainda que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público,

---

<sup>290</sup> BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.” (art. 6º) E “se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.” (art. 7º)<sup>293</sup>

Mas o que realmente interessa ao presente estudo é o inciso V do art. 5º da Lei da ACP. Isso porque é ele que enaltece a legitimação de entidades associativas na defesa de interesses coletivos e difusos.

Cumprе ressaltar que a legitimação processual destas entidades associativas vem prevista na Constituição Federal no art. 5º, XXI, na forma de representação, para tanto sendo necessária a expressa autorização de seus filiados: e no inciso LXX, no forma de substituição processual, e nesse caso a organização sindical, entidade de classe ou associação deve estar legalmente constituída há pelo menos um ano.<sup>294</sup>

O que se vislumbra é que os cidadãos que vivem nas comunidades mais carentes e são vítimas da omissão reiterada do Poder Público em efetivar o direito à saúde, por exemplo, aquelas comunidades que reivindicam há muitos anos a construção de um posto de saúde ou uma Unidade de Pronto Atendimento, poderiam constituir uma associação com os fins exigidos pela Lei e a partir disso utilizar-se do legítimo e democrático instrumento que é a ação civil pública para pleitear em juízo a defesa dos interesses coletivos de seu grupo, mais especificamente, exigindo a implantação de uma unidade de saúde na sua comunidade.

Como se sabe, no Brasil, a ação civil pública foi consagrada como instrumento de defesa dos chamados “interesses difusos e coletivos”. Nos termos da própria Lei especial, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. É, portanto, amplíssimo o objeto da ação civil pública na ordem jurídica brasileira, estando a sua utilização condicionada, fundamentalmente, apenas a própria definição do conceito jurídico co indeterminado relativo aos “interesses difusos e coletivos”.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>294</sup> SCATEZZINI. Ana Maria. Ação civil pública. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

<sup>295</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 151.

Em vista disso, especialmente do que consta no art. 3º da referida Lei, entende-se que esta comporta uma medida estruturante. Mas, antes de aprofundar-se na ideia discorrida, tendo em vista o art. 19 da Lei da ACP<sup>296</sup> e mais ainda, a possibilidade da ação civil pública tutelar uma obrigação de fazer ou não fazer, faz-se imprescindível, estudar, ainda que em apertada síntese, a subsidiariedade do CPC nesta espécie de ação.

### 3.2.1.1 A Subsidiariedade do CPC na Ação Civil Pública

O art. 19 da Lei 7.347 de 1985 assim preceitua: “Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”.<sup>297</sup>

Ora, extrai-se desta disposição legal, a subsidiariedade do Código de Processo Civil em relação à Ação Civil Pública, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Sobre este enfoque e tendo em vista a já referida disposição do art. 3º da Lei da ação civil pública, entende-se que é importante analisar com mais detalhe as tutelas de fazer do art. 461 do atual Código de Processo Civil. Isto porque, a sua posição no objeto de estudo do presente trabalho é mais do que importante.

Por outro lado, tendo em vista a aprovação do Novo Código de Processo Civil<sup>298</sup> que entrará em vigor no próximo ano, entende-se também que é muito importante, analisar um artigo que se relaciona muito bem com a ideia defendida no presente trabalho, qual seja, o art. 139, IV.

São estas análises que se passa a fazer.

#### 3.2.1.1.1 As Tutelas de Fazer

O artigo 461, *caput*, do Código de Processo Civil dispõe que:

---

<sup>296</sup> “Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições. BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>297</sup> *Ibid.*

<sup>298</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.<sup>299</sup>

E o artigo 461-A assim disciplina: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”.<sup>300</sup>

Analisando-se preliminarmente tais dispositivos, percebe-se que são de natureza aberta, dando azo a atuação do julgador de acordo com os critérios e as necessidades do caso concreto.

Em livro especializado sobre o assunto, Guilherme Puchalski Teixeira refere que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e o respectivo surgimento de leis voltadas à melhor proteção dos grupos sociais ou de determinada categoria de direitos foi também acompanhada de procedimentos adaptados às particularidades do direito material posto em causa – o que explica o surgimento do modo diferenciado de tutela dos direitos não pecuniários (direito de exigir um fazer, um não fazer ou a entrega de coisa), conforme artigos 461 e 461-A do CPC.<sup>301</sup>

Cumprido esclarecer que tais dispositivos foram introduzidos em nosso ordenamento com o primeiro ciclo de reformas do Código de Processo Civil, por meio da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, em consonância com os ideais constitucionais, tendo seus idealizadores compreendido a evolução que era necessária quanto ao direito processual em vista da nova Constituição.

Para Guilherme Puchalski, é natural que o processo dos tempos atuais deva dar guarida aos valores consagrados pela ordem constitucional vigente, por isso surgiram procedimentos específicos para dar suporte a estes, a exemplo da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) que alberga a defesa dos direitos de natureza coletiva em geral, que é um exemplo de inovação processual voltada à tutela e preservação dos valores socioculturais expressos na ordem constitucional vigente.<sup>302</sup>

Não por acaso se verifica uma tendência metodológica atual pautada no reconhecimento e na aceitação dos influxos constitucionais sobre o processo, no

---

<sup>299</sup> BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>300</sup> *Ibid.*

<sup>301</sup> TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 44.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 44.

sentido de enxergar o processo como instrumento a serviço dos valores expressos na ordem constitucional.<sup>303</sup>

Na verdade, consoante expõe Desirê Bauermann, prega-se atualmente que o processo civil somente produzirá decisões legítimas se estiverem de acordo com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, observados também os valores nela incorporados.<sup>304</sup>

No Novo Código de Processo Civil, essa orientação é, inclusive, positivada, determinando o seu art. 1º que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.<sup>305</sup>

Ademais, o mesmo diploma, no art. 8º, estabelece que

ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.<sup>306</sup>

Por outro lado, exige-se que seja viável a concretização das decisões prolatadas pelo Judiciário, garantido ao titular do direito o seu recebimento na prática. E diante disso, apenas adequando as formas de execução da decisão judicial emitida para efetivamente atender às exigências da obrigação de fazer ou não fazer que especificamente buscamos fazer cumprir, observando necessariamente tanto os direitos fundamentais garantidos pela Constituição como os valores que encerra, teremos um processo que culminará numa decisão legítima.<sup>307</sup>

Consoante já se destacou, nos Estados Unidos, Owen Fiss, justifica o uso das medidas estruturantes com o argumento de que a propositura de tais ações e o deferimento das medidas exigidas pelo caso concreto para o seu atendimento não tem por objetivo simplesmente eliminar violações, mas efetivar os valores

---

<sup>303</sup> TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>304</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 99.

<sup>305</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>306</sup> *Ibid.*

<sup>307</sup> BAUERMANN, op. cit., p. 100.

constitucionais.<sup>308</sup>

Com base nesse posicionamento, Owen Fiss admite as mais variadas medidas para concretizar a decisão judicial que reestrutura entidades do Estado para torná-las de acordo com a Constituição; a escolha de uma ou outra medida diante do caso concreto levará em conta uma série de fatores, dentre os quais deverá atender à necessidade de obter o melhor julgamento do juiz sobre a forma mais adequada para se eliminar a ameaça aos valores constitucionais em jogo, senão veja-se o que afirma o próprio Owen Fiss em sua obra:

O juiz deve buscar a ‘melhor’ medida judicial, mas uma vez que seu julgamento deve incorporar essas considerações irrestritas, como eficácia e justiça, e na medida em que a ameaça e o valor constitucional que dão origem à intervenção não podem ser definidos com grande precisão, a adequação da escolha particular da medida judicial não pode ser arguida com certeza. A medida deve estar sempre aberta à revisões, mesmo sem a demonstração exigida tradicionalmente para modificação de uma decisão, qual seja, a de que a primeira escolha está causando uma séria adversidade. Uma revisão será justificável se a medida não for eficaz ou for desnecessariamente onerosa.<sup>309</sup>

Doug Rendleman partilha tal entendimento, afirmando que

os cidadãos devem usufruir os direitos constitucionais de fato, e não substituídos por dinheiro. [...] O Judiciário apenas protege os direitos constitucionais efetivamente por meio da concessão de uma *injunction* que procure assegurar que o cidadão usufrua os direitos de fato. (Tradução nossa).<sup>310</sup>

Ora, o que se quer afirmar em concordância com Desirê Bauermann, é que tal argumento também é válido no direito brasileiro, pois a jurisdição tem por fim, além de solucionar controvérsias, garantir que os valores constitucionais sejam consolidados. E apenas em se permitindo a adoção das mais variadas medidas executivas estaríamos possibilitando o atendimento ao direito fundamental da parte

<sup>308</sup> “O objeto da medida estrutural não é eliminar a “violação” no sentido implícito no princípio determinante, mas eliminar a ameaça imposta pela organização aos valores constitucionais”. [...] FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 90.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 92-93.

