



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

ÉDER MACHADO LEITE

**CONFLITOS ESTRUTURAIS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE:
ANÁLISE PROCESSUAL PARA DEFINIÇÃO DE UM MODELO QUE PREVINA
DECISÕES DESESTRUTURANTES**

BRASÍLIA

2021

ÉDER MACHADO LEITE

**CONFLITOS ESTRUTURAIS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE:
ANÁLISE PROCESSUAL PARA DEFINIÇÃO DE UM MODELO QUE PREVINA
DECISÕES DESESTRUTURANTES**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Lima Quintas, apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Doutor Constitucional.

BRASÍLIA

2021

ÉDER MACHADO LEITE

CONFLITOS ESTRUTURAIS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Lima Quintas, apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Doutor Constitucional.

30 de junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fábio Lima Quintas
Orientador

Prof. Dr. João Paulo Bachur
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Prof. Dr. Paulo Mendes De Oliveira
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Externo

A Deus, aos meus familiares, aos meus amigos e às oportunidades com que a vida tem me presenteado, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

O trabalho de dissertação é apenas uma pequena fração do aprendizado que a academia proporciona. Nessa caminhada, minhas dificuldades e fraquezas somente puderam ser contornadas com a ajuda dos meus familiares. Apesar de toda ausência e ansiedade, recebi deles todo o suporte. Foi a fé e o apoio deles que permitiram chegar à conclusão de todo o programa. Por isso, o meu sincero e profundo agradecimento a Nilce Machado, Eliseu Leite, Gabriel Machado Leite, Maria Felizarda Moraes Pimentel, Isaias Viana Pimentel e, o mais especial, à minha esposa e companheira, Winnie Mandela Moraes Pimentel.

Mas meus agradecimentos não se resumem a essas pessoas ímpares. Em toda trajetória de trabalho Deus (ou o destino, com bem se entenda) coloca pessoas especiais ao longo do caminho, que se prestam, de bom grado, a auxiliar a realização de projetos. Essas pessoas se tornam essenciais para os resultados e, por isso, devem ser reverenciadas. Nesse sentido, agradeço imensamente ao professor Doutor Fábio Quintas, por ter aceitado a tarefa de me conduzir ao longo de todo o trabalho de pesquisa, acreditando na viabilidade do estudo proposto e aparando as arestas para que a pesquisa chegasse a um resultado final, que ora se apresenta; ao professor Doutor Rafael Silveira, pelas conversas e leituras atentas durante o processo de definição do problema de pesquisa e direcionamento dos estudos da parte que toca à Ciência Política e Políticas Públicas; ao Doutorando e pesquisador institucional André Augusto Giuriatto Ferrazo, pelo auxílio na definição da pesquisa quantitativa, debate e reuniões; ao amigo e Doutorando Bruno Rangel Avelino da Silva, pelas conversas, diálogos e ponderações durante o desenvolvimento do trabalho.

Além desses incríveis auxílios diretos, reconheço a importância das aulas ministradas pelos professores do programa de Mestrado do IDP. Dessa forma, agradeço aos professores Doutores Gilmar Mendes, João Trindade, Osmar Mendes Paixão Côrtes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Luiz R. Wambier, Ulisses Schwarz Viana, Paulo de Tarso Sanseverino, Atalá Correia, Carolina Costa Ferreira, João Paulo Bachur, Luciana Silva Garcia, Laura Schertel Mendes, Georges Abboud. Todos foram indispensáveis para o meu amadurecimento acadêmico e para as reflexões que se converteram nesta dissertação.

Todo o trabalho de pesquisa também não seria possível sem o amparo e apoio do meu sócio, Juliano Costa Couto, e de toda a nossa equipe de advogados e funcionários (Ana Carolina Malta, Danilo Dias, Gabriela Branco, Gustavo Costa Couto, Izabela Cristina Lotti, Keyla Carvalho, Kissya Feitosa, Maria Eduarda Figueiredo, Oscar Karnal). As horas de dedicadas à

pesquisa e à confecção deste trabalho só foram possíveis em virtude da cooperação que facilitou a conciliação das atividades acadêmicas com as profissionais.

Além dos conhecimentos técnicos, durante o período de pesquisa a vida me trouxe ensinamentos valiosos. Quando iniciei este trabalho, a escolha do direito à saúde decorreu de questões estritamente metodológicas. Jamais eu poderia imaginar que o objeto escolhido para a análise processual que pretendia formular se revelaria o maior bem jurídico do momento presente. E assim o foi para mim, quando tive a necessidade de ser socorrido por suportes médico-hospitalares para garantir a minha própria saúde. Logo no início do trabalho, em março de 2020, amarguei uma semana de internação e cheguei acreditar que não sobreviveria. Mas a condição privilegiada de acesso à saúde suplementar e a ajuda da minha abnegada esposa permitiram que eu me recuperasse e continuasse a jornada. Ao final do ano de 2020, para fechar um ano tão conturbado, novo risco de vida e nova internação. O resultado de tantas batalhas apenas serviu para perceber que, “mesmo quando eu andar por um vale de trevas e morte, não temerei perigo algum, pois tu [Deus] estás comigo” (Salmo 23:4). Com essa referência bíblica, agradeço a Deus por não me ter abandonado durante toda a trajetória.

Por fim, quero dedicar esse trabalho às pessoas queridas que, em virtude da pandemia da COVID19, tiveram a saúde severamente comprometida (Carlos Gravina, Francisco Nilberto Galdino da Silva e Leonardo Maia Nascimento). A dedicatória se estende a todos os que se viram desesperadamente dependentes dos serviços de saúde, em todo o mundo, para a manutenção da vida. Infelizmente, nem todos puderam sobreviver. Dessa forma, in memoriam, também dedico esse trabalho a um médico extraordinário, exemplo de ser humano que eu tinha a honra de chamar por tio, Dr. Augusto Samuro Ohashi, e ao primo de minha esposa, Michel Leite Pereira da Silva, exemplo de filho e de dedicação profissional.

RESUMO

Os direitos fundamentais sociais têm por pressuposto a atuação estatal para que sejam materializados por meio de políticas públicas. Adotando o direito à saúde como elemento análise, percebe-se que os direitos fundamentais sociais possuem nuances, características e funções que tornam o processo de materialização complexo. Para atingir esse dever fundamental, a ação estatal concretizada por meio de políticas públicas deve se dedicar à transposição de estados de coisas ou de *status quo*. Todavia, o processo de formulação de políticas públicas possui contingências, cujas consequências são falhas, lacunas e resultados indesejados que restringem o direito à saúde. Essas consequências são a razão de o Judiciário ser intensamente acionado pelos titulares dos direitos para defesa de seus legítimos interesses. Entretanto, como esses direitos estão relacionados a estados de coisas, aos quais se conectam direitos fundamentais de terceiros, a técnica processual utilizada para a judicialização deve se adequar ao direito material. Nesse sentido, a judicialização por meio do modelo de processo tradicional tem demonstrado efeitos desestruturantes que tanto comprometem direitos de terceiros quanto agravam o estado de desconformidade. Além disso, o modelo tradicional não tem garantido a solução para a causa da restrição ao direito à saúde. Com base nessas constatações é que se propõe o processo estrutural como técnica adequada para que o Judiciário promova a transposição de um estado de desconformidade para um estado de coisas conforme o direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais - direito à saúde – políticas públicas – processo estrutural.

ABSTRACT

To guarantee the materialisation of fundamental social rights it is presumed State action through public policies. Adopting the health right as an element of analysis it is observed that fundamental social rights have nuances, features and functions that hamper the materialisation process. State action implemented through public policies must be dedicated to transposition of states of affairs or status quo to reach this fundamental obligation. However, the process of formulating public policies has contingencies, that brings consequences as failures, gaps and unwanted results that restrict the right to health. These consequences are the reason why the Judiciary is strongly activated by the holders of rights to defend their legitimate demands. Yet, as these rights are related to states of affairs to which fundamental rights of third parties are connected, the procedural technique used to judicialization must conform to substantive law. In this sense, judicialization through the traditional process model has shown disruptive effects that both compromise the rights of third parties and aggravate the state of non-compliance. In addition, the traditional model has not guaranteed a solution to the cause of restriction to health right. Based on these findings, structural injunction is proposed as a suitable technique for the Judiciary to promote a change from a state of non-conformity to a situation in accordance with the law.

Keywords: fundamental rights; right to health; public policies; structural injunction.

SUMÁRIO

<u>SECÃO</u>	<u>PÁGINA</u>
INTRODUÇÃO	11
1. O DIREITO À SAÚDE E A ATUAÇÃO POLÍTICA	24
1.1 Conceito de Direito à Saúde	26
1.1.1 Consequências da fundamentalidade	27
1.1.2 A vagueza do direito fundamental social à saúde	32
1.1.3 O direito fundamental completo	38
1.2 Formação de Políticas Públicas	41
1.2.1 As irracionalidades de processo de formulação de políticas públicas	49
1.3 Os limites às restrições ao Direito à Saúde	60
1.4 Conclusão Parcial	65
2. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	69
2.1 O exercício da jurisdição como forma de materialização do Direito à Saúde	71
2.2 Distinção entre Judicialização e Ativismo Judicial	78
2.3 Legitimidade em massa	87
2.4 Processo adversarial como fonte de decisões desestruturantes	91
2.4.1 A inadequação das ações coletivas para solução de problemas estruturais	101
2.5 Direito à Saúde como fonte geradora de conflitos estruturais	106
2.6 Processo Estrutural	109
2.7 Conclusão Parcial	121
3. AS TÉCNICAS APLICADAS PELOS TRIBUNAIS	124
3.1 Metodologia de Pesquisa	124
3.2 Descrição dos achados da Pesquisa	128
3.2.1 Aplicação do Direito à Saúde pelos padrões decisórios definidos pelo STF e pelo STJ	128
3.2.1.1 <i>Tema de Repercussão Geral 6</i>	129
3.2.1.2 <i>Tema de Repercussão Geral 262</i>	131
3.2.1.3 <i>Tema de Repercussão Geral 289</i>	131
3.2.1.4 <i>Tema de Repercussão Geral 500</i>	132
3.2.1.5 <i>Tema de Repercussão Geral 579</i>	132
3.2.1.6 <i>Tema de Repercussão Geral 698</i>	133
3.2.1.7 <i>Suspensão de Tutela Antecipada 175 e Tema de repercussão Geral 793</i>	134
3.2.1.8 <i>Tema de repercussão Geral 1033</i>	135
3.2.1.9 <i>Temas de Recurso Repetitivo 84 e 98</i>	136
3.2.1.10 <i>Tema de recurso Repetitivo 106</i>	136
3.2.1.11 <i>Tema de Recurso Repetitivo 686</i>	136
3.2.1.12 <i>Temas de Recurso Repetitivo 766 e 984</i>	137
3.2.2 Aplicação do Direito à Saúde em processos estruturais	137
3.2.2.1 <i>Ação Civil Pública 2006.81.00.002012-4</i>	138
3.2.2.2 <i>Ação Civil Pública 0003722-54.2016.4.05.8100</i>	141
3.3.3.3 <i>Ação Ordinária 0801501-31.2017.4.05.8100</i>	142
3.2.2.4 <i>Ação Civil Pública 0811930-91.2016.4.05.8100</i>	146

4. CRÍTICA À FORMA TRADICIONAL DE JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	150
4.1 Análise Comparativa dos Achados de Pesquisa	152
4.2 Inadequação do modelo de Processo Adversarial	160
4.3 Insuficiência da fixação de Teses	167
4.4 Sistemática do Processo Estrutural	171
4.5 Aproximação entre Processo Estrutural e Processo de Formulação de Políticas Públicas	177
4.6 Conclusão Parcial	185
CONCLUSÃO	188
REFERÊNCIAS	193
PRECEDENTES JUDICIAIS	202

INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito à saúde está vinculado a políticas públicas bem estruturadas, com progressivos avanços dos programas de atenção básica e de emergências. Pode-se destacar programas bem-sucedidos, apesar de algumas regiões menos favorecidas economicamente contarem com restrições de acesso e com programas menos eficientes. Conquanto se identifique ampliação do acesso a consultas médicas, a consultas odontológicas e a internações, o acesso à saúde e a cobertura dos programas públicos ainda estão aquém das necessidades da população, especialmente para a faixa de menor renda, com menor cobertura por planos privados, mesmo em regiões mais bem desenvolvidas economicamente. Dentre os serviços com maior problema de cobertura uniforme estão os de alta complexidade ambulatorial e hospitalar. Entretanto, as ações judiciais são mais prevalentes nos casos de acesso a medicamentos.^{1, 2}

Seja em virtude de questões orçamentárias, seja em virtude de contingências próprias do processo político, as lacunas, as falhas e os resultados indesejados das políticas públicas têm gerado uma elevada litigiosidade. Segundo as pesquisas dedicadas ao estudo do direito à saúde, é possível observar “que as causas da judicialização são diversas e que variam no território nacional”.³ As questões judicializadas estão relacionadas tanto a bens e serviços de saúde já previstos nas políticas públicas quanto a produtos e serviços não contemplados por elas.⁴ Em qualquer dos casos, seja por meio de ações individuais ou coletivas, a judicialização visa o acesso direito aos bens e serviços de saúde, a fim de obter do Estado tudo o que, individualmente, se entende necessário para materialização do direito.

