

ZILLÁ OLIVA ROMA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE/SP)
zoroma@sp.gov.br

**DO CUMPRIMENTO NEGOCIADO DE DECISÕES JUDICIAIS PELA
FAZENDA PÚBLICA NA ÁREA DA SAÚDE**

Tese submetida à Comissão Científica da 47ª edição do Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – Tema: “Advocacia Pública: Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”.

**XLVII CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DOS ESTADOS E DO
DISTRITO FEDERAL
2021**

Resumo: O tema da presente tese envolve a atuação da Advocacia Pública no manejo de demandas relacionadas ao direito à saúde, as quais, como sabido, impactam sobremaneira nas políticas públicas de saúde. Abordar-se-á, especificamente, o cumprimento de decisões judiciais pela Fazenda Pública nessa seara, adotando-se como premissa o fato de que a consensualidade invadiu o Direito Público.

1. Apontamentos iniciais

Em pesquisa, a hipótese consiste na apresentação de uma solução possível ao problema formulado em relação ao objeto estudado.¹ Isto é, trata-se de uma previsão que orienta o tratamento à situação-problema, de forma a organizar o raciocínio argumentativo e as etapas da pesquisa proposta.

Este artigo analisará, de forma crítica e pontual, porém sem o intuito de esgotar o tema (até pelo formato do presente trabalho), o cumprimento de decisões judiciais, na área da saúde, pela Fazenda Pública, mirando-se, ao final, a um modelo de cumprimento negociado. Tal se mostra salutar frente a conhecida, massificada e exacerbada judicialização do direito à saúde (individual e coletiva), a qual traz gargalos ainda maiores na fase de cumprimento, em prejuízo tanto da própria Administração Pública, quanto do próprio jurisdicionado.

No contexto da crise numérica de processos, não há como não aludir à litigiosidade repetitiva, cujos elementos principais são os apontados por Maria Cecília de Araújo Asperti²: similitude das questões fáticas e/ou jurídicas, representatividade do volume e envolvimento de litigantes repetitivos e litigantes ocasionais.

Os litigantes habituais se encontram tanto no setor público, quanto no privado, mas, no presente trabalho, focar-se-á no litigante habitual do setor público, evidenciando-se que a Administração Pública é um dos maiores *repeat players* do país.

Ou seja, o fato de o Poder Público ser um evidente *repeat player*³, conforme doutrina de Marc

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 54.

² “São exemplos de litigâncias repetitivas disputas referentes aos expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos, cobranças de dívidas fundadas em um determinado tipo de empréstimo bancário, reclamações consumeristas referentes a um determinado produto ou serviço, ações pleiteando determinado reajuste de benefício previdenciário, etc”. ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário (dissertação de mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 45.

³ *Repeat players* são os litigantes habituais, “jogadores” porque já conhecem as regras, enquanto os atores processuais que acessam menos o Judiciário seriam os *one-shooters* (litigantes ocasionais/eventuais, “participantes”).

Galanter⁴, para os fins propostos nesta pesquisa, somado às limitações do regime jurídico que lhe é aplicado, leva a uma necessária diferenciação do tratamento a lhe ser conferido em juízo, inclusive a possibilidade de cumprimento negociado das decisões, para além das prerrogativas processuais já conferidas pela legislação.

Os traços da consensualidade e da cooperação/colaboração, cada vez mais presentes em demandas judiciais em geral, com extremo apoio do CPC/2015, também adentraram, inegavelmente, o campo de atuação da Fazenda Pública em juízo, mesmo em se tratando da tutela do interesse público, indisponível por natureza. Aliás, no caso, a mera indisponibilidade do direito/interesse público não configura óbice ao cumprimento negociado de decisões judiciais na área da saúde pública, apenas condiciona-o.

Revela-se importantíssima, nesse cenário, a alteração legislativa sofrida pela LINDB (Decreto Lei nº 4.657/1942) por meio do advento da Lei Federal nº 13.655/2018, a qual trouxe uma base normativa que incide diretamente na atuação da Fazenda Pública em juízo, especificamente quanto ao cumprimento de decisões judiciais pela Administração Pública.

Em especial, dispõe seu art. 20 que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Trata-se, assim, de acréscimo legislativo que, tacitamente, autoriza a intervenção jurisdicional no ato administrativo/política pública, mas, concomitantemente, condiciona seu exercício, exigindo, por exemplo, que tais decisões (nas esferas administrativa, controladora ou judicial) sejam necessariamente consequencialistas.

Entretanto, ainda há parca bibliografia a respeito dos impactos da alteração legislativa na LINDB na atuação da Fazenda Pública em juízo, especialmente em processos envolvendo políticas públicas. Ou seja, a novidade legislativa ainda não foi devida e profundamente correlacionada com o cumprimento de decisões judiciais pela Fazenda Pública.

No exercício profissional, depara-se constantemente com a total inocuidade das medidas coercitivas comum e generalizadamente impostas em juízo, especificamente em sede de cumprimento de decisões judiciais, em desfavor da Fazenda Pública, ainda arraigadas no modelo tradicional de processo civil, o que se mostra bastante inadequado, em completo descompasso à necessária instrumentalidade do processo, sobretudo.

Em suma, a premissa adotada para a elaboração desse artigo é a de que a consensualidade realmente invadiu o Direito Público e deve ser por todos os atores processuais considerada, independentemente do *nomen juris* que se queira atribuir ao instituto processual a ser empregado no

⁴ GALANTER, Marc. “*Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*”, Volume 9:1, *Law and Society Review*, 1974, Republicação (com correções), In *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994. p. 98 e ss.

caso concreto (negócio jurídico processual, convenção processual, decisão/processo estrutural, medida estrutural, etc), para além do processo judicial ter de ser, necessariamente, instrumental, sob pena de consistir num fim em si mesmo.

2. Da tutela jurisdicional de direitos prestacionais: os critérios processuais

Aqui não se enfatizará a mencionada intervenção jurisdicional (em ato administrativo/política pública), pois já há vasta bibliografia sobre seus aspectos materiais (sobre quais direitos poderia se dar, em que intensidade, quais seriam suas balizas, etc⁵), com pouco enfoque aos aspectos processuais que a circundam, urgindo à doutrina, portanto, analisá-los.

No caso, deve-se mirar um modelo de processo que preveja meios adequados de cumprimento dessas decisões, buscando a efetividade processual (art. 4º, *in fine*, CPC), porque, em regra, os contornos do cumprimento da decisão judicial são muito parecidos: **(i)** imposição de cumprimento da decisão judicial, transitada ou não em julgado, **(ii)** em prazo a ser assinalado pelo juízo (normalmente bastante exíguo), **(iii)** sob pena de multa cominatória, normalmente diária e de elevado valor.

Uma vez não cumprida a obrigação mencionada no prazo assinalado pelo juízo, a parte exequente requer a **(i)** majoração da multa, **(ii)** eventual bloqueio judicial de verba pública, **(iii)** representação criminal ao Ministério Público (crime de desobediência, art. 330 do Código Penal) e/ou administrativa, em razão de suposta prática de ato de improbidade administrativa, bem como, até mesmo, **(iv)** representação ao órgão de Corregedoria da Administração Pública respectiva para fins de responsabilização funcional.

Contudo, é sabido que nada disso induz ao cumprimento tempestivo e efetivo da obrigação, que depende de inúmeros fatores alheios à jurisdição, os quais, infelizmente, são pouco conhecidos, ou desconsiderados, pelo juízo.

Portanto, é imprescindível a fixação de balizas processuais para que este cenário de inefetividade não mais se reproduza com tanta frequência nos cumprimentos de decisão judicial por parte da Fazenda Pública.

⁵ Acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF); custos do processo (financeiros, sociais, culturais/informacionais); judicialização da política (jurisdição constitucional); saúde enquanto direito fundamental social (arts. 6º e 196, CF); saúde enquanto política pública: Lei Federal nº 8.080/90 (Lei do SUS); eventuais faixas de insindicabilidade judicial (discricionariedade administrativa; teoria/princípio da Separação dos Poderes, conforme o art. 2º, CF; balizas genericamente fixadas na ADPF 45 (direito subjetivo público \times reserva do possível/impacto orçamentário financeiro \times mínimo existencial/razoabilidade da pretensão/recusa/oferta insuficiente); outros parâmetros (Tema 106 do STJ, por exemplo, que fixa tese vinculante para o fornecimento de medicamentos, pelo Poder Público, de medicamentos não incorporados as suas listas oficiais de dispensação); o efeito “fura fila” dessa judicialização (o processo judicial individual é incapaz de dirimir questões de justiça distributiva), etc.

3. Das *astreintes* como medida coercitiva típica

A Fazenda Pública possui conhecidos óbices (outros nem tão conhecidos) no cumprimento de decisões judiciais, em razão de diversos fatores, como aqueles decorrentes do regime jurídico administrativo inerente à máquina brasileira (limitações normativas, bastante burocracia, restrições financeiro-orçamentárias), deficiência quantitativa e qualitativa em recursos humanos, certa desorganização administrativa, o próprio excesso de judicialização, dentre outros⁶.