<sup>310</sup> “Citizens ought to enjoy constitutional rights in fact, not money substitutes. [...] Courts can effectuate constitutional rights only by granting an injunction that seeks to assure that the citizen enjoys the rights in fact”. RENDLEMAN, Doug. The death of the irreparable injury rule. **Michigan Law Review**, [S.l.], n. 1642, May 1992. Disponível em: <www.lexisnexis.com>. Acesso em: 21 jun. 2015.

de ter à sua disposição procedimentos processuais aptos a permitir que receba aquilo que lhe foi garantido.<sup>311</sup>

Na verdade, a lógica de tudo isso diz respeito ao fato de que não basta que as constituições declarem os direitos fundamentais dos cidadãos, deve haver a possibilidade deles serem efetivamente respeitados e realizados, sendo para tanto imprescindível o estabelecimento de garantias de ordem jurisdicional e processual, para que eles possam ser vindicados. Do contrário, tais direitos seriam mera letra morta de lei, sem nenhuma utilidade para aquele a favor de quem foram instituídos<sup>312</sup>, em verdadeiro descompasso com o Estado Democrático de Direito.

Vale referir que inclusive o art. 4º do Novo Código de Processo Civil, prevê que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”<sup>313</sup>, sendo que tal disposição revela o cuidado do legislador em atentar não só para que a parte obtenha decisão favorável, mas que ela transforme a realidade.<sup>314</sup>

Em verdade, é necessário que o processo não se limite a reconhecer o direito, devendo, além disso, ser apto a tutelá-lo adequadamente dentro de um prazo razoável e entregando na prática ao credor o que é o seu direito.<sup>315</sup>

Voltando ao tema por nós submetido a estudo, qual seja, o art. 461 do CPC, que regula o procedimento para obtenção do cumprimento de decisões que determinam um fazer ou não fazer, inicialmente impende ressaltar que ao contrário do que uma exegese literal poderia aparentar, a tutela específica não está restrita às obrigações contratuais, aplicando-se a toda e qualquer conduta exigível por decorrência de lei (dever legal). Em outras palavras, a tutela *ex art. 461* abrange não apenas os negócios jurídicos, mas todo e qualquer dever legalmente previsto, a exemplo justamente do que ocorre na Ação Civil Pública, em que a sua maior aplicação se volta à tutela de direitos não negociais.<sup>316</sup>

Consoante leciona Guilherme Puchalski Teixeira em livro especializado sobre o assunto, “a expressão “obrigação”, na forma utilizada pelo art. 461, assume conotação

---

<sup>311</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 101.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 101-102.

<sup>313</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>314</sup> BAUERMANN, *op. cit.*, p. 102.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>316</sup> TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 131-132.

ampla a abranger a imposição de deveres legais e obrigacionais, relativos ou absolutos”.<sup>317</sup>

A extensão do art. 461 e a quantidade de normas contidas em seus seis parágrafos, que se aplicam subsidiariamente à Lei especial da ação civil pública, dão conta de uma diversidade de mecanismos a compor complexo procedimento a serviço da obtenção da tutela específica dos direitos.<sup>318</sup>

Ora o art. 461 do CPC:

- i) autoriza a busca de medidas que possibilitem o alcance de ‘resultado prático equivalente’ àquele que seria obtido caso a obrigação tivesse sido voluntariamente cumprida (art. 461, *caput*)
- ii) permite o deferimento de tutela antecipada caso haja ‘justificado receio de ineficácia’ do provimento final (art. 461, parágrafo 3º)
- iii) faculta ao juiz, de ofício ou diante de requerimento da parte, a imposição de multa diária para coagir o réu a cumprir a obrigação, desde que ‘suficiente ou compatível com a obrigação’ (art. 461, parágrafo 4º);
- iv) permite o uso, para o alcance da efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, de ‘medidas necessárias’ para tanto (art. 461, parágrafo 5º).<sup>319</sup>

Vale registrar que a escolha por conceitos abertos nesse tema é plenamente justificável. Isto porque a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer pode envolver muitas e variadas situações, impondo-se a possibilidade de adoção das mais diversas formas executivas para atendê-las na prática, sob pena de ver frustrado o intuito do(s) credor(es) de receber o quanto lhe(s) é devido tal como reconhecido na decisão judicial.

Para ilustrar o que se afirma, como exemplos de obrigação de não fazer podemos indicar a de não revelar segredo industrial e a de não poluir. E, como obrigações de fazer, temos desde a obrigação de um pintor realizar a pintura de uma parede, até a de o Estado garantir o acesso à saúde, como fornecer medicamentos aos cidadãos<sup>320</sup> e construir unidades de atendimento à saúde da população, exemplo que interessa ao presente trabalho.

Importa ressaltar que a maioria dos direitos/deveres individuais e coletivos garantidos pelo artigo 5º da Constituição Federal, assim como os direitos sociais

<sup>317</sup> TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 243.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>319</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 106-107.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 107.

previstos no artigo 6º da referida Carta, envolvem obrigações de fazer ou não fazer, donde está incluso o direito à saúde conferido aos cidadãos brasileiros.<sup>321</sup>

Ora, a par destas colocações, torna-se viável compreender porque os dispositivos em questão possuem natureza aberta. Na verdade, é impossível que meios executivos iguais sejam adequados para atender tanto a determinação de um empreiteiro finalizar a construção de um prédio quanto a outra que imponha ao Estado o dever de construir escolas, contratar professores e viabilizar o acesso de crianças de uma região geográfica específica a essa escola, a fim de cumprir o seu dever de garantir educação a todos os cidadãos.<sup>322</sup>

Vale registrar que ao não limitarem à simples declaração do direito, os provimentos voltados ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa legitimam ordens diretas ao réu para que venha a realizar pessoalmente a conduta desejada pelo ordenamento, de modo a dispensar o ajuizamento de processo de execução executivo subsequente.<sup>323</sup>

Para reforçar a imperatividade dos comandos mandamentais, a fim de repercutir decisivamente sobre a vontade do réu, foi prevista a possibilidade de cominação da multa de que trata o §4º do art. 461.<sup>324</sup>

A imposição de tal multa está autorizada em caso de descumprimento de ordem imposta em sentença ou decisão interlocutória, constituindo meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento jurisdicional, por ato próprio, a sofrer as consequências do inadimplemento.<sup>325</sup>

Neste sentido, importa destacar que as sentenças referentes às tutelas de fazer, não fazer e entregar coisa, possuem eficácia mandamental e executiva.

Na verdade, consoante refere Guilherme Puchalski Teixeira:

A previsão de mecanismos de *coerção e sub-rogação*, com vistas à reprodução do resultado específico desejado pelo Direito e reconhecido judicialmente, consagraram o reconhecimento de duas novas modalidades de eficácia: a mandamental e a executiva. Tais modalidades têm em comum a capacidade de prescindir de processo

---

<sup>321</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 107-108.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>323</sup> TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 156.