¹ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2020. ISSN 1415-4765.

² Essa, aliás, a grande crítica feita por Ramiro Sant’Ana (SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. Tese Doutorado, 2017). Ao destacar esse elemento de fato, registra que os trabalhos acadêmicos têm se concentrado em analisar os impactos orçamentários decorrentes das ações que pretendem acesso a medicamentos raros ou que estão fora das listas do SUS. Isso atrairia, segundo ele, um viés que ignora a importância da judicialização para garantir acesso a outros tratamentos, muitos dos quais já previstos na própria política pública, como cirurgias por exemplo. A esse propósito, destaca-se o estudo em que foi identificada um menor tempo de espera pelos indivíduos que dependem de uma cirurgia e judicialização a questão (FREITAS FILHO, Roberto; SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **Direito Fundamental à Saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas**. DPU Nº 67 -Jan-fev/2016 - Parte Geral - Doutrina). Todavia, nesse caso, tal qual se destaca nessa dissertação, o direito é aplicado pelo Estado apenas em prol do interesse individual, sem que a estrutura seja remodelada para que o direito se materialize de forma ampla, com efetiva remoção ou inibição do ilícito.

³ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2020. ISSN 1415-4765, p. 28

⁴ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2020. ISSN 1415-4765, p. 28

Mesmo nos casos em que se propõem ações civis públicas, o Ministério Público, de maneira predominante, requer acesso a medicamentos e insumos contra o Estado em nome de um interesse eminentemente individual, “sem consequências estruturais como reforma da política de saúde ou incorporação massiva de alguma tecnologia de saúde no âmbito de produtos disponibilizado pela assistência farmacêutica do SUS”.⁵

O resultado dessa forma de litígio é o aumento exponencial no número de demandas que requerem a garantia do direito à saúde. No período de 2008 a 2017, verifica-se, na evolução ano a ano, “aumento de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde”.⁶ Esse crescimento também é identificado quando se focaliza os números de processos de segunda instância, em que se observa aumento de 85% no período compreendido entre 2009 e 2017. Dentro desse universo de processos, há considerável prevalência de ações relacionadas à saúde suplementar.⁷ Todavia, o volume de demandas relativas à saúde pública é representativo.⁸

Há, portanto, litigiosidade caracterizada por pretensões que requerem acesso ao direito fundamental à saúde. A partir disso verifica-se extenso debate acerca das possibilidades e limites ao exercício da jurisdição. Desse fenômeno resultaram trabalhos que avaliaram como a judicialização do direito à saúde se dá no Brasil,⁹ os impactos decorrentes das decisões judiciais,¹⁰ a forma como as decisões representam apropriação de recursos públicos¹¹ e as injustiças que existem na concretização do direito à saúde.^{12, 13}

⁵ Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Relatório Analítico Propositivo. Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 81.

⁶ Judicialização da saúde no brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Justiça Pesquisa, Relatório analítico propositivo. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 46.

⁷ Judicialização da saúde no brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Justiça Pesquisa, Relatório analítico propositivo. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 46-48.

⁸ Segundo a pesquisa produzida pelo CNJ (Judicialização da saúde no brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Justiça Pesquisa, Relatório analítico propositivo. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 46-48), o volume de ações contra o Estado seria de 11,782% dos casos. Entretanto, em pesquisa posterior (VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde no brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2020. ISSN 1415-4765, p. 27), constatou-se que esse número é subestimado, tendo em vista a utilização de mais de uma classificação que contempla esses tipos de processo. A análise comparativa das duas pesquisas permite concluir que esses 11,782% referem-se a processos classificados como “tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”. Além desse percentual, é possível identificar que outros 24,4% de processos se referem exclusivamente a demandas por medicamentos no SUS.

⁹ (PEPE et. al., 2010; TORRES, 2013; MAZZA; MENDES, 2014; GRINOVER, 2014; MENDES et. al., 2018; ALMEIDA e FREIRE, 2018; FERRAZ, 2019; VIEIRA, 2020)

¹⁰ (VIEIRA e ZUCCHI, 2007; FERRAZ e VIEIRA, 2009; CHIEFFI e BARATA, 2009; WANG et. al., 2014)

¹¹ (CHIEFFI e BARATA, 2010; CAMPOS NETO et. al., 2012)

¹² SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

¹³ Ramiro Nóbrega Sant'Ana critica grande parte desses trabalhos, alicerçando sua posição na estrutura das defensorias públicas, no indevido foco da análise sobre o acesso a medicamentos (OLIVEIRA, et. al., 2015), na

Importante pesquisa feita por Izamara Damasceno Catanheide, Erick Soares Lisboa, e, Luís Eugenio Portela Fernandes de Souza¹⁴ confrontou trabalhos que avaliam empiricamente o fenômeno da judicialização do direito à saúde. Os achados dessa pesquisa revelaram que pouco se pode concluir acerca da judicialização tendo por base as pretensões de acesso a medicamentos¹⁵. Entretanto, não se pôde negar que a ausência de uma abordagem estrutural do problema incorre em aumento da litigiosidade, risco de impacto financeiro das decisões judiciais, risco de desestruturação das políticas públicas, risco de transferência de responsabilidades e competências entre os entes Federados fora dos limites definidos pela legislação.

Nesse sentido, a falta de uma abordagem estrutural na judicialização do direito à saúde se revela como uma das consequências da adoção do modelo tradicional de processo (adversarial, bipolar e binário). Desse modelo, ainda que aplicado em uma demanda coletiva, decorrem decisões que não geram impacto na forma como a política pública é aplicada pelo Estado, uma vez que são confrontadas as pretensões do indivíduo em face dos deveres do Estado.

Contra as pretensões de acesso ao direito à saúde contidas nas demandas judicializadas, o ente público invoca fundamentos eminentemente argumentativos, por meio dos quais diz que a alocação de recursos escassos seria a razão para negar as pretensões do indivíduo. As defesas estão alicerçadas, portanto, no conceito de reserva do financeiramente possível para justificar a restrição do direito e pretender a manutenção do estado de coisas¹⁶ em que o descumprimento do direito se encontra. Ao conceito de reserva do possível é associada a pretensão estatal de salvaguardar a liberdade de conformação do legislador. Essa prerrogativa é apresentada como

priorização da saúde complementar e suplementar, bem como nas injustiças que essa priorização atrai. Entretanto, concorda que “o impacto da judicialização pode ser apontado como algo a ser equalizado”, ainda que não possa ser visto como algo relevante para desestruturar o sistema.

¹⁴ CATANHEIDE, Izamara Damasceno, LISBOA, Erick Soares, SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 26 [4]: 1335-1356, 2016

¹⁵ Das conclusões do trabalho de CATANHEIDE, LISBOA e SOUZA (2016), destacam-se os pontos que estão bem definidos: i) as prescrições médicas são provas necessárias e suficientes para embasar a sentença judicial no deferimento de liminares; ii) predominam as prescrições pelo nome comercial, em detrimento do princípio ativo; iii) as alternativas terapêuticas previstas nas listas do SUS, caso observadas, evitariam a maioria das ações; iv) os medicamentos sem registro na agência reguladora são exceção como objetos de ações judiciais. E, ainda, alguns dos pontos mal definidos, que não podem ser afirmados nem negados: i) gastos com a compra de medicamentos demandados judicialmente comprometem o orçamento do SUS; ii) a judicialização favorece indivíduos com boas condições socioeconômicas.

¹⁶ Humberto Ávila, em sua Teoria dos Princípios, estatui que princípios “instituem um dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas” e que “o que for necessário para promover o fim é devido”. É nesse sentido, portanto, que se faz referência ao termo “estado de coisas”, como um fim devido em virtude de uma imposição normativa. Conferir em: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

se a liberdade para definir as prioridades das políticas públicas e para decidir acerca da aplicação dos recursos do Estado autorizasse a manutenção de um estado de descumprimento dos deveres fundamentais, como se autorizasse a escolha em realizar um direito fundamental prestacional ou não.

A jurisprudência dos Tribunais, capitaneada pelas fixações de teses pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamentos objetivos, tem sistematicamente afastado o princípio da reserva do possível e da liberdade de conformação para deferir os pedidos que obrigam o Estado a fornecer medicamentos, tratamentos, cirurgias, internações etc. Mesmo nas ações coletivas, a prevalência da postura adversarial, bipolar e binária produz soluções destinadas a determinar o cumprimento de obrigações que se relacionam com a consequência do problema, e não com a solução de suas causas.

Essa forma de aplicação do direito à saúde, por vezes, subverte a própria estrutura formal e normativa da proteção e redimensiona as fronteiras na esfera da implementação de políticas de saúde.¹⁷ De fato, a conjugação do mínimo existencial com a reserva do possível é solução que busca equalizar a atuação Jurisdicional aos casos extremos, preservando as decisões e, principalmente, os resultados das políticas públicas. Além disso, pretende dar solução individual sem se ater ao panorama coletivo revelado pelo conjunto de ações movidas na busca do direito fundamental social à saúde e, indiretamente, à vida. Por consequência, conquanto esses conceitos representem um passo importante para equalizar a atuação jurisdicional, os números elevados da litigiosidade, aliados à constatação de que o poder público investe menos do que a norma constitucional determina¹⁸ e à constatação de que o processo de formulação de políticas públicas sofrem “desvios” por pressões dos grupos de interesse,¹⁹ exigem que o Judiciário avalie os problemas estruturais que possam desviar a atuação dos poderes políticos dos deveres discricionários,²⁰ de modo a promover a remoção e/ou a inibição do ilícito, fonte das ações judiciais.

¹⁷ ALMEIDA, Andrija Oliveira; FREIRE, Marco Valério Viana. Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do superior tribunal de justiça (2010-2016). **Revista De Direito Sanitário**, 19(2), 55-77. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77>>.

¹⁸ CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow e CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(7):1613-1623, jul, 2007.

¹⁹ VIANA, Ana Luiza. **Abordagens metodológicas em políticas públicas**. Revista De Administração Pública, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>; HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cangage Learning, 2019;

²⁰ A propósito do conceito de deveres discricionários, conferir BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª Ed, 12ª triagem, Malheiros, 2017

A simples constatação de que a garantia do direito pode repercutir em elementos que afetam tanto o direito de terceiros quanto as políticas públicas se mostra como alerta para verificar se a pretensão não está vinculada a um estado de desconformidade. Essa verificação se faz necessária ainda que se tenha um padrão decisório ou tese fixada para a aplicação do direito a casos concretos semelhantes, que se reconheça a possibilidade de judicialização, a obrigação do Estado em cumprir com o dever de garantir a saúde e, com isso, fornecer os bens e serviços necessários ao tratamento das doenças e intercorrências físicas de cada indivíduo. Aos estados de coisas que implicam violações ao direito à saúde de um indivíduo ou grupo estão relacionadas posições jurídicas dos seus demais titulares e, ainda, estão relacionados outros direitos fundamentais.