Nesse diapasão, sabe-se também que, em não havendo o cumprimento tempestivo das decisões judiciais (dentro dos exíguos prazos comumente assinalados em juízo), medidas coercitivas são aplicadas, como a multa cominatória (simples ou diária), bem como satisfativas (bloqueio judicial de verba pública), determinando-se até mesmo a averiguação de eventual cometimento de crime de desobediência ou de prática de ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, o art. 139, inc. IV, do CPC.

Contudo, a imposição de tais medidas não implica, necessariamente, celeridade e efetividade no cumprimento dessas decisões judiciais, não parecendo ter verdadeiro impacto coercitivo, mormente em se considerando o contexto da litigiosidade repetitiva, sendo bastante frequente esse tipo de cominação.

Além disso, por exemplo em relação à multa cominatória (*astreintes*), em que pese inexistir vedação legal para tanto, é sabido que seu pagamento será feito, em última análise, por todos os cidadãos, eis que tal verba é oriunda justamente dos cofres públicos (cumprimento de obrigação de pagar; sistemática de precatórios/RPV, conforme o art. 100 da CF). Não se mostra, assim, medida razoável e adequada para todos os casos, pois apenas onera ainda mais o erário, já tão deficitário⁷.

Por primeiro, a aplicação generalizada de multa cominatória contra a Fazenda Pública não opera os mesmos efeitos que comumente produz quando incide sobre particulares.

⁶ O órgão de saúde, uma vez oficiado para cumprir uma decisão judicial, pode adquirir um número específico de medicamentos para atender, mensalmente, a um número determinado de pacientes que ajuizaram ação e obtiveram decisão favorável, mas, em razão de supervenientes demandas, também com deferimento de liminar, pode haver reserva de estoque inclusive por meio de mandado de busca e apreensão. Ou, ainda, pode haver sobra de medicamentos em razão de falecimento de pacientes, desistência de ação, improcedência do pedido com trânsito em julgado, dentre diversas outras hipóteses. Em simples dizeres: tudo é muito relativo e nada é garantia de nada.

⁷ Nesse sentido explica Eurico Ferraresi: “Todavia, não se pode esquecer o fato de que a multa diária aplicada recairá, diretamente, no patrimônio público, bem de todos. E que, por isso, **os efeitos da multa aplicada a setor particular e de uma multa aplicada no setor público podem ser completamente diversos**. Com efeito, no momento em que a multa recai no patrimônio do particular, certamente este perceberá que é melhor cumprir a obrigação a ter seu patrimônio atingido. A imposição de multa diária só tem efeito quando recai no patrimônio particular do administrador público, pois, de contrário, onerar-se-ia ainda mais o erário” (grifo nosso). FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.

Em segundo lugar, mister consignar que o que se encontra em pauta nas demandas que veiculam o direito à saúde é a obrigação de fazer (fornecimento de medicamento/tratamento; implementação/correção de política pública), não a obrigação de pagar (multa).

Nesse diapasão, a imposição generalizada e, em muitas vezes, *ab initio* de multa cominatória frequentemente desvirtua a medida⁸, justamente porque o que se visa, originalmente, não é exatamente o pagamento da multa, mas sim o cumprimento da decisão judicial. Assim, mostrar-se-ia razoável a fixação e a consequente cobrança de multa cominatória apenas nos casos de evidente dolo e negligência por parte do ente público, ou quando a Administração Pública não cumprir o quanto negociado em juízo (por qualquer meio consensual ou medida estrutural).

Com efeito, em sede de processo individual, a multa é devida ao exequente (art. 537, § 2º, CPC) que, em regra, após o trânsito em julgado, ajuíza cumprimento de sentença visando receber o valor referente às *astreintes*, quando, via de regra, já está recebendo/recebeu o tratamento requerido há bastante tempo. Ou seja, a parte autora já obteve/vem obtendo o bem da vida reconhecido em juízo e, mesmo assim, busca o pagamento de multa vencida referente a suposto atraso/mora anterior⁹, em muitas das vezes totalmente justificável, mas nem sempre o juízo mostra interesse em entender o quanto ocorrido.

Ou seja, também como regra, raramente o juízo confere real oportunidade para que a Fazenda Pública apresente uma forma possível de cumprir a decisão, conforme os óbices que lhe são impostos e as circunstâncias do caso concreto (a título de exemplo, em demandas nas quais se visa ao fornecimento gratuito de medicamentos/insumos/acessórios/equipamentos de marca comercial específica, é muito comum que os pregões restem fracassados ou mesmo desertos, ou seja, o descumprimento não é fruto de negligência ou dolo do ente público).

A grande questão é que esse valor referente à multa cominatória vem do erário, pelo o que poderia ser empregado para atender a tantos outros pleitos e necessidades da Pasta da saúde pública. Da forma como costuma ser buscada em juízo, a multa acaba tendo caráter ressarcitório ou até mesmo sancionatório, desvirtuando-se por completo de seu objetivo originário.

Nesse ponto, o ideal seria, num primeiro momento, intimar o órgão de representação judicial do ente público para que officie o órgão de Saúde (Ministério da Saúde, Secretarias Estadual ou Municipal de Saúde), questionando o porquê do suposto atraso no fornecimento do tratamento e se

⁸ Em processos individuais, é bastante comum o pedido de habilitação de herdeiros para o fim específico de buscar o pagamento da multa vencida, o que normalmente é aceito pelo juízo, em razão da suposta natureza patrimonial das *astreintes*, com fulcro na jurisprudência do STJ (AgInt no AREsp 1139084/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 21/03/2019; REsp 1722666/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 24/04/2018).

⁹ ROMA, Zillá Oliva. *Tutela Jurisdicional e Direito à Saúde – Análise crítica da farmacialização* do Judiciário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 123.

há previsão de regularização do fornecimento. Via de regra, há justificativas plausíveis, que devem ser levados ao conhecimento do juízo, para que possa tomar decisões de forma mais consequencialista, nos termos do art. 20 da LINDB.

Nesse exato sentido, a 8ª Câmara de Direito Público do TJSP, no Agravo de Instrumento nº 2129156-17.2017.8.26.0000 (Rel. José Maria Câmara Júnior, j. 17/04/2020), deu provimento ao recurso para excluir as *astreintes* (R\$ 284.422,77) justamente porque se comprovou o adimplemento substancial da obrigação de fazer e se demonstrou justa causa para o cumprimento parcial (interrupção da fabricação do medicamento demandado, após recomendação do Ministério da Saúde). Ou seja, o juízo *ad quem* entendeu que não houve desídia pelo ente público.

É verdade que casos realmente urgentes podem ensejar a imposição de multa cominatória, mas a mesma deve ser cominada de uma forma limitada, nos moldes da proporcionalidade e da razoabilidade. Ou seja, em qualquer caso, o valor da multa (normalmente diária) deveria ser sempre limitado ao valor total do tratamento, ainda que mensal, ao menos para que não atinja patamares desproporcionalmente vultosos.

A título de exemplo, no Agravo de Instrumento nº 2121636-40.2016.8.26.0000 (Rel. Sidney Romano dos Reis, j. 29/08/2016), a 6ª Câmara de Direito Público do TJSP manteve a decisão pela qual o juízo determinou que a parte autora apresentasse memória atualizada de cálculo para fins de cumprimento de sentença da obrigação de pagar a multa diária vencida, observando o limite do valor dos próprios medicamentos que, no caso, custavam R\$ 150,00 por mês, enquanto a multa já havia alcançado o montante de R\$ 9.000,00 (R\$ 100,00 por dia, 90 dias de atraso no fornecimento). Assinalou, portanto, que o objetivo das *astreintes* não é obrigar o devedor a pagar seu valor, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação de fazer.

Nesse diapasão, é interessante ressaltar que o valor das *astreintes* pode ser alterado, inclusive a qualquer tempo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ).

Com efeito, em que pese o art. 537, § 1º, do CPC autorizar, *ex officio* ou a requerimento, a modificação do valor/periodicidade ou a exclusão da multa **vincenda**, nos casos que especifica (insuficiência ou excesso do valor, a demonstração do cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento), a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de essa permissão **também abranger multas vencidas**, entendimento este que já vigia sob a égide do CPC/73¹⁰.

¹⁰ O STJ já havia decidido, sob a sistemática de julgamento dos recursos especiais repetitivos (Tema 98 – *leading case*: REsp 1.474.665) que deve haver proporcionalidade e razoabilidade na fixação de multas diárias por descumprimento. Outros julgados: ARESp 1.453.181/SP; AgInt no ARESp 1221517/PR; AgInt no ARESp 1163837/DF).

Essa jurisprudência foi corroborada pela tese vinculante firmada no Tema 706 do STJ (*leading case*: REsp 1.333.988/SP¹¹), ou seja, a decisão que comina *astreintes* não preclui, nem faz coisa julgada, podendo, portanto, ser rediscutida. Em razão disso, a Corte Especial admite, excepcionalmente, a alteração do valor das *astreintes* nessa instância, nos casos em que há evidente irrisoriedade ou exorbitância, superando-se, assim, o óbice de sua Súmula nº 7 (Agravo Interno no Agravo em REsp nº 1238658).

Nesse contexto, em se tratando de demandas relacionadas ao direito à saúde, a respeito da pretensão executória da multa cominatória, o TJSP tem formado jurisprudência no sentido de que o cumprimento de sentença buscando o pagamento da multa vencida deve ser extinto, ainda que possam ter havido atrasos pontuais no fornecimento do tratamento visado, normalmente justificáveis.

Outro exemplo: a Câmara Especial do TJSP deu provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado de São Paulo (nº 3003157-32.2020.8.26.0000, Rel. Issa Ahmed, j. 06/11/2020), declarando a inexigibilidade do valor objeto do cumprimento de sentença originário (cobrança de *astreintes*). Nesse caso, a parte exequente cobrava o valor de R\$ 118.000,00 a título de multa cominatória anteriormente imposta para fins de realização de cirurgia, ante um alegado atraso (no caso, o juízo de piso já havia reduzido o valor originário de R\$ 590.000,00 para R\$ 118.000,00). O juízo *ad quem* entendeu que, em se tratando de situação ocorrida e sanada há tempos, as *astreintes* seriam inexigíveis, dada sua desnaturação, pois, no caso, não teria mais *vis coercitiva*, assumindo verdadeira natureza sancionatória. Mencionou, ainda, que a decisão que as comina não preclui, nem faz coisa julgada, conforme entendimento do STJ sufragado pela tese vinculante firmada no bojo do Tema 706 (“A decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada”).

Outro exemplo, também bastante interessante aos fins ora propostos: no julgamento da Apelação nº 0009184-88.2018.8.26.0053 (Rel. Ana Liarte, j. 12/08/2019), a Turma Julgadora entendeu que, mesmo com atrasos pontuais, o Estado de São Paulo vinha fornecendo o medicamento pleiteado na inicial, não se justificando a exigência da multa diária por descumprimento. Mencionou que, diante da natureza coercitiva, e não punitiva, das *astreintes*, o magistrado pode reavaliar a eficácia de sua fixação, majorando-as em caso de descumprimento voluntário ou excluindo-as nas hipóteses de atraso justificado. Na espécie, houve apenas um atraso, justificado, que também não provocou nenhuma complicação médica à parte autora. Atentou ao fato de que a execução da multa implicaria enriquecimento sem causa.

¹¹ Referido entendimento foi fixado, por maioria de votos, pela Corte Especial do STJ, que, acolhendo embargos de divergência, reduziu de R\$ 730 mil para R\$ 100 mil o valor acumulado de multa estabelecida pelo TJRJ, que correspondia a quase 40 vezes o valor da condenação principal. Com a fixação da tese vinculante, pacificou-se divergência entre a 1ª e a 2ª Seções do STJ a respeito.

Assim, não há que se falar em preclusão ou coisa julgada no que toca ao valor fixado a título de *astreintes*, o que deve ser considerado pelo juízo.

O art. 20, § único, da LINDB dispõe a este respeito, prevendo que a motivação das decisões deve demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, claramente se aplicando às medidas cominatória para fins de cumprimento de decisões pela Fazenda Pública.

Aliás, uma das vantagens da celebração de negócio jurídico processual em sede de cumprimento de decisão judicial, que pode dar-se inclusive no bojo de um processo estrutural (ou seja, pode ser considerada uma medida tipicamente estrutural), é que nele se pode dispor sobre eventuais medidas cominatórias e/ou sanções a serem aplicadas no caso de descumprimento do quanto pactuado, conforme o Enunciado nº 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (doravante FPPC): “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

Ou seja, nessa hipótese a multa cominatória incidiria apenas em segundo plano, caso a Fazenda Pública descumprir o quanto pactuado, não *ab initio*.

Ante o exposto, a realidade prática corrobora, portanto, a ineficácia da (generalizada a padronizada) medida coercitiva da multa cominatória para promover efetividade no cumprimento de decisões judiciais pela Fazenda Pública. Pelo contrário, gera uma maior dívida pública, tornando ainda mais deficitário o orçamento do Estado *latu sensu*, além de nem mesmo resolver a lide, o que dirá o conflito.

Ou seja, embora juridicamente possível a imposição de multa coercitiva à Fazenda, a medida se mostra inócua e prejudicial, principalmente considerando que costuma ser aplicada desde o início e em valores desproporcionais ao tratamento demandado.

Além disso, o juízo não tem por hábito dialogar com a Administração Pública, mantendo a conhecida neutralidade do tradicional modelo de processo civil (modelo da adjudicação pura e simples), que não emprega a melhor técnica frente às especificidades do caso concreto e às características das partes envolvidas, ou seja, não considera o pano de fundo em que ocorre o cumprimento da decisão.

O mais lógico, e instrumental, é mesmo buscar um cumprimento negociado, hipótese em que o juízo é constantemente informado das circunstâncias fáticas que permeiam o cumprimento, podendo decidir de forma mais consequencialista e, por conseguinte, racional, focando na efetividade da tutela jurisdicional.

A título de exemplo, no cumprimento de sentença nº 0002866-90.2020.8.26.0224, o juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos não aplicou multa cominatória em desfavor do Estado de São Paulo e do Município de Guarulhos, pois “a experiência tem demonstrado que a fixação

de multa nesses casos não traz efetividade para o cumprimento da tutela e somente gera mais dívida pública, piorando o orçamento do Estado *in latu sensu*, além de não resolver a situação da pessoa que necessita dos insumos”.

Contudo, o equívoco dessa decisão foi permitir, *ab initio*, bloqueio judicial: “[...] caso a tutela não seja cumprida, sem prejuízo de eventual apuração de ilícitos na conduta dos agentes inertes, fica, desde já, determinado o bloqueio de verbas públicas em valor suficiente para a aquisição [...]”. Mas o mesmo não foi efetivado, justamente porque o juízo foi informado do pano de fundo que impossibilitava o atendimento imediato da demanda naquele momento.

Na ação subjacente, visou-se à obtenção gratuita de talas de lona extensora para membros superiores, órtese de posicionamento para punho/dedos e uma cadeira de rodas. O contrato de compra foi finalizado pela Secretaria Municipal de Saúde de Guarulhos, após dispensa de licitação, mas era necessário tirar as medidas do paciente para a produção dos itens.

À época, esses agendamentos estavam suspensos em razão da pandemia de Coronavírus (Resolução SS nº 28/2020 – Suspensão dos atendimentos eletivos¹² e Portaria do Secretário Municipal de Saúde de Guarulhos nº 069/2020), o que foi devidamente noticiado em juízo. Após esse período de suspensão, a obrigação foi cumprida, tendo havido sentença de extinção do cumprimento pela satisfação da obrigação (art. 924, inc. II, CPC).

Outro exemplo: no cumprimento de sentença nº 0013153-43.2020.8.26.0053, a parte exequente alegou que o Estado de São Paulo não estaria fornecendo a medicação demandada, requerendo sua intimação para que cumprisse a decisão judicial em 48 horas, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00, bem como para que lhe reembolsasse o valor gasto para adquirir o medicamento, em razão do não fornecimento, além da prisão dos responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial.

No caso, o juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo indeferiu o pedido de aplicação de multa, “pois não atende à urgência do presente caso”. Preferiu determinar a intimação do Estado de São Paulo para que, em 72 horas, se manifestasse a respeito do cumprimento, sob pena de bloqueio judicial. Oficiada, a SES/SP informou que o medicamento demandado já estava com a empresa de logística, que realiza a redistribuição às farmácias, indicando uma data provável de regularização do estoque, o que foi cumprido, tendo sido regularizado o fornecimento. Após, a parte exequente insistiu no pedido de reembolso dos valores gastos, o que não foi decidido até o presente momento.

Em continuação, no cumprimento de sentença nº 0009664-50.2020.8.26.0068, o juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barueri, ante a notícia de descumprimento da decisão judicial, arbitrou de plano multa semanal de R\$ 500,00 e fixou o prazo de 10 dias para cumprimento, “sem

¹² Disponível em: https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/E_R-SS-CGOF-28_170320-1.pdf

prejuízo de posterior majoração”. Contudo, indeferiu o pedido de bloqueio judicial, alertando que a medida, embora possível, somente se admite quando existe recalcitrância do executado e comprovação médica cabal de que a urgência pode trazer consequências irreversíveis.

Nesses termos, houve comprovação do fornecimento parcial e, quanto ao demais itens faltantes, a SES/SP foi oficiada. Após nova insurgência da parte exequente, o juízo majorou a multa semanal de R\$ 500,00 para R\$ 1.000,00, assinalando o prazo de 15 dias para que o fornecimento fosse regularizado.

O Estado de São Paulo se manifestou novamente, informando que houve parcial fornecimento dos itens e que teria oficiado a SES/SP novamente. Ato contínuo, o juízo, sem manifestação da parte exequente, dobrou a multa (R\$ 2.000,00) e concedeu mais 15 dias para fins de cumprimento, decisão da qual o Estado pediu a reconsideração, porque (i) a execução se dá no interesse do credor, (ii) os itens demandados foram, em sua maioria, retirados na última dispensação e (iii) já tinha havido o envio de telegrama pela SES/SP para a parte exequente buscar o item faltante. Ou seja, *in casu*, houve majoração *ex officio* da multa cominatória sem qualquer necessidade, o que corrobora a tese ora defendida, no sentido da completa banalização desse mecanismo coercitivo.

Há evidentes equívocos (fático e técnico) na decisão, porque o Estado de São Paulo foi intimado e se manifestou, pelo o que desnecessária a majoração, de ofício, do valor da multa cominatória. Além disso, ao contrário do mencionado, a execução se dá no interesse da parte credora, cabendo à parte exequente se insurgir em caso de descumprimento ou mora da parte executada.

Por fim, em não tendo havido manifestação da parte exequente, o juízo extinguiu o cumprimento pela satisfação da obrigação (art. 924, inc. II, CPC), revogando a multa aplicada.

Para além disso, não é rara a confusão entre a medida coercitiva da multa cominatória e a medida satisfativa do bloqueio judicial de verba pública, havendo diversas decisões judiciais pelas quais se determina bloqueio judicial para pagamento de multa ou a título de ressarcimento (quando a parte autora obtém decisão judicial em seu favor, mas, em razão de alegada demora no recebimento do tratamento demandado, acaba adquirindo-o as suas próprias expensas).

Por exemplo, no cumprimento de sentença nº 0019591-22.2019.8.26.0053, o juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo determinou a incidência da multa cominatória e deferiu o bloqueio judicial (atecnicamente “sequestro”), no valor de R\$ 128.500,00. Ao mesmo tempo, determinou a abertura de vista ao representante do Ministério Público para eventual tomada das medidas cabíveis na seara criminal, em razão do descumprimento da ordem judicial.

O Estado de São Paulo se manifestou, esclarecendo a natureza jurídica e as finalidades dos institutos (caráter coercitivo da multa cominatória e o caráter satisfativo do bloqueio judicial) e juntando recibos de dispensação dos itens, demonstrando que houve apenas falhas pontuais no

fornecimento. O juízo, entretanto, mencionou que “no acórdão exequendo [...] tampouco se menciona tratar-se de multa com escopo coercitivo”, como se precisasse constar da decisão judicial que as *astreintes* têm caráter coercitivo.

O Estado peticionou novamente, transmitindo as informações prestadas pela SES/SP sobre os últimos trâmites das compras dos itens faltantes e, no mesmo dia, a Secretaria informou que já estavam à disposição do exequente.

Após, o exequente noticiou que um dos itens não havia sido disponibilizado, tendo o juízo mencionado que “a própria multa foi arbitrada para o fim de garantir a aquisição dos medicamentos que a executada insiste em não fornecer. Logo, não há falar em orçamentos ou menor preço. Trata-se de multa punitiva, que dispensa licitação”. Salta aos olhos a confusão técnica nessa decisão, porque o valor da multa não serve para a parte exequente adquirir os medicamentos visados, tampouco possui cunho sancionatório. Além disso, o caráter da multa em nada alteraria a obrigatoriedade, como via de regra, de realizar licitação.

Neste cenário, o Estado de São Paulo interpôs recurso de Agravo de Instrumento (nº 3005854-26.2020.6.26.0000), tendo obtido efeito suspensivo, com o retorno do valor bloqueado aos cofres públicos. No acórdão, o recurso foi parcialmente provido tão somente para fins de redução da multa (de R\$ 128.500,00 para R\$ 15.000,00), tendo o juízo *ad quem* ao menos elucidado que “a previsão da multa cominatória para as ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, visa precipuamente garantir a efetividade do provimento jurisdicional” e que ela “não possui caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório, mas de compelir o obrigado a praticar ou abster-se do ato ou conduta determinada”.

Ou seja, os instrumentos executivos típicos (multa cominatória e bloqueio judicial) são comuns à lógica individual e bipolarizada do processo, não se coadunando, contudo, às particularidades de um processo multiplexo, que envolvem interesses múltiplos, inclusive da própria sociedade.

Nesse diapasão, a fixação de prazos manifestamente exíguos para cumprimento também repercute de forma muito negativa. Em regra, o órgão de saúde não se nega a cumprir ordens judiciais, mas atua conforme a legalidade estrita, observando trâmites administrativos (a decisão judicial passa por diversos setores - planejamento, procedimento licitatório, empenho, etc -, pelo o que a compra não pode ser imediata; atas de registro de preço precisam ser atualizadas anualmente; pregões desertos ou fracassados, etc).

Além de prazos exíguos, há decisões que também determinam o afastamento da regra da licitação pública para fins de aquisição dos itens demandados, em total descompasso com a legislação de regência, como, por exemplo, no processo nº 1026001-64.2020.8.26.0564 (2ª Vara da Fazenda

Pública da Comarca de São Bernardo do Campo): “Concede-se a tutela antecipada para que o requerido, no prazo de 10 dias, passe a fornecer gratuitamente ao autor os medicamentos objetivados na inicial, mediante a apresentação da prescrição, até nova deliberação. Autoriza-se a inobservância da Resolução da CMED e da lei de Licitações para a compra dos medicamentos objetivados pelo autor”.

Nesse diapasão, casos bastante emblemáticos se relacionam ao fornecimento de produtos à base de canabidiol, que não têm registro nacional (ANVISA), sendo todos importados. Para fins de importação, o órgão de saúde precisa ter toda a documentação necessária atualizada, incluindo a autorização, válida, de importação da ANVISA, sendo faticamente impossível o fornecimento, ao menos no procedimento adotado no Estado de São Paulo, em menos de 90/120 dias contados da entrega dessa documentação pela parte interessada.

Trata-se de procedimento burocrático (são diversos setores envolvidos: compras, importação, planejamento, comércio exterior, nota de empenho, reserva de recursos, etc) que, somado às etapas de logística até a chegada dos produtos às unidades de dispensação, impede o ponto atendimento dessas ordens judiciais, que deveriam ser mais consequencialistas (arts. 20 e 21, LINDB). Contudo, mesmo informando tais particularidades ao juízo, as decisões costumam ser mantidas, deferindo-se exíguos prazos ao cumprimento.

Urge, assim, a adoção regular e oficial de um modelo processual dialógico, envolvendo mais medidas cooperativas/colaborativas que puramente coercitivas, para que se concretize o direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada (sob uma releitura do art. 5º, inc. XXXV, CF), que se dá justamente por meio da adaptação e flexibilização de técnicas processuais, sempre a depender do direito ventilado em juízo e em face de quem sua concretização está sendo exigida.

4. A Lei Federal nº 13.655/2018

Como mencionado, a Lei Federal nº 13.655/2018 incluiu na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Para os fins propostos no presente artigo, os dispositivos mais importantes da referida lei são os iniciais.

O art. 20 parece ser o dispositivo legal que resume os demais, pois exige que qualquer decisão, em qualquer esfera (administrativa, controladora e judicial), que envolve o Direito Público, deve ser consequencialista. Ao mesmo tempo em que referida disposição acaba, tacitamente, autorizando a intervenção jurisdicional em ato administrativo/política pública, determina que ela deverá levar em consideração as consequências práticas da decisão. Trata-se de evidente freio ao ativismo judicial.

Referido dispositivo reforça também a ideia de responsabilidade decisória estatal, principalmente em se tratando de normas e conceitos jurídicos indeterminados, os quais admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. Veda, assim, motivações decisórias vazias, retóricas ou meramente principiológicas, ou seja, sem prévia análise de fatos e de possíveis impactos, de modo que o julgador, em qualquer dessas esferas (administrativa, controladora e judicial¹³), deve avaliar, na motivação decisória, os elementos coligidos no processo para tanto¹⁴.

Os juristas que auxiliaram a elaboração do anteprojeto dessa lei explicam que o julgador não pode ser “voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade’”, dentre outras. Deve, em verdade, considerando os dados trazidos ao processo, “analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias”.

Por outro lado, o dispositivo não veda que se decida com base em valores jurídicos abstratos, o que continua sendo possível. Entretanto, toda vez que se decidir com base neles, deverá ser feita essa prévia análise. As consequências práticas da decisão são, portanto, um argumento metajurídico que deve necessariamente compor a *ratio decidendi*.

Quanto ao parágrafo único do art. 20, a motivação da decisão deve abranger a contextualização dos fatos e a exposição dos fundamentos de mérito e jurídicos, e deve ser proporcional.

Em adição, o art. 21 exige o exercício responsável da função judicante, pois a invalidação de atos/contratos/processos importa consequências imediatas a bens/direitos alheios.

O art. 22 reconhece as dificuldades que os diversos órgãos de cada ente federativo podem enfrentar, dentro de suas realidades próprias que não podem ser ignoradas. A gestão pública envolve especificidades que devem ser consideradas pelo julgador para que as decisões por si prolatadas sejam justas. Por outro lado, tais peculiaridades não podem ser utilizadas como pretexto para o argumento de que “a realidade vence o direito”.

¹³ Esfera administrativa: por exemplo, num PAD (Processo Administrativo Disciplinar); esfera controladora: por exemplo, no julgamento de contas de um administrador público pelo TCU/TCE; esfera judicial: qualquer processo judicial que envolva o direito público (por exemplo, uma ação civil pública visando à correção ou implementação de uma política pública).

¹⁴ Inclusive, na área da saúde pública, o Enunciado nº 76, aprovado na III Jornada de Direito da Saúde, do CNJ, dispõe: “A decisão judicial sobre fornecimento de medicamentos e serviços de saúde deverá, à vista do contido nos autos, trazer fundamentação sobre as suas consequências práticas, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB)”.

Em continuação, o regime de transição previsto no art. 23 pode envolver a concessão de um prazo para que os administradores públicos, e demais afetados, possam adaptar-se à nova interpretação, como se fosse uma modulação de efeitos da decisão.

Anote-se que tais dispositivos podem ser aplicados em qualquer âmbito do Direito Público, inclusive na intervenção jurisdicional em ato administrativo/política pública.

Pensemos, a mero título exemplificativo, em uma ação judicial pela qual a parte autora visa obter o fornecimento gratuito de um medicamento, por parte do Estado, que não consta das listas oficiais de dispensação do SUS (caso bastante corriqueiro). Deferida a liminar, o órgão de saúde respectivo (Ministério da Saúde, Secretarias de Estado e Municipais da Saúde) é oficiado para cumpri-la no prazo assinalado pelo juízo (normalmente bastante exíguo) e, no caso, imaginemos que não dispense o fármaco dentro desse período (o que também é bastante corriqueiro).

A parte autora se insurgirá em juízo, exigindo o imediato fornecimento e, para tanto, requerendo a imposição de medidas coercitivas pelo juízo (multa cominatória/*astreintes*) ou mesmo satisfativas (bloqueio judicial de verba pública). Sob a ótica do processo civil tradicional, o obrigado não cumpriu a obrigação de fazer determinada pelo juízo, pelo o que se deveria aplicar alguma dessas medidas de forma imediata, dilatando ou não o prazo anteriormente assinalado.

Contudo, no processo civil instrumental, o juízo se inteiraria do funcionamento da Administração Pública, principalmente no que tange às compras públicas, de modo que, antes de mais nada, determinaria a oitiva do ente público para saber se existe algum entrave ou óbice que justifique a mora no fornecimento (em compras/licitações públicas, o processo de aquisição passa por diversos setores, num processo administrativo; há muitos pregões desertos ou fracassados; ocorrem reservas de estoque também em razão de urgências maiores, etc) e, no caso, se há previsão de regularização do fornecimento. Com essa informação, poderá melhor decidir a respeito, “sem prejuízo dos direitos dos administrados”, conferindo o art. 22 da LINDB e seu § 1º total respaldo a esse tipo de atuação jurisdicional.

Esse é um simples, mas bastante ilustrativo, exemplo de como se daria o impacto da referida lei no âmbito do cumprimento (negociado e dialógico) de decisões judiciais pela Fazenda Pública na área da saúde.

5. Dos escopos do processo: a adaptação da técnica e a instrumentalidade processual

Para alcançar alguma possível conclusão sobre a melhor forma de se realizar o cumprimento de uma decisão judicial pela Fazenda Pública, em qualquer tipo de processo, deve-se perquirir para que serve o processo/cumprimento judicial, ou seja, quais os seus objetivos.

É claro que seus escopos variam a depender de diversas circunstâncias e fatores, como lugar, tempo e cultura. Contudo, de uma maneira geral, pode-se afirmar que o processo se legitima pela forma como a sociedade o sente. Inclusive, parece-nos que, ao alcançar seus escopos, o processo é sentido de uma melhor forma pela sociedade, o que enseja sua legitimidade. É nesse exato sentido a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco¹⁵.

Em suma, um processo se mostraria inútil caso não demonstre alguma utilidade sob algum ponto de vista. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco elenca três espécies de escopo do processo: social, político e jurídico.

Conforme a citada doutrina, o principal escopo social do processo talvez possa ser resumido com a seguinte expressão: *pacificar com justiça*, o que significa que o mais elevado escopo social do processo é eliminar conflitos por meio da aplicação de critérios justos.

Como sabido, são as insatisfações, individuais ou coletivas, que fomentam a atividade jurídica estatal. Assim, quando um processo se finaliza, tem-se, ao menos teoricamente, a eliminação de um estado de incerteza ou de insatisfação. Ou seja, ainda que uma das partes processuais seja vencida, tal situação se mostra melhor que uma eventual perpetuação daquele estado anterior de incerteza, conforme doutrina de Cândido Rangel Dinamarco¹⁶.

Ainda, para além da pacificação social, a segurança jurídica também se insere como escopo social do processo, correlacionando-se à imunização das decisões judiciais provocada pela autoridade da coisa julgada.

Educar a sociedade e as partes também é considerado um escopo social do processo, pelo o que as pessoas conheceriam mais seus direitos e obrigações.

Quanto aos escopos políticos, o principal consistiria, em síntese, em permitir a participação social, que deveria ser admitida em qualquer processo estatal, justamente para que haja legitimidade¹⁷.

Por fim, por escopo jurídico do processo se entende, de maneira já revisitada, mas bem simplificada, que o processo judicial civil deve empregar sua melhor técnica para realizar o direito

¹⁵ “Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. [...] sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. [...] A tomada de consciência teleológica [...] constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista do processo [...]”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 177-178.

¹⁶ “E, por fim, psicologicamente, às vezes a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social”. *Ib.*, p. 190-191.

¹⁷ “Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões: conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia”. DINAMARCO, *op. cit.*, p. 201-202.

material ventilado na demanda¹⁸.

Ainda a respeito dos escopos do processo, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁹ leciona que a prestação jurisdicional deve consistir em uma resposta de qualidade, devendo ser “justa, jurídica, econômica, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado”.

Conclui-se que os escopos do processo são estabelecidos sob um prisma teleológico e instrumental, fruto de necessária e salutar análise crítica sobre os institutos da ciência processual. E o conceito de instrumentalidade do processo implica a necessária adequação da técnica jurídica processual para que o processo atinja sua(s) finalidade(s) (uma, algumas ou todas as possíveis, conforme o caso concreto), ou seja, é de rigor que a tutela jurisdicional seja conduzida conforme as particularidades da espécie de direito veiculada na demanda (quer individual, quer transindividual) e das partes envolvidas, bem como consoante a realidade fática apresentada.

Assim, ajuizada a demanda, os atos que seguirão, bem como o seu tempo e forma, poderão assumir dimensão variável, sempre mirando a maior efetividade possível.

Daniel Mitidiero²⁰, por sua vez, acredita que o processo civil brasileiro, em verdade, já se encontra em sua quarta fase metodológica²¹, caso em que a fase instrumentalista teria sido superada, cedendo lugar ao neoprocessualismo e ao formalismo-valorativo.

Fredie Didier Junior²², a este respeito, ensina que ao se invocar a expressão “neoprocessualismo”, no âmbito dessa suposta quarta fase metodológica, pretende-se aproximá-la do neoconstitucionalismo, apontando-se para uma revisão das categorias processuais a partir de novas premissas teóricas.

Inferese que essas fases metodológicas mais recentes, desde a instrumentalidade do processo,

¹⁸ “O legislador e o juiz têm muito mais consciência do escopo jurídico do processo do que dos seus propósitos sociais ou políticos. Daí o grande apuro técnico por que tem passado o direito processual (especialmente o processual civil), sempre porém muito mais endereçado à precisa realização prática do direito material do que à pacificação social”. *Ib.*, p. 258.

¹⁹ “[...], impende ter presente que o jurisdicionado tem o direito subjetivo público a obter, não a uma qualquer prestação jurisdicional, mas a uma *resposta de qualidade*, a qual, [...], deve revestir-se de “seis atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 142.

²⁰ “Com efeito, da instrumentalidade passa-se à compreensão do processo civil no Estado Constitucional, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil. Existem várias expressões que visam delinear essa quarta fase metodológica. Dentre as mais conhecidas encontram-se o ‘neoprocessualismo’ e o ‘formalismo-valorativo’. [...]” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – Do modelo ao princípio*, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 46.

²¹ Há quem aluda a uma quinta fase metodológica, fruto da incorporação dos estudos de teoria do direito em sua conformação, conforme abordado por Otávio Domit. DOMIT, Otávio. *Interpretando decisões e precedentes: Proposta de uma Abordagem Antiformalista Moderada sobre a Interpretação das Decisões Judiciais Aplicada à Metodologia dos Precedentes*. Tese de Doutorado, PPGD da Faculdade de Direito da UFRGS, 2018.

²² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, vol. 1. p. 28.

buscam, invariavelmente, um processo civil efetivo, sistematicamente interpretado e aplicado a partir das raias constitucionais (art. 1º, CPC), marcado por traços de liberdade, igualdade, participação, segurança e justiça (arts. 7º, 8º, 9º e 10 do CPC), base normativa imprescindível para qualquer adaptação das técnicas jurídico processuais.

Ainda no que toca à necessidade de promover adaptação dos elementos técnico-processuais, enaltece José Roberto dos Santos Bedaque²³, dentre outros, que a natureza instrumental do processo impõe que seus institutos sejam concebidos “em conformidade com as necessidades do direito substancial”.²⁴

Nesses termos, não há um padrão de adaptação técnico processual a ser adotado em todos os casos, dadas as inúmeras peculiaridades a depender do direito material ventilado na demanda, da causa de pedir e das partes processuais envolvidas.

Por exemplo, nalguns casos o ideal seria a celebração de negócio jurídico processual ou algum outro tipo de convenção processual, sem uma participação muito ativa por parte do juízo (o que, por sua vez, não significa que o juízo deva ter uma atuação totalmente neutra). Noutros casos, o ideal seria a adoção de medidas estruturantes, o que demanda a atuação de um juízo mais ativo.

Evidencia-se, pois, que o processo civil não pode consistir num fim em si mesmo, devendo perseguir objetivos, os chamados escopos do processo.

Caso contrário, nestes termos de instrumentalidade e teleologia ora explanados, tornar-se-ia um instituto com pouco ou nenhum sentido, o que se mostra ainda mais relevante no âmbito do cumprimento de decisões judiciais que visam, como o próprio nome diz, ao cumprimento/satisfação do direito material demandado (estado de coisas esperado/ideal), não ao descumprimento/insatisfação (estado de coisas não ideal).

6. Medidas dialógicas e/ou estruturantes

Para que se alcance maior efetividade da atividade jurisdicional de cunho satisfativo, mirando aos escopos originários do processo/cumprimento judicial, mister que haja maior comunicação e cooperação/laboração entre as partes envolvidas, cumprindo-se, assim, o disposto no art. 4º do CPC.

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 16.

²⁴ “[...] como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo, e tantos outros” (grifo nosso)”. LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre. p. 165.

São esses traços de cooperação/colaboração, e consequente consensualidade, que possuem o condão de trazer essa maior efetividade. Melhor jeito não há. A adjudicação tradicional não possui força suficiente para transformar a jurisdição neste ponto.

Em verdade, a cooperação/colaboração e o diálogo podem, inclusive, evitar a judicialização. Por exemplo, no processo nº 1028229-46.2020.8.26.0100, que tramitou na Vara da Infância e Juventude da Comarca de Santo André, a parte autora, acometida por Doença de Crohn, visou ao fornecimento gratuito, por parte do Estado de São Paulo, do medicamento *Adalimumabe*, nas dosagens de 20 mg, 40 mg e 80 mg.

A liminar foi deferida, tendo a PGE/SP oficiado a SES/SP para que cumprisse a decisão judicial, tendo o órgão de saúde solicitado ao paciente a apresentação de nova prescrição médica, dizendo que já tinha em estoque o fármaco, mas na dosagem de 40 mg, já incorporada ao SUS (Portaria Conjunta MS/SAS nº 14/2017²⁵). A prescrição apresentava o seguinte esquema terapêutico: 1 dose de 80 mg, 1 dose de 40 mg e ½ de 40 mg, tendo a SES/SP solicitado que a mesma consistisse em: 2 doses de 40 mg, 1 dose de 40 mg e ½ de 40 mg, apenas para facilitar o fornecimento, porque o fármaco na dosagem de 40 mg já havia sido incorporado ao SUS.

A parte autora alegou que essa solicitação configuraria tentativa de procrastinação e requereu aplicação de multa cominatória, tendo o juízo decidido que “a aplicação de multa não atenderia a finalidade precípua de tornar efetiva a determinação judicial. Manifeste-se a requerida em 48h”.

A parte autora insistiu na prescrição médica anterior e o juízo autorizou bloqueio judicial. Após, mudou seu entendimento e a parte autora foi intimada para se manifestar a respeito de ainda não ter entregado nova prescrição médica à SES/SP. Finalmente, apresentou prescrição nesses exatos termos (2 de 40 mg, 1 de 40 mg e ½ de 40 mg) em 09/07/2020. Em 14/07/2020 a SES/SP enviou telegrama para que retirasse o medicamento na unidade de dispensação, o que ocorreu logo no dia seguinte, tendo o juízo, por fim, determinado o desbloqueio judicial da verba pública.

Há, assim, o ajuizamento de demandas por meio das quais se visa ao fornecimento de medicamentos já previstos nas listas oficiais do SUS e constantes do estoque, ou seja, de medicamentos já englobados pela política pública de assistência farmacêutica²⁶, pelo o que se recomenda que o cidadão, preliminarmente, busque informações sobre a disponibilidade do

²⁵ Disponível em:

http://conitec.gov.br/images/Protocolos/Portaria_Conjunta_14_PCDT_Doenca_de_Crohn_28_11_2017.pdfAcesso em 23. mai. 2021.

²⁶ Enunciado nº 11, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde, do CNJ: “Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico”.

tratamento prescrito, evitando-se, com isso, a judicialização desnecessária²⁷.

A conclusão em relação ao exemplo citado é que o medicamento visado já era previsto nas listas de dispensação oficial do SUS, mas na dosagem de 40 mg. Ou seja, se o interessado tivesse essa informação e entregado receita médica que considerasse apenas essa dosagem, provavelmente nem teria judicializado a questão, pois teria sido contemplado por meio de solicitação administrativa.

O vigente CPC incentiva sobremaneira a adoção de um modelo processual (até mesmo pré-processual) mais cooperativo e, conseqüentemente, dialógico, ganhando espaço a consensualidade, bem como a autonomia de vontade das partes (princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo)²⁸.

Nesse contexto, destacam-se os negócios jurídicos processuais, que não necessitam de homologação judicial (embora o juízo deva figurar como fiscalizador, controlando sua validade, nos termos do art. 190, § único, do CPC).

Em relação à Fazenda Pública, a doutrina já sinalizou ser possível a celebração de negócios jurídicos processuais, sendo este o teor do Enunciado nº 17 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC”, bem como do Enunciado nº 256 do FPPC: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”.

O que causa certa resistência doutrinária à celebração de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública é que um dos requisitos que a cláusula geral (art. 190, CPC) exige para este fim é que o processo deve versar necessariamente sobre direitos que admitam a autocomposição.

O interesse público, tutelado pela Administração Pública, é essencialmente indisponível. Contudo, os contornos da realização e da própria defesa do interesse público podem ser readequados e revisitados. Nesse sentido o Enunciado nº 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Ou seja, o Estado não pode dar aval ou mesmo reconhecer qualquer pretensão contra si deduzida nesse aspecto, dada a indisponibilidade, em geral, do interesse público. Mas, a partir do momento em que há uma ordem judicial em seu desfavor, pode, nos moldes da consensualidade, demonstrar uma forma adequada de cumpri-la, o que não resvala sobre o caráter indisponível do direito visado.

A título de exemplo, no processo nº 1036981-51.2020.8.26.0053, que tramita na 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, a parte autora, diagnosticada com Síndrome das

²⁷ Este, aliás, é o teor do Enunciado nº 3, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde, do CNJ: “Recomenda-se ao autor da ação a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.

²⁸ Arts. 3º, § 2º; 5º; 6º; 8º; 9º; 10; 166; 190; 313; 362; 373, § 3º.

Pernas Inquietas, busca o fornecimento, pelo Estado de São Paulo, de produto, importado, à base de canabidiol (*Hempflex 3.000 mg*). Houve deferimento de liminar para que o Estado de São Paulo fornecesse o produto.

Inicialmente, o paciente requereu o produto *Hempflex 1.000 mg* (33 mg/ml), para tomar 2 gotas de 12 em 12h por 4 dias e, após, 3 gotas de manhã e 4 gotas à noite, conforme receita médica. No curso do processo, trocou o produto pelo *Hempflex 3.000 mg* (50 mg/ml), alterando também a posologia para 50 gotas por dia.

A SES/SP, ao ser oficiada para cumprir a liminar, informou que não havia justificativa médica para esse substancial aumento da quantidade de canabidiol a ser diariamente inserida (a posologia passou de 4 e 7 gotas por dia para 50 gotas por dia, de um produto ainda mais concentrado). Além disso, relatou que as referências bibliográficas utilizadas pelo médico prescritor não se aplicariam ao caso.

Dadas todas essas peculiaridades, bem como pelo fato de ter havido um equívoco na receita médica, apontado pela SES/SP, houve designação de audiência, na qual se estabeleceu, dentre outras obrigações, que o paciente passaria por consulta médica com especialista do SUS/Hospital das Clínicas, para que fosse averiguado se é ou não pertinente a prescrição médica apresentada, ou seja, se o tratamento com canabidiol é realmente imprescindível e, no caso, em que quantidade/posologia/concentração²⁹.

Não se cuidou propriamente de uma convenção ou negócio jurídico processual, pois o juízo se mostrou irredutível no que toca aos exíguos prazos fixados, mas ao menos se aproximou mais das circunstâncias fáticas que permeiam o caso.

Também não se tratou de convenção processual propriamente dita porque, para o Estado, o melhor *modus operandi* seria importar o produto tão somente se o médico especialista confirmasse o diagnóstico da enfermidade e o tratamento prescrito. Mas, não. Conforme decidido pelo juízo, já deveria iniciar o processo de importação antes mesmo da referida consulta médica.

De qualquer forma, mencione-se que, dada a exiguidade do prazo assinalado pelo juízo, os dois agendamentos iniciais se deram em outra especialidade médica, pelo o que se conclui que a “pressa” do juízo acabou ocasionando deslocamentos inúteis ao paciente, ainda mais em se considerando os riscos trazidos pela pandemia de COVID-19.

²⁹ Conforme o termo de audiência, restou deliberado que (i) a parte autora juntaria receita médica da forma solicitada pela SES/SP em até 10 dias, com a qual o órgão de saúde deveria iniciar o processo de importação e (ii) o Estado de São Paulo, também em até 10 dias, teria de indicar onde, com quem, data e hora para a parte autora ser submetida a uma avaliação médica, a qual deveria ocorrer em 25 dias também a contar da data da audiência.

No caso, o juízo não permitiu a manifestação da Fazenda Pública no que toca ao prazo, o que se afasta por completo do modelo dialógico de processo que se espera. E a celebração de negócios jurídicos processuais apenas é possível em processos justamente dialógicos.

Em continuação, a respeito da adoção de medidas dialógicas e/ou estruturantes, principalmente em se tratando de intervenção jurisdicional em políticas públicas, faz-se mister a revisitação de vários institutos processuais, contexto no qual se destaca o cumprimento de decisões judiciais.

Afirma a doutrina³⁰ que o Poder Judiciário pode determinar que para fins de cumprimento, o ente público inclua a verba destinada a implementar ou corrigir a política pública debatida na próxima proposta orçamentária³¹, possibilitando-se o ajuste do provimento jurisdicional no tempo, compatibilizando o orçamento público com a decisão judicial³².

Tal afirmação não é equivocada, justamente porque, claro, a implementação/correção de políticas públicas depende da aplicação efetiva de recursos públicos.

Contudo, não basta tratar apenas da questão financeiro orçamentária, sendo necessária, em muitas vezes, a adoção de medidas estruturantes, tipicamente adotadas em processos estruturais, a respeito dos quais ensina Edilson Vitorelli³³: é um processo necessariamente coletivo, no qual se busca reorganizar uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa uma violação pela maneira como funciona, gerando um litígio estrutural, tendo como um dos desafios justamente a elaboração de um “plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável”.

E pontua referido autor que ainda é rara a resolução de litígios estruturais em processos estruturais, pois estes são “longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa intrincada e, por esse motivo, são evitados por juízes e legitimados coletivos”³⁴. Nesses casos, visa-se resolver apenas as consequências, não as causas do problema. Ou seja, o funcionamento da instituição permanece

³⁰ “Para tanto, deverá incluir, no orçamento do próximo exercício, a previsão financeira. [...]” FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 404.

³¹ O Projeto de Lei nº 8.058/2014 determina ao juízo que notifique a autoridade responsável pela efetivação da política pública atacada para que preste informações detalhadas, no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, sobre dados do programa governamental objeto do pedido deduzido na demanda, devendo constar (i) o planejamento e a execução já existentes; (ii) os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; (iii) a previsão de recursos necessários para sua implementação/correção; (iv) a possibilidade de transposição de verbas, em caso de insuficiência de recursos; (v) o cronograma necessário ao eventual atendimento ao pedido (art. 6º).

³² **“Admite [...] que aqueles direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática [...]”** A vinculação ao orçamento, nesta linha de raciocínio, ajusta-se ao plano de cumprimento da sentença e será matizada pelo princípio da proporcionalidade [...]” (grifos nossos). CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

³³ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, 2018, p. 333-369, out. 2018.

³⁴ *Ib.*

inalterado, de modo que se resolve a lide, não o conflito³⁵.

Já Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira³⁶ entendem que processo estrutural é aquele no qual se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, no qual se visa modificar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

Referido tema é debatido na doutrina processual brasileira há cerca de uma década, mas não é utilizado o quanto deveria, ao menos não com essa roupagem. Além disso, são inúmeros os contornos que pode adquirir, a depender do caso concreto, pelo o que ainda há um vasto e fértil campo a ser estudado.

É de ser pontuado que o controle judicial de ato administrativo/política pública em sede de processo estrutural tem maior chance de ser feito adequadamente, inclusive em termos de legitimidade judicial, pois o Judiciário, em constante diálogo com a Administração Pública, teria informações sobre suas atividades, podendo, assim, proferir decisões realmente consequencialistas, pautadas num modelo processual participativo e dialógico.

Formalmente, conforme assinalam Fredie Didier Junior e outros, não há um procedimento especial para ações que visam à reestruturação de situações de desconformidade permanente e generalizada, mas há um modelo padrão a ser nele utilizado, adotado no processo falimentar, havendo, assim, duas fases: **(i)** na primeira, constata-se o estado de desconformidade e se profere uma decisão estrutural que estabelece uma meta a ser atingida (um novo estado de coisas); **(ii)** na segunda, a decisão estrutural deve estabelecer o tempo, o modo e o grau de reestruturação a ser implementada, o regime de transição (art. 23, LINDB) e a forma de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes³⁷.

Entendem que, na fase de cumprimento, se pode adotar o procedimento comum do CPC, pois nele é possível a aplicação de técnicas diferenciadas. Na visão de Fredie Didier Junior, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, tratar-se-ia de um procedimento comum com *trânsito de técnicas*³⁸.

³⁵ “O equívoco desse tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem. Enfocam-se as suas consequências presentes mais evidentes, “a conta-gotas”, em processos individuais, ou mesmo em processos coletivos, mas que abordam parte do problema público. Em determinadas situações, esse comportamento do legitimado coletivo e do Poder Judiciário aprofunda as desigualdades e a desorganização do serviço público que se pretendia melhorar”. *Ib.*

³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, 2020, p. 45-81, mai. 2020.

³⁷ *Ib.*

³⁸ “O § 2º do art. 327 do CPC é, enfim, uma cláusula geral de flexibilização procedimental. É possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar para o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais [...]. É possível, também, defender que uma técnica especial seja aplicada a outro procedimento especial, desde que com ele compatível.

Em continuação, é na segunda fase do processo estrutural, do efetivo cumprimento, que se espera por certa plasticidade³⁹, ou seja, adaptação do quanto definido na primeira fase, cabendo inclusive medidas executivas atípicas (art. 139, inc. IV e art. 536, § 1º, CPC). Pode haver, ainda, o que Sérgio Cruz Arenhart denomina de *decisões em cascata*⁴⁰, pois à decisão principal seguem diversas outras, com o objetivo de resolver problemas oriundos da efetivação das decisões anteriores:

Nesse aspecto, o art. 493 do CPC, ao prever que, se houver algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, depois do ajuizamento da ação, que interfira no julgamento do mérito, o mesmo deverá ser levado em consideração pelo juízo.

Ou seja, a decisão judicial deve ajustar-se à realidade atual dos fatos, flexibilizando, pois, a regra da congruência, dada a dinamicidade com que se altera o cenário fático.

Faz-se mister, também, “liberar o magistrado das amarras dos pedidos das partes”⁴¹, pois a lógica que inspira o processo estrutural não é a mesma dos não estruturais, nos quais o juízo teria apenas três caminhos para tomar em relação ao mérito: deferimento, deferimento parcial ou indeferimento, dada a vedação do *non liquet* (art. 140, CPC: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”). No processo estrutural, há de se atenuar os princípios da congruência objetiva externa e da estabilização objetiva da demanda, podendo-se, assim, modificar o objeto.

Imaginemos, por exemplo, se a Administração Pública apresenta uma solução mais efetiva que a judicialmente determinada no processo, decisão essa já transitada em julgado. Nesse aspecto, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que “haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador”⁴².

Desses dispositivos do CPC pode-se concluir que **há uma espécie de livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos, exigida, apenas, a compatibilidade**” (grifo nosso). DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 65-67. O art. 1.049 do CPC corrobora esse entendimento.

³⁹ Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 8.058/2014 possui importante disposição, segundo o qual o magistrado poderá alterar a decisão na fase de cumprimento, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, por exemplo se o ente público promover políticas públicas mais adequadas que as determinadas na decisão, ou se estas se mostrarem inadequadas ou ineficazes: “[...] haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador”.

⁴⁰ “Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. *Revista de Processo*, v. 225, ano 38, 2013, p. 400.

⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *op. cit.*

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, nº 65, ano 16, jan-mar. 1983.

Ou, ainda, se ocorre uma reforma legislativa que inviabiliza o cumprimento como outrora deliberado pelo juízo. Infere-se que até o instituto da coisa julgada é atingido, merecendo, pois, revisitação e releitura crítica nesse contexto.

Há um exemplo concreto bastante interessante a respeito, oriundo da 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. Trata-se da ação civil pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Estado de São Paulo, na qual requereu sua condenação a arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo.

Por sentença, o juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública condenou o Estado, em apertada síntese, a “arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não) da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada não estatal para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo [...]”.

Contudo, em 2017, o Ministério Público do Estado reconheceu em juízo a satisfação da obrigação anteriormente imposta e requereu, nesses termos (art. 794, inc. I, do então CPC/73, atual art. 924, inc. II, do CPC), a extinção processual.

E esse reconhecimento de cumprimento da obrigação ocorreu porque, com o advento da Lei Federal nº 12.764/2012, que estabelece a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, foi determinada a inclusão de todas as pessoas com transtorno do autismo em escolas comuns de ensino regular, com ou sem acompanhante especializado (art. 3º, § único). Assim, as internações, ainda com fulcro na Lei Federal nº 10.216/01, a partir de então, somente se dariam em hipóteses excepcionalíssimas, por tempo determinado, em constante fiscalização, com imediata alta em caso de não se recomendar mais a medida (art. 4º). Com a novel legislação, a educação dos autistas em escola especializada passou a ser, portanto, a exceção.

Assim, entendeu o Ministério Público do Estado que, em razão das modificações legislativas, em evidente confronto com a decisão transitada em julgado, a celebração de convênios, pelo Estado, com instituições exclusivas para autistas não mais poderia subsistir.

Após esse pedido, o juízo readequou a sentença condenatória, explanando que essa postura é típica em se tratando de uma decisão estrutural.

Quanto aos cumprimentos individuais da sentença coletiva, entendeu que as decisões neles proferidas devem pautar-se nos parâmetros fixados pela lei, não mais ao dispositivo da sentença de modo restrito. Determinou, assim, que, uma vez iniciado um cumprimento individual, a

Administração Estadual deve ser intimada para providenciar a avaliação interdisciplinar do autista, em 60 dias, e, após, propor um perfil de atendimento ao mesmo, conforme suas necessidades.

Ou seja, restou hígido, de qualquer modo, o dever do Estado de continuar tomando as medidas para fornecer apoio ao tratamento previsto na Lei Federal nº 12.764/12 para autistas.

Nessa decisão, o juízo mencionou, inclusive, que, embora parecesse, não estaria violando a coisa julgada, porquanto o núcleo da decisão anteriormente proferida deve ser adaptado conforme o desenvolvimento da política pública subjacente, o que é típico em se tratando de decisões estruturais.

Assim, essa readequação seu deu em razão da promulgação da Lei Federal nº 12.746/12, com a qual a sentença proferida na ação civil pública se tornou incompatível, já que preconizava a educação especial, relegada a exceção pela nova lei. O juízo esclareceu, inclusive, que não se tratou de flexibilização da coisa julgada, mas sim de impossibilidade de cumprimento da decisão judicial, pois o mesmo equivaleria à prática de uma ilegalidade.

Fundamentou sua decisão, assim, no fato de não ser mais possível admitir um pedido formulado com base em um sistema segregatório, “em que a principal finalidade da intervenção judicial seja institucionalizar um autista em um estabelecimento exclusivo para autistas, e em que se exclui antes de se incluir”.

Um famoso caso, talvez o mais famoso nesta seara, sempre trazido pela doutrina, é o *Brown v. Board of Education (Brown II)*. No caso, treze pais de alunos ajuizaram uma ação coletiva contra o Município de Topeka dizendo reprovarem a política de segregação racial permitida nas escolas fundamentais da cidade. Após longa tramitação e amplo debate, a Suprema Corte, de forma unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática guerreada, por violar a 14ª Emenda à Constituição dos EUA, determinando que fosse colocado termo à prática até então autorizada da doutrina dos "separados mais iguais" (*separate but equal*).

Um ano depois, diante da reclamação de várias escolas quanto às dificuldades para implementar a nova política (não discriminatória), a Suprema Corte viu-se forçada a reexaminar a questão, originando a decisão conhecida por *Brown v. Board of Education II*, pela qual ordenou que a implementação da ordem deveria ser feita pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das Cortes locais.

Em outras palavras, considerando as dificuldades para satisfazer de plano a ordem judicial, frente aos problemas enfrentados pelas escolas locais, autorizou a criação de planos, cuja execução seria acompanhada pelo Judiciário local, que tendessem à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas, os quais deveriam se conformar às peculiaridades de cada lugar.

Nestes moldes, logrou-se uma decisão mais adequada à realidade de cada lugar e realizável na prática. Por óbvio que a questão da segregação racial nos Estados Unidos não foi eliminada (nem

com essas, nem com outras decisões judiciais), mas o modelo empregado neste julgamento permitiu a construção da base para a ideia das *structural injunctions*, como instrumento maleável e dialogado de solução das controvérsias.

Aliás, nesse ponto, consigne-se que o legado das decisões estruturantes não deve ser aferido apenas com base em seu êxito na solução do caso concreto, porque este tipo de provimento possui efeitos também bastante complexos que devem assim ser apreendidos.

Nas palavras de Owen Fiss, trata-se de “um instrumento formal por intermédio do qual o Judiciário busca reorganizar instituição burocráticas para que funcionem de acordo com a Constituição”⁴³, passando a identificar uma nova forma de adjudicação, o que chamou de *reformas estruturais*⁴⁴. Aqui, adjudicação se refere à atividade desempenhada pelo Poder Judiciário.

Nota-se que é inviável propor uma espécie de cartilha, geral e abstrata, para se aplicar a todos os casos de intervenção judicial em política pública/ato administrativo indistintamente, porque a postura a ser adotada pelo magistrado deve ser condicionada a cada caso concreto, dependendo das partes e interesses envolvidos.

As questões tipicamente suscitadas nos litígios estruturais abrangem temas caros à sociedade, pelo o que exigem soluções que vão além de simples determinações judiciais a respeito de relações lineares entre as partes, exigindo-se respostas difusas, contendo várias imposições e/ou medidas que sejam gradativamente efetuadas, orientando-as para cumprimento futuro. O ativismo judicial, quando pautado em parâmetros razoáveis, pode ser salutar.

Nesse ponto, a legislação já permite adaptações da técnica jurídico processual conforme as necessidades e peculiaridades da controvérsia, levando em consideração fatores como o valor e o tipo da pretensão, as partes envolvidas, visando a um modelo jurisdicional criativo, aberto, cooperativo/colaborativo e consensual, evitando-se, com isso, aplicações rigorosas da lei e dos comandos judiciais, incompatíveis com uma efetiva tutela de determinados direitos e interesses.

Evidencia-se, ainda, que no cumprimento negociado de decisões judiciais, seja ou não num processo estrutural, exige-se uma postura ativa do juízo, também restando evidenciada a relevância de seu papel fiscalizador. Conforme assinala Hermes Zaneti Junior⁴⁵, não basta a mera expedição de ordens, sendo imprescindível que o juízo acompanhe a efetivação dessas decisões.

⁴³ “The formal medium through which the judiciary seeks to reorganize ongoing bureaucratic organizations so as to bring them into conformity with the Constitution”. FISS, Owen. “The allure of individualismo”. *Iowa Law Review*, v. 78, n. 5, 1993, p. 965.

⁴⁴ FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 790-791.

⁴⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

7. Conclusão

Buscou-se traçar, brevemente, as razões pelas quais se faz mister a adoção de um modelo processual, de cunho dialógico, de cumprimento negociado de decisões judiciais pela Fazenda Pública na área da saúde pública, tanto em ação individual, quanto em ação coletiva, quer por meio consensuais/colaborativos/cooperativos em geral, como os negócios jurídicos processuais, quer por meio de processos propriamente estruturais, os quais podem, inclusive, abranger esses mencionados meios consensuais (medidas estruturantes), sem que, contudo, a mera adoção de medidas estruturantes torne estrutural o processo, justamente porque um processo estrutural busca reorganizar uma estrutura burocrática que esteja funcionando de maneira inadequada, o que não se visa, em regra, por meio do ajuizamento de demandas individuais.

Um modelo processual, essencialmente dialógico, de cumprimento negociado de decisões judiciais pela Fazenda Pública beneficiaria todos os envolvidos, e até mesmo a própria sociedade, principalmente pela redução da imposição generalizada e *ab initio* de medidas coercitivas que frequentemente se tornam inócuas aos fins propostos.

8. Referências

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário (dissertação de mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, 2020, p. 45-81, mai. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOMIT, Otávio. *Interpretando decisões e precedentes: Proposta de uma Abordagem Antiformalista Moderada sobre a Interpretação das Decisões Judiciais Aplicada à Metodologia dos Precedentes*. Tese de Doutorado, PPGD da Faculdade de Direito da UFRGS, 2018.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FISS, Owen. “*The allure of individualismo*”. *Iowa Law Review*, v. 78, n. 5, 1993.

FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2007.

GALANTER, Marc. “*Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*”, Volume 9:1, *Law and Society Review*, 1974, Republicação (com correções), In *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, nº 65, ano 16, jan-mar. 1983.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – Do modelo ao princípio*, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROMA, Zillá Oliva. *Tutela Jurisdicional e Direito à Saúde – Análise crítica da farmacialização do Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

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

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.