<sup>324</sup> *Ibid.*

<sup>325</sup> *Ibid.*

de execução subsequente, atuando concretamente no plano dos fatos tão logo *eficaz* o provimento.<sup>326</sup>

A eficácia mandamental traduz-se pela emissão de ordem direta ao jurisdicionado a fim de que venha observar determinada conduta, eventualmente reforçada com a imposição da multa<sup>327</sup> de que trata o § 1º do art. 461 do CPC. Já a eficácia executiva *lato sensu* apresenta-se como mecanismo apto a gerar o resultado específico desejado por meio de medidas de execução direta (sub-rogatórias), que prescindam da vontade do demandado para a sua efetivação.<sup>328</sup>

Cumprе ressaltar que o Novo Código de Processo Civil brasileiro, mantém a redação da maioria dos dispositivos legais referentes à tutela dos direitos não pecuniários, à exceção de pontuais inovações<sup>329</sup>

Essencialmente, cumpre esclarecer que o art. 461, *caput*, corresponde ao art. 497, *caput*, no Novo Código de Processo Civil, e o art. 498 deste novo *codex*, corresponde ao atual art. 461-A do Código de Processo Civil, senão veja-se as novas redações:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.<sup>330</sup>

Não se poderia deixar de registrar que as obrigações de fazer e não fazer do nosso direito processual muito se assemelham às *injunctions*<sup>331</sup> americanas, que são ordens judiciais que exigem que o réu faça ou deixe de fazer determinada atividade, sob a ameaça de pagamento de multa ou prisão, e são emitidas quando a compensação monetária não for suficiente para proteger o direito do autor e uma das

<sup>326</sup> TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 242.

<sup>327</sup> Especificamente sobre o tema das *astreintes* no Processo Civil brasileiro ver: AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do art. 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>328</sup> TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 242-243.

<sup>329</sup> Nesse sentido, ao analisar o então projeto de um Novo Código de Processo Civil, *Ibid.*, p. 224-237.

<sup>330</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>331</sup> Sobre o tema das "*injunction*" ver, em especial: FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Londres: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/injunction.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

espécies de *injunction* é justamente a “*structural injunction*” que são decisões judiciais que implicam o envolvimento dos tribunais na determinação e implementação de políticas públicas, a fim de garantir o cumprimento da legislação vigente.<sup>332</sup>

### 3.2.1.1.2 O art. 139 do Novo CPC

Afora, a manutenção das disposições referentes às tutelas de fazer, que por si só comportam a possibilidade de medidas estruturantes no Brasil, consoante entendimento expressado por Desirê Bauermann<sup>333</sup>, é de se salientar que o inciso IV do art. 139 do novo diploma processual civil consente ainda mais para que os juízes brasileiros exarem decisões que comportem medidas estruturantes, senão veja-se a disposição legal:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.<sup>334</sup>

Tal dispositivo encontra-se situado no Título IV – Do juiz e dos auxiliares da justiça, mais especificamente, no Capítulo I - Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz.

Assim, conforme refere J. E. Carreira Alvim em “Comentários ao Novo Código de Processo Civil – vol. II, essa norma legaliza os atos de força determinados pelo juiz, que já se compreendem no seu *imperium*, ínsito poder jurisdicional desde os tempos do pretor romano, para fazer cumprir as decisões judiciais.<sup>335</sup>

Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que a regra se destina tanto a ordens instrumentais (aquelas dadas pelo juiz no curso do processo, para permitir a decisão final, a exemplo de ordens instrutórias no processo de conhecimento, ou das ordens

<sup>332</sup> BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 27-29.

<sup>333</sup> “Verificamos, assim, que há uma abertura do sistema processual brasileiro para recepcionar as medidas utilizadas no direito norte-americano para fazer valer decisões que determinem um fazer ou não fazer, mormente em virtude do art. 461 do CPC adotar expressamente a tipicidade dos meios executórios para se obter o cumprimento de decisões judiciais que as reconheçam como devidas.” *Ibid.*, p. 196.

<sup>334</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

<sup>335</sup> ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao novo código de processo civil**: lei 13.105/15: arts. 82 ao 148. Curitiba: Juruá, 2015. v. 2, p. 331.

exibitórias na execução) como a ordens finais (consistentes nas técnicas empregadas para a tutela da pretensão material deduzida).<sup>336</sup>

Visando esclarecer as tais medidas contempladas pelo dispositivo em questão, cumpre referir que as medidas indutivas são aquelas que sugerem uma penalidade, como a imposição de uma multa; as coercitivas são aquelas que importam na imposição de coerção sobre a vontade da parte, consistente, por exemplo, na prisão civil por dívida alimentar; as mandamentais, as que importam numa ordem ou determinação relativamente a uma obrigação de dar, fazer, ou não fazer, e as medidas sub-rogatórias são as que permitem ao juiz substituí-las por uma medida suficiente para atender à pretensão, como acontece, por exemplo, com a decisão que manda o Poder Público expedir uma Certidão Negativa de Débito (CND), valendo como tal a decisão judicial, enquanto não for expedida a administrativa.<sup>337</sup>

Essas medidas, obviamente, têm o objetivo de assegurar a efetivação da decisão judicial, mas muito mais do que isso, a tutela efetiva do direito pleiteado.<sup>338</sup>

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a intenção deste preceito é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias.<sup>339</sup>

Na verdade, o art. 139 como um todo, traduz um juiz comprometido com a efetividade do processo e numa postura conhecida como ativismo judicial,<sup>340</sup> o que agrega mais força ainda, à possibilidade da adoção de medidas estruturantes no processo civil brasileiro.

### 3.2.2 Repensando a Utilidade da Ação Civil Pública na Tutela Coletiva da Saúde

Uma vez analisados os contornos acerca do direito à saúde, desde a evolução histórica do conceito até a sua positivação como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, bem como, depois de estudados todos os pontos correlatos às medidas estruturantes, chega-se a análise específica do presente trabalho, que diz respeito a um repensar a utilidade da ação civil pública no Brasil,

---

<sup>336</sup> MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85.

<sup>337</sup> ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao novo código de processo civil**: lei 13.105/15: arts. 82 ao 148. Curitiba: Juruá, 2015. v. 2, p. 331.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>339</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 85.

<sup>340</sup> ALVIM, *op. cit.*, p. 326.

sugerindo-se a possibilidade de medidas estruturantes em nosso país por meio desta na área da saúde.

Deste modo é que, importa recordar que o direito à saúde é direito fundamental social positivado na nossa Carta maior de 1988.

Por outro lado, insta repisar que quase vinte e sete anos após a promulgação da referida Carta<sup>341</sup>, a efetiva realização do direito à saúde mediante políticas públicas pelos entes estatais é que se mostra um dos maiores desafios de nosso País.

Nas palavras de Lenio Streck, “a Constituição ainda deve ‘constituir-a-ação’, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado [...]”.<sup>342</sup>

Ou como refere Marco Félix Jobim, “aqui no Brasil, criou-se um hiato de inefetividade sem precedentes pelas promessas advindas com a Constituição Federal de 1988 e o que realmente vem ocorrendo no plano dos fatos”.<sup>343</sup>

A inércia dos Poderes Legislativo e Executivo em relação ao seu papel na concretização dos direitos proclamados na Constituição Federal, dentre eles o direito à saúde, tem transferido para o Judiciário, a resolução de questões que, tradicionalmente, eram resolvidas no âmbito social e político.

---

<sup>341</sup> Alinne Cardim Alves e Juliana Cristina Borcat em artigo publicado no livro organizado por Marco Félix Jobim e Maurício Martins Reis chegam a afirmar que: “Após uma experiência de mais de 25 anos, a Constituição brasileira encontra-se no auge da sua crise”. ALVES, Alinne Cardim; BORCAT, Juliana Cristina. *Judicialização dos Direitos Fundamentais*. In: REIS, Maurício Martins; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Justiça constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 24.

<sup>342</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 171.

<sup>343</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 172. Sobre o tema vale também nos reportarmos a este interessante trecho que se extrai da obra de Calmon de Passos, que revela que o célebre doutrinador já tinha ciência da situação vivenciada pelos brasileiros à época da sua obra e sobre o que ainda estaria por vir, no tocante às promessas dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, senão veja-se:

*“E como me sinto gratificado por ter advertido, logo após a Promulgação da Constituição Federal de 1988, que ela incidira em um pecado capital, contradizendo-se substancialmente, por haver enunciado generosamente direitos fundamentais, sem haver organizado o Estado em consonância com esta proclamação, nem disciplinado adequadamente a dimensão procedimental dos direitos fundamentais, tirando aqui o que, ilusoriamente, concedera ali. Por isso somos apenas titulares de uma cidadania tutelada, como proclamei, ou de uma cidadania de papel, como também já foi dito. Sem esquecer o pecado capital de termos tentado organizar, politicamente, um país inexistente, não o Brasil real.”* PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 78.