Quando o litígio atrai argumentos políticos como elementos de defesa para obstar o acesso ao direito pela via Judicial, evidencia-se a relação entre o direito à saúde e a política pública que o concretiza. Evidencia-se, ainda, que uma decisão que soluciona a questão apresentada em juízo não representa necessariamente a otimização²¹ exigida pelo direito, possível de ser identificada apenas sob uma análise do direito fundamental completo.²² Essa vinculação, própria do direito fundamental à saúde, não deve ser ignorada ao se aplicar a técnica processual adequada ao direito material.

Apesar de as ações propostas pelo modelo adversarial serem aptas a provocar o controle e eventual intervenção do Judiciário nas decisões do Poder Público, nem todas as demandas propostas sob a perspectiva individual poderão exaurir a máxima efetividade do direito à saúde. Isso porque, “uma demanda individual dificilmente revela alguma omissão estatal que gera efeitos para toda a comunidade, e não somente o indivíduo”.²³ Por conseguinte, tendo em vista o caráter coletivo do direito e a possível existência de um problema estrutural como causa da mora estatal, é preciso adotar a técnica processual que se harmonize com o direito material, que lhe garanta tutela específica e que seja capaz de solucionar a própria origem do estado de desconformidade com o direito.

Tendo em vista que o direito à saúde se insere na atuação estatal tanto em seu nível político-administrativo quanto em seu nível jurisdicional, é possível dizer que está relacionado

²¹ Robert Alexy, ao elaborar sua Teoria dos Direitos Fundamentais, define o direito fundamental, enquanto norma-princípio, como um mandamento de otimização a ser observado pelo Estado, em todos os seus níveis e expressões. Dessa forma, seja na formulação de políticas públicas, seja na aplicação a casos concretos, a atuação estatal deve ser voltada à maior efetividade possível ao direito.

²² A propósito do conceito de direito fundamental completo, conferir ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 248

²³ ALVES, Lucélia de Sena. **A judicialização da saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado e Minas Gerais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Itaúna. Itaúna, 2014.

tanto a litígios sociológicos quanto a litígios jurídicos. Os níveis político-administrativo e jurisdicional estão intimamente conectados e qualquer atuação em um nível repercute na outra.²⁴ A política pública efetiva tem por consequência diminuição de ações judiciais, enquanto decisões judiciais influenciam a maneira de formular políticas públicas. O problema é que lacunas, falhas e/ou resultados indesejados das políticas públicas implicam em judicialização, enquanto falhas na forma de decidir judicialmente implicam em agravamento do estado de desconformidade com o direito.

Com efeito, é necessário equalizar a tensão que há entre o caráter individual e coletivo do direito à saúde, de modo a permitir que a garantia do direito para um não implique em comprometimento do direito para os demais titulares e que a solução dada pela jurisdição permita a transposição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade com o direito. Para atender a essa necessidade, esta dissertação se destina a uma abordagem que revisa o modelo liberal de processo (adversarial e bipolar), a fim de contribuir para estabilização e conformação da atuação dos Poderes da República nos casos em que o Judiciário é chamado a atuar em conflitos cujo objeto é o direito à saúde. Afinal, o impacto das decisões provenientes desse modelo no plano da coletividade, no plano da indispensável universalização desse direito fundamental social é constantemente ignorado.²⁵

Para solucionar a questão do impacto das decisões sobre a coletividade e sobre as políticas públicas, apresenta-se o processo estrutural como técnica ou modelo destinado à solução jurídica do problema estrutural. O problema estrutural caracteriza-se por uma lesão ou ameaça que decorre de uma desconformidade com o estado de coisas definido pelo direito. Nesse sentido, o processo estrutural se destina a promover uma transição do estado de desconformidade para um estado de conformidade. Por meio dessa técnica, presta-se tutela específica e adequada ao direito material, em harmonia com os demais direitos cuja materialização ou manutenção também dependem do estado de coisas pretendido ou, ainda, de outros estados de coisas relacionados com as pretensões e posições jurídicas envolvidas.

O estudo do modelo de processo estrutural como instrumento para equalizar as tensões entre coletivo e individual, entre dimensão jurídica e político-administrativa, portanto, decorre do fato de grande parte da crítica à atuação do Judiciário em direitos fundamentais sociais

²⁴ Nesse sentido, Owen Fiss destaca que os magistrados estão constantemente apoiados em dois mundos, o mundo do ideal e o mundo do prático, o mundo do valor público e o mundo da preferência subjetiva, o mundo da Constituição e o mundo da política (FISS, Owen. *The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. Harvard Law Review*. v. 93, n.1, 1979. p.1-58)

²⁵ ALMEIDA, Andrija Oliveira; FREIRE, Marco Valério Viana. Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do superior tribunal de justiça (2010-2016). *Revista De Direito Sanitário*, 19(2), 55-77. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77>>.

assevera que: a) as decisões em casos individuais ou mesmo coletivos, propostos pelo modelo adversarial, intervêm indevidamente nas políticas públicas, nas escolhas políticas feitas pelo Executivo e pelo Legislativo; b) a judicialização tem feito que o Judiciário defina a forma como deve ser aplicado o orçamento público, à revelia das decisões tomadas no processo político-administrativo; c) as decisões judiciais invadem as competências constitucionais dos demais poderes sem haver equivalente amparo democrático. Essas críticas são feitas em um contexto em que o Judiciário, dada a inafastabilidade da jurisdição, não pode simplesmente ignorar os casos em que há violação a direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, tendo em vista que a judicialização do direito à saúde é um dado, é preciso pensar novas formas processuais que garantam a solução dos conflitos em torno desses direitos e que não provoquem a desestruturação tão criticada pela doutrina.

O processo estrutural, portanto, apresenta-se como método de aplicação do direito que não se destina exclusivamente à solução do litígio pela perspectiva subjetiva individual, que não aborda apenas a consequência do estado de coisas, que considera a ação necessária para a remoção ou inibição do ilícito, de modo a alcançar a meta exigida pela norma. E, apesar de não ser necessariamente uma ação coletiva, mesmo sendo essa a forma prevalente, é método que deve pressupor a análise do direito em sua completude, uma vez que o estado de coisas congrega múltiplos interesses e posições jurídicas relacionadas/conectadas. Dessa forma, o processo estrutural se desenvolve a partir de um modelo bifásico, em que primeiro se reconhece e define o problema estrutural, bem como o estado de coisas exigido pelo direito (meta) para, em uma segunda fase, definir do programa ou projeto de reestruturação que será seguido.²⁶ É a partir dessas considerações que este estudo se propõe a debater as formas de judicialização do direito fundamental social à saúde.²⁷

²⁶ DIDIER Jr., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, capítulo 14.

²⁷ Conquanto seja utilizado o termo “judicialização da política” para descrição do fenômeno, ele será evitado em virtude da sua inadequação e das confusões que dele podem decorrer. Embora direito e política tenham na judicialização de direitos fundamentais sociais um elo de contato e de recíproca influência, cada subsistema (Político e Jurídico) opera segundo códigos distintos (CAMPILONGO, **Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011). Dessa feita, para que se evite uma vinculação do uso dos códigos próprios da política no exercício da jurisdição e para que não se desvirtue a análise normativa a que se propõe esta dissertação, será dado o enfoque a partir da judicialização do direito fundamental à saúde. Para melhor compreensão da crítica ao termo “judicialização da política”, conferir KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* vol. II, n.º 4, julio-diciembre 2011, pp. 17 a 52, cuja conclusão é: “a expressão judicialização da política é teoricamente inválida, porque apresenta deslizes conceituais, ao simplificar as relações entre os tribunais e a política, revelando uma concepção estreita da jurisdição e do direito; ela representa uma abordagem parcial e enviesada sobre as transformações dos Estados contemporâneos e, enfim, ela apresenta ambigüidades sobre o seu campo de aplicação, as relações entre Judiciário e política, o que a torna analiticamente inútil”.

Com efeito, o problema de pesquisa está concentrado em responder estas perguntas: Como o modelo processual pode contribuir para que a jurisdição garanta os direitos fundamentais sociais não cumpridos, solucionando a origem das suas violações? Como o modelo de processo estrutural permite conciliar as tensões entre individual e coletivo, político-administrativo e jurídico? Como o processo estrutural pode contribuir para a prevenção de decisões desestruturantes?

A resposta a essas perguntas exige uma reflexão prévia sobre o conceito de direito à saúde e sobre a forma como as políticas públicas são criadas pelos poderes político-administrativos. Somente depois de compreender o que o direito à saúde assegura e como ele deve ser materializado é que se pode avançar sobre o estudo das técnicas processuais aplicáveis aos casos de violação ao direito ou de omissão estatal. Definidos os contornos da técnica processual que melhor se adapta ao direito material, será possível examinar a atuação jurisdicional e as decisões que são produzidas.

Nesse sentido, o conceito de direito à saúde, tendo em vista seu status de direito fundamental, será formulado a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy,²⁸ da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila²⁹ e das lições do constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho.³⁰ Essas três obras se conectam exatamente por tratar do tema dos direitos fundamentais, apresentando importantes considerações sobre os direitos fundamentais sociais, seu caráter prestacional, formas de materialização e funções. A obra de Alexy revela o duplo caráter dos direitos fundamentais, em que estão contidas disposições próprias de normas-princípio e de normas-regra. Em complementação, a obra de Humberto Ávila apresenta importante desenvolvimento a propósito da aplicação de normas-princípio e normas regra que contribuem para a compreensão de estado de coisas e de transição entre estados de desconformidade para estados de conformidade – tema que importa consideravelmente para a compreensão do processo estrutural.

O marco teórico para análise das fases e dos ciclos de formulação de políticas públicas está concentrado nos trabalhos de Ana Luiza Viana,³¹ Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003.

³¹ VIANA, Ana Luiza. **Abordagens metodológicas em políticas públicas**. *Revista De Administração Pública*. 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>.

Perl,³² e de Leonardo Secchi.³³ Segundo esses autores, a divisão do processo de formulação de políticas públicas em fases permite compreender melhor o fenômeno. Nesse processo de compreensão, são descritas as fases de formação de agenda, formulação da política, tomada de decisões, execução da política e avaliação de resultados. Por meio do estudo de cada uma dessas fases é possível verificar as irracionalidades, as tensões de poder, as disputas que levam à adoção de posições ligadas a interesses particulares, fruto da atuação de diversos atores sociais e institucionais. Por conseguinte, a adoção de técnicas inadequadas de análise de políticas públicas dá ensejo a ações estatais inadequadas, que não cumprem a finalidade de alterar o *status quo* social para solucionar os problemas públicos que compõem as agendas políticas. É dessas irracionalidades que esta dissertação defende que surgem pretensões de materialização do direito fundamental à saúde por meio do acesso à justiça.

O marco teórico para análise do processo estrutural está concentrado no conceito de decisão estruturante desenvolvido pela doutrina dos Estados Unidos a partir da década de 1960, com destaque para os estudos de Owen Fiss.³⁴ Segundo esse autor, são estruturantes as decisões judiciais nas quais, a partir de um litígio que transcende o interesse individual e privado, se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes.³⁵ Esse conceito será trazido para a realidade brasileira³⁶ a partir da definição de processo estrutural proposta por

³² HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

³³ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019

³⁴ FISS, Owen. *The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice*. **Harvard Law Review**. v. 93, n.1, 1979. p.1-58; FISS, Owen. *To make the constitution a living truth: four lectures on the structural injunction*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

³⁵ Apesar de o processo estrutural também poder ser proposto em face de instituições privadas, tal qual bem definido pela crítica apresentada por Matheus Souza Galdino (GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019), o foco do trabalho está na atuação jurisdicional nos casos em que o direito aplicado está relacionado a políticas públicas. Dessa forma, há estreita ligação entre os conceitos apresentados por Owen Fiss e a aplicação da técnica estrutural defendida nesta dissertação.

