

COVID-19 E TUTELA JURISDICIONAL: A DOCTRINA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO MÉTODO E O DEVER PROCESSUAL DE DIÁLOGO COMO LIMITE¹

Claudio Madureira

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Campos de Goiaberais – Vitória, Espírito Santo. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

Hermes Zaneti Júnior

Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Graduação e Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Università degli Studi di Roma 3 (UNIROMA2). Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

Resumo: O objetivo deste trabalho é demonstrar que a doutrina dos processos estruturais pode ser usada como método a ser empregado para estruturar o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde em tempos de pandemia, conjugada à incidência do dever processual de diálogo como limite à sua instrumentalização nos casos concretos. Essa abordagem tem a potencialidade de compatibilizar a prática jurídica empiricamente verificada no Brasil (marcada pelo controle pontual das políticas públicas de saúde por meio de ações judiciais para a tutela de direitos individuais) à necessidade de preservação da capacidade do sistema de saúde para o combate da Covid-19.

Palavras-chave: Covid-19. Controle jurisdicional. Políticas públicas. Processos estruturais. Dever processual de diálogo.

¹ Este artigo é resultado das atividades do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo – FPCC/UFES, que possui financiamento de pesquisa concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES) no período 2018/2020. O Grupo FPCC é fundador da ProcNet, Rede Internacional de Pesquisa em Justiça Civil e Processo Contemporâneo. Para obter informações sobre a atividade do Grupo acesse <http://laprocon.ufes.br>. O trabalho também se associa à linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos”, do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR/UFES), com área de concentração em “Justiça, Processo e Constituição”, que assume como objetivo geral a crítica do paradigma meramente formalista do processo por meio da discussão da concepção de processo como meio adequado de garantia dos direitos fundamentais erigidos em estatura constitucional e traz entre os seus objetivos específicos a pesquisa dos fundamentos de hermenêutica jurídica voltados aos conceitos de teoria da norma por meio da crítica e do estudo dos diversos conceitos de justiça.

Sumário: **1** Introdução – **2** A doutrina dos processos estruturais como método adequado a compatibilizar a prática jurídica às necessidades do momento de controle à pandemia – **3** O dever processual de diálogo como limite indispensável à compatibilização da prática jurídica às necessidades do momento de controle à pandemia – **4** Conclusões – Referências

O verdadeiro antídoto para epidemias não é a segregação, mas a cooperação.

Yuval Noah Harari²

O primeiro ensinamento diz respeito à nossa fragilidade e, ao mesmo tempo, à nossa total interdependência [...]. O segundo ensinamento diz respeito à necessidade de que, diante de emergências dessa natureza, sejam adotadas medidas eficazes e, sobretudo, homogêneas, a fim de evitar que a variedade dos procedimentos adotados, em muitos casos totalmente inadequados, acabe favorecendo o contágio e multiplicando os danos para todos.

Luigi Ferrajoli³

1 Introdução

Vivemos tempos de guerra, um momento muito grave para o Brasil e para o mundo, em razão da propagação da Covid-19, doença causada pelo vírus Sars-Cov-2,⁴ de transmissão rápida e silenciosa, que é letal para algumas pessoas (em especial para idosos e portadores de algumas doenças), mas assintomático em outras. Essa particularidade da sua transmissão vem impondo ao Poder Público não apenas o tratamento dos doentes, mas também o estabelecimento de rígido controle sobre o comportamento da população e a reestruturação do sistema de saúde para enfrentamento de desafio nunca antes imaginado.

² HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Tradução de Odorico Leal. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2020.

³ FERRAJOLI, Luigi. O vírus põe a globalização de joelhos. Tradução de Moisés Sbardelotto. *Instituto Humanitas Unisinos*, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 2 abr. 2020.

⁴ Assim, “Em inglês, Sars-Cov-2 significa: ‘severe acute respiratory syndrome coronavirus 2’, em tradução livre: Síndrome Respiratória Aguda Grave do Coronavírus 2” (DANTAS, Caroline. Coronavírus, Covid-19, Sars-Cov-2 e mais: veja a explicação para 16 termos usados na pandemia. *G1*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/24/coronavirus-covid-19-sars-cov-2-e-mais-veja-a-explicacao-para-16-terminos-usados-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 2 abr. 2020).

As duas principais medidas adotadas nesse contexto são a testagem em massa e o isolamento (ou distanciamento) social. Porém, como a primeira dessas medidas supõe o conhecimento de requisitos técnicos que ainda não estão plenamente disponíveis no Brasil, vamos nos concentrar no isolamento social, empregado em todo o mundo com o propósito de retardar o avanço da pandemia e, com isso, minimizar os seus efeitos sobre os sistemas de saúde. O isolamento auxilia o chamado “achatamento da curva”, ou seja, a retenção da progressão exponencial do vírus que resultaria no colapso do sistema de saúde. Porém, a eficácia da sua adoção também demanda dos governos a concepção e implementação de políticas públicas de atendimento voltada à coletividade, que criem as condições necessárias a que os cuidados médico-hospitalares cheguem ao maior número possível de pessoas e, sobretudo, àquelas que mais necessitam de tratamento. Enfim, a ordem do dia é otimizar os recursos de que dispomos, de modo a que, no pico da crise, não falem profissionais de saúde e equipamentos para atender aos pacientes que surgirão.

O problema que se coloca, no caso brasileiro, é que, entre nós, o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde é marcado por lógica diametralmente oposta, que parece resultar de problemas sistêmicos na Administração Pública e da desconfiança dos administrados em relação às decisões dos gestores, e que contaminou os órgãos de controle e, também, o próprio Poder Judiciário. Com efeito, em razão das naturais dificuldades enfrentadas pelo Poder Público para fazer frente às demandas de um sistema de saúde que o constituinte determinou universal (CRFB, art. 196),⁵ é prática corrente no país a propositura de ações judiciais para o acesso individual a prestações de saúde pública, como exemplo, o fornecimento de medicamentos, a marcação de consultas, exames e cirurgias e a disponibilização de leitos em hospitais e unidades de terapia intensiva. Apenas para se ter uma ideia concreta do efeito desta prática nas primeiras semanas da crise da Covid-19, foram ajuizadas inúmeras ações solicitando a manutenção ou a marcação de cirurgias eletivas; nas quais o Poder Público teve de defender a adoção de medidas contra a Covid-19 como prioritárias; à consideração (por exemplo) de que elas (cirurgias eletivas) precisam ser realizadas em outro momento, pois, em tempos de guerra, a prioridade é o combate do inimigo.⁶

⁵ CRFB: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal* e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifos nossos).

⁶ O CNJ criou taxonomia própria para o enfrentamento da Covid-19, como assunto de controle para o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão (*vide* Portaria CNJ nº 57, de 30.3.2020). Já está disponível no *site* do STF a tabela de processos relacionados à Covid-19, atualizada em tempo real. Atualmente temos 657 processos, e 389 decisões judiciais foram proferidas (Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_

Não nos ocuparemos, neste trabalho, das razões que conduziram a esse quadro (que gravitam entre a suposta ineficiência do Poder Público e o hipotético superdimensionamento do conceito de universalidade da saúde), e tampouco discutiremos a racionalidade (ou irracionalidade) dessas intervenções pontuais do Poder Judiciário, com o intuito de resolver problemas individuais, em um sistema originalmente concebido para atendimento à coletividade (que confronta o direito individual dos doentes ao direito coletivo a um sistema de saúde minimamente eficaz). É que, muito embora essas sejam questões da maior relevância teórica e prática, consideramos que a sua resolução dificilmente será obtida mediante consenso, o que nos parece fundamental nessa crise que enfrentamos, e, sobretudo, que o momento, agora, é de estabelecer prioridades. Por isso optamos por circunscrever a discussão proposta ao contexto do enfrentamento da pandemia da Covid-19 (como forma de orientar o consenso) e por procurar compatibilizar a prática jurídica empiricamente verificada (controle pontual das políticas públicas de saúde por meio de ações judiciais) à necessidade (anteriormente enunciada) de preservação da capacidade do sistema de saúde para o atendimento às necessidades coletivas da sociedade.

Também não cogitamos de cerceamento ao controle jurisdicional, que iria de encontro ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CRFB, art. 5º, XXXV). Nosso ponto é outro: consideramos viável e necessária a manutenção do controle jurisdicional de políticas públicas de saúde mesmo em tempos de pandemia.

Feitos esses cortes metodológicos, propomos, no plano da ciência, como caminho a ser seguido pelos intérpretes (em especial pelo Poder Judiciário) para que possamos obter a compatibilização desejada no campo da aplicação do direito, a adoção da doutrina dos processos estruturais como método a ser empregado para estruturar o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde em tempos de pandemia e a incidência do dever processual de diálogo como limite à sua instrumentalização nos casos concretos. Afinal, como vem sendo deixado claro nestes dias de pandemia, somente a ciência e a informação podem nos socorrer e auxiliar a sair desta crise.

processo_covid19/index.html. Acesso em: 3 abr. 2020). O Ministério Público do Espírito Santo orientou todos os promotores de Justiça e procuradores de Justiça a zelar pela informação do campo “12612 COVID-19”.

2 A doutrina dos processos estruturais como método adequado a compatibilizar a prática jurídica às necessidades do momento de controle à pandemia

A literatura jurídica registra a configuração de processos estruturais,⁷ cuja finalidade é procurar implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, personalizado ou não, organização ou instituição (poder público ou privado).⁸ A doutrina identificou ainda que os processos estruturais estão voltados a resolver um problema estrutural, independentemente da situação de ilicitude, para promover um determinado estado de coisas.⁹ Essa matriz teórica surgiu nos Estados Unidos da América, a partir da postura mais ativa dos juízes que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970,¹⁰ mas foi concebida, naquele contexto, com viés muito pragmático e sem grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão.¹¹

A doutrina norte-americana situa o primeiro litígio estruturante no caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em decisão proferida no ano de 1954, considerou inconstitucional

⁷ A propósito, cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, 2020; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017; ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, 2013; JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coord.). *Repercussões do Novo CPC – Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016; JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013; ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁸ Sobre a argumentação que se segue cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 46-49.

⁹ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, 2020. Este texto contém o estado da arte do pensamento dos autores sobre o tema.

¹⁰ JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 93. Os estudos desta matéria foram realizados originalmente por Owen Fiss e Judith Resnik, professor de Yale: FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

¹¹ Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, “a processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações. Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica. Ademais, ainda engatinha na arte pragmática de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 212, out. 2012. p. 46).

a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial.¹² Quando determinou a aceitação da matrícula de estudantes negros em escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, o Tribunal Constitucional iniciou amplo processo de mudança no sistema público de educação dos Estados Unidos da América, dando origem ao que em doutrina se convencionou chamar *structural reform*.¹³ A propósito, Owen Fiss leciona que, depois do Caso Brown, “a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social”, e que as “reformas estruturais alcançaram tão longe quanto o moderno Estado Burocrático”.¹⁴ Enfim, o modelo de decisão proferida no caso *Brown versus Board of Education of Topeka* expandiu-se, passando a ser adotado em outros casos, o que fez com que o Poder Judiciário norte-americano, por meio de suas decisões, passasse a impor amplas reformas estruturais em instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidas determinadas diretrizes constitucionais.

As decisões estruturais (*structural injunctions*) buscam, então, implantar reformas estruturais (*structural reforms*) em ente, organização ou instituição, com os objetivos de (i) concretizar direito fundamental, (ii) realizar determinada política pública ou (iii) resolver litígios complexos.¹⁵ Por sua vez, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural.¹⁶

¹² A propósito, cf., por todos: FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

¹³ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 761.

¹⁴ Tradução livre, no original: “The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state” (FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 761).

¹⁵ Litígio complexo, neste contexto, não é somente aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Um bom ponto de partida para a compreensão sobre a litigiosidade complexa pode ser encontrado no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados litígios de difusão irradiada: “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto.

A doutrina jurídica que lhe é subjacente adota como premissa a constatação de que violações perpetradas pelo Poder Público à efetividade das normas constitucionais (direitos fundamentais), sejam elas concretas (consumadas) ou potenciais (ameaças de lesão), não podem ser eliminadas sem que essas organizações sejam reconstruídas, no curso dos processos respectivos (processos estruturais), por meio das decisões jurídicas neles proferidas (decisões estruturais).¹⁷ Disso resulta a complexidade do conteúdo das decisões estruturais e, por conseguinte, dos processos estruturais que as suportam.¹⁸

A principal característica dos litígios deflagrados para a efetivação de reformas estruturantes é a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos.¹⁹ No ponto, Marco Felix Jobim destaca que, “quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente, ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar”, cumpre ao Poder Judiciário intervir, em processos individuais ou coletivos, sempre que provocado pelas partes interessadas, mediante a prolação de decisões que possam solucionar os conflitos que lhe forem submetidos.²⁰ Esse fenômeno ficou conhecido como ativismo judicial (compreendido e conceituado em contraposição à autocontenção judicial), que, “em alguns casos, pode trazer benefícios, e em outros prejuízos”,

Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente” (VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coord.). *Repercussões do Novo CPC – Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 97-98).

¹⁶ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 521.

¹⁷ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 761.

¹⁸ Sobre a argumentação que se segue cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 49-50.

¹⁹ Segundo Owen Fiss, a *structural reform* permite ao Poder Judiciário sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alçando-o ao posto de participante do governo e parte integrante do sistema político (FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 764). Sobre a argumentação que se segue cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 50-52.

²⁰ JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 104.

muito embora “num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que a do erro”,²¹ sobretudo porque “o ativismo judicial [rectius.: ativismo da lei e da Constituição] utilizado de uma forma correta pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas das Cortes superiores”.²²

Outro traço distintivo das decisões estruturais é que à decisão principal seguem-se inúmeras outras, proferidas com o propósito de resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores, de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal. Disso resulta o que Sérgio Cruz Arenhart chamou de *provimentos em cascata*, em que as decisões se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores, num contexto em que a decisão atual depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior.²³ Em suas próprias palavras:

[...] 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.²⁴

É o que se verifica, por exemplo, quando o Poder Judiciário, em ação individual que postula a realização de teste para confirmação de infecção pela Covid-19 e a imediata internação do autor em leito hospitalar e/ou unidade de terapia intensiva, profere decisão distinta, voltada ao efetivo enfrentamento da pandemia e não apenas ao atendimento ao interesse individual do postulante, determinando

²¹ JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 104. É de se observar que as decisões estruturais não corporificam ativismo judicial propriamente dito, mas revelam a aplicação do quadro normativo vigente através de medidas concretas; logo, não é o juiz que é ativo, ativas nas políticas públicas no Brasil são as leis e a Constituição (cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 4).

²² JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 96.

²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, 2013. p. 400.

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, 2013. p. 400.

ao Poder Público, à consideração de que podem existir doentes mais graves necessitando das prestações solicitadas e de que os testes disponíveis devem ser aplicados preferencialmente nesses pacientes e em profissionais de saúde que atuam diretamente no combate à doença, que submeta o requerente ao teste solicitado e lhe assegure a internação desejada, mas apenas se verificar, após avaliação técnica, que ele apresenta quadro clínico que justifique a adoção dessas providências.²⁵ Nesse caso, se o Poder Público ficar inerte em realizar a avaliação técnica determinada, ou se informar ao juízo que não dispõe de profissionais suficientes para a sua realização, o juiz poderá determinar, num segundo momento, mesmo que o autor assim não o tenha requerido, que sejam adotadas as providências necessárias à efetivação do direito fundamental do cidadão à saúde, especificando (por exemplo) que o Poder Público deve requisitar auxílio na rede privada de saúde.

Essas decisões são proferidas, entre nós, com fundamento na incidência conjugada do inc. IV do art. 139 do CPC-2015²⁶ com o disposto no §1º de seu art. 536.²⁷ Esses dispositivos processuais encerram cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.²⁸

Tratam-se, portanto, de decisões voltadas ao atendimento da pretensão (porque proferidas em ações individuais), mas que também consideram as necessidades da coletividade (porque têm lugar em litígio complexo, no qual a concretização do direito fundamental à saúde não pode ser obtida pelo tão só atendimento à pretensão autoral, reclamando a concepção/implementação de política pública voltada ao atendimento de todos). Se, em lugar delas, fosse proferida decisão determinando a realização do teste e a internação do autor, o Poder Judiciário, para além de incorrer no risco de prejudicar pacientes mais graves e profissionais de saúde que atuam no combate da Covid-19, não alcançaria o objetivo, reclamado

²⁵ Essas medidas podem ser inclusive tomadas no âmbito da antecipação da prova (CPC-2015, art. 139, VI), com o uso dos pareceres técnicos de junta médica estruturada para tanto.

²⁶ CPC-2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (grifos nossos).

²⁷ CPC-2015: “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. §1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial” (grifos nossos).

²⁸ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 50-57.

pela singular natureza do litígio, de impor às instituições burocráticas a concretização das reformas estruturais necessárias à fruição do direito subjetivo alegado. Disso resulta a operatividade da utilização da doutrina dos processos estruturais para o controle jurisdicional de políticas de saúde em tempos de pandemia.

As medidas aqui sugeridas podem ser tomadas inclusive no âmbito de procedimentos administrativos de fiscalização instaurados pelos Ministérios Públicos.²⁹ Afinal, a busca pela consensualidade é elemento essencial do processo estrutural.³⁰ Com isso, existindo notificações recomendatórias, termos de ajustamento de conduta e protocolos regulando as medidas a serem adotadas pelo Poder Público, essas medidas se apresentam como início da solução do problema estrutural, podendo o Poder Judiciário, uma vez provocado, suspender as ações individuais e coletivas que tratam desses problemas até a solução da crise (evidentemente quando as considerar adequadas), sem prejuízo da adoção de outras medidas urgentes.

Foi o que se verificou, no Espírito Santo, em decisão proferida pela Presidência do seu Tribunal de Justiça em atendimento a requerimento de suspensão de segurança, formulado com base no art. 4º da Lei nº 8.437/1992,³¹ em que o Estado postulou a suspensão dos efeitos de medidas liminares concedidas no corpo de oito ações individuais com pretensões relacionadas a prestações de saúde. O Desembargador Ronaldo Gonçalves de Sousa, Presidente do Tribunal, deferiu o pedido,³² assentando, como fundamentos, (i) que “na atual quadra de calamidade

²⁹ O Ministério Público do Estado do Espírito Santo, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho no Espírito Santo criaram o Gabinete Permanente Interinstitucional para atuação conjunta durante a pandemia da Covid-19 (vide Portaria Conjunta MPES/MPT/MPF nº 1, de 26 de março de 2020. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/760467d6-7aa9-41fe-9c41-b2bf0e3d89c0.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020). Essa atuação conjunta no combate à Covid-19 é uma estratégia para manutenção da unidade de atuação neste esforço de guerra, sem prejuízo da independência funcional.

³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, 2020.

³¹ Lei nº 8.437/1992: “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

³² No dispositivo: “Do exposto, nos termos do art. 4º da Lei Nacional n. 8.437/1992, DEFIRO o pedido de contracautela para suspender os efeitos das decisões liminares proferida nos autos das ações n. 0001522-96.2019.8.08.0002; 0003961-16.2020.8.08.0012; 0000520-27.2020.8.08.0012; 0006728-88.2020.8.08.0024; 0000584-92.2020.8.08.0026; 0019371-51.2019.8.08.0012; 0002210-40.2019.8.08.0008; 0026977-94.2019.8.08.0024, o que não impede, todavia, o Magistrado de avaliar, em cada caso concreto (inclusive nas demandas citadas), com base em elementos mínimos de prova (como, por exemplo, atestado médico com indicação expressa da gravidade do estado de saúde e da imprescindibilidade de submissão do paciente ao procedimento médico ou oitiva prévia da autoridade competente que deverá certificar que a situação clínica apresentada está ou não abarcada pelas normas de exceção, sob sua responsabilidade ética, profissional e legal), que o exame, consulta ou

da saúde pública, reconhecida em nível internacional, nacional e local”, a suspensão das medidas judiciais concedidas “é perfeitamente justificada pelas inegáveis limitações materiais do sistema de saúde”, que impõem “o estabelecimento de regras de acesso ao serviço público, com o objetivo de proteger a sociedade dos riscos provocados pela síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2)”;

(ii) que “a Lei Nacional nº 13.979/2020 reconheceu o estado de ‘emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019’ (art. 1º, *caput*)”, impondo a adoção de medidas que ‘objetivam a proteção da coletividade’ (art. 1º, §1º)”;

(iii) que, com base nesse diploma legislativo, “o Ministério da Saúde tem autorizado a habilitação de leitos de UTI’s para atendimento exclusivo dos pacientes com sintomas graves provocados pelo coronavírus (vide, v.g., Portaria n. 568/2020), além da regulamentação da ‘Telemedicina’ (Portaria n. 467/2020)”, visando prevenir o comparecimento de pacientes aos ambientes clínico e/ou hospitalar (muito “suscetíveis aos riscos de transmissão do vírus”);

(iv) que, conquanto essas “medidas limitadoras aos serviços de consultas ou exames de áreas especializadas, possam parecer, nesta fase inicial, inadequadas para o enfrentamento da pandemia, os protocolos técnicos da OMS e do Ministério da Saúde, exigem extrema precaução”, além do direcionamento dos recursos humanos disponíveis “para o estado emergencial, que, diariamente, vem se agravando, justamente”, sempre “com o objetivo de evitar ou minimizar o colapso do sistema de saúde”, com a imposição aos profissionais de saúde que escolham “quem vai viver ou morrer (‘escolha de Sofia’), como a experiência da Itália tem demonstrado”;

(v) que, posto isso, a conclusão que se impõe é que “o ato editado pela Secretaria Estadual de Saúde, supera o ‘teste de proporcionalidade’”, na medida em que suas regras (v.1) são adequadas para evitar o colapso no sistema de saúde pública e conter a propagação do vírus, (v.2) foram editadas “em consonância com as demais regras editadas pela União e por outros entes subnacionais”, (v.3) são necessárias pela imposição de restrições

cirurgia pleiteada está incluída na regra da essencialidade (art. 7º da Portaria SESA n. 038-R/2020 c/c art. 3º, §1º do Decreto Federal n. 10.282/2020), ou seja, que a não realização do procedimento poderá acarretar grave riscos à vida e à saúde da parte, circunstâncias que legitimam a atuação da jurisdição para resguardar tais direitos fundamentais, os quais podem estar sendo violados injustificadamente pelo Poder Público pela omissão ou equívoco no enquadramento do estado clínico apresentado pelo paciente. A suspensão das decisões, ademais, não exclui ou atenua o dever do Poder Público de vinculação dos profissionais a metodologias de trabalho de telessaúde, telemedicina, regulação formativa, planejamento de planos terapêuticos e revisões de protocolos assistenciais, visando garantir a continuidade da referência e contrarreferência assistencial a rede de atenção à saúde (art. 7º, §2º, inciso II da Portaria SESA n. 038-R/2020 e Portaria n. 467/2020 do Ministério da Saúde), medidas que podem ser exigidas judicialmente quando compatíveis com as regras de prevenção e combate à pandemia provocada pela síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2)” (Ronaldo Gonçalves de Souza, Presidente do TJES, em 31.3.2020).

(meios), apenas, para os casos de procedimentos eletivos, isto é, sem gravidade atestada e (v.4) são “proporcionais ao atual e incipiente estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, já que estabelecem medidas que visam garantir a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”, resguardando a “integridade da população brasileira e, em última instância, da unidade nacional que deve sobrepor ao direito de obter do Estado um tratamento clínico para os casos sem gravidade ou complexidade”.

Sua Excelência também se reportou, em suas razões, ao seguinte excerto da decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357:

[...] O surgimento da pandemia de COVID-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas, que, afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada, exigindo atuação urgente, duradoura e coordenada de todas as autoridades federais, estaduais e municipais em defesa da vida, da saúde e da própria subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira, tornando, por óbvio, lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade [...] A gravidade da emergência causada pela pandemia do COVID-19 (Coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. O desafio que a situação atual coloca à sociedade brasileira e às autoridades públicas é da mais elevada gravidade, e não pode ser minimizado. A pandemia de COVID-19 (Coronavírus) é uma ameaça real e iminente, que irá extenuar a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato, inclusive no tocante a garantia de subsistência, empregabilidade e manutenção sustentável das empresas [...].

A decisão destacou, ainda, que, “neste momento de excepcionalidade manifesta, o Poder Judiciário possui uma relevante e árdua função de resguardar a segurança jurídica e a manutenção da coesão e eficácia das normas temporárias e emergenciais”. E enfatiza que o contexto impõe aos magistrados “um maior ônus argumentativo na tomada de decisões e o exame da compatibilidade do pedido com o ‘conjunto normativo’ editado por força da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN”, inclusive com o propósito “de evitar a alta litigiosidade e os seus efeitos negativos na eficácia das ações preventivas”.

Esse é um exemplo contundente de como o Poder Judiciário pode vir a atuar, em concreto, como gestor de processos judiciais, evitando, com isso, que a crise da Covid-19 agrave ainda mais a crise do sistema de justiça.

3 O dever processual de diálogo como limite indispensável à compatibilização da prática jurídica às necessidades do momento de controle à pandemia

Ocorre que a doutrina dos processos estruturais também propõe, como metodologia para tornar efetiva a prestação jurisdicional em questões complexas, a atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige, nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart, correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, “de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”.³³ Em concreto, a resolução do litígio, com a perfeita satisfação do direito tutelado, pode demandar a liberação do magistrado das amarras dos pedidos das partes, visto que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir: deferimento, deferimento parcial ou indeferimento da postulação. É que os processos estruturais existem para alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Todavia, nem sempre as partes têm condições de antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas por seus adversários para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível no curso do processo, o que orienta, nos processos estruturais, que se estabeleça a flexibilização da regra da congruência objetiva externa.³⁴

A flexibilização cogitada também supõe que a interpretação do pedido (CPC-2015, art. 322, §2º)³⁵ leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Tomemos como exemplo uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco em 2015, ou do recente acidente ocorrido em Brumadinho, ambos em Minas Gerais. É natural que o andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vá transformando, paulatinamente, o objeto litigioso, e com isso

³³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, 2013. p. 398.

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 56.

³⁵ CPC-2015: “Art. 322 [...] §2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

exigindo novas providências judiciais. Por sua vez, a interpretação do pedido é seguida de perto pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão e da boa-fé (CPC-2015, art. 489, §3º).³⁶ De igual modo ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais o art. 493 do CPC-2015, que dispõe, textualmente, que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. Quando impõe que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador sinaliza ao julgador que ele deve interpretar a demanda (e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural) segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência.³⁷

O problema que se coloca, em vista dessa necessidade, é saber como compatibilizar semelhante flexibilização com o direito fundamental ao contraditório, que impõe aos julgadores a consideração e o efetivo enfrentamento das proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juízo.³⁸

³⁶ CPC-2015: “Art. 489 [...] §3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

³⁷ Veja o exemplo das ações possessórias: admite-se, com base no art. 554 do CPC-2015, que o juiz defira ao requerente a proteção possessória adequada à realidade atual dos fatos, ainda que distinta daquela que fora pleiteada quando do ajuizamento da demanda. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse dispositivo (CPC-2015, art. 493) uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados. A propósito, cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 56-57.

³⁸ A propósito, Daniel Mitidiero leciona que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de enviar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37). No ponto, recobramos, ainda, a advertência de Luiz Guilherme Marinoni sobre ser inviável procurar atribuir alguma estabilidade ao direito, de modo a produzir a contenção da litigiosidade das partes, “quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 218). Disso resulta a sua observação, noutro trabalho, quanto a não se dever “confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa”, pois “o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 230). É que, assim considerado, o contraditório legitimaria o procedimento como meio, mas não garantiria “o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais”, o que conduz a compreensão de que, nos casos concretos, “a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 231).

E a resolução do problema passa pela compreensão, já manifestada pela literatura jurídica,³⁹ de que, diversamente do que ocorre com a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais (que em geral é feita de forma impositiva), a efetivação das decisões estruturais deve se dar de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”.⁴⁰ No ponto, Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa”, para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas.⁴¹ Para o autor, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública”.⁴²

O CPC-2015 traz, em seu texto, opção jurídico-normativa capaz de estruturar essa atividade, consistente na instituição do dever processual de diálogo, que resulta, em suas linhas gerais, dos princípios do contraditório (arts. 7^o⁴³ e 9^o⁴⁴)⁴⁵ e da cooperação (art. 6^o⁴⁶),⁴⁷ mas que também sobressai de regras jurídicas positivadas pelo legislador.

³⁹ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 57.

⁴⁰ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 151.

⁴¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 212, out. 2012. p. 41-42.

⁴² COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 212, out. 2012. p. 35. Esse conceito é fruto da evolução do processo civil brasileiro, expressado em suas fases metodológicas (cf. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 272, p. 85-125, 2017), que culmina com a sua materialização, no texto do CPC-2015, como processo civil do formalismo-valorativo (cf. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). *Temas de direito processual contemporâneo* – III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual. Serra: Milfontes, 2019. v. I. p. 709-781).

⁴³ CPC-2015: “Art. 7^o É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

⁴⁴ CPC-2015: “Art. 9^o Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

⁴⁵ Cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109-124, *passim*.

⁴⁶ CPC-2015: “Art. 6^o Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴⁷ Cf. PIMENTA, Henrique Souza. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, comparticipação ou cooperação para o processo?*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_12175_Henrique%20de%20Souza%20Pimenta.pdf. Acesso em: 2 abr. 2020. Nesse estudo, resultado de pesquisa desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES (PPGDIR-UFES), o autor procura compatibilizar os posicionamentos de Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015), Dierle Nunes (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012), Fredie

A principal dessas regras foi enunciada no inc. IV do §1º do art. 489 do CPC-2015, que estabelece, textualmente, que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [...] não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O que sobressai da literalidade do dispositivo é que o legislador concebeu imposição jurídico-normativa a que os juízes enfrentassem “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Sem adentrar na distinção teórica entre argumentos e fundamentos, que poderia conduzir à afirmação de que o legislador disse menos do que deveria ter dito, ou, ainda, que não se expressou com suficiente clareza, empregamos, por efeito didático, a expressão *razões*, consagrada pela doutrina do formalismo-valorativo,⁴⁸ à qual nos alinhamos. Nessa perspectiva, a lei processual expressa, na prática, que os juízes devem enfrentar, no curso do processo, as razões deduzidas pelas partes, que compreendem todo e qualquer argumento que possa infirmar a conclusão adotada na decisão/sentença/acórdão, isto é, que seja capaz de interferir nos seus fundamentos.⁴⁹

Tamanha foi a preocupação do legislador em conferir semelhante caráter dialético ao novo processo civil brasileiro, que ele vedou ao Poder Judiciário decidir sobre fundamentos (CPC-2015, art. 10)⁵⁰ e fatos (CPC-2015, art. 493, parágrafo único)⁵¹ sobre os quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere. Assim, mesmo as razões que não foram deduzidas pelas partes devem ser consideradas pelos juízes, que, se pretenderem empregar na decisão (*síntese*) questões de fato e de direito não exploradas na *tese* e na *antítese*,

Didier Júnior (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010) e Hermes Zaneti Júnior (ZANETI JÚNIOR, Hermes. CPC/15: o Ministério Público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional – A atuação das corregedorias do Ministério Público*, v. 2, 2017), para concluir, ao final, refutando a tese de Mitidiero, que o CPC-2015 impõe às partes processuais dever de cooperação com seus adversários no processo.

⁴⁸ A propósito, cf., por todos: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 e MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴⁹ Cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 110.

⁵⁰ CPC-2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁵¹ CPC-2015: “Art. 493. [...] Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

deverão oportunizar a elas que veiculem os motivos pelos quais entendem que esses elementos conduzem ao acolhimento da posição jurídica por elas defendidas no curso do processo.⁵²

Também orientam a sua configuração, dada a complexidade das matérias debatidas nos processos estruturais e a potencialidade de as decisões neles proferidas atingirem um número significativo de pessoas, novas modalidades de participação concebidas pela lei processual, como a admissão de *amicus curiae* (art. 138 e parágrafos)⁵³ e a designação de audiências públicas (art. 927, §2º,⁵⁴ art. 983, §1º⁵⁵ e art. 1.038, II),⁵⁶ entre outras formas atípicas de participação; visto que as fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não parecem ser suficientes para garantir participação ampla.⁵⁷

Da conjugação dessas regras jurídicas aos princípios do contraditório e da cooperação sobressai o dever processual de diálogo; que, por sua vez, conforma a atividade dos intérpretes, mesmo nos processos estruturais; estabelecendo limites à construção/efetivação de decisões estruturais proferidas mediante necessária atenuação da regra da congruência objetiva externa. A sua incidência, nos casos concretos, permite ao Poder Judiciário a tempestiva compreensão dos parâmetros de discricionariedade técnica⁵⁸ empregados pelo Executivo (que, no

⁵² Cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 111-112.

⁵³ CPC-2015: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. §1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do §3º. §2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. §3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas” (grifos nossos).

⁵⁴ CPC-2015: “Art. 927. [...] §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (grifos nossos).

⁵⁵ CPC-2015: “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. §1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (grifos nossos).

⁵⁶ CPC-2015: “Art. 1.038. O relator poderá: [...] II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento” (grifos nossos).

⁵⁷ No mesmo sentido GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, 2015. p. 26.

⁵⁸ A propósito, Eduardo José da Fonseca Costa leciona que o Poder Judiciário, quando “condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente”, acaba interferindo “em um elemento de ‘mérito’ da atividade administrativa e

exemplo anteriormente enunciado, se circunscreveram ao estabelecimento de atendimento prioritário a pacientes graves e profissionais de saúde), prevenindo a prolação de decisões fundadas em premissas fáticas que não correspondem à realidade (por exemplo, para o mesmo caso hipotético, a suposição de que há testes e leitos disponíveis para todos), e com isso possibilita que a fruição do direito fundamental à saúde, que o constituinte pretendeu universal, também observe o outro princípio (isonomia) destacado no art. 196 da Carta de 1988, quando enunciou, textualmente, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, a ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” e pelo acesso (não apenas universal, mas também) “igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Disso resulta a imprescindibilidade da incidência do dever processual de diálogo como limite à implementação, no contexto da efetivação do controle de políticas de saúde em tempos de pandemia, do método diferenciado proposto pela doutrina dos processos estruturais.

4 Conclusões

Esperamos haver demonstrado que o controle jurisdicional de políticas de saúde é viável, mesmo em tempos de pandemia e diante da necessidade (que deles resulta) da preservação (inclusive contra decisões judiciais proferidas para a tutela de direitos individuais) dos efeitos das políticas públicas voltadas à coletividade, desde que se utilize, como método de ação, a doutrina dos processos estruturais, e que se observe, como limite à flexibilização da regra de congruência objetiva do processo (por ela proposta), o dever processual de diálogo, que resulta

tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 212, out. 2012. p. 29). Conforme Marçal Justen Filho, a expressão *mérito administrativo* é empregada “para indicar esse núcleo de natureza decisória, produzido por uma escolha de vontade pessoal do agente estatal em virtude de uma autorização legislativa” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 1.127). Essa escolha administrativa pode se fundar em atos vinculados, praticados quando a sua conduta é integralmente disciplinada pela lei, ou discricionários, que se diferencia dos primeiros porque, neles, o legislador deixa margem de liberdade para a sua tomada de posição (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 111). O problema é saber, quando da análise da conduta da Administração Pública, o que é vinculado e o que é discricionário, o que pode ser solucionado, nos processos estruturais, pela compreensão segundo a qual, diversamente do que ocorre com a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais (que em geral é feita de forma impositiva), a efetivação das decisões estruturais (sobretudo as que envolvam controle do mérito administrativo) deve se dar de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada” (VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 151).

da conjugação dos princípios do contraditório e da cooperação às regras jurídicas positivadas nos arts. 10, 138, 489, §1º, 493, parágrafo único, 927, §2º, 983, §1º e 1.038, inc. II, todos do Código de Processo Civil.

Dito isso, consideramos importante reforçar que, neste momento, os processos estruturais podem ser judiciais ou extrajudiciais, e que o Poder Judiciário tem o dever de realizar um *case management* (gerenciamento do acervo) vinculado à Covid-19, com o propósito de evitar duas situações igualmente indesejadas: (i) a falta ou deficiência do sistema de justiça nos casos em que sua intervenção é necessária para solucionar conflitos (proibição de proteção deficiente, na linguagem dos direitos fundamentais) e (ii) o excesso do Poder Judiciário, com o agravamento ainda maior da crise do sistema de justiça em razão da sobrecarga de processos judiciais (*overload*) e/ou, o que seria ainda pior, decisões judiciais que sectarizem e contrariem as políticas públicas cientificamente comprovadas como as mais adequadas para o combate da pandemia (proibição de excesso).

Por fim, esclarecemos que não almejamos construir única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que nos ocupamos. Em verdade, damo-nos por satisfeitos se esses nossos apontamentos sobre o tema puderem suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da ciência, com o propósito de contribuir para que o direito se apresente, ante esse gravíssimo problema por que passamos, como ciência prática voltada à atenção da solução de conflitos e à tutela de direitos.

Covid-19 and jurisdictional protection: the doctrine of structural processes as a method and the procedural duty of dialogue and cooperation as a limit

Abstract: This dissertation seeks to demonstrate that the doctrine of structural processes can be used as a method to structure jurisdictional control of public health policies in pandemic times, as long as combined with the incidence of procedural duty of dialogue as a limit to its instrumentalization in concrete cases. This approach has the potential to reconcile the legal practice empirically verified in Brazil (marked by the punctual control of public health policies through judicial actions that aim the protection of individual rights) with the necessity to preserve the capacity of the health system to fight against Covid-19.

Keywords: Covid-19. Judicial control. Public policies. Structural processes. Procedural duty of cooperation.

Contents: **1** Introduction – **2** The doctrine of structural procedures as an adequate method to make legal practice compatible with the needs of the moment of control of the pandemic – **3** The procedural duty of dialogue as an indispensable limit for making legal practice compatible with the needs of the moment of controlling the pandemic – **4** Conclusions – References

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Coord.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 212, out. 2012.
- DANTAS, Caroline. Coronavírus, Covid-19, Sars-Cov-2 e mais: veja a explicação para 16 termos usados na pandemia. *G1*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/24/coronavirus-covid-19-sars-cov-2-e-mais-veja-a-explicacao-para-16-terminos-usados-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- DIDIER JÚNIOR Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coord.). *Repercussões do Novo CPC – Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 4.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, 2020.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. O vírus põe a globalização de joelhos. Tradução de Moisés Sbardelotto. *Instituto Humanitas Unisinos*, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, 2015.
- HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Tradução de Odorico Leal. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2020.

- JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coord.). *Repercussões do Novo CPC – Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 272, p. 85-125, 2017.
- MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). *Temas de direito processual contemporâneo – III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. Serra: Milfontes, 2019. v. I.
- MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 6.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIMENTA, Henrique Souza. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, participação ou cooperação para o processo?*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_12175_Henrique%20de%20Souza%20Pimenta.pdf. Acesso em: 2 abr. 2020.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes. (Org.). *Temas de direito processual contemporâneo – III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. Serra: Milfontes, 2019. v. I.
- VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coord.). *Repercussões do Novo CPC – Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. CPC/15: o Ministério Público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional – A atuação das corregedorias do Ministério Público*, v. 2, 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Covid-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo como limite. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 555-576, jan./jun. 2020.

Recebido em: 20.04.2020
Pareceres: 22.04.2020, 24.04.2020
Aprovado em: 27.04.2020