Ora, se o cidadão ou os cidadãos se veem privados do direito assegurado constitucionalmente, possui(em) ele(s) diversos mecanismos jurídicos para manejar demanda contra o Estado e exigir a prestação positiva, consoante restou estudado.

Como se viu, a ação civil pública é um destes instrumentos postos a favor da população como ferramenta de defesa dos chamados “interesses difusos e coletivos”, sendo que nos termos da própria Lei especial, a ACP poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, donde se ressalta a subsidiariedade do CPC na referida legislação.

Vale notar que a ACP converteu o espaço judicial em arena para discussão de políticas públicas, já que na ação coletiva o que se discute é o interesse de uma comunidade, e não a aplicação de normas a relações individuais.<sup>344</sup>

Vimos que o art. 5º da Lei 7.347/85 prevê uma lista de legitimados para proporem a ACP, mas o mais importante para o presente estudo é o inciso V do referido artigo. Isso porque é ele que enaltece a legitimação de entidades associativas na defesa de interesses coletivos e difusos.

Ora, entende-se que a Ação Civil Pública juntamente com as tutelas de fazer, não fazer e entregar coisa previstas no atual CPC e mantidas na nova legislação processual civil, que entrará em vigor no próximo ano, são dispositivos legais que possibilitam o ingresso do modelo de decisão judicial estadunidense iniciado na década de 50 do século passado na Corte de Warren e da doutrina de Owen Fiss para o direito brasileiro, sendo que o art. 139 do Novo Código de Processo Civil amplia ainda mais esta possibilidade.

Sabe-se que a ação civil pública já vem sendo utilizada em solo pátrio como instrumento para alcançar a concretização de direitos sociais, em geral, não só o direito à saúde.

A Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, no ano de 2013, proferiu julgamento inédito pelo qual determinou ao Município de São Paulo a criação de cento e cinquenta mil vagas em creches e pré-escolas da Capital dentro de três anos. Cinquenta por cento deveriam ser criadas nos primeiros dezoito meses e o restante até o final de 2016. Os julgadores determinaram ainda que a municipalidade incluísse na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino referente à educação infantil; apresentasse ao Judiciário, no prazo de 60 dias, plano

---

<sup>344</sup> RODOVALHO, Maria Fernanda de. *Ativismo Judicial e proteção de direitos*. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* (Org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodvim. 2013. p. 492.

de ampliação de vagas e construção de unidades de educação infantil; e apresentasse semestralmente relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito de cumprimento da obrigação imposta.<sup>345</sup>

A decisão foi proferida em apelação<sup>346</sup> da relatoria do desembargador Walter de Almeida Guilherme, em que entidades ligadas à educação e aos direitos humanos requeriam por parte da Prefeitura a construção de novas unidades e a disponibilização de vagas em número suficiente para o atendimento da demanda na capital paulista.<sup>347</sup>

Vale ressaltar que antes de proferir a decisão, em iniciativa pioneira, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, convocou e realizou várias audiências públicas para o caso.

A primeira delas foi realizada no dia 29 de agosto de 2013. Na oportunidade, em nome do TJSP, falou o decano da instituição, desembargador Walter de Almeida Guilherme, que dissertou sobre a responsabilidade do Poder Judiciário em assegurar os Direitos Constitucionais, dentre eles a educação. Além dele e de outras autoridades, neste primeiro dia de audiência, a oratória ficou a cargo de 17 pessoas, dentre elas representantes de associações, comunidades, institutos e demais organizações que lidam com o tema, como também do Ministério Público, Defensoria Pública, Prefeitura, secretarias, magistrados, professores e especialistas da área que expuseram a realidade da educação infantil na capital paulista, apresentaram estatísticas, sugeriram alternativas, enfim, contribuíram com informações sobre a matéria. Outras audiências ocorreram na sequência desta até o julgamento acima descrito.<sup>348</sup>

Registre-se que na consulta on-line ao processo verifica-se que o mesmo está em segredo de justiça e por isso não se obteve maiores informações a respeito do que se sucedeu após a decisão proferida. Ao que parece, pelo histórico de

---

<sup>345</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Câmara Especial determina que Prefeitura de São Paulo crie novas vagas para educação infantil**. São Paulo, 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=21193>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

<sup>346</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível n º 0150735-64.2008.8.26.0002**. Apelante: A. E. A. P. e I e outros. Apelado: Município de São Paulo. Relator: Desembargador Decano. São Paulo, 16 de dezembro de 2013.

<sup>347</sup> SÃO PAULO, *op. cit.*

<sup>348</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **TJSP inicia audiência pública sobre vagas na educação infantil na capital**. São Paulo, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19610>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

movimentações, o mesmo foi alvo de recurso especial e recurso extraordinário que ainda não foram alvo de julgamento.

Importa notar que, neste caso, foram determinadas medidas estruturantes e em vista das audiências realizadas e da forma como ocorreu a decisão, esta, muito se assemelha ao caso *Brown*, e assim subsidia a sustentação de que há possibilidade de se operarem as medidas estruturantes no Brasil em sede de ação civil pública, quando está-se diante de notória e reiterada omissão do Poder Público em relação a determinada política necessária à efetivação de algum direito fundamental.

Importa ressaltar que a ação foi proposta diante da omissão do ente estatal e por entidades do terceiro setor, consoante restou vinculado na notícia no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, o que muito se assemelha a ideia do presente estudo, em que se defende que, diante da notória omissão estatal na área da saúde, poderiam os cidadãos de determinada localidade ou bairro, por meio de uma associação constituída, ajuizar ação civil pública em face do Poder Público para pleitear a construção de um posto de saúde na sua comunidade, por exemplo.

Insta registrar que em no Estado do Rio Grande do Sul, mais precisamente na 4ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, decisão semelhante à do Tribunal de São Paulo, foi proferida pela juíza Rosana Broglio Garbin em 13 de dezembro de 2013.<sup>349</sup>

Ao julgar ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Município de Porto Alegre, visando aumentar o número de vagas na rede de abrigos para atendimento à população em situação de rua e a criação de pensão protegida destinada a portadores de transtorno mental em situação de desamparo, a magistrada julgou procedente o feito e condenou o Município de Porto Alegre ao cumprimento da obrigação de fazer consistente na geração e implementação de vagas para pessoas em situação de rua, em estabelecimentos com plenas condições de funcionamento, na forma a seguir escalonada: em até 365 dias, duas Casas Lares para Idosos e duas Repúblicas; em até 730 dias, mais duas Repúblicas e um Abrigo para Famílias em situação de rua, e uma Casa de Cuidados Transitórios; em até 1.095 dias, triplicar o número de vagas

---

<sup>349</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central. **Processo nº 001/1.07.0074827-3**. Autor: Ministério Público. Réu: Município de Porto Alegre. Juíza Rosana Broglio Garbin. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

existentes em residências terapêuticas tipo 1. Em caso de não cumprimento dos prazos estabelecidos, fixou multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), por cada estabelecimento não instalado. E, por fim, condenou o Município de Porto Alegre a inserir verba adequada ao atendimento da determinação, no orçamento público dos anos que se seguirem, pertinentes aos prazos fixados, sob pena de multa diária no valor de R\$ 3.000,00, em caso de não observância da determinação, a contar de cada apresentação orçamentária, nomeando os autores da ação como fiscais quando da apresentação das propostas orçamentárias anuais.<sup>350</sup>

No relatório da sentença, a magistrada refere que “várias tentativas foram realizadas para a criação de vagas em albergues e pensões abrigadas destinadas às pessoas em situação de rua, com muito pouco resultado, em especial com relação ao aumento do número de vagas.” Por outro lado, alude a julgadora que “a nova visão do direito administrativo e as ações tendentes à efetivação dos direitos fundamentais, cada vez mais abrem espaço para a ingerência do Judiciário. É assim atualmente com a chamada ‘judicialização da saúde’, pela qual, em atendimento às decisões judiciais, a Administração Pública dá atendimento efetivo às políticas públicas na área da saúde.” E conclui: “Assim, diante da omissão administrativa comprovada, não há como esse juiz alterar sua posição, já manifestada em decisões anteriores e se furtar na indicação da necessária política pública que deve ser observada.”<sup>351</sup>

Ora, a sentença diz respeito a uma obrigação de fazer, determinada em sede de ação civil pública, sendo cristalino que se está diante de uma “*structural injunction*” levada a efeito em vista da notória omissão do Estado em efetivar políticas públicas para abranger o atendimento de pessoas em situação de rua.

Ademais, insta mencionar que ao se realizar uma simples pesquisa na internet, por meio do site de buscas Google, diversas outras notícias de julgamentos semelhantes que ocorreram Brasil afora foram encontradas, especialmente em relação ao direito à saúde dos cidadãos que é o tema deste trabalho, senão vejamos algumas manchetes: “*Sentença judicial obriga Município de Jacobina a construir*

---

<sup>350</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central. **Processo nº 001/1.07.0074827-3**. Autor: Ministério Público. Réu: Município de Porto Alegre. Juíza Rosana Broglio Garbin. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

<sup>351</sup> *Ibid.*

*UPA e Central de Regulação do SAMU*<sup>352</sup>, “*Justiça manda construir sistema de água potável aos índios em MS*”<sup>353</sup>, “*Justiça manda Funasa construir Posto de Saúde em aldeia*”<sup>354</sup>, “*Juiz determina construção de abrigo para crianças e adolescentes em situação de risco em Anori*”<sup>355</sup>, “*Juiz manda Prefeitura construir centros para dependentes*”<sup>356</sup>, “*Juiz suspende exames e manda construir um IML em Parnaíba*”<sup>357</sup>

Ora, vê-se que as medidas estruturantes não só são concebíveis em nosso país, como elas já vêm ocorrendo.

Consoante restou consignado já na introdução deste trabalho, o estudo das medidas estruturantes é ainda muito tímido em solo pátrio. Todavia, grandes nomes como Marco Félix Jobim, Sérgio Cruz Arenhardt e Humberto Dalla Bernardina já se debruçaram sobre o assunto e defendem a possibilidade da sua aplicação.

Na sua tese de doutorado, Marco Félix Jobim sustenta que existe a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de seus ministros, dentro dos parâmetros delineados na Constituição Federal de 1988, tornar-se normatizador no sistema brasileiro.<sup>358</sup> Ora, o referido autor defende que há a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal determinar medidas estruturantes em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

---

<sup>352</sup> SENTENÇA judicial obriga Município de Jacobina a construir UPA e Central de Regulação do SAMU. **Tribuna da Bahia**, Bahia, 05 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.tribunada bahia.com.br/2011/07/05/sentenca-judicial-obriga-municipio-de-jacobina-a-construir-upa-e-central-de-regulacao-do-samu>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

<sup>353</sup> JUSTIÇA manda construir sistema de água potável aos índios em MS. **G1**: Mato Grosso do Sul, 11 jul. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2014/07/justica-manda-construir-sistema-de-agua-potavel-aos-indios-em-ms.html>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

<sup>354</sup> PEIXOTO, Paulo. **Justiça manda Funasa construir posto de saúde em aldeia**. São Paulo, 05 abr. 2005. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/en/noticias?id=15023f>>. Acesso em 12 jun. 2015. Texto postado no site Povos Indígenas no Brasil.

<sup>355</sup> CAMPELLO, Gisele. Juiz determina construção de abrigo para crianças e adolescentes em situação de risco em Anori. **Tribunal de Justiça do Amazonas**, Manaus, 19 mar. 2014. Disponível em: <[http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6085:juiz-determina-construcao-de-abrigo-para-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-risco-em-anori&catid=340:ct-cij-noticias-comunicados&Itemid=449](http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6085:juiz-determina-construcao-de-abrigo-para-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-risco-em-anori&catid=340:ct-cij-noticias-comunicados&Itemid=449)>. Acesso em: 12 jun. 2015.

<sup>356</sup> BLUMENSCHNEIN, Camila. Juiz manda Prefeitura construir centros para dependentes. **O popular**, Goiânia, 03 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.opopular.com.br/editorias/cidades/juiz-manda-prefeitura-construir-centros-para-dependentes-1.351875>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

<sup>357</sup> JUÍZ suspende exames e manda construir um IML em Parnaíba. **Piauí**, 10 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.donodanoticia.com/juiz-suspende-exames-e-manda-construir-um-impl-em-parnaiba-042747.html>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

<sup>358</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21.

Defende Marco Félix Jobim que são nos desvios comissivos e omissivos dos demais Poderes que o Judiciário deve atuar, sempre nos parâmetros textualmente constitucionalizados, aplicando-os hermeneuticamente.<sup>359</sup>

Destaca o referido autor que a inserção do Poder Judiciário nos demais Poderes, por meio do ativismo judicial, não decorre simplesmente de uma força maior deste frente aos demais, mas sim do próprio ordenamento jurídico que concede à sociedade a busca de políticas públicas e demais atos e condutas quando o Executivo ou o Legislativo não cumprem corretamente o seu papel.<sup>360</sup>

Alega o citado autor que a Constituição Federal não pode virar texto morto. Dotada de valores indispensáveis ao ser humano, precisa que seu texto, transformado em norma, seja efetivado, tanto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como pela própria sociedade e que o direito à efetividade da Constituição, por si só, autorizaria a importação da teoria estadunidense, pois, em consonância com o mais básico sentimento constitucional: o da sua concretização.<sup>361</sup>

Já Sérgio Cruz Arenhart, que define medidas estruturantes como forma de decisão judicial em que é necessária alguma alteração institucional, entende que o processo brasileiro está apto a utilizá-las, ainda que se imponha uma releitura de institutos comuns ao processo.<sup>362</sup>

Na verdade o autor refere que “mais do que apenas a potencialidade para o emprego da medida, é fácil constatar exemplos claros de medidas claramente associadas aos provimentos estruturais no direito brasileiro” e vai ainda mais longe quando afirma:

Ainda que timidamente, aparecem já, aqui e ali, alguns exemplos de decisões estruturais. Esse surgimento, aliás, era de ser esperado, na medida em que esses provimentos são uma necessidade de qualquer sistema que pretenda lidar com casos complexos, especialmente ligados ao Poder Público e a políticas públicas. De fato, os provimentos estruturais não são apenas uma categoria abstrata, sem maiores repercussões na campo prático; são uma necessidade para qualquer sistema processual em que se admita a intervenção em políticas públicas [...]<sup>363</sup>

---

<sup>359</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 118.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 191-192.

<sup>362</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, Decisões estruturais no direito processual brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, n. 225, nov. p. 389-410. 2013.

<sup>363</sup> *Ibid.*

De fato, é isso que ocorre, consoante se pode corroborar com os casos que foram citados anteriormente.

Em conclusão, o autor, cauteloso, menciona que talvez alguém imagine que os provimentos estruturais sejam uma perigosa, e por isso indesejada, ferramenta posta à disposição do Judiciário e refere que não há dúvida de que a amplitude que essas medidas podem assumir importam, efetivamente, um risco, na medida em que se oferece ao magistrado um poder que não encontra limites prévios dados pelas partes.<sup>364</sup>

No entanto, sinala que daí não deve resultar o receio no emprego desses mecanismos. De um lado, porque, como já visto, eles já são amplamente empregados na praxe brasileira, para diversas situações carentes de tutela. De outro, porque essa técnica é uma necessidade para muitos interesses, que não podem ser protegidos pela via regular do “tudo ou nada” da tutela jurisdicional tradicional.<sup>365</sup>

Arenhart defende que

é preciso um juiz que, consciente de seu papel e prudente no exercício da jurisdição, tenha condições de oferecer à sociedade uma solução factível e razoável, no sentido de refletir da melhor maneira possível os valores públicos que devem ser o fim último da jurisdição.<sup>366</sup>

Já Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Victor Augusto Côrtes ao analisar as medidas estruturantes sob a ótica da efetividade das decisões judiciais, referem que o que se busca com as medidas estruturantes nada mais é que o melhor atendimento às necessidades da sociedade.<sup>367</sup>

Os referidos autores destacam o ativismo judicial, mencionando que este cresce na mesma proporção em que os outros poderes não conseguem atribuir ao jurisdicionado criações legislativas que possam modificar o ambiente que o

---

<sup>364</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, Decisões estruturais no direito processual brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, n. 225, nov. 2013.

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 389-410.

<sup>367</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEES, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

desagrada. Assim, alertam que não se pode falar em sobreposição do Judiciário em relação aos outros Poderes.<sup>368</sup>

E concluem os referidos autores afirmando que resta claro que o direito brasileiro é compatível com este instituto, que apesar de ter nascido no sistema da *Common Law*, pode-se aplicá-lo no sistema da *Civil Law*, sem prejuízo nenhum, reiterando que as medidas estruturantes buscam a efetividade máxima do *decisum*.<sup>369</sup>

Em síntese, entendem que o magistrado ativista é o que o Estado Constitucional precisa para que se implemente as normas da Constituição da República de 1988, salientando que as medidas estruturantes trazem maior eficácia ao mandamento judicial, fazendo com que a sociedade possa desfrutar da realização dos preceitos constitucionais.<sup>370</sup>

Não se poderia deixar de citar ainda, o entendimento de Desirê Bauermann, apresentado em sua tese de doutorado que abordou um estudo comparado entre as obrigações de fazer ou não fazer no Brasil e Estados Unidos. Em conclusão ao seu trabalho, a autora refere o seguinte: “no que tange à concessão de *structural injunctions*, podendo o juiz se valer da intervenção judicial para dar cumprimento à mesma, temos que o direito brasileiro permite a sua utilização (art. 461 do CPC e Lei 8884/94). Todavia, muito temos a colher da experiência norte-americana de reestruturar instituições públicas para que ajam de acordo com os valores constitucionais.”<sup>371</sup>

Ressalta a referida autora que, primeiro, é necessária a observância de uma série de fatores, para que a intervenção judicial seja bem sucedida, dos quais o principal é o envolvimento da sociedade e do Judiciário na obtenção do cumprimento da decisão na prática. Sem um Judiciário atuante e sem a consciência da comunidade de que o agir determinado imprescindível para que a Constituição

---

<sup>368</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

<sup>369</sup> *Ibid.*

<sup>370</sup> *Ibid.*

<sup>371</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 197.

Federal seja observada, a probabilidade de obtermos decisões que não produzam resultado apto a alterar a realidade social é enorme.<sup>372</sup>

Ora, diante destes posicionamentos e de todo o mais que restou exposto na presente dissertação, resta afirmar que entende-se que é possível a adoção de medidas estruturantes na seara da saúde no Brasil por meio da ação civil pública nos casos de notória omissão do Poder Público, quando, por exemplo, cidadãos que vivem nas comunidades mais carentes e são vítimas da inércia do Poder Público em efetivar o direito à saúde – que foram alvos de diversas promessas de construção de um posto de saúde ou da implantação de sistema de água e esgoto, por exemplo - poderiam constituir uma associação com os fins exigidos pela Lei e a partir disso, utilizarem-se do legítimo e democrático instrumento que é a ACP para, pleitear em juízo, a defesa dos interesses coletivos de seu grupo, exigindo a implantação da política pública de saúde.

Deve-se atentar para o fato de que as vias judiciais coletivas atuam como uma verdadeira ferramenta de participação cidadã no controle da coisa pública e como um canal de acesso ao diálogo institucional de certos grupos desfavorecidos que buscam tutelar direitos vulnerados por ações e omissões estatais. Grupos que, por razões de diversa índole, muitas vezes não encontram espaço adequado para a discussão e resolução de seus problemas na órbita dos poderes majoritários (Tradução nossa)<sup>373</sup> e a sugestão deste trabalho vai totalmente de encontro a esta constatação.

Além disso, importa lembrar que “decidir sobre temas ligados à saúde significa decidir sobre a vida, sobre o bem viver da sociedade”,<sup>374</sup> e assim é inegável a importância de dar respostas às demandas da população nesse sentido.

É evidente que as decisões que consignam medidas estruturantes decorrem de uma postura ativista do juiz, e, nesse sentido, faz-se imprescindível consignar

---

<sup>372</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

<sup>373</sup> VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: AA.VV. “**Libro de ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados - XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal**”. Madrid: Ed. La Ley, 2013. p. 8-9.

<sup>374</sup> VIAL, Sandra. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 192.

que falamos aqui em ativismo judicial como atuação contra as omissões dos demais Poderes.

Em um cenário político-institucional de elevada burocratização, de progressiva judicialização das relações sociais e de crescente distanciamento da relação entre Estado e cidadão, o ativismo judicial positivo corrobora, em caráter de exceção, para a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição.<sup>375</sup>

Na esteira do que sustenta Anderson Teixeira, um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc.

A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam outros Poderes. O problema com esta sorte de postura se verificaria se o intérprete substituísse a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição. Por outro lado, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever.<sup>376</sup>

De outra sorte, vale registrar, se as omissões do Executivo e do Legislativo legitimam o Judiciário a intervir na tutela dos direitos fundamentais, não se pode esquecer que a legitimidade política do Judiciário em si impede que ele se torne o regular promotor dos objetivos fundamentais da República brasileira.<sup>377</sup> Os juízes devem exercer essa tarefa com responsabilidade e se limitar a atuar no marco das competências que lhe foram constitucionalmente asseguradas.<sup>378</sup>

É possível encontrar toda sorte de críticas ao ativismo judicial na doutrina, a principal delas, diz respeito ao entendimento de que o Judiciário estaria abraçando

---

<sup>375</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jun 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 jun 2015.

<sup>376</sup> *Ibid.*

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: AA.VV. “**Libro de ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados - XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal**”. Madrid: Ed. La Ley, 2013. p. 23.

competências constitucionais que digam respeito a outros poderes. Ao criticar, em especial as posturas normativistas de política contrárias ao “ativismo judicial”, José Rodrigo Rodriguez afirma que estas carregam consigo uma compreensão limitada do código próprio do direito, não por último da própria Constituição Federal de 1988. Refere o autor que, na verdade, tais visões procuram limitar normativamente o âmbito de aplicação do direito e representam um verdadeiro desastre para o pensamento crítico e para a dinâmica das forças sociais progressistas.<sup>379</sup>

Consoante leciona Anderson Teixeira:

Mais importante do que estabelecer uma definição conceitual dogmaticamente precisa de ativismo judicial ou então bradar contra toda e qualquer espécie sua, devemos reconhecer que se trata de uma patologia constitucional cada vez mais necessária – desde que seja na sua vertente positiva –, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado.<sup>380</sup>

Ora, o que fariam os cidadãos de uma comunidade carente que há anos aguarda pela instalação de um posto de saúde ou de um sistema de água e esgoto prometido pelo Poder Público?

Vale lembrar que as pessoas que ali vivem são titulares do direito à saúde, constitucionalmente assegurado a todos os brasileiros. Assim, se os Poderes Executivo e Legislativo mantêm-se inerte à efetivação do direito destas pessoas não haveria o que fazer? A Constituição permaneceria como letra morta?

Hipoteticamente, a partir de um critério de negação, o que ocorreria se também o Judiciário decidisse abandonar uma postura pró-ativa e passasse a se omitir diante das ofensas aos direitos fundamentais que muitas vezes são perpetradas pelo próprio Estado? A quem restaria recorrer?<sup>381</sup>

Ao fazer uma reflexão sobre este questionamento, a par de tudo o que restou exposto, certamente não restam dúvidas de que o uso das medidas estruturantes no Brasil, da forma como sugerida, a fim de efetivar o direito à saúde, é legítimo e se justifica.

<sup>379</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 188-189.

<sup>380</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jun 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 jun. 2015.

<sup>381</sup> *Ibid.*

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista de que a conclusão desta dissertação, propriamente dita, restou delineada nas últimas linhas e também, por não parecer adequado realizar uma repetição detalhada das diversas conclusões obtidas ao longo do trabalho, impõe-se referir topicamente as conclusões de maior relevância, a saber:

O conceito de saúde atravessa a história. De mera ausência de doença, passa a ser vista como algo relacionado com várias outras condições, especialmente com o bem estar completo da pessoa, a partir do conceito revolucionário da OMS.

A saúde é um dos principais direitos que integra o rol dos direitos sociais. Devidamente consagrados no plano do direito constitucional de cada Estado, os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais que, no entanto, se distinguem dos direitos de primeira dimensão em vista da necessidade de prestações positivas por parte do Estado.

O ideário construído ao longo do século XX de fundamentalização dos direitos sociais trouxe enormes desafios para o Estado. Grande parte dos direitos sociais ainda não saiu do papel e outros foram implantados apenas parcialmente, como é o caso do direito à saúde no Brasil.

A saúde só foi reconhecida como direito fundamental social no Brasil na Constituição Federal de 1988.

Na Constituição de 1988, o direito à saúde está positivado nos artigos 6º e 196. De tais dispositivos, depreende-se que a saúde é direito fundamental social e ao Estado é atribuído o dever de prestá-la à população. Compreendem-se por Estado, nesse contexto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tratando-se de competência comum.

A efetivação do direito garantido constitucionalmente depende de ações por parte dos entes estatais, por meio de políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação e da saúde.

Além do aporte de recursos necessários, o sucesso de uma política pública exige organização, planejamento, execução e avaliação constante das ações direcionadas ao atendimento das demandas sociais.

O fato de todos os entes federativos terem suas atribuições em relação ao direito à saúde, na prática, revela-se uma dificuldade de implementação. Consoante

ensina Têmis Limberger, por vezes, se a responsabilidade é de todos, acaba não sendo de ninguém, havendo um eximir-se recíproco de responsabilidades.

O entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que os direitos sociais não podem ser letra morta na Constituição Federal e que as normas que os preveem não são meramente programáticas e assim a sua efetivação deve ser planejada e executada pelos entes estatais através das políticas públicas.

Todavia, é público e notório que o direito à saúde está longe de ser efetivado em *terrae brasilis*. Faltam hospitais, unidades de pronto atendimento, investimentos em saneamento básico e prevenção de doenças, aprimoramento das listas de medicamentos disponibilizados pelo Poder Público, ampliação de leitos em hospitais, dentre outras tantas carências verificadas no sistema de saúde do Brasil.

Diante da omissão estatal, pode o cidadão brasileiro demandar judicialmente o Poder Público para ver efetivado o direito à saúde.

Há diversos meios à disposição dos cidadãos para postularem juridicamente nesse sentido. As demandas podem ser tanto individuais, como coletivas. Um dos mais importantes instrumentos para tanto e para o qual se voltou a presente dissertação, é a ação civil pública.

A *structural reform* tem suas raízes nos anos 50 e 60 do século passado, quando a Suprema Corte estadunidense estava sob a presidência de Earl Warren e realizou-se um extraordinário esforço para colocar em prática a decisão no famoso caso *Brown versus Board of Education*.

A *structural reform* ou medida estruturante se constitui uma forma de decisão judicial caracterizada pelo caráter de dar efetividade aos valores constitucionais e, principalmente, por implicar um encontro entre o Judiciário e as burocracias estatais.

O caso *Brown v. Board of Education* serviu de marco para se reconhecer as medidas estruturantes, entendendo-se que cabe, sim, ao Poder Judiciário determinar a adoção de políticas públicas para garantir o cumprimento dos valores constitucionalmente garantidos em caso de omissão dos outros Poderes.

O caso *Mendoza* confirma a possibilidade de adoção de medidas estruturantes para além da Suprema Corte Estadunidense, sendo um exemplo interessantíssimo da atuação do Poder Judiciário diante da omissão estatal, para garantir os valores expressados na Constituição.

No Brasil, a ação civil pública é um dos instrumentos postos a favor da população como ferramenta de defesa dos chamados “interesses difusos e

coletivos”, sendo que nos termos da própria Lei especial, a ACP poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, donde se ressalta a subsidiariedade do CPC na referida legislação.

A extensão do art. 461 e a quantidade de normas contidas em seus seis parágrafos, que se aplicam subsidiariamente à Lei especial da ação civil pública, dão conta de uma diversidade de mecanismos a compor complexo procedimento a serviço da obtenção da tutela específica dos direitos.

As obrigações de fazer e não fazer do nosso direito processual muito se assemelham às *injunctio*s americanas, que são ordens judiciais que exigem que o réu faça ou deixe de fazer determinada atividade, sob a ameaça de pagamento de multa ou prisão, e são emitidas quando a compensação monetária não for suficiente para proteger o direito do autor e uma das espécies de *injunctio* é exatamente a “*structural injunctio*” que é uma espécie de decisão judicial que implica o envolvimento dos tribunais na determinação e implementação de políticas públicas, a fim de garantir o cumprimento da legislação vigente.

No Novo Código de Processo Civil – que entrará em vigor no próximo ano, estão mantidas as disposições referentes às tutelas de fazer, que por si só comportam a possibilidade de medidas estruturantes no Brasil. Contudo, o inciso IV do art. 139 do novo diploma processual civil consente ainda mais para que os juízes brasileiros exarem decisões que comportem medidas estruturantes, ao dispor sobre medidas que têm o objetivo de assegurar a efetivação da decisão judicial, mas muito mais do que isso, a tutela efetiva do direito pleiteado.

O art. 5º da Lei da ACP prevê uma lista de legitimados para proporem a ACP, dentre eles encontram-se as entidades associativas.

Entende-se que a Ação Civil Pública juntamente com as tutelas de fazer, não fazer e entregar coisa previstas no atual CPC e mantidas na nova legislação processual civil, que entrará em vigor no próximo ano, são dispositivos legais que possibilitam o ingresso do modelo de decisão judicial estadunidense iniciado na década de 50 do século passado na Corte de Warren e da doutrina de Owen Fiss para o direito brasileiro, sendo que o art. 139 do Novo Código de Processo Civil amplia ainda mais esta possibilidade.

A ação civil pública já vem sendo utilizada em solo pátrio como instrumento para alcançar a concretização de direitos sociais, em geral, não só o direito à saúde, a exemplo da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo relativa a vagas para

educação infantil, bem como da decisão da 4ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, relativa a abrigos para pessoas em situação de rua, sendo que sentença diz respeito a uma obrigação de fazer, determinada em sede de ação civil pública, ficando evidente que se está diante de uma “*structural injunction*” levada a efeito em vista da notória omissão do Estado em efetivar as competentes políticas públicas.

A adoção de medidas estruturantes na seara da saúde no Brasil é possível por meio da ação civil pública nos casos de notória omissão do Poder Público, quando, por exemplo, cidadãos que vivem nas comunidades mais carentes e são vítimas da inércia do Poder Público em efetivar o direito à saúde – que foram alvos de diversas promessas de construção de um posto de saúde ou da implantação de sistema de água e esgoto, por exemplo - poderiam constituir uma associação com os fins exigidos pela Lei e a partir disso, utilizarem-se do legítimo e democrático instrumento que é a ACP para, pleitear em juízo, a defesa dos interesses coletivos de seu grupo, exigindo a implantação da política pública de saúde.

As vias judiciais coletivas atuam como uma verdadeira ferramenta de participação cidadã no controle da coisa pública e como um canal de acesso ao diálogo institucional de certos grupos desfavorecidos que buscam tutelar direitos vulnerados por ações e omissões estatais. Grupos que, por razões de diversa índole, muitas vezes não encontram espaço adequado para a discussão e resolução de seus problemas na órbita dos poderes majoritários e a sugestão deste trabalho vai totalmente de encontro a esta constatação.

O estudo das medidas estruturantes é ainda muito tímido em solo pátrio. Todavia, grandes nomes como Marco Félix Jobim, Sérgio Cruz Arenhardt e Humberto Dalla Bernardina já se debruçaram sobre o assunto e defendem a possibilidade da sua aplicação.

Definitivamente, a ação civil pública juntamente com as tutelas de fazer, não fazer e entregar coisa e, no novo diploma processual civil, com as medidas do art. 139, possibilitam o ingresso das medidas estruturantes em solo brasileiro, devendo e operar este tipo de decisão nos casos de notória omissão na formulação ou execução de políticas públicas pelo Poder Público.

Os juízes devem exercer essa tarefa com responsabilidade e se limitar a atuar no marco das competências que lhe foram constitucionalmente asseguradas.

Não se pode esquecer que a legitimidade política do Judiciário em si impede que ele se torne o regular promotor dos objetivos fundamentais da República brasileira.

Deve-se reconhecer que o ativismo judicial se faz necessário – desde que seja na sua vertente positiva –, para a proteção do cidadão contra omissões ou excessos do Estado.

Afinal, de que adianta ter o direito à saúde constitucionalmente garantido e universalizado se ele não se efetiva no plano dos fatos?

Como já assinalava Jhering no século XIX, “o direito existe para se realizar, a realização é a vida e a verdade do direito”.

## REFERÊNCIAS

- AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994.
- ALVES, Alinne Cardim; BORCAT, Juliana Cristina. Judicialização dos Direitos Fundamentais. In: REIS, Maurício Martins; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Justiça constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao novo código de processo civil: lei 13.105/15: arts. 82 ao 148**. Curitiba: Juruá, 2015. v. 2.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ARENHART, Sérgio Cruz, Decisões estruturais no direito processual brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **M. 1569. XL**: Mendoza, Beatriz y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Daños y Prejuicios. Fallos 329:2316. Buenos Aires, 20 de junio de 2006. Disponível em: <<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=604413>>. Acesso em: 13 maio 2015.
- BARBOSA, Jeferson Ferreira. **Direito à saúde e solidariedade na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <[http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [S.l., 2013. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2013.
- BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- BLUMENSCHHEIN, Camila. Juiz manda Prefeitura construir centros para dependentes. **O popular**, Goiânia, 03 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.opopular.com.br/editorias/cidades/juiz-manda-prefeitura-construir-centros-para-dependentes-1.351875>>. Acesso em: 12 jun. 2015.
- BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. **Lei nº 8080/90, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 855.178-SE**. Reclamante: União. Reclamado: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15319097113&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de tutela antecipada nº 175 /CE - CEARÁ**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente). Julgamento: 17 de março de 2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.E175.NUME.\)OU\(STA.ACM.S.ADJ2175.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.E175.NUME.)OU(STA.ACM.S.ADJ2175.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 31 maio 2014.

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

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

CAMPELLO, Gisele. Juiz determina construção de abrigo para crianças e adolescentes em situação de risco em Anori. **Tribunal de Justiça do Amazonas**, Manaus, 19 mar. 2014. Disponível em: <[http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6085:juiz-determina-construcao-de-abrigo-para-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-risco-em-anori&catid=340:ct-cij-noticias-comunicados&Itemid=449](http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6085:juiz-determina-construcao-de-abrigo-para-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-risco-em-anori&catid=340:ct-cij-noticias-comunicados&Itemid=449)>. Acesso em: 12 jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed., rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010.

COMBS, Michael W.; COMBS, Gwendolyn. Revisiting Brown v. Board of Education: a cultural, historical-legal, and political perspective. **Management Department Faculty Publications, Paper**, [S.l.], n. 48. 2005. Disponível em: <[http://digitalcommons.unl.edu/management\\_ntfacpub/48](http://digitalcommons.unl.edu/management_ntfacpub/48)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Brasil tem mais de 250 mil processos na área da saúde**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Em sete anos justiça do RS defere 94% das ações relacionadas ao direito à saúde**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24927-em-sete-anos-justica-do-rs-defere-94-das-acoes-relacionadas-ao-direito-a-saude>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FEINMAN, Jay M. **Supreme Court Decisions**. New York, Pinguin Books, 2012. p. 102-103.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública: Gizamento constitucional e legal. In: MILARÉ, Édis (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure**. New York: Foundation Press, 2003.

FISS, OWEN. **El derecho como razón pública**. Traducción de: Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Londres: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/injunction.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

FISS, Owen. **Troubled beginnings of the modern state, 1888-1910**. New York: Cambridge University Press, 2006. v. 8: History of the Supreme Court of the United States.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

FUHRMANN, Italo Roberto. **“Judicialização” dos direitos sociais e o direito à saúde**: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília, DF: Consulex, 2014.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferraira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Paula; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

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

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOLUBOFF, Risa L. Brown v. Board of Education ant The Lost Promise of Civil Rights. In: GILLES, Myriam E.; GOLUBOFF, Risa L. **Civil rights stories**. New York: Foundation Press, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba editora, 1943. v. 3, p. 16.

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

JUIZ suspende exames e manda construir um IML em Parnaíba. Piauí, 10 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.donodanoticia.com/juiz-suspende-exames-e-manda-construir-um-impl-em-parnaiba-042747.html>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

JUSTIÇA manda construir sistema de água potável aos índios em MS. **G1**: Mato Grosso do Sul, 11 jul. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2014/07/justica-manda-construir-sistema-de-agua-potavel-aos-indios-em-ms.html>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

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

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LÜDKE, Wellington Eduardo. **Políticas públicas de saúde e a tensão entre os poderes**: fortalecimento da via administrativa para harmonização de conflitos. 2012. f. 36. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, 2012.

MAAS, Rosa Helena; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais: algumas estratégias. **Unoesc International Legal Seminar**, Chapecó, v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4382>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

McNEESE, Tim. **Brown v. Board Education**. New York: Chelsea House, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 151.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, Alinie da Matta Moreira. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORGANIZAÇÃO PAN-MAERICANA DE SAÚDE (OPAS). Washington, 2015. Disponível em: <<http://www.paho.org/593B07BF-B201-4C72-AB44-B16967263196/FinalDownload/DownloadId-D78C0F8DE7924229AD65315A4B721902/593B07BF-B201-4C72-.AB44-B16967263196/saludenlasamericas/docs/sa-2012-resumo.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2015.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

PACHECO, Cláudio. **Tratado das constituições brasileiras**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEIXOTO, Paulo. **Justiça manda Funasa construir posto de saúde em aldeia**. São Paulo, 05 abr. 2005. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/en/noticias?id=15023f>>. Acesso em 12 jun. 2015. Texto postado no site Povos Indígenas no Brasil.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920>>. Acesso em: 28 maio 2015.

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

RENDLEMAN, Doug. The death of the irreparable injury rule. **Michigan Law Review**, [S.l.], n. 1642, May 1992. Disponível em: <[www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com)>. Acesso em: 21 jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central. **Processo nº 001/1.07.0074827-3**. Autor: Ministério Público. Réu: Município de Porto Alegre. Juíza Rosana Broglio Garbin. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

RODOVALHO, Maria Fernanda de. Ativismo Judicial e proteção de direitos. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* (Org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodvim. 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível nº 0150735-64.2008.8.26.0002**. Apelante: A. E. A. P. e I e outros. Apelado: Município de São Paulo. Relator: Desembargador Decano. São Paulo, 16 de dezembro de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Câmara Especial determina que Prefeitura de São Paulo crie novas vagas para educação infantil**. São Paulo, 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=21193>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **TJSP inicia audiência pública sobre vagas na educação infantil na capital**. São Paulo, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19610>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SAÚDE. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [S.l.], 02 maio 2015. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%Bade>>. Acesso em: 10 maio 2015.

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

SCATEZZINI, Ana Maria. Ação civil pública. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZ, Germano; DUARTE, Francisco Carlos; SOUZA, Alex Caldas de. A estrutura do direito à saúde no Brasil e sua juridicização no transcorrer do século XX: da lei Eloy Chaves à Constituição Federal de 1988. In: BERWANGER, Jane Lucia WILHELM; Folmann, Melissa (Org.). **Previdência social nos anos 90 da Lei Eloy Chaves**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SCHWARTZ, Germano; RACTZ, Juliana. O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas. **Revista Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas**, Santo Ângelo, ano 6, n. 9, p. 159, nov. 2006.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.

SENTENÇA judicial obriga Município de Jacobina a construir UPA e Central de Regulação do SAMU. **Tribuna da Bahia**, Bahia, 05 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.tribunada bahia.com.br/2011/07/05/sentenca-judicial-obriga-municipio-de-jacobina-a-construir-upa-e-central-de-regulacao-do-samu>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade positivista. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, 2006. n. 93, v. 1.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jun 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 jun 2015.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial**: gerenciamento das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: AA.VV. “**Libro de ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados - XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal**”. Madrid: Ed. La Ley, 2013.

VERBIC, Francisco. El caso "Mendoza" y la implementación de la sentencia colectiva. **Revista Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, n. 336, fasc. 5, p. 4, 2008.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, año 10, n. 43, p. 6, 2013.

VIAL, Sandra. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Análise de políticas de saúde. In: GIOVANELLA, Lúgia et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions**: summaries of leading cases in U.S constitutional law. 15. ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão, risco e saúde**: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais. Curitiba: Juruá, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Constitution of the World Health Organization**: basic documents, WHO, Genebra, 1946. Disponível em: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2015.