³⁶ Essa adaptação à realidade brasileira se faz necessária para que se observe a crítica de Lênio Streck acerca da importação irrefletida de conceitos para a doutrina nacional. Segundo esse autor, o fato de nossa tradição jurídica ter sido construída às voltas com uma espécie complicada de sincretismo gera a falsa ideia de que temos um “Direito melhor” exatamente por conjugarmos todas as tradições que conformam o Direito ocidental (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017). Portanto, não se pretende importar uma forma de atuação, e sim avaliar como a própria atuação brasileira pode se transformar a partir do exame de suas características e elementos decisórios.

Sergio Cruz Arenhart,³⁷ Edilson Vitorelli,³⁸ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.,³⁹ e Matheus Souza Galdino.⁴⁰ Destaca-se, entretanto, que a delimitação de problema estrutural será abordada a partir de uma perspectiva eminentemente normativa, e não quanto a uma análise de estado ideal de coisas, conforme proposto por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti.

A análise qualitativa, foco dos Capítulos 03 e 04, será feita a partir da reunião de casos paradigmáticos em que o direito à saúde é tratado pelo judiciário. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atuam na fixação de teses⁴¹ e que os demais Tribunais brasileiros aplicam o direito a partir da posição definida por essas cortes de vértice, promoveu-se a compilação de todos os temas referentes à aplicação do direito à saúde, provenientes de ações propostas em face do Estado para a obtenção de algum tratamento ou serviço de saúde. Também foram compilados casos em que a técnica do processo estrutural foi utilizada para aplicação do direito à saúde, a fim de que se possa comparar se há modificação no resultado das decisões.

O ponto de contato entre teses e temas com a aplicação da técnica estrutural de processo está na pretensão de que a solução aplicada pelo judiciário por meio da norma de decisão, em ambos os casos, pretende uma solução de caráter uniforme e coletivo em favor de todos os titulares do direito. A diferença, entretanto, está no enfoque dado ao direito à saúde. Enquanto as teses e temas promovem a solução coletiva de demandas individuais, o processo estrutural visa aplicar o direito para que se promova a transição entre estados de coisas (da desconformidade para a conformidade), a fim de que todos os titulares do direito relacionados a esse estado de fato sejam contemplados pela norma de decisão. Dessa forma, será possível comparar os resultados da ação jurisdicional em favor da materialização do direito, com foco em seus efeitos estruturantes ou desestruturantes.

A hipótese do trabalho está centralizada no entendimento de que o direito fundamental à saúde, dado seu potencial de gerar conflitos estruturais, deve ser aplicado por meio do

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

³⁸ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo, vol. 284/2018, p. 333 – 369. Out / 2018 DTR\2018\19904; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

³⁹ DIDIER Jr., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

⁴⁰ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

⁴¹ Por fixação de teses entende-se as decisões que foram proferidas em julgamentos objetivos, realizados pelo STF e pelo STJ, por meio das repercussões gerais, recursos representativos e controvérsias repetitivas, incidentes de assunção de competência, súmulas vinculantes.

processo estrutural sempre que a decisão judicial tiver o risco de repercutir sobre as políticas públicas instituídas pelos poderes político-administrativos. Por conseguinte, as hipóteses iniciais do trabalho são: a) as lacunas, falhas e resultados indesejados das políticas públicas estabelecem um estado de coisas que representa desvio dos deveres fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal; b) a equalização da tensão entre interesse individual e coletivo exige que a origem da violação seja atacada, a fim de garantir que os indivíduos em condições análogas sejam atendidos, por meio da construção de um estado de coisas em conformidade com o direito; c) decisões que desconsideram o estado de coisas em que a restrição ou violação ao direito à saúde se insere podem acarretar efeitos desestruturantes que geram novas restrições e violações ou agravam as restrições e violações já existentes; d) a adoção de padrões decisórios para solução coletiva de demandas individuais não resolve os problemas estruturais em que algumas importantes lides se inserem, o que preserva a litigiosidade em massa; e) a solução da macrolide, da origem da restrição ou violação ao direito à saúde, exige a identificação do problema estrutural; f) na condução de processos complexos, o Judiciário não pode se apropriar da competência de escolha do meio mais adequado para a solução das restrições e violações aos direitos sociais; g) para preservar as respectivas competências, a técnica processual deve promover o diálogo e a construção conjunta da solução para o problema na materialização do direito; h) a atuação contramajoritária que o Judiciário exerce para defesa de direitos fundamentais sociais, em um processo que prestigia o diálogo entre os poderes, deve ceder deferência ao processo de criação de políticas públicas, impossível no modelo adversarial de judicialização; i) a judicialização não pode incorrer nos mesmos motivos que geram falhas e resultados indesejados das políticas públicas.

Os objetivos específicos são: a) relacionar as restrições e as violações aos direitos fundamentais com as contingências do processo de formulação de políticas públicas; b) demonstrar que esse processo possui irracionalidades que exigem a atuação jurisdicional para garantia dos direitos contidos na Constituição Federal; c) defender a solução do problema estrutural como forma de remover ou inibir o ilícito, a fim de garantir um estado de coisas conforme a constituição; d) comparar os padrões decisórios definidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça com as decisões proferidas em casos nos quais o modelo de processo estrutural foi aplicado; e) identificar em que medida as decisões buscam a solução do conflito estrutural ou a equalização da tensão entre o direito individual e o direito de terceiros⁴² (dimensão coletiva); f) propor o modelo de processo estrutural como meio capaz

⁴² Esses terceiros são tratados por Alexandre Vitorino Silva (**O Estado de Coisas Inconstitucional como Modalidade de Litigância Estrutural: Uma Alternativa Imperfeita para o Controle de Políticas Públicas no**

de equalizar a inafastabilidade da jurisdição, a força normativa das disposições constitucionais, a segurança jurídica e as escolhas feitas pelos poderes político-administrativos na formulação das políticas públicas que versam sobre o direito à saúde.

Para isso, o trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro, abordará o conceito de direito à saúde e o processo de formulação de políticas públicas, principal forma de materialização do direito à saúde, bem como a questão normativa acerca dos limites às restrições do direito fundamental social. O segundo, tratará da judicialização do direito à saúde, abordando a questão da litigiosidade decorrente da adoção do modelo tradicional de processo, da distinção que há entre judicialização e ativismo judicial, do tratamento dado em processos coletivos, do tratamento dado pelo processo estrutural e do potencial que o direito à saúde tem para formar conflitos estruturais. O terceiro, será dedicado à abordagem empírica, em que se apresentará a descrição dos casos em que houve fixação de teses objetivas pelas cortes de vértice e a descrição dos casos em que o direito à saúde foi aplicado por meio da técnica processual estrutural. O quarto se dedicará à análise do conteúdo das decisões e à crítica à forma tradicional de judicialização do direito à saúde, o que será feito comparando os resultados descritos no capítulo terceiro, entre si e com as questões teóricas.

Face ao exposto, trata-se de um trabalho propositivo, que não se limitará a repetir ou endossar as críticas às decisões judiciais que deferem pedidos de acesso ao direito fundamentais fundamental social à saúde, tampouco as que defendem a judicialização e o dever de prestação por meio da jurisdição. O trabalho se dedicará a avaliar os pontos de contato entre Direito e Política, a partir da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais e do processo de formulação de políticas públicas. Além disso, discorrerá sobre a influência desse contato sobre o produto da jurisdição, a influência das decisões judiciais sobre o processo de formulação de políticas públicas e a necessidade de abandonar o modelo adversarial, bipolar e binário para, em se identificando algum problema estrutural, conduzir a jurisdição por meio de ações que permitam a interação harmônica entre os Poderes constituídos. Assim, acredita-se possível demonstrar que o Judiciário, por meio do processo estrutural, é capaz de impor o cumprimento dos deveres fundamentais atribuídos pela Constituição aos poderes político-administrativos,⁴³

Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018) como litisconsortes invisíveis, ideia que será acolhida para avaliar a pertinência do uso do processo estrutural na judicialização do direito fundamental social à saúde.

⁴³ A responsabilidade pela elaboração de políticas públicas é compartilhada entre Executivo e Legislativo, havendo uma regulamentação legislativa que cuida da parte geral e abstrata da solução. Além disso, ao Legislativo compete a aprovação dos orçamentos elaborados pelo Executivo. Cumprida a parte geral de definição do curso de ação e destinação orçamentária, a execução e a regulamentação minuciosa é exercida pelo Executivo. Ao ser demandado, o poder chamado ao processo é o Executivo, por meio da representação dos entes federados. Apesar de o Legislativo não ser chamado ao processo, não se pode ignorar sua participação na elaboração das políticas públicas.

de modo a figurar como um ator institucional colaborativo na rede de governança que cria políticas públicas.

Dessa feita, essa dissertação fará menção aos poderes político-administrativos fazendo referência tanto ao Executivo quanto ao Legislativo. Essa generalização se faz necessária apenas para fins de desenvolvimento do texto, que se preocupa em analisar o processo de formulação de política pública em âmbito macro, sem individualizar o papel de cada poder. Além disso, ainda que o Legislativo não seja chamado a compor o polo passivo das demandas que versam sobre o direito à saúde, ou a qualquer outra política pública, será mantida a referência aos poderes político-administrativos apenas para manter a unidade e coerência no texto, de forma ampla. Isso se faz necessário para facilitar a compreensão das relações e identidades registradas nesta dissertação. Por conseguinte, não se trata de imprecisão técnica, e sim de simplificação apenas para fins de desenvolvimento do texto.

1. O DIREITO À SAÚDE E A ATUAÇÃO POLÍTICA

Para que se possa compreender os possíveis conflitos estruturais que decorrem da judicialização do direito à saúde, é preciso compreender, em primeiro lugar, qual o conceito jurídico desse direito e a forma pela qual o Estado o materializa. Essa abordagem permite avaliar as dificuldades enfrentadas para a formulação das políticas públicas destinadas à prestação positiva⁴⁴ do direito, a qual terá importância para a análise das formas de judicialização desse direito – tratada no capítulo seguinte.

As fases do processo de formulação de políticas públicas estão ligadas a deveres fundamentais previstos na Constituição Federal. É preciso, portanto, ter conhecimento sobre como se dá ação estatal na criação das soluções dos problemas públicos para compreensão das dificuldades e contingências conformadas pelos membros dos poderes político-administrativos. Também é preciso distinguir lacunas de uma política pública do que são falhas, resultados indesejados e violações ao direito. Outro elemento indispensável é a compreensão dos limites da atuação legislativa e administrativa, segundo as restrições impostas pela norma constitucional. Munido desses conhecimentos será possível identificar as causas dos problemas estruturais que serão tratados pelo Judiciário.

Por conseguinte, antes de se iniciar o estudo do fenômeno da judicialização do direito à saúde e das técnicas processuais, é preciso meditar sobre: 1) o conceito de direito à saúde; 2) a forma de garantia e concretização desse direito fundamental social pela atuação estatal; 3) os ciclos e fases do processo de formulação de políticas públicas; 4) as possibilidades de os poderes político-administrativos estabelecerem as restrições ao direito por meio das decisões que definem a implementação das políticas públicas.

A compreensão, ainda que mínima, das estruturas por meio das quais o direito fundamental social à saúde orienta a ação estatal se faz necessária para que se possa melhor aplicar o modelo de Processo Estrutural. Afinal, ele é aplicável exatamente quando se identifica um problema de não conformidade estrutural com o direito, cujas consequências são violações a direitos individuais e/ou coletivos.⁴⁵ Dessa feita, este trabalho defende que é preciso entender

⁴⁴ A propósito do conceito de prestação positiva do direito fundamental, Cfr. Alexy, ROBERT. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 5ª Triagem, 2017, p. 499 e seguintes; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003, p. 473 e ss; 518 e ss

⁴⁵ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, p. 333 – 369. Out / 2018 DTR\2018\19904; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Alexandre de. Notas sobre as decisões estruturais. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017; DIDIER Jr., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020,

as estruturas necessárias para a formulação de políticas públicas, seus vícios e peculiaridades para que o processo estrutural seja ferramenta útil ao exercício da jurisdição.

É preciso registrar, a propósito do estudo das fases, atores, processos de formulação, execução e monitoramento das políticas públicas, que a Ciência Política possui diversas abordagens teóricas. Cada uma dessas abordagens concentra complexas análises em distintos elementos do processo de formulação de políticas públicas. Como este trabalho visa oferecer uma abordagem geral sobre o tema, não será aprofundado o estudo em cada uma dessas linhas teóricas.⁴⁶ Por óbvio, não serão tratadas todas as teorias, problemas e críticas inerentes a cada uma das abordagens teóricas próprias das Ciências Políticas. O foco é garantir o mínimo de conhecimento sobre a complexidade inerente ao processo de formulação de políticas públicas, suas contingências e dificuldades para, a partir desse exame interdisciplinar, compreender o problema da judicialização e identificar pontos em que o Judiciário pode ou deve se dedicar quando deparar com problemas estruturais conectados à materialização do direito à saúde.

Com efeito, a abordagem do tema a partir do estudo prévio das fases e ciclos de formulação das políticas públicas tem por desiderato ultrapassar um “lugar comum” em que se critica a atuação jurisdicional em matéria de direitos fundamentais sociais por invadir um espaço de decisão e competências próprios dos Poderes Legislativo e Executivo. No estudo do Direito, pouco se debate sobre os ciclos de políticas públicas antes de se criticar ou mesmo defender a atuação jurisdicional em matéria de direitos fundamentais sociais.⁴⁷ Conquanto seja pacífica a posição de que essa categoria de direitos deva ser materialmente concretizada por meio de políticas públicas,⁴⁸ pouco se aprofunda na compreensão do processo político-administrativo utilizado pelos Poderes Legislativo e Executivo, na forma como as fases desse processo podem gerar lacunas, falhas ou resultados indesejados que, posteriormente, serão tratados pelo Judiciário como violações ao direito à saúde.

Não se identificou, ao longo desta pesquisa, trabalhos que tenham se dedicado à análise da origem da violação aos direitos fundamentais sociais, pensados a partir da compreensão das estruturas das políticas públicas e, portanto, da necessidade de se solucionar o problema

capítulo 14; GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

⁴⁶ Para conferir melhor as diferentes abordagens teóricas, consultar o Cap. 02 de Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas*.

⁴⁷ ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016

⁴⁸ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

estrutural que gera as violações aos direitos.⁴⁹ As pesquisas referenciadas centralizam o debate nas consequências da judicialização, e não nas formas de judicialização que poderiam superar os problemas enfrentados nos estudos. A partir dessa constatação, acredita-se que é preciso compreender a própria estrutura de formulação de políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais sociais para, então, compreender toda a extensão do problema decorrente da judicialização de direitos fundamentais sociais.

Portanto, a ideia fundamental está centrada: a) na necessidade de distinção entre uma lacuna na política pública e uma violação ao direito e b) na identificação da origem das violações aos direitos fundamentais sociais, tanto em sua perspectiva individual quanto coletiva. Afinal, sem se identificar a origem da violação ao direito, o provimento jurisdicional, ainda que determine sua concretização, não produzirá macrojustiça,⁵⁰ não resolverá o conflito sociológico, tampouco a macrolide que decorre do problema estrutural.

Nesse sentido, as perguntas que se pretendem responder com este capítulo são: qual o conceito de direito à saúde? Como se dá o processo de formulação das políticas públicas? Quais os problemas que decorrem das contingências e complexidades inerentes ao processo de formulação de políticas públicas?

1.1 Conceito de Direito à Saúde

⁴⁹ A pesquisa sobre o tema da judicialização de direitos sociais teve início em pesquisa feita pelo CNJ (MENDES et. al. 2018), a qual revelou que há uma tendência de judicialização individual atrelada às chances de êxito na aplicação dessa forma de ação em detrimento das ações coletivas. Em seguida, ao aprofundar no estudo da judicialização do direito à saúde, verificou-se consistente defesa de que a melhor solução para os litígios seria a proposição de ações coletivas (ALVES, Lucélia de Sena. **A judicialização da saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado e Minas Gerais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Itaúna. Itaúna, 2014; GRINOVER, Ada Pellegrini e sica, Ligia Paula P. Pinto (coord). **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. São Paulo, 2014), dada a natureza coletiva do direito, exatamente como concluído pela pesquisa do CNJ. Ocorre que, segundo defende Elival da Silva Ramos (**Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, 1ª Edição, 2ª triagem), o provimento jurisdicional coletivo, ao ditar a forma como o direito deve ser concretizado coletivamente, representaria ativismo judicial por invadir as competências do Legislativo. Luciano Coelho Ávila (**Políticas públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016), apesar de apresentar análise sobre o processo de formulação de política pública, centraliza o trabalho na conformação do papel do Ministério Público e na necessidade de se ter conhecimento da complexidade inerente ao processo de formulação de política pública para defender a carência institucional do Judiciário, a necessidade de a jurisdição pensar a solução coletiva dos litígios que envolvem direitos fundamentais sociais. Os desvios decorrentes das complexidades do processo de formulação de políticas públicas, a necessidade de que a origem dos ilícitos (problemas estruturais nas políticas públicas) seja solucionada e as formas de judicialização adequadas não foram abordados em nenhum dos trabalhos pesquisados.

⁵⁰ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea. 2020. ISSN 1415-4765

O sistema constitucional brasileiro insere o direito à saúde de maneira expressa no texto da Constituição Federal e na categoria de fundamental. Segundo o texto, trata-se de um direito fundamental social,⁵¹ de proteção especial e vinculação de todo Estado em todos os níveis e esferas. Não bastasse a fundamentalidade decorrente da disposição constitucional, ele deriva diretamente do direito à vida, o qual protege um atributo do ser que é condição indispensável para o exercício de todo e qualquer direito. A vida, enquanto atributo do ser, é condição para a titularidade de qualquer direito e sem esse atributo não se pode pensar em ações para a manutenção da saúde. Por consequência, a fundamentalidade do direito à saúde também decorre logicamente da fundamentalidade e ligação direta com o direito à vida. Além disso, concorre em favor da fundamentalidade do direito à saúde o princípio da dignidade humana. A dignidade amplia a compreensão do conceito saúde para que ele não se restrinja à simples sobrevivência.

Todavia, essa identificação não é suficiente para extrair do texto da norma jurídica um conceito que defina em que consiste o direito fundamental à saúde. Elaborar um conceito jurídico para o direito fundamental à saúde é apenas o primeiro passo para sua concretização, o que perpassa pela “atribuição de um significado aos enunciados linguísticos do texto constitucional”.⁵²

1.1.1 Consequências da fundamentalidade

O critério de fundamentalidade representa a definição de posições jurídicas tão importantes que não se pode deixá-las totalmente dependentes das maiorias parlamentares definam⁵³. Dessa forma, para a compreensão do direito à saúde, em sua fundamentalidade, é preciso identificar seus atribuídos de regras e de princípios⁵⁴. Por conseguinte, o direito à saúde possui um caráter de princípio, de posição *prima facie* e restringível,⁵⁵ verificado quando

⁵¹ A propósito dos direitos fundamentais sociais, necessário registrar que, independentemente da inserção desses direitos no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, é possível defender sua fundamentalidade a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Nesse sentido, conferir o Capítulo 9 dessa obra, em especial o tópico IV.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003. P. 1215

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 446

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 144

⁵⁵ Conforme será tratado em tópico específico, a restrição do direito à saúde somente se verifica mediante a necessidade de sopesamento com outros direitos fundamentais ou princípios que, em certas condições, possam com ele conflitar. Não se trata, portanto, da admissão de uma restrição normativa ou fática oponível ao direito à saúde, e sim o reconhecimento que, em certas circunstâncias, o direito pode ter que ceder frente a princípios que tenham algum tipo fundamentado de precedência.

orienta as ações do Estado⁵⁶ como mandamentos de otimização, e um caráter de regra, de posição definitiva, verificado por criar para o Estado obrigações, deveres e proibições.

A propósito da distinção entre regras e princípios, Alexy informa que os “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”.⁵⁷ Ele ainda destaca que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Dadas as limitações fáticas e jurídicas, os princípios encerram “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.⁵⁸

Essa análise permite uma distinção importantíssima. O caráter principiológico do direito não o insere no conceito de valor. Valores e princípios são elementos distintos que não se confundem, porquanto enquanto mandamento de otimização, a norma-princípio pertence ao âmbito deontológico, enquanto valores se inserem no nível axiológico.⁵⁹ Essa distinção não pode ser ignorada no exame do direito à saúde, porquanto a norma-princípio que ele também encerra encontra-se no plano do dever-ser, e não no plano do que se pode considerar bom.⁶⁰

Para uma melhor compreensão do sentido de mandamento de otimização é preciso identificar que ele é reflexo da lei de colisão. O princípio representa um mandamento de otimização na medida em que determina, em certas circunstâncias ou condições, que um princípio P₁ prevalecerá e terá como consequência jurídica a maior proteção possível para aquele direito fundamental, sem eliminar, aniquilar ou declarar inválido o direito fundamental colidente. Em assim sendo, os princípios não contêm um mandamento definitivo, típicos das regras, mas apenas *prima facie*, o qual se pode caracterizar como razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.⁶¹ Nesse sentido, *prima facie*, o direito à saúde exige a maior proteção possível para todo e qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro, que esteja em território

⁵⁶ Quando se faz referência ao destinatário das normas de direito fundamental, especialmente em seu sentido positivo ou prestacional, o termo Estado é utilizado fazendo referência à Administração Pública, e não a uma ordem jurídica soberana. Essa distinção se faz necessária em virtude da advertência trazida por Maria Paula Dallari Bucci, in **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**, São Paulo: Saraiva, 2013. Segundo a autora, “[a]s expressões Estado, governo e Administração Pública não são sinônimos, mas suas distinções nem sempre são percebidas, numa visão sistêmica. O que se chama Estado muitas vezes é assimilado como sinônimo, sem maior rigor, aos termos governo ou Administração Pública” (p. 48). Como não se pretende aprofundar nessa questão teórica e como há uma prática regular no uso desses termos como sinônimo, não se fará distinção tão criteriosa nesta dissertação.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 87

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 90

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 146.

⁶⁰ ABOUD, Georges. **Direito Constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 304

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 104

brasileiro. O critério de universalidade e de acesso igualitário, associado às ações e serviços criados por meio de políticas públicas, indica um mandamento de otimização que será cumprido ou restringido mediante a concretização das normas de direito fundamental, consequência do processo de sopesamento.

Nesse processo de sopesamento, “a relação entre razão e contra-razão (sic) não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”.⁶² A consequência disso é a necessidade de analisar a aplicação do princípio contido no direito à saúde segundo as circunstâncias de cada caso concreto e mediante a identificação de eventuais princípios ou direitos fundamentais que, eventualmente colidentes, indicarão se há ou não relação de precedência capaz de fazê-lo ceder.

A norma-princípio também está vinculada a um estado de coisas a ser buscado, indicando fins a serem promovidos, ainda que sem a previsão dos meios que deverão ser adotados para serem realizados.⁶³ Essa ideia complementa a noção de mandamento de otimização, na medida em que a norma-princípio estabelece um estado de coisas predefinido pelo direito como o seu objetivo finalístico, a ser materializado por meio da aplicação da norma no plano material. Nessa perspectiva, um estado de coisas em que a saúde não é assegurada a um indivíduo ou classe de indivíduos está em desacordo com a norma e deverá ser superado para alcançar um estado em que a finalidade da norma seja cumprida. Para essa transição entre estados de coisas não há uma definição específica das condutas que devem ser adotadas, apenas a definição de que seja alcançado o status definido pelo direito. O foco está, portanto, em concretizar o estado de coisas definido pela norma como devido.

Enquanto regra, o direito à saúde ou é satisfeito ou não é. O atributo de regra representa uma posição definitiva que exige seja feito exatamente aquilo que se ordena, segundo a determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa ordem é extraída do próprio texto da norma e do resultado do processo de sopesamento de eventuais princípios colidentes. Dadas as circunstâncias jurídicas e fáticas em que o direito se aplica ao caso concreto, sua característica de regra tem validade definitivamente, podendo apenas ser cumprida ou descumprida.

⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 104

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 97

Isso não significa que a regra não encerre uma finalidade.⁶⁴ A diferença básica é que a regra indica as ações necessárias à concretização dessa finalidade e, se as ações não são cumpridas, pode-se dizer que há violação da norma-regra. Todavia, é possível que a adoção das ações definidas pela regra, em um caso concreto específico, não represente a concretização da finalidade e, assim, também é possível excepcionar a conduta em deferência da finalidade contida na norma, e não à conduta pré-definida. Nesse sentido, o critério “tudo ou nada só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas”.⁶⁵

Com efeito, a característica norma-regra corresponde a uma disposição eminentemente comportamental, indica comportamentos e ações permitidos, proibidos ou obrigatórios. Dessa forma, o legislador constituinte, ao estabelecer uma norma-regra, promove antecipadamente a “escolha de um meio que exclui a escolha de outros pelo julgador”.⁶⁶

Seja enquanto norma-princípio, seja enquanto norma-regra, o direito à saúde, enquanto direito fundamental, pode se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos, não se exigindo a vinculação entre o conceito de princípio e o conceito de direito individual ou coletivo.⁶⁷ Portanto, o direito à saúde, dada a sua fundamentalidade, é composto de regra e princípio, como faces de uma mesma moeda. E o caráter regra ou o caráter princípio não estão atrelados ao nível individual ou coletivo do direito ou da proteção. Além disso, há uma relação de primazia das regras, mas que não é estrita ou absoluta. Há casos em que o nível dos princípios terá precedência frente às regras e isso ocorre sempre que as razões para outras determinações sejam tão fortes que “também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado”.⁶⁸

O reconhecimento de que o direito fundamental detém em si normas-regras e normas-princípios é ferramenta que permite que um direito fundamental seja destituído de relevância e imperatividade absoluta sem que isso implique em negá-lo de forma absoluta. É um meio de equilibrar as complexas interações desses direitos aos casos concretos em que a aplicação de um direito fundamental pode colidir com outro direito fundamental. Como não se nega validade a um direito em razão da prevalência do outro, todos se mantêm válidos e exigíveis sem que se

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 97

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 69

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 95.

⁶⁷ Quanto à referência dos princípios a direitos individuais e coletivos, conferir ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 114.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 141

construa um cenário em que são estabelecidas regras de precedência e superioridade prévias, sem que se construa uma hierarquia estática para os direitos fundamentais. Dessa forma, o direito à saúde convive com o direito da liberdade, em seu nível ambulatorial, podendo um restringir o outro sem que um seja considerado *prima facie* prevalente sobre o outro ou causa de invalidade do outro. Em assim sendo, a condição para a liberdade de ir e vir pode estar restrita a critérios sanitários para prevenção da saúde da coletividade, sem que se possa dizer que, de maneira absoluta, apenas pessoas que não tenham qualquer doença possam ser efetivamente livres para ir e vir.

Por consequência, o direito à saúde, enquanto norma-regra, define-se pela determinação de comportamentos a serem adotados (proibição, permissão ou obrigatoriedade), com restrição à escolha de outros comportamentos pelo aplicador do direito. Enquanto norma-princípio, o direito à saúde não enumera exaustivamente “os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica”,⁶⁹ havendo possibilidade de se adotar diversos comportamentos, desde que todos estejam destinados à promoção do estado de coisas definido pelo direito.

Em assim sendo, o direito à saúde, da forma como está positivado na Constituição Federal de 1988, declara que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, o que cria uma posição jurídica definitiva para o titular do direito e impõem uma obrigação definitiva ao Estado, destinatário da norma. Além disso, informa que o direito será “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, o que vincula a forma de materialização do direito, apesar de ele não se restringir a elas, dado que o direito propriamente dito não se confunde com as políticas públicas ou com as limitações financeiras.

A norma também estabelece objetivos/fins para as políticas sociais e econômicas destinadas à garantia da saúde: a) “redução do risco de doença e de outros agravos” e b) “acesso universal e igualitário às ações e serviços”. E define as finalidades a serem atingidas pelos serviços de saúde: “promoção, proteção e recuperação” da saúde.

Dessa forma, o texto da norma constitucional, além de orientar o objetivo das políticas destinadas à saúde, de determinar uma obrigação ou dever ao Estado, vincula o direito à saúde ao direito geral de igualdade. Essa vinculação se dá por meio da determinação de que seja dado acesso universal e igualitário aos serviços prestados pelo Estado no cumprimento dos seus deveres constitucionais.

Dentre esses deveres impostos ao Estado estão a promoção (atos de fomento), a proteção (impedir ações contrárias ao direito, garantir a manutenção ou preservação do direito e fornecer

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 157

os meios necessários para tanto) e a recuperação (tratar os casos em que a saúde foi comprometida ou agravada). Dessa forma, o caráter de norma-princípio prevê um estado de coisas que deve ser alcançado pelo Estado, sem que se estabeleça exatamente o comportamento necessário para alcançá-lo.

O texto da norma constitucional também estabelece a relevância pública das ações e serviços de saúde, ao mesmo tempo em que cria uma competência para o Poder Público: “dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”. A propósito dessa competência, destaca-se o fato de as ações e serviços de saúde dependerem de lei e poderem ser restringidos pelo Estado, o que revela uma eficácia limitada dessa parte da norma. Todavia, essa eficácia limitada se restringe às ações e serviços de saúde, uma vez que o direito à saúde é norma de eficácia plena. Afinal, o texto da constituição estabelece claramente uma posição jurídica definitiva – caráter de regra – em favor de todos contra o Estado – destinatário da norma.

Nesse sentido, o direito à saúde, enquanto norma-regra, determina que o Estado cumpra o dever de prestar a ação necessária para garantia da saúde do indivíduo ou sua recuperação. Enquanto norma-princípio, determina que o Estado cumpra o dever de “adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas”,⁷⁰ de realizar o que for necessário para promover o fim estabelecido pela norma, sem haver exatamente um comportamento predefinido pelo direito. É nesse espaço da norma-princípio que estaria a liberdade de conformação dos poderes político-administrativos.

1.1.2 A vagueza do direito fundamental social à saúde

Os direitos fundamentais sociais têm como elemento comum a vagueza e falta de precisão em seu conteúdo, a indeterminação de suas dimensões e limites. Sua característica prestacional positiva exige uma atuação do Estado enquanto provedor, o que é feito por meio da alocação de recursos financeiros e de esquemas de universalidade. Todavia, o recorte estrutural desses direitos não deve ser confundido com a questão de seu financiamento. E, apesar de os direitos fundamentais sociais se tornarem materialmente concretos por meio de políticas públicas, a existência deles também não deve ser confundida com elas⁷¹.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 162

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ISSN 1133-0937, Año nº 3, Nº 6, 1998, págs. 35-50

Por conseguinte, enquanto categoria jurídica, a análise desses direitos deve passar de um foco nas teorias da justiça (categoria valorativa) para um foco jurídico-constitucional. Afinal, a experiência mostra que a consagração conjunta dos direitos sociais e das políticas públicas sociais podem dar origem a problemas constitucionais complexos. Em assim sendo, a delimitação conceitual dos direitos sociais não pode se dedicar exclusivamente à interpretação das regras que os consagram para atribuir-lhes significado por meio de procedimentos eminentemente hermenêuticos,⁷² do mesmo modo que não pode se restringir aos meios criados pelo Estado para prestá-los. Um conceito para o direito deve estar atrelado tanto ao seu significado jurídico quanto aos elementos empíricos, aos meios e formas necessários para a concretização da norma e para a concretização do direito substancial.

O Poder Judiciário brasileiro, até a década de 1990, adotava posição de que o direito à saúde seria norma programática, sem aplicabilidade alguma, “a não ser na medida da lei que o concretizasse”.⁷³ A partir dos casos que buscaram acesso a medicamentos para tratamento contra a AIDS, ele passou a compreender uma categoria subjetiva que obriga o Estado a fornecer os meios, bens e serviços necessários à preservação das condições de vida.⁷⁴ Todavia, essa mudança paradigmática não alterou a vagueza do direito, tampouco foi capaz de estabelecer o que caracterizaria o direito à saúde.

Ao mesmo tempo em que há uma significativa lacuna entre o direito positivado e os meios disponibilizados pelo estado para seu exercício,⁷⁵ fruto de problemas decorrentes da formulação de políticas públicas, “o direito à saúde não é o direito de igual acesso à falta, ainda que parcial, de bens e serviços essenciais em matéria de saúde”.⁷⁶ O direito à saúde, portanto, teria uma feição programático-estrutural, voltada a orientar os poderes político-administrativos, criando deveres fundamentais; uma feição coletiva, que compõe tanto o plano programático

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ISSN 1133-0937, Año nº 3, Nº 6, 1998, págs. 35-50.

⁷³ Ingo Sarlet, audiência pública STF, audiência pública nº 04, convocada em 05 de março de 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>, último acesso em 15 de junho de 2021, 20h17.

⁷⁴ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

⁷⁵ OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes; DELDUQUE, Maria Célia; SOUSA, Maria Fátima de; MENDONÇA Ana Valéria Machado. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? **SAÚDE DEBATE**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p.525-535, ABR-JUN 2015. <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002019>

⁷⁶ Ingo Sarlet, audiência pública STF, audiência pública nº 04, convocada em 05 de março de 2009. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>, último acesso em 15 de junho de 2021, 20h17.

quanto o plano do direito, e uma feição individual, enquanto garantia jurídica contida no texto constitucional. Entretanto, essa constatação não é suficiente para que se defina, precisamente, em que consiste o direito à saúde, qual o limite que deve se restringir à categoria programática, qual o limite que impõe uma decisão exclusivamente coletiva e qual o limite para aplicação da perspectiva individual.

Com efeito, é preciso delimitar o conteúdo do direito à saúde para que se possam construir estruturas que garantam o direito declarado pela Constituição Federal, para que se possa materializar o estado de coisas. Todavia, essa delimitação esbarra no fato de não haver uma determinação conceitual e empírica do que seja a saúde em si. Ainda que a saúde seja considerada condição necessária à vida digna, segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁷⁷ seu conceito está atrelado a um estado de bem-estar físico, mental e social. Ele não representa apenas a ausência de doença. Nesse sentido, os sanitaristas questionam o conceito por entender que ele corresponde à definição de felicidade, o qual não é operacional. Dessa forma, evidente a dificuldade em definir o que seja o direito à saúde, dada a amplitude da significação do termo saúde e a dependência do “frágil equilíbrio” entre liberdade e igualdade, “permeado pela necessidade de reconhecimento do direito do Estado ao desenvolvimento”.⁷⁸

O direito à saúde, portanto, está mais ligado às estruturas disponíveis para obter a prevenção dos problemas de saúde e o restabelecimento das condições físicas normais⁷⁹ em caso de adoecimento. A esse propósito, destaca-se a alusão feita por Sueli Gandolfi Dallari à estrutura jurídica necessária para que o indivíduo possa exercer controle sobre o direito à saúde. Segundo a autora, “qualquer esforço para assegurar o direito à saúde deve, necessariamente, prever mecanismos acessíveis e ágeis de responsabilização formal”. E complementa que “apenas uma estrutura judiciária que possibilite, efetivamente, o acesso da população à justiça, e a rapidez na obtenção da resposta jurídica permite o controle popular relativo ao direito à saúde”.⁸⁰ Por consequência, o direito à saúde perpassa o processo político-administrativo de formulação das políticas públicas, as estruturas por elas criadas e a estrutura jurisdicional necessária para garantir a responsabilização formal do Estado para atender às necessidades individuais.

⁷⁷ Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁷⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. O DIREITO À SAÚDE. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, 22(1):57-63, 1988. <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>, p. 60.

⁷⁹ E aqui aparece mais um complicador, definir o que seriam condições físicas normais. O estado de normalidade física é um conceito tão ou mais abstrato do que saúde, o que impede uma definição precisa do direito à saúde fora das estruturas disponibilizadas pelo Estado.

⁸⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. O DIREITO À SAÚDE. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, 22(1):57-63, 1988. <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>, p. 61.

Nesses termos, o direito à saúde está vinculado aos meios fornecidos pelo Estado para que cada indivíduo pudesse ser livre para procurar um completo bem-estar físico, psíquico e social, inclusive com a possibilidade de participar do estabelecimento do tratamento em caso de adoecimento.⁸¹ Nesse sentido, garantir o direito à saúde seria garantir meios para que cada indivíduo possa escolher as formas de alcançar esses estados físicos e mentais. Todavia, ao se pretender medicamentos para tratamentos experimentais, por exemplo, o que se demanda contra o Estado são bens e serviços destinados não só ao tratamento de doenças, mas de prolongamento da vida. A propósito dessa pretensão individual, é preciso considerar que o direito à saúde não contempla sejam fornecidos os meios que o indivíduo entende necessários, sem qualquer critério científico. O direito à saúde contempla, portanto, os bens e serviços que, cientificamente, são eficientes e eficazes para o tratamento das moléstias, recuperação dos padrões de saúde física e mental, bem como para a sua preservação.⁸²

Pensando nas estruturas e meios criados pelo Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal criou um arranjo institucional que é composto de um sistema público de saúde, centralizado no Sistema Único de Saúde – SUS –, um sistema complementar de saúde, centralizado em serviços fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, e um sistema suplementar de saúde, centralizado nos planos privados de saúde. Apesar desse arranjo constitucional, o sistema tem apresentado tendência de transferir para a saúde suplementar os meios para tratamento das doenças.⁸³ Essa transferência, apesar de não representar uma violação ao direito à saúde em si, compromete a capacidade estatal de prestar um serviço público de saúde universal.

A universalidade está expressamente contida no texto da Constituição Federal, em seu artigo 196, claro em definir que o acesso deve ser “universal e igualitário”. Além disso, subscreve que o direito à saúde é um “direito de todos”, um “dever do Estado”, e deve ser garantido mediante “políticas sociais e econômicas”, cujo objetivo é a “redução do risco de doenças e de outros agravos”. O programa da norma constitucional, portanto, funde a titularidade subjetiva e coletiva do direito, sem fazer distinções ou exclusões entre uma e outra. Além disso, o texto da norma constitucional reforça o caráter de direito à saúde como meio de

⁸¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O DIREITO À SAÚDE. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, 22(1):57-63, 1988. <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>, p. 59.

⁸² A propósito dos critérios científicos que devem ser considerados para reconhecer um tratamento como direito, conferir NETO, João Pedro Gebran e SCHULZE, Clenio Jair. *Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

⁸³ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública*. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

acesso aos bens e serviços públicos, vinculando-o às estruturas do Estado e às dimensões individual e coletiva. Por conseguinte, há uma tensão entre individual e coletivo que deve ser observada na aplicação do direito, seja para construção das políticas públicas, seja para análise jurídica de casos concretos no exercício da jurisdição. Há, também, um dever fundamental imposto ao Estado para que seja possível falar em um direito fundamental do indivíduo.

Como o direito à saúde está intimamente ligado às possibilidades financeiras do Estado e como ele não se confunde com as limitações econômico-financeiras, seu conceito passa a se vincular aos conceitos de “reserva do possível”⁸⁴ e “mínimo existencial”. Todavia, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que não há um critério seguro para o uso do termo, não há uma razão jurídica determinante para fundamentar as decisões que resolvem conflitos sobre direitos fundamentais.⁸⁵ Além disso, há na utilização desses conceitos um ciclo infinito de referências recíprocas e vagas que conduzem a uma nova indeterminação do que venha a ser o direito à saúde. Essa indeterminação contamina tanto as políticas públicas quanto a jurisdição. Com efeito, “não há uma distinção substancial entre normas jurídicas que estabelecem direitos fundamentais e as regras de programas de políticas públicas”.⁸⁶ O direito à saúde, portanto, depende das condutas e proibições fixadas pelo texto constitucional, em função de programas mais ou menos indeterminados, cuja concretização depende do concurso dos agentes estatais: juízes, administradores, corpo legislativo e agentes sociais.

Se o direito depende da reserva do possível, é de se pressupor que os poderes político-administrativos estabeleceram a concretização tendo em conta o que é possível. Em sendo verdadeira a suposição, a aplicação desse princípio impediria que direitos sociais fossem analisados pela perspectiva da juridicidade, ficando restritos à análise política. Afinal, o possível teria sido pensado no processo de formulação de política pública. Então, por que é permitido ao judiciário determinar a concessão de alguns bens e serviços ao Estado?

Um argumento possível seria a força normativa do direito e, portanto, o exercício da função jurisdicional enquanto instrumento de garantia dos direitos. Entretanto, há um argumento que parece ignorado: o processo de formulação de políticas públicas, conquanto

⁸⁴ Sobre o conceito de “reserva do possível”, conferir a crítica feita por: SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. **Direito e Democracia**, v.11, n.1, jan./jun. 2010. Segundo os autores, a origem do conceito está atrelada a um julgado que analisou o direito de acesso à educação, cujos contornos e questões jurídicas relevantes não permitiriam a extensão do conceito para restrição ao direito à saúde.

⁸⁵ FREITAS FILHO, Roberto (organizador). **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF**. Brasília: IDP, 2015. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. 231 p.

⁸⁶ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTTO, Márcia. *Sobre o judiciário e a judicialização. Nuevos Paradigmas de la s Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. II, nº 4, julio-diciembre 2011, pp. 17 a 52. p, 27.

tenha por missão decidir sobre a alocação de recursos escassos, não é um processo racional e linear, capaz de garantir que a solução pensada para o problema capturado pelas agendas seja efetivamente implementada.⁸⁷

A esse argumento se soma o argumento inicial, de que o direito à saúde não se confunde com os limites do seu financiamento, tampouco com as políticas públicas criadas para a concretização ou acesso ao direito pelos indivíduos. O fato de o direito à saúde depender de políticas públicas para sua concretização material não é capaz de fazê-lo confundir com as políticas públicas criadas para esse desiderato.⁸⁸ Dessa forma, fica claro que mesmo a adoção de princípios como a reserva do possível e mínimo existencial não são suficientes para definir o domínio ou o âmbito de proteção da norma constitucional. A norma, enquanto categoria necessária para a garantia do direito, ainda que esteja relacionada com os meios político-administrativos para sua concretização, não se limita a eles.

Em outra perspectiva, as novas tecnologias incorporaram novos diagnósticos e tratamentos para doenças raras.⁸⁹ Esses tratamentos são de elevado custo e, segundo os padrões clássicos de avaliação de tecnologias em saúde, dificilmente há uma relação custo efetividade que permitiria a incorporação das novas tecnologias aos serviços de saúde. Todavia, no contexto brasileiro, a política pública prevê assistência terapêutica integral⁹⁰ e a possibilidade de incorporação de medicamentos cuja eficiência seja comprovada cientificamente.⁹¹ Em virtude desse fenômeno, “estão em ação no contexto atual diferentes concepções científicas, tecnológicas, econômicas, éticas e políticas na medicina e nas políticas de saúde, as quais apresentam dificuldades em dialogar e frequentemente entram em conflito”.⁹²

⁸⁷ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ISSN 1133-0937, Año nº 3, Nº 6, 1998, págs. 35-50

⁸⁹ “A denominação de “doenças raras” é atribuída a algumas enfermidades quando seus portadores são em número inferior a 200.000 pessoas (definição adotada nos EUA) ou inferior a 1/2.000 pessoas (definição adotada na União Europeia). No Brasil, adotou-se a definição da Organização Mundial de Saúde (doença que afeta até 65 pessoas em cada 100 mil indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos). Já as definições de doenças ultrarraras (DUR), não menos arbitrárias, utilizam critérios de prevalência ainda mais restritos. São enfermidades crônicas e progressivas graves, que muitas vezes colocam a vida em risco” (NOVAES, Hillegonda Maria Dutilh; SOÁREZ, Patrícia Coelho de. Doenças raras, drogas órfãs e as políticas para avaliação e incorporação de tecnologias nos sistemas de saúde. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 21, n. 51, maio-ago 2019, p. 332-364. <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215121>, p. 336).

⁹⁰ BRASIL, **Lei 12.401/2011**, artigo 19-M.

⁹¹ *Ibidem*, art. 19-Q.

⁹² NOVAES, Hillegonda Maria Dutilh; SOÁREZ, Patrícia Coelho de. Doenças raras, drogas órfãs e as políticas para avaliação e incorporação de tecnologias nos sistemas de saúde. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 21, n. 51, maio-ago 2019, p. 332-364. <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215121>, p. 358

Tendo em vista o aumento da importância dos medicamentos de alto custo, influenciada pela judicialização do direito à saúde para ter acesso a eles, “o próprio conceito de saúde pública sofreu mudanças, passando a ser entendida menos como prevenção e cuidados primários e mais como acesso a medicamentos e terceirização de cuidados comunitários”.⁹³ A saúde pública, portanto, de meio para garantia das condições físicas necessárias a um estado de bem-estar “tem se tornado cada vez mais “medicamentalizada” e privatizada”.⁹⁴

Apesar da tendência de medicamentalização da saúde e da definição de padrões científicos para a incorporação de tecnologias, persiste uma vagueza conceitual acerca do que seria o direito à saúde propriamente dito, assim como uma dependência desse direito das prestações positivas do Estado, destinadas à construção do estado de coisas normativamente definido.

1.1.3 O direito fundamental completo

Até este ponto, foi possível observar que: a) um conceito de direito à saúde é vago e aberto em função da vagueza do próprio conceito de saúde; b) conceituá-lo exige vinculação às políticas públicas desenvolvidas pelo Estado; c) esse direito é fundamental e se destina à proteção dos bens jurídicos vida e dignidade; d) a fundamentalidade do direito tem por consequência a dualidade da norma, que é composta de princípio e regra; e) há vinculação do direito fundamental tanto ao nível de proteção individual quanto coletivo. A partir de então, é preciso aprofundar o exame da individualidade, coletividade, subjetividade e completude do direito à saúde. Para tanto, novamente é preciso se socorrer da teoria desenvolvida por Alexy.

Para Alexy (2017:182), “saber quando uma norma jurídica confere direitos subjetivos é uma questão que tem importância prática sobretudo sob o aspecto processual” e “saber se uma norma confere ou não um direito subjetivo é um problema normativo”. Nesse sentido, aplicando esses argumentos ao direito à saúde, percebe-se que o domínio da norma constitucional brasileira consagra o direito à saúde como um direito fundamental social, diz expressamente que a saúde é direito de todos e atribui ao Estado o dever de garantir a saúde como bem jurídico protegido. Além disso, indica o meio pelo qual o direito será garantido: políticas sociais e econômicas.

⁹³ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 342.

⁹⁴ *Ibidem*.

Com efeito, o texto normativo brasileiro não atrai o problema normativo referenciado por Alexy, porquanto afirma o direito, o dever do Estado e por qual meio ele deverá garantir que todos tenham acesso à saúde. E mais, se há direito à saúde garantido para todos e há dever de garantia por ações positivas do Estado, há o direito de cada indivíduo à realização da ação estatal, às ações positivas do Estado. Entretanto, remanesce a necessidade de compreender como coexistem o direito individual e o coletivo, bem como o direito subjetivo e o direito completo, tendo em vista que a norma remete a uma ideia que protege a todos em impõe um dever específico ao Estado.

Essa compreensão perpassa pela investigação acerca de ao menos estas questões: a) há um direito individual contra o Estado; b) se há um direito individual, ele pode se sobrepor ao direito coletivo; c) o direito à saúde se concretiza apenas por meio de ações destinadas à atenção da coletividade?

Para responder a essas perguntas, é preciso observar que os direitos subjetivos são compreendidos como posições e relações jurídicas. Ao se enunciar que há um direito de todos e a esse direito corresponde um dever do Estado, cria-se uma norma individual em que um indivíduo é colocado em uma posição jurídica caracterizada por esse direito em face do Estado.⁹⁵ Dessa forma, o texto constitucional brasileiro, ainda que enuncie a saúde como direito de todos, está a dizer que o indivíduo tem em face do Estado um direito à saúde. Dessa forma, cada indivíduo está em uma posição jurídica de exigir o cumprimento de um dever do Estado.

Com efeito, ainda que a garantia do direito à saúde se dê por meio de políticas públicas, o domínio da norma constitucional cria, sem dúvida, um direito subjetivo que deve ser garantido pelo Estado. Ele é o destinatário da norma e a ele são impostos deveres, proibições, liberdades/permissões e competências. Entretanto, essas imposições são formuladas tendo em conta não apenas direitos subjetivos, porquanto há princípios, como o da saúde da população, que estão vinculados a interesses coletivos. Em assim sendo, a vinculação de princípios a interesses coletivos exige que sejam satisfeitos “critérios que vão além da validade ou satisfação de direitos individuais”.⁹⁶

Canotilho divide essa análise em objeto de proteção e valor de proteção. Ao tratar do objeto de proteção, indica que existem duas teorias, uma objetiva e uma subjetiva. A teoria objetiva defende que se deve assegurar a “eficácia de um direito fundamental na sua globalidade”, enquanto a teoria subjetiva defende que em caso algum se pode sacrificar o direito subjetivo de uma pessoa a ponto de, para esse indivíduo, “esse direito deixar de ter qualquer

⁹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 185.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 115.

significado”. Ao tratar do valor da proteção, indica que também há duas teorias, uma absoluta e uma relativa. Pela teoria absoluta, há um núcleo essencial do direito fundamental de “conteúdo normativo irrestringível, abstratamente fixado”, pela teoria relativa, o núcleo essencial é o “resultado de um processo de ponderação de bens”.⁹⁷ Dessas teorias, portanto, verifica-se que o direito fundamental coexiste com outros direitos individuais e com direitos e interesses coletivos.

Por conseguinte, assim como as normas de direito fundamental têm caráter de regra e de princípio, também têm a dualidade individual e coletivo. A perspectiva individual permite compreender a relação que se cria entre o titular do direito e o destinatário, por meio do que se compreende como os direitos fundamentais possuem um caráter de regra e de princípio. Entretanto, as posições individuais não esgotam a análise do direito fundamental. O feixe de posições individuais compõe o que Alexy chamou de Direito Fundamental Completo. O direito fundamental completo é expressão do “feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionados entre si” de maneira dinâmica, por meio de liberdade, direito a uma ação negativa e direito a uma ação positiva que são atribuídos a uma disposição de direito fundamental. Do mesmo modo que um direito individual não pode ser visto como um simples meio para alcançar interesses coletivos,⁹⁸ os interesses coletivos, *prima facie*, não podem se sobrepor aos direitos individuais. A precedência de um ou de outro somente pode ocorrer quando as circunstâncias concretas assim exijam.

Nesse sentido, as posições individuais se unem por meio da “atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental”.⁹⁹ Afinal, as análises dos direitos fundamentais, normalmente, não fazem referência apenas a uma posição individual, mas ao direito fundamental completo, enquanto categoria capaz de assegurar proteções e garantias.

Segundo a perspectiva individual, o titular tem um direito às medidas estatais necessárias à realização do direito fundamental, inclusive as de caráter organizacional. As ações estatais, portanto, inserem-se em uma perspectiva meio-fim, em que o titular do direito fundamental tem um direito a uma ação estatal, que é imprescindível para a proteção do próprio direito fundamental constitucionalmente protegido. Segundo a perspectiva do Estado, há um dever de criar e manter estruturas adequadas para garantir aos titulares do direito individual o máximo possível de realização do direito fundamental, sem abandonar os interesses dos

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003, p. 459

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 115, nota 79.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 248.

diferentes titulares de direitos fundamentais. Esse dever, além de expressar com clareza o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, permite compreender o direito à saúde como uma ação positiva, veiculada pelo Estado por meio de deveres definitivos a ele impostos pela norma constitucional,¹⁰⁰ destinados à materialização de um estado de coisas.

A problemática que se cria está, portanto, na coexistência de direitos fundamentais individuais frente à obrigação do Estado de realizá-los harmonicamente, garantindo a todos os titulares a máxima concretização possível, sem que o exercício do direito por um compromete ou invada o direito de outro. Em matéria de saúde, esse problema fica evidente em qualquer análise que se faça, tanto da formulação de políticas públicas quanto da judicialização de pretensões envolvendo a materialização do direito. O equilíbrio entre a perspectiva individual do direito e a perspectiva dos interesses coletivos, aqui tratados como o conjunto de feixes de direitos individuais dos demais titulares de direitos fundamentais, compõe o direito fundamental completo.

Em assim sendo, é possível afirmar um direito fundamental à saúde subjetivo (individual) contra o Estado, identificar a necessidade de harmonizar interesses individuais com coletivos, sem que um se sobreponha ao outro de maneira categórica. As ações destinadas à coletividade não necessariamente atendem ao direito individual, uma vez que as circunstâncias de casos concretos são infinitas e impossíveis de serem todas previstas. Dessa forma, não se pode dizer, de maneira categórica, que o direito fundamental completo se sobrepõe ao direito fundamental em sua perspectiva individual, especialmente quando é necessária a criação de igualdades fáticas, quando é necessária a criação de um estado de coisas que permita a materialização de diversas posições coletivas e individuais ou quando há uma relação de precedência necessária à proteção da vida em detrimento de outros bens jurídicos.

1.2 Formação de Políticas Públicas

Conforme se verificou na análise do conceito de direito à saúde, em apertada síntese, trata-se de um direito fundamental social, de proteção especial, vinculado ao direito à vida e à dignidade, em que estão contidas uma norma-princípio e uma norma-regra. Enquanto princípio, representa um mandamento de otimização e estabelece um estado de coisas que deverá ser construído e mantido pelo Estado. Enquanto regra, estabelece as condutas que deverão ser adotadas para atingir as finalidades normativas (direcionamento das políticas sociais e

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 250

econômicas como meio de garantir o direito à saúde para todos, reduzindo os riscos de doença e outros agravos, bem como de prover ações e serviços de saúde). Além disso, estabelece posições individuais, oponíveis contra o Estado, inclusive como elemento limitador e orientador de competências e poderes. Nesse sentido, exerce papel contramajoritário em prol tanto do indivíduo quanto da coletividade.

Dessa forma, o processo de materialização do direito deverá observar esses limites e estruturas. Os poderes discricionários devem ser limitados pelo que está definido nas normas de direito fundamental. Por conseguinte, as ações estatais destinadas à materialização do direito à saúde estão livres para aplicarem a melhor técnica que consiga promover um estado de coisas capaz de equalizar as posições jurídicas dos seus titulares nos níveis individual, coletivo e completo. Tendo em vista que o conceito contido no direito é vago, amplo e passível de ser realizado de diversas maneiras igualmente válidas, os poderes político-administrativos podem escolher como materializar o direito, sem haver a possibilidade de decidir se o materializarão.

Por conseguinte, passa-se à análise de como as políticas públicas são formuladas, de como se dá esse processo político administrativo. O objetivo dessa análise é tornar claras a forma com que o direito à saúde é materializado pela atuação político-administrativa e, assim, pontuar as irracionalidades desse processo. Com o estudo das fases dos ciclos de formulação de políticas públicas é possível constatar que a concretização do direito fundamental social pelos poderes político-administrativos não se baseia em critérios exclusivos de oportunidade técnica e financeira. Na verdade, critérios técnicos são raramente o que preponderam, especialmente em saúde.¹⁰¹

As políticas públicas são processos juridicamente regulados que visam “coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.¹⁰² Enquanto tipo ideal, são o meio de “realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.¹⁰³ São, portanto, “programas de ação governamental, em cuja formação há um elemento processual estruturante”¹⁰⁴ ou ainda, trabalhos normativamente orientados.

¹⁰¹ GARCIA, Marcelo Rocha e MIRANDA, Alcides Silva de. Discursos eleitorais para políticas governamentais de saúde nas duas cidades mais populosas do Brasil. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, V. 43, N. 120, p. 98-109, Jan-Mar, 2019.

¹⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 109.

Aplicando esse conceito ao direito objeto desta dissertação, as políticas públicas são o meio pelo qual o direito à saúde, cuja relevância social está predeterminedada pelo próprio texto da Constituição, é materializado. É, portanto, o meio pelo qual o Estado cumpre o dever imposto pela norma constitucional, o qual estabelece a posição jurídica definitiva dos indivíduos e da coletividade como credores de uma ação positiva estatal. Nesse sentido, o dever constitucional de garantir saúde a todos é materializado no Brasil por meio do Sistema Único de Saúde – ações positivas do Estado –, da saúde complementar – ações de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos – e da saúde suplementar – serviços de plano de saúde.¹⁰⁵

Existem várias formas teóricas de abordar o processo de formação dessas políticas públicas, por meio das quais se pretende uma simplificação didática para permitir os estudos, análises e, ao mesmo tempo, ditar a forma como os processos são remodelados a partir da teoria. Apesar de algumas diferenças entre os diversos modelos de análise, destinadas a solucionar falhas reciprocamente identificadas, há uma constatação que abrange a todos, divisão do processo de formulação de políticas públicas em fases básicas. Essas fases podem ser resumidas em: a) reconhecimento do problema – montagem da agenda –; b) proposta de solução – formulação da política –; c) escolha da solução – tomada de decisões –; d) efetivação da solução – implementação da política –; e) monitoramento dos resultados – avaliação da política.¹⁰⁶

Na etapa inicial de formação das agendas, os inúmeros atores sociais, políticos e institucionais exercem seus poderes de influência para direcionar os processos segundo seus interesses ideológicos, políticos e sociais.¹⁰⁷ Essa fase tem por essência o reconhecimento de que algum assunto é um problema que requer mais atenção por parte do governo e, por isso, sofre influência ampla dos atores.¹⁰⁸ Todavia, “isso não garante, de modo algum, que o

¹⁰⁵ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

¹⁰⁶ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. 30(2), 5 a 43. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>; HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019

¹⁰⁷ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista De Administração Pública**, 1996. 30(2), 5 a 43. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>; HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019

¹⁰⁸ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019

problema será eventualmente abordado, ou resolvido, por alguma atividade adicional do governo”.¹⁰⁹

A formação da agenda eleva certos problemas ou preocupações ao status de “questão pública potencialmente sujeita à ação governamental.”.¹¹⁰ Isso não significa, entretanto, que a ação governamental se identificará, necessariamente, com as finalidades normativas, da mesma forma que nem sempre há coerência entre os diferentes problemas que compõem as preocupações da complexa rede de atores. Como se trata de um produto da atuação de inúmeros atores, os quais pautam suas ações em interesses individuais, o conjunto das agendas pode ser contraditório, induzindo a construção de políticas públicas também contraditórias, que se comprometem reciprocamente. Por consequência, a formação da agenