
Notas sobre o tema de Repercussão Geral n. 698 do Supremo Tribunal Federal

Carla Carrubba

Carla Carrubba é Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, desde 2003. Atua, há 20 anos, com tutela coletiva da saúde. Mestre e Doutoranda em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz (ENSP-FIOCRUZ). Professora convidada no Curso de Especialização em Direitos Humanos da PUC-RJ. Membro do Grupo de Pesquisa Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo – UERJ, vinculado à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e integrante da ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo. Pesquisa, atualmente, assuntos relacionados à judicialização da saúde e processos estruturais. E-mail: carlacarrubba@hotmail.com

Inês Andreiuolo

Inês Andreiuolo ingressou no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 1993 e, atualmente, é Procuradora de Justiça, tendo sido Assessora de Recursos Constitucionais, entre os anos de 2012 e 2022, com larga experiência na elaboração e acompanhamento de recursos perante as Cortes Superiores. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: ines@mprj.mp.br

Resumo

O presente trabalho busca revelar, por meio da jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal, os parâmetros que devem ser aplicados ao tema de repercussão geral n. 698 desta Corte, que condicionam a intervenção do Poder Judiciário na política de saúde. O estudo identifica duas balizas impostas ao Poder Judiciário pela sistemática dos precedentes judiciais: (i) a vedação à proteção insuficiente de direitos constitucionalmente assegurados; (ii) os standards técnicos e a regulação da política de saúde. Sugere, ao final, com base nos precedentes do STF e de Cortes internacionais, a supervisão judicial e a cooperação judiciária interinstitucional como métodos de jurisdição aptos a operacionalizar adequadamente a intervenção judicial na política de saúde.

Palavras-chave

Repercussão Geral; Política de saúde; Discricionariedade administrativa regulada; Supervisão Judicial; Cooperação judiciária interinstitucional.

Notes on the Supreme Court's General Repercussion Theme nº 698

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 10 Número 1, 2024, p. 286-307

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2024.84224

Abstract

This work seeks to reveal, through the binding jurisprudence of the Federal Supreme Court, the parameters that should be applied to the Court's general repercussion theme nº. 698, which condition the intervention of the Judiciary in health policy. The study identifies two guidelines imposed on the Judiciary by the system of judicial precedents: (i) the prohibition of insufficient protection of constitutionally guaranteed rights; (ii) the technical standards and the regulation of health policy. In the end, based on the precedents of the Supreme Court and international courts, it suggests judicial supervision and inter-institutional judicial cooperation as methods of jurisdiction capable of adequately operationalizing judicial intervention in health policy.

Keywords

General Repercussion; Health policy; Regulated administrative discretion; Judicial supervision; Inter-institutional judicial cooperation.

Sumário

1. Introdução; 2. Breve histórico do caso; 3. Parâmetros fixados no voto vencedor para intervenção judicial na política de saúde; 4. A tese vencedora à luz da jurisprudência vinculante do STF e a sistemática de precedentes judiciais; 4.1 Respeito ao princípio da separação dos poderes e a vedação à proteção insuficiente de direitos constitucionais; 4.2 Regulação da política de saúde e autovinculação do administrador público; 4.3 A supervisão e a cooperação judiciária interinstitucional como métodos jurisdicionais adequados à intervenção judicial na política de saúde; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

O tema de repercussão geral n. 698 do Supremo Tribunal Federal vem suscitando dúvidas em relação aos limites da intervenção do Poder Judiciário na política de saúde, bem como em relação à forma de condução pelo magistrado dos processos que discutem questões estruturais da política, como a contratação de recursos humanos e a reforma de unidades de saúde.

A sistemática dos precedentes judiciais apoia a adequada interpretação do enunciado deste tema, através do resgate e da utilização da jurisprudência vinculante do próprio Supremo Tribunal Federal, a qual nos fornece balizas como (i) a vedação da proteção insuficiente do direito à saúde pelo administrador público, diante de um quadro fático de desassistência à população, bem como (ii) a regulação da política de saúde, com base em critérios técnicos e mecanismos de pactuação intergovernamentais e deliberação social que vinculam a gestão do Sistema Único de Saúde no Brasil.

Diante da complexidade dos processos judiciais voltados para a estruturação da política pública, é importante que o Poder Judiciário desenvolva estratégias ou métodos jurisdicionais que o permitam dar impulso, exortação e flexibilidade ao plano de

medidas/providências necessário para o cumprimento do objeto do processo, e, ainda, supram o seu déficit de expertise para lidar com a política de saúde.

2. Breve histórico do caso

A repercussão geral foi reconhecida no Recurso Extraordinário n. 684612/RJ, em relação aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na contratação de servidores e na execução de obras voltadas à garantia do direito social à saúde consagrado na Constituição da República de 1988.

O recurso foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) que reconheceu grave quadro de deficiências e desestruturação no serviço de saúde prestado pelo Hospital Municipal Salgado Filho, no Rio de Janeiro - RJ (in verbis, “um caso, verdadeiro caso de polícia”). Em razão disso, determinou ao município réu o suprimento do déficit de pessoal, através da realização de concurso público de provas e títulos para o provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a subsequente nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame. Determinou, ainda, o saneamento das irregularidades expostas no relatório de vistoria feito pelo Conselho Regional de Medicina no hospital. A decisão foi exarada no bojo de uma Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 2003.

Naquela oportunidade, o tribunal local reconheceu a omissão específica do município no cumprimento de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde em razão da cessação dos contratos de manutenção predial e de equipamentos, bem como da suspensão das licitações para aquisição de medicamentos, materiais e insumos.

Iniciada a execução provisória do acórdão, o Município do Rio de Janeiro, após outras tentativas de suspender a fase de cumprimento de sentença, além do RE 684612, ingressou com a Ação Cautelar nº 3809/RJ, com requerimento de medida liminar, contra o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Em decisão de abril de 2015, a Ministra Carmen Lúcia, relatora originária da referida medida, deferiu parcialmente a liminar requerida, ad referendum do Plenário, para atribuir efeito suspensivo tão somente ao RE 684612/RJ relacionado ao Hospital Municipal Salgado Filho.

O recurso foi incluído em pauta de julgamento em ambiente eletrônico: em um período no qual o STF não realizou sessões presenciais, em cumprimento aos protocolos de enfrentamento e aos planos de contenção da pandemia da Covid-19. As sessões virtuais somadas às telepresenciais possibilitaram a continuação da prestação jurisdicional. Foi nesse contexto que o Supremo começou a julgar o tema 698 de repercussão geral: no justo momento em que o vírus Covid-19 invadia o organismo precário e sucateado da rede pública de saúde, deflagrando, no caso do Município do Rio de Janeiro, uma tragédia há

muito anunciada. Naquele momento, a pandemia tomou contornos de verdadeira hecatombe, levando à morte de pessoas em proporções avassaladoras.

Diante do claro interesse de diversos entes no resultado do recurso, houve várias admissões como amici curiae, em sua maioria representados por estados da federação, além do Distrito Federal. Curioso observar, porém, que não houve ingresso como amicus curiae de outros Ministérios Públicos estaduais.

A repercussão geral foi reconhecida em 2014, quando o recurso extraordinário ainda se encontrava sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, tendo sido proferido voto pelo relator, Ministro Ricardo Levandowski, em 2020, com o seguinte teor:

“É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, seguido da nomeação e posse dos profissionais aprovados, bem como determinar a correção de procedimentos e o saneamento irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina”.

Este voto, entretanto, restou vencido pela tese vencedora exarada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em agosto de 2023, nos seguintes termos:

“1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.

3. Parâmetros fixados no voto vencedor para intervenção judicial na política de saúde

Em sua ementa, o voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso estabelece:

“[...] 3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador. (grifou-se) [...]” (RE 684612, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03-07-2023, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJE-s/n divulg 04-08-2023 public 07-08-2023).

Cinco foram os parâmetros fixados neste voto para a legítima intervenção do Poder Judiciário na política pública de saúde:

- i. *É necessário que esteja devidamente comprovada nos autos a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público.*
- ii. *No atendimento dos pedidos formulados pelo autor da demanda, deve-se observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes.*
- iii. *Cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada.*
- iv. *O Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. Para atenuar esse problema, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual.*
- v. *O órgão julgador deverá abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de amici curiae e designação de audiências públicas, permitindo a oitiva não apenas dos destinatários da ordem, mas também de outras instituições e entidades da sociedade civil.*

É preciso, entretanto, que sejam compreendidos em cotejo com a jurisprudência, igualmente vinculante, desta Corte, conforme se passa a expor.

4. A tese vencedora à luz da jurisprudência vinculante do STF e a sistemática de precedentes judiciais

Alguns contornos já definidos pela jurisprudência vinculante do próprio Supremo Tribunal Federal, em especial em seus julgados relacionados à política de saúde, precisam ser ressaltados para a melhor compreensão e operacionalização dos parâmetros elencados no item anterior.

A utilização da jurisprudência vinculante do STF como parâmetro de interpretação do tema n. 698 encontra sua razão na sistemática dos precedentes judiciais. Primeiro, é importante perceber que a tese vencedora não inaugura um novo paradigma na jurisprudência da Corte, nem fez a superação (implícita ou explicitamente) dos precedentes anteriores, mas tem sua fundamentação em harmonia e integrada com os precedentes vinculantes já exarados pela mesma.

Por esta razão, a famosa metáfora do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin¹ nos revela que o tema n. 698 é mais um capítulo na forma pela qual o STF vem buscando dar concretude ao direito social à saúde previsto na Constituição da República. Um capítulo de uma obra já iniciada, com a qual é preciso ter compromisso com a integridade do direito. De acordo com Dworkin, a tarefa de decidir um caso de direito reproduz a complexidade do trabalho de um romance em série, no qual os romancistas se responsabilizam pela continuidade, conforme escrevem os capítulos, criando em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado.

Nesta toada, adverte que é imperioso aos juízes observarem, nos novos casos que lhes são submetidos, a coerência do conjunto de princípios relacionados com justiça e equidade, “de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas condições”². Isso impõe, segundo ele, que a interpretação do direito para solução de um caso difícil leve em consideração as circunstâncias, a substância e as autoridades que proferiram as decisões anteriores. Esta interpretação garante a coerência e a integridade do direito, e coloca a nova decisão como parte da rede de estruturas e decisões da comunidade, propiciando segurança e estabilidade ao ordenamento jurídico³.

Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra “A ética dos precedentes: justificativa do Novo CPC”⁴, também destaca que a unidade do direito implica em previsibilidade e igualdade, e é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios, no qual a coerência da ordem jurídica confere um tratamento uniforme a casos semelhantes, requisitos para a racionalidade do direito⁵.

Estabelecida a importância do conjunto ou rede de precedentes da Corte, pontuaremos aqueles relacionados ao tema n. 698 que servem de base para sua interpretação, buscando ainda para este fim interpretativo apoio na doutrina e na jurisprudência internacional.

4.1 O respeito ao princípio da separação de poderes e a vedação à proteção insuficiente de direitos constitucionais

A primeira parte do enunciado assevera que “a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.”

¹ DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo – 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Dworkin compara um gênero literário artificial de romance em cadeia com o direito para explicar a importância da compreensão do direito como integridade.

² Ob. Cit. Pag. 291.

³ Ob. Cit. Pag. 294.

⁴ MARINONI, L. G. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. [Livro eletrônico]. 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁵ Ob. Cit. Pag. 106.

Neste ponto, serão breves as considerações, tendo em vista que o enunciado expressa entendimento há muito tempo consolidado na jurisprudência da Corte, após longas dialéticas processuais. Segundo o STF, cabe ao administrador público a discricionariedade na formulação de políticas públicas aptas a atender o interesse social, de acordo com a legitimidade que lhe foi conferida pelo povo. Todavia, ressalva que a atuação administrativa não se mostra infensa a qualquer espécie de controle jurisdicional. É incorreto supor, segundo a Corte, a existência de uma margem de conformação absolutamente insindicável pelo Poder Judiciário, sendo plena a admissibilidade do controle judicial do ato discricionário abusivo, “podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade”⁶.

Nesse contexto, como assenta Ana Paula de Barcellos:

“[...] o constituinte originário não deixou ao livre alvedrio do legislador ordinário, isto é, da maioria episodicamente no poder, o estabelecimento das prioridades e nem muito menos quanto devem investir nas áreas de educação e saúde, principalmente. Ao contrário, vinculou-o desde logo às prioridades que previamente estabeleceu, indispensáveis ao alcance das metas propostas, e, mais que isso, ao quanto se deve investir nos respectivos setores, de modo a tornar até mesmo sindicáveis pelo poder judicial as respectivas políticas públicas à luz do princípio da eficiência a que se submete a administração pública”.⁷

O Ministro Luís Roberto Barroso, redator da tese vencedora do tema n. 698, já havia pontuado a revisão do dogma da intangibilidade do mérito administrativo, com especial destaque ao papel dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade no controle de atos administrativos marcadamente discricionários. Segundo ele, o dogma que limitava o controle judicial do mérito (motivo e objeto) do ato administrativo, aí incluídas a conveniência e oportunidade, já não subsiste. Com a devida contenção e prudência, o Ministro preconiza a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a discricionariedade administrativa com base nos princípios da eficiência, moralidade e, sobretudo, razoabilidade-proporcionalidade⁸.

⁶ AI nº 800.892, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 07/05/2013; RE nº 853.428, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015; AI nº 777.502/RS-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 25/10/2010, RE 1101544 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11-11-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 22-11-2019 PUBLIC 25-11-2019; RE-AgR 1.213.721, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 3.9.2019, entre outros.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito [O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil]. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177, p. 32)

Frise-se que o postulado da proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente, desenvolvido, especialmente, pela doutrina e jurisprudência alemãs^{9 10}, já foi, inúmeras vezes¹¹, aplicado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando se trata de implementação de direitos sociais. Em determinado caso, em face do comportamento estatal questionado por proteger de forma insuficiente direitos sociais, o STF preconizou a formulação das seguintes indagações para balizar a avaliação do Judiciário:

“(i) se a proteção deficiente é adequada e/ou se a deficiência promove um fim constitucional legítimo; (ii) se é necessária, ou se havia medida mais eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente, que permitisse tutelar o direito a que ele se opõe na mesma medida; (iii) se é proporcional em sentido estrito a proteção deficiente porque os custos justificam os benefícios gerados” (RE nº 778.889/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 01/08/2016)

No RE 592.58-RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, paradigma do tema de repercussão geral 220, julgado em 13/08/2015, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a supremacia da dignidade da pessoa humana e a necessidade de assegurar o respeito à integridade física e moral legítima a intervenção judicial em matéria de políticas públicas, não sendo oponível o argumento de reserva do possível ou o princípio da separação dos poderes. Apesar de o caso se referir a estabelecimentos prisionais, o mesmo raciocínio aplica-se à hipótese tratada no tema n. 698, em que se buscou resguardar a dignidade daqueles que, já em situação de saúde fragilizada ou de risco à vida, buscam atendimento hospitalar e se vêem em um cenário que, no lugar de remediar a situação, acaba por expô-los a novos riscos.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁰ Ainda segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, “no direito germânico, o princípio da proporcionalidade foi decomposto na conhecida fórmula que compreende três subprincípios: i) o da adequação, que significa que toda medida restritiva de direitos deve ser instrumentalmente apta a favorecer a implementação de um fim constitucionalmente legítimo; ii) o da necessidade, que traduz a exigência de que a medida restritiva empregada seja a menos onerosa para os direitos, quando comparada a outras igualmente aptas para implementar a finalidade perseguida; iii) o da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual o proveito que se obtém a partir da implementação do fim que justifica a medida restritiva deve compensar os sacrifícios que esta acarreta. Essa noção de proporcionalidade - que diz respeito, essencialmente, à análise da relação entre os fins visados pelas medidas restritivas e os meios por estas empregados - difundiu-se no direito constitucional contemporâneo, e vem sendo utilizada por diversas cortes constitucionais e pela Corte Europeia de Direitos Humanos.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 312/313

¹¹ Outros julgados do STF neste sentido, além daqueles apontados na nota n. 07: ADI 5676 / RJ Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 18/12/2021. Publicação: 25/01/2022. Órgão julgador: Tribunal Pleno; ADI 5592 / DF - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 11/09/2019. Publicação: 10/03/2020. Órgão julgador: Tribunal Pleno; ARE 745745 AgR / MG - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 02/12/2014. Publicação: 19/12/2014. Órgão julgador: Segunda Turma.

Já em 2022, destaca-se o RE 1.008.166-SC, paradigma do tema n. 548, em que o Supremo decidiu que o dever constitucional do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade é de aplicação direta e imediata, sem a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional. Por unanimidade, o colegiado também estabeleceu que a oferta de vagas para a educação básica pode ser reivindicada na Justiça por meio de ações individuais. O recurso, apresentado pelo Município de Criciúma (SC) para contestar decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), manteve obrigação à administração local de assegurar reserva de vaga em creche para uma criança, fixando o entendimento de que “O poder público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.”

Isto posto, resta claro que o tema n. 698 está em consonância com o entendimento do STF, segundo o qual não pode o administrador escudar-se em uma pretensa discricionariedade para manter ao desamparo, mediante a dispensa de uma “proteção deficiente” ou “insuficiente”, bens e valores tutelados em sede constitucional ou legal, cabendo ao Judiciário, nestes casos, a devida tutela jurisdicional.

4.2 Regulação da política de saúde e autovinculação do administrador

A segunda parte do enunciado do tema n. 698 preconiza que “a decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado”.

Conforme exposto no item 4.1 acima, estamos diante de um tema que envolve a fronteira entre a tutela jurisdicional adequada à proteção de direitos fundamentais e a indevida ingerência na esfera de atuação reservada ao administrador. Em se tratando de políticas públicas, o Superior Tribunal de Justiça traz uma importante distinção esboçada por sua jurisprudência, que fixa um parâmetro importante para o debate proposto:

“(…) Não deve escapar ao magistrado, nem ao estudioso ou observador do Direito, a distinção entre políticas públicas legisladas, judicializadas por conta de infração, e políticas públicas judicialmente instituídas, deduzidas ou extraídas a partir da generalidade do sistema normativo vigente.(…)”¹²

Neste passo, não podemos esquecer que a política de saúde é altamente regulada. São previstas na normatização SUS políticas setoriais e protocolos regulados por nível de

¹² REsp nº 1.723.590/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 26/11/2018.

atenção à saúde (atenção primária e especializada¹³); bem como por público alvo¹⁴ (população idosa, negra, indígena, criança e adolescente, pessoa com deficiência, etc.); por agravos ou doenças¹⁵.

A atenção à saúde da população no Brasil é planejada, pactuada e organizada em redes^{16,17}, regionalizadas e hierarquizadas, por força de lei (artigo 7º da Lei n. 8.080/90), com competências definidas aos três níveis de gestão. As linhas de cuidado (baseadas em diretrizes e protocolos clínicos) servem como guias para o detalhamento da forma de articulação entre as várias unidades e os atendimentos prestados na rede.

Os aspectos operacionais, financeiros e administrativos do SUS são definidos por uma gestão compartilhada entre a União, estados e municípios¹⁸. Em boa parte da normatização do SUS, há a previsão do rol de serviços que devem ser prestados pelas redes de saúde; das equipes profissionais mínimas para unidades de saúde; da forma de financiamento dos serviços; da forma como a rede deve ser acessada pelos pacientes (regulação de acesso); entre outras questões técnicas. Há muitas regras, portanto, de planejamento, gestão e cuidado já positivadas.

Esta normatização é formulada e aprovada, com base em critérios, estudos e evidências científicas, com a participação dos três níveis federativos (federal, estadual e municipal)¹⁹, e ainda é objeto da deliberação da população e dos profissionais de saúde, através das instâncias de controle social do SUS previstas na Lei n. 8.142/90.

As ações e serviços de saúde executados pela gestão municipal são co-financiados pelos demais entes da federação (financiamento tripartite)²⁰, assim como as ações estaduais são co-financiados pela União, a partir do planejamento e da pactuação celebrados nas instâncias colegiadas de gestão, as quais estão formalmente institucionalizadas pela legislação vigente²¹.

O “plano a ser exigido”, portanto, pelo juiz, em ações que versem sobre os serviços de saúde, deve ser *aderente à política pública já instituída*, sob pena de concorrer para a desestruturação do Sistema Único de Saúde, criando soluções desarmoniosas ou díspares com as ações implementadas pelos demais entes da federação, em nível nacional. O co-

¹³ PORTARIA DE CONSOLIDAÇÃO SAPS/MS Nº 1/2021; PORTARIA DE CONSOLIDAÇÃO SAES/MS Nº 1, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2022.

¹⁴ Como exemplo, vide Cap. V da Lei 8.080/90 e PORTARIA DE CONSOLIDAÇÃO Nº 1 SESAI/MS, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2020.

¹⁵ [L13979 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/l13979)

¹⁶ MENDES, E. V., As Redes de Atenção à Saúde. Brasília. Organização Pan-americana de Saúde. 2011. Disponível em [redes_de_atencao_saude.pdf](#). Acesso em 10/04/2024.

¹⁷ Artigo 8º, Lei 8.080/90

¹⁸ Resolução de Consolidação CIT nº 1/2021.

¹⁹ Artigo 14 e 14-A, Lei n. 8.080/90.

²⁰ Artigo 198; §1º CRFB/88.

²¹ Leis n. 8.080/90, 8.142/90, Lei Complementar n. 141/12.

financiamento, o planejamento e a gestão compartilhados do sistema de saúde, ao mesmo tempo que protegem a autonomia federativa, vinculam os entes subnacionais.

Em aderência a esta base normativa, o Supremo Tribunal Federal asseverou, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431²², todas relatadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso e julgadas recentemente (anos 2020 e 2021), que as autoridades administrativas devem levar em consideração na formulação de políticas: (i) standards e evidências técnico-científicas, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; bem como (ii) a observância dos princípios da precaução e da prevenção, que constituem critérios inafastáveis para a adoção de decisões a respeito de temas que envolvam a proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente.

Em outras palavras, a Corte adota, como pressuposto de validade das escolhas político-administrativas em saúde, o atendimento a critérios e parâmetros objetivos considerados indispensáveis para que exista o mínimo de coerência técnica e científica apto a conferir razoabilidade e legitimidade ao ato administrativo praticado.

As opções de cada gestão governamental nesta matéria deixaram, portanto, de depender do critério exclusivamente discricionário e/ou político do gestor para se fundamentar também na observância aos compromissos pactuados e às balizas técnicas impostas pela legislação específica, considerados indispensáveis para que exista, do ponto de vista legal, uma motivação válida aos atos administrativos.

Em um Estado Democrático, é imperioso que a regra da separação de poderes não sirva de pretexto para exclusão de mecanismos formais de democracia sanitária²³, como “a realização da consulta pública (democracia direta) e o relatório técnico de um órgão especializado (democracia representativa)”²⁴.

²² A maioria destas demandas diz respeito à política de saúde. Em todas as ADIs mencionadas, o Ministro Luís Roberto Barroso ressalta: “Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”. 3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.”

²³ De Seta M.H. *at al* esclarecem que “o reconhecimento da saúde como direito humano fundamental e a criação de mecanismos de participação da sociedade nas decisões do Estado, inclusive nas decisões normativas, são os fundamentos da democracia sanitária”. DE SETA, M.H., OLIVEIRA, C. V. S., PEPE, V. L. E. Proteção à saúde no Brasil: o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, 22(10): 3225-3234, 2017.

²⁴ AITH F.M.A, Dallari S.G. *Health legislation and democratic rule of law in Brazil*. *Cad Saude Publica* 2014; 30(10):2032-2034.

Por tais razões, é preciso ter cuidado neste ponto do enunciado, e lembrar que a *discretionariedade administrativa aqui é restrita ou regulada*, de modo que o administrador, quando apresenta um plano de medidas para atingir as finalidades fixadas pelo Poder Judiciário, deve estar atento aos *standards* e evidências técnico-científicas estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente, à normatização do SUS e aos instrumentos de planejamento da política de saúde, pois os parâmetros estabelecidos pelo próprio administrador produzem autovinculação voltada à implementação e efetivação do direito fundamental à saúde.

Finalmente, é importante trazer a importante lição de Gustavo Binenbojm, que refere-se à *discretionariedade* como um espaço carecedor de legitimação, ou seja, como campo de escolhas não puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei²⁵. Nesse sentido, *"não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade"*²⁶. É sobre tal perspectiva que deve recair o olhar do intérprete na consideração dos parâmetros da tese do tema 698.

4.3 A supervisão e a cooperação judiciária interinstitucional como métodos jurisdicionais adequados à intervenção judicial na política de saúde

Outro ponto importante a ser ressaltado é que o “plano” referido no tema de repercussão geral n. 698 do STF deve ser objeto de supervisão por parte do Poder Judiciário.

A *supervisão judicial* é atividade que permite aos tribunais promover, no bojo do processo, uma atividade de monitoramento do cumprimento das obrigações impostas a outros poderes, instituições, órgãos ou pessoas.

Em geral, a supervisão judicial se dá nos processos relacionados a políticas públicas. Em caso de negligência relacionada a direitos constitucionalmente protegidos, o juiz pode determinar que os governos prestem contas ao público ou façam declarações públicas, agindo com *accountability*. Em casos de incompetência ou inflexibilidade em relação à implementação dos direitos, podem ser necessários remédios mais fortes envolvendo ordens/tutela mandamental (*mandatory relief*), com a exigência de relatórios governamentais aos tribunais²⁷.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo. In: Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo, Uma Teoria do Direito Administrativo (Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, 2014, 3ª ed, p.327/328, p.220.

²⁷ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: When is it appropriate, just and equitable? *The South African Law Journal*, vol. 122, n.2, 2005.

Esta atividade passou a ser explorada em Cortes Superiores de países onde, como no Brasil, a Constituição preve obrigações positivas de natureza prestacional para o governo, como é o caso do Tribunal Constitucional da África do Sul. Os descumprimentos dos deveres constitucionais pelo administrador público tornaram comuns a imposição de ordens (tutela mandatória) pelos tribunais daquele país. Alguns exemplos da atuação do Tribunal Constitucional são narrados pela doutrina²⁸, tais como: determinação a um governo provincial de pagamentos de subsídios a certas escolas; direcionamento da Comissão Eleitoral para adotar medidas que garantissem o direito de voto aos presos; entre outros exemplos.

A Suprema Corte Sul Africana preconiza que a tutela jurisdicional deve ser adequada para garantir direitos constitucionais, *ainda que as cortes criem novos remédios para assegurar a sua proteção e execução*²⁹. Nessa linha, é essencial que os tribunais estejam atentos para *forjar novas ferramentas e moldar soluções inovadoras*³⁰ voltadas à correta execução do provimento mandatório, em especial nos países onde a população é majoritariamente vulnerável e enfrenta dificuldades de acesso a políticas e serviços públicos. Esta postura judicial se legitima em uma sociedade comprometida com os valores de *accountability*, responsividade e transparência, e estruturada em um sistema de governança democrática.

Outro requisito colocado por Roach & Bundlender³¹ como condição para este tipo de tutela jurisdicional é o descumprimento pelos demais poderes das decisões exaradas pelo Poder Judiciário. Todavia, ressaltam que as cortes devem permitir flexibilidade para que as demais instituições governamentais adequem a política de modo a atender ao comando judicial e cumprir a obrigação, atingindo o objetivo do processo.

Em resumo, apontam as situações em que a supervisão judicial se fará necessária nos processos que tratam de políticas públicas: 1) quando estiver evidenciado que a parte não vai cumprir com a decisão; 2) quando o descumprimento puder trazer consequências irremediáveis; 3) quando a ordem judicial tiver que ser, em princípio, genérica, não estando delineadas todas as providências governamentais necessárias para cumpri-la³².

²⁸ *idem*

²⁹ Roach e Budlender transcrevem parte da decisão: *“the courts may even have to fashion new remedies to secure the protection and enforcement of these all-important right”, in Fose v Minister of Safety and Security 1997 (3) SA 786 (CC) paras 19 and 69, apud ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: When is it appropriate, just and equitable? The South African Law Journal, vol. 122, n.2, 2005, p. 328.*

³⁰ É o entendimento já exarado na Suprema Corte Sul Africana: *“The courts have a particular responsibility in this regard and are obliged to ‘forge new tools’ and shape innovative remedies”, in Fose v Minister of Safety and Security 1997 (3) SA 786 (CC) paras 19 and 69, apud ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: When is it appropriate, just and equitable? The South African Law Journal, vol. 122, n.2, 2005, p. 328.*

³¹ Ob. Cit.

³² Ob. Cit. p. 333-334

Portanto, o que justifica a jurisdição de supervisão é o papel contramajoritário do Poder Judiciário e a necessidade de garantia de execução das próprias decisões. Neste propósito, a preocupação com a separação de poderes não pode escudar o magistrado em uma postura pouco comprometida com os valores públicos supracitados. A efetividade dos remédios para proteção de direitos deve prevalecer, em especial quando não há um limite claro entre as funções dos poderes, e este limite se coloca como uma questão apenas reflexa à violação de direitos fundamentais.

Na Argentina, este parece ser um consenso progressivo, com adesão crescente por parte dos mais importantes tribunais do país à supervisão judicial para a remediação estrutural de lesões a direitos fundamentais provocadas por ação ou inação do gestor de políticas públicas. Sobre o tema, nos ensina o Professor Titular da *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* (Argentina), Leandro Gianini, que o meio de evitar, por um lado, a substituição da administração, e por outro, “a emissão de exortações cuja eficácia está condicionada à boa vontade do “exortado””, é a imposição progressiva de planos de ação de cumprimento de sentenças estruturais “*supervisionados pelo Judiciário*”³³.

Ensina, ainda, que, nos litígios estruturais modernos, o juiz decide, em princípio, sobre a ilegalidade da conduta, e emite uma ordem de remediação dos efeitos da violação de direitos por meio de ações positivas. Pode, então, ordenar que a pessoa condenada, “com a participação ativa das partes, instituições científicas e *amicus curiae*, apresente um plano de ação, incluindo objetivos específicos, estimativas orçamentárias e um cronograma de tarefas, a ser avaliado e aprovado judicialmente”³⁴. A execução deste plano, segundo o professor, exigirá um mecanismo de *supervisão ativa* por parte do juiz, que deverá verificar se as ações planejadas cumprem prazos e condições estipulados e se os objetivos almejados estão sendo alcançados.

³³ O texto original foi publicado em GIANINI, L. J., *Litigio Estructural y control judicial de políticas públicas. Lograr el equilibrio sin destruir la balanza*. In ARENHART, S. C., JOBIM, M. F., OSNA, G. *Processos Estruturais*. São Paulo. Editora JusPodivm. 4ª edição. 2022., nos seguintes termos: “A la hora de encontrar un punto medio entre la sustitución inmediata de la administración, por un lado y, por el otro, la emisión de exhortaciones condicionadas en su eficacia a la buena voluntad de “exhortado”, es útil analizar el funcionamiento de las sentencias estructurales basadas en la imposición progresiva de planes de acción supervisados por la Justicia. Este tipo de decisiones, frecuentes en litigios estructurales modernos, se basan en la determinación inicial por parte del juez de la ilicitud de la conducta, acompañada de la orden de remediar los efectos de dicha lesión de derechos mediante acciones positivas. En caso de no haberse producido prueba suficiente durante el debate acerca del modo de lograr dicha remediación, los jueces pueden disponer inicialmente que el condenado, con participación activa de las partes, instituciones científicas y *amicus curiae* presente un plan de acción, con determinación de objetivos particulares, previsión presupuestaria y cronograma de tareas, para ser evaluado y aprobado judicialmente. La ejecución de ese plan requerirá de un mecanismo de supervisión activo, en el que se verifique si los medios de acción previstos (por ejemplo, las obras de infraestructura) están siendo cumplidos en los plazos y condiciones estipuladas y si, al hacerlo, se está logrando satisfacer los objetivos pergeñados (por ejemplo, la reducción de la sobrepoblación carcelaria o la remediación del curso de agua contaminado).”

³⁴ Vide nota n. 35 supra

Como já referido, o método da supervisão judicial tem sido, também, utilizado na jurisprudência das cortes brasileiras, sendo emblemática a decisão exarada pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 635, na qual foi questionada a constitucionalidade de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro, durante a pandemia da COVID-19, sob a alegação de violação a direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à dignidade, à moradia, à não violência e à não discriminação. O pedido principal da ADPF foi a emissão pelo STF de *diretrizes a serem seguidas pela polícia* nas comunidades cariocas. O STF, em sua decisão liminar, determinou que as operações policiais deveriam ser suspensas, durante a pandemia, salvo em casos absolutamente excepcionais. Nos casos de operações necessárias, as autoridades policiais deveriam adotar medidas efetivas para reduzir os riscos à saúde dos moradores, como o uso de equipamentos de proteção individual, a observância das orientações sanitárias e a priorização de soluções pacíficas e negociadas.

Neste caso, o STF adotou a supervisão judicial das atividades policiais no bojo do processo, determinando que fosse apresentado um plano com medidas para a redução da letalidade policial e para o controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança. Determinou, ainda, ao Governo do Estado do Rio de Janeiro que apresentasse um cronograma de instalação de câmeras pela polícia para o registro de imagens das operações.

Em outro conhecido precedente de supervisão, o STF emitiu determinação, na ADPF n. 754³⁵, no sentido de garantir a necessária *accountability* para a política de saúde:

“O direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem verdadeiros pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, seja ele material ou imaterial, com destaque para a saúde coletiva, sobretudo em período de temor e escassez de vacinas. IV - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para *determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.*” (grifou-se)

Outra importante decisão do Supremo Tribunal Federal se deu no julgamento do Habeas Corpus coletivo (HC) n. 143988³⁶, em que a Segunda Turma determinou, em suma, que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes em todo o país não ultrapassassem a sua capacidade projetada, seguindo o voto do Ministro Edson Fachin, que fixou ainda critérios a serem observados pelos magistrados nas unidades de

³⁵ ADPF 754 TPI-segunda-Ref / DF - *DISTRITO FEDERAL*, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 01/03/2021, Publicação: 11/03/2021, Órgão julgador: Tribunal Pleno.

³⁶ HC 143988, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24-08-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 03-09-2020 PUBLIC 04-09-2020

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 10 Número 1, 2024, p. 286-307

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2024.84224

internação que operavam com a taxa de ocupação superior à capacidade projetada, como a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso e a reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Naquela oportunidade, foi proposta pela Segunda Turma a criação de um Observatório Judicial no STF sobre o cumprimento das internações socioeducativas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo presidente da Corte, com o objetivo de acompanhar os efeitos da deliberação neste caso, especialmente em relação aos dados estatísticos sobre o cumprimento das medidas estabelecidas e o percentual de lotação das unidades de internação.

Observe-se, portanto, que um processo de decisão política, antes conferido ao Poder Executivo, torna-se interinstitucional. O Judiciário, nessa interação, assume a figura de mecanismo propulsor de deliberações mais democráticas, e um verdadeiro catalisador deliberativo³⁷.

Nesta configuração, a supervisão judicial tem se verificado, fortemente, nos chamados processo estruturais, através de decisões em cascata, de modo que o Judiciário estabelece, em linhas gerais, diretrizes para a proteção dos direitos objeto da tutela. Com o desenrolar do processo, outras decisões são proferidas, voltadas à especificação de medidas práticas necessárias para o enfretamento dos problemas que vão se revelando.

Nos *processos estruturais*, expressão cunhada para identificar os procedimentos complexos voltados à produção de soluções que demandem a reorganização de um sistema, como o educacional ou de saúde, por exemplo, a decisão não se volta apenas à declaração do direito e à condenação do Estado em obrigações de fazer. A pacificação do conflito exige a complexa intervenção judicial em organizações, determinando a alteração de suas estruturas burocráticas, processos internos e condutas de seus agentes³⁸.

Esta jurisdição se complexifica especialmente pela falta de expertise do Judiciário em determinados assuntos. Conforme ressaltou o Ministro Luis Roberto Barroso na fundamentação da tese vencedora do tema n. 698, “o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde”. Com tal assertiva, entretanto, o Ministro não autorizou uma negativa à prestação jurisdicional, mas ressalva a necessidade de manifestações de órgãos técnicos e de participação popular no processo decisório.

Nestes casos, é possível que o magistrado delegue a um órgão técnico especializado, através da *cooperação judiciária interinstitucional*, a imposição de certas

³⁷ SCOTT, Joane; STURM, Susan P. Courts as catalysts: rethinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, vol. 13c, 2006, p. 05-06.

³⁸ VITORELLI, E. *Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes via processual*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (coord.). *Processos Estruturais*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 352-353.

condutas ao réu, ou a supervisão delas, sempre que houver um déficit de expertise e conhecimento na complexa questão examinada³⁹. Por este método, mantém deferência a valorações feitas pelos especialistas dos órgãos estatais competentes, sempre com o fim de realizar valores constitucionais.

Através da cooperação judiciária, os órgãos judiciários interagem entre si e com outros órgãos administrativos com o intuito de promover a administração da justiça e tutelar direitos⁴⁰. A cooperação judiciária nacional vem positivada nos artigos 67 a 69 do Código de Processo Civil e na Resolução n. 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça, concretizando os princípios da eficiência (art. 37, CR e art. 8º, CPC), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII, CR) e da cooperação (artigo 6º, CPC)⁴¹.

Eficiente é o processo que atinge sua finalidade (tutela de direitos), através da utilização de meios suficientes e adequados, em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos⁴². O princípio da eficiência impõe que o magistrado organize o processo, adotando técnicas de gestão, acordos ou a assunção consensual de competências, sempre que necessário para a adequada tutela de interesses.

Em busca de eficiência e efetividade na prestação jurisdicional, e iluminada pela *teoria das capacidades institucionais*, a Resolução n. 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça autoriza a cooperação judiciária com instituições ou órgãos externos ao Poder Judiciário (artigo 16). É a chamada *cooperação interinstitucional*.

Antonio do Passo Cabral salienta que, verificado o déficit de capacidade institucional para a solução do problema, o juiz deve identificar, em um cotejo interno e interinstitucional, qual o órgão funcionalmente mais aparelhado e com maior conhecimento e expertise para enfrentar as questões que se apresentam em juízo. Justifica que a *teoria das capacidades institucionais* consagra o princípio constitucional da separação dos poderes em sua concepção contemporânea, que substituiu a perspectiva orgânica da separação de poderes de Montesquieu por uma abordagem funcional e teleológico-estrutural, na qual devem ser consideradas questões de eficiência e especialização do órgão julgador, somada à proteção da atuação do Judiciário contra interferências dos demais

³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. -- 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 (versão on line); VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Novas técnicas decisórias nos processos estruturais*. In ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (coord.). *Processos Estruturais*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 430-432; ANDRADE, Juliana Melazzi. *Justiciabilidade e não decisão: quando o Poder Judiciário não deve decidir*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2023, p. 117.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: escopo de uma teoria para o direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 51.

⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In *Grandes Temas do Novo CPC – v. 16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 39-40.

⁴² DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: escopo de uma teoria para o direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 48.

poderes. “Trata-se de romper com o dogma de que as competências são exclusivas e não podem ser coordenadas. Na separação de poderes atual, o que se vê são instituições compartilhando funções.”⁴³

Assim, segundo Cabral, à luz do caso concreto, o exercício da competência para prática de determinados atos pode ser delegado a outro órgão, inclusive externo ao Judiciário⁴⁴. A aplicação prática da coordenação e complementariedade de atividades entre vários órgãos estatais, com a prevalência do órgão de função típica, pode ser vista, por exemplo, na cooperação com as agências reguladoras para adoção de estratégias voltadas à prevenção ou tratamento adequado de processos coletivos e ou repetitivos. As agências possuem expertise em diversas áreas, como energia elétrica, transportes públicos e vigilância sanitária, ausente na estrutura do Poder Judiciário e, em regra, na formação de seus membros.

As delegações de exercício da competência, por certo, dependem de supervisão judicial, mediante atividade de controle, cognitivamente secundária, feita pelo juiz⁴⁵. Dependem, também, de precisão do seu objeto, não sendo adequada a delegação genérica de competência. É preciso avaliar a competência adequada para cada ato jurídico processual, examinando qual o órgão que pode desempenhar melhor aquela função ou praticar de maneira mais eficiente aquele específico ato. Cabral ensina que a competência adequada é a competência adequada *ad actum*⁴⁶.

Esta avaliação supera a ideia clássica de inalterabilidade e exclusividade da competência “fixada” no momento da propositura da demanda, e assegura funcionalidade, flexibilidade e coordenação de competências entre os órgãos estatais, que servem de diretrizes para a cooperação judiciária.

⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 (versão on line sem numeração de páginas).

⁴⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. -- 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 (versão on line). Fredie Didier Jr. também sita a teoria das capacidades institucionais como fundamento para a cooperação judiciária nacional. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: escopo de uma teoria para o direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 41.

⁴⁵ Ob. Cit. (versão on line sem numeração de páginas) Cabral ressalva que o controle do juiz sobre as atividades do delegatário deve ser dar *ex ante* e/ou *ex post*, citando diversos exemplos na legislação brasileira: “o relator da ação rescisória, ao delegar a competência para produção da prova, fixa prazo e mantém controle sobre a atividade do juízo delegado (art. 972 do CPC). O interventor nomeado para implementar a execução específica em uma empresa deve apresentar relatórios periódicos como prestação de contas ao juízo (art. 108, III, e 110 da Lei nº 12.529/2011). O administrador judicial na recuperação judicial deve manter constante interlocução com o juízo, apresentando diversos relatórios. E, ao implementar medidas de cooperação judiciária na insolvência internacional, o administrador judicial age sob supervisão do juiz, (arts. 167-P, § 2º, e 167-Q, I, da Lei nº 11.101/2005, inseridos pela Lei nº 14.112/2020).”

⁴⁶ Ob. Cit (versão on line sem numeração de páginas)

Na mesma linha, Marco Felix Jobim assevera que “novos direitos necessitam de novas formas de cumprimento”, de modo que medidas coercitivas, como o pagamento de multa, a prisão civil por descumprimento da ordem judicial e a nomeação de interventores, poderiam ser admitidas no bojo da sentença normativa, ficando a tarefa de cumprimento da sentença normativa, por delegação, para os demais órgãos judiciais⁴⁷.

No tocante à política de saúde, a sua especificidade remete à resposta social (ação ou omissão) do Estado, diante das condições de saúde dos indivíduos e das populações e seus determinantes, bem como em relação à produção, distribuição, gestão e regulação de bens e serviços que afetam a saúde humana e o ambiente⁴⁸. *Abrange questões relativas ao poder em saúde (Politics), bem como as que se referem ao estabelecimento de diretrizes, planos e programas de saúde (Policy)*⁴⁹.

A doutrina especializada⁵⁰ destaca três dimensões que compõe a política de saúde: econômica, política e da proteção social ou bem-estar. É importante, portanto, que tanto a Gestão quanto o Judiciário considerem, de forma ponderada, estas dimensões, de modo que nenhuma delas prevaleça absolutamente. É preciso equilibrar a difícil relação entre a dimensão política (expressada nas relações e redes de diferentes poderes e instituições), a dimensão da proteção social (que é fundamental para a tutela de direitos humanos) e a econômica (financiamento). Quando o Poder Executivo ficar inerte ou for incompetente neste gerenciamento, caberá esta função ao Poder Judiciário, sendo certo que, *em um ativismo judicial equilibrado, a tendência do acerto é maior do que a do erro*⁵¹.

5. Conclusão

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o tema de repercussão geral n. 698, cuja tese vencedora, da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, fixou parâmetros para a intervenção do Poder Judiciário na política de saúde. O tema, entretanto, vem ganhando contornos na jurisprudência vinculante do próprio Supremo Tribunal Federal, há alguns anos, a qual oferece vastos fundamentos para a adequada interpretação da tese vencedora, em uma rede de decisões que devem ser consideradas em cadeia, por força da sistemática dos precedentes judiciais, para garantir a integridade do direito.

Ao longo deste trabalho, identificamos julgados vinculantes do STF, além de apoio doutrinário e jurisprudencial internacionais, para sustentar o equilíbrio na atuação do Poder

⁴⁷ JOBIM, M. F. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Livraria do Advogado Editora, 2013. pag. 203.

⁴⁸ PAIM, J. S., TEIXEIRA, C. F. *Política, Planejamento e Gestão em Saúde: balanço do estado da arte*. Rev Saúde Pública 2006;40(N Esp): 73-8.

⁴⁹ Idem pg. 74

⁵⁰ FREEMAN, R., MORAN, M. *Reforming health care in Europe*, West European Politics, (2000) 23:2, 35-58, DOI: 10.1080/01402380008425366

⁵¹ JOBIM, M. F. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Livraria do Advogado Editora, 2013. pag. 100-101.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 10 Número 1, 2024, p. 286-307

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2024.84224

Judiciário, em sua função contramajoritária de proteção do direito fundamental à saúde, oferecendo balizas objetivas para evitar a indevida ingerência na esfera de atuação do Administrador Público. Sem prejuízo, ressaltamos que as balizas/critérios técnicos relacionados à política de saúde e criados pelo próprio Administrador produzem uma autovinculação que restringe sua discricionariedade nas ações de planejamento e gestão por ele implementadas.

Por fim, como atividades necessárias para a adequada operacionalização ou aplicação prática dos parâmetros estabelecidos no tema n. 698, é importante trazer à baila métodos de jurisdição, como a supervisão e a cooperação judiciária interinstitucional, que propiciem ao Poder Judiciário intervenções consentâneas com sua função constitucional de guardião de direitos assegurados pela Constituição da República, sem descuidar ou desconsiderar a deferência às soluções propostas pelos gestores e, também, pelos especialistas competentes em saúde, de modo a realizar valores constitucionais. Afinal, é necessário reafirmar que o Poder Judiciário tem o dever constitucional de proteção da saúde e deve prover meios para esta missão.

Referências

AITH, Fernando Mussa Abujamra, DALLARI, Sueli Gandolfi. *Health legislation and democratic rule of law in Brazil*. Cad Saude Publica 2014; 30(10):2032-2034.

ALEXY, Robert. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, Juliana Melazzi. *Justiciabilidade e não decisão: quando o Poder Judiciário não deve decidir*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2023.

_____. A Cooperação judiciária nacional como instrumento de descentralização da execução. In *Grandes Temas do Novo CPC – v. 16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Salvador: Editora JusPodivm, 2021,

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito [O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil]*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação SAPS/MS Nº 1 de 02 de junho de 2021.

_____. Portaria de Consolidação SAES/MS Nº 1, de 22 de fevereiro de 2022.

_____. Portaria de Consolidação Nº 1 SESAI/MS, DE 17 de dezembro de 2020.

_____. Resolução de Consolidação CIT nº 1 de 30 de março de 2021. BRASIL Senado Federal. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1980.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 10 Número 1, 2024, p. 286-307

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2024.84224

_____. Lei n. 13.979 de 06 de fevereiro de 2020.

_____. Lei Complementar n. 141 de 13 de janeiro de 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 350 de 27 de outubro de 2020.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo*. In: Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo (Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2014, 3ª ed, p.327/328, p.220.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. -- 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 (versão on line).

_____. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In *Grandes Temas do Novo CPC – v. 16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DE SETA, Marismar Horsth, OLIVEIRA, Catia Veronica dos Santos, PEPE, Vera Lúcia Edais. Proteção à saúde no Brasil: o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, 22(10): 3225-3234, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: escopo de uma teoria para o direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo – 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREEMAN, Richard, MORAN, Michael. *Reforming health care in Europe*, West European Politics, (2000) 23:2, 35-58, DOI: 10.1080/01402380008425366

GIANINI, L. J., *Litigio Estructural y control judicial de políticas públicas. Lograr el equilibrio sin destruir la balanza*. In ARENHART, S. C., JOBIM, M. F., OSNA, G. *Processos Estruturais*. São Paulo. Editora JusPodivm. 4ª edição. 2022.

JOBIM, Marco Felix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Livraria do Advogado Editora, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. [Livro eletrônico]. 4. ed. rev. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Eugenio Villaça., *As Redes de Atenção à Saúde*. Brasília. Organização Pan-america de Saúde. 2011. Disponível em [redes_de_atencao_saude.pdf](#). Acesso em 10/04/2024.

PAIM, Jairnilson Silva, TEIXEIRA, Carmem Fontes. *Política, Planejamento e Gestão em Saúde: balanço do estado da arte*. Rev Saúde Pública 2006;40(N Esp).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 312/313.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: When is it appropriate, just and equitable? *The South African Law Journal*, vol. 122, n.2, 2005.

SCOTT, Joane; STURM, Susan P. Courts as catalysts: rethinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, vol. 13c, 2006.

VITORELLI, Edilson. *Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes via processual*. In ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (coord.). *Processos Estruturais*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 352-353.

VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Novas técnicas decisórias nos processos estruturais*. In ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (coord.). *Processos Estruturais*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

Submetido em 08.05.2024

Aprovado em 12.08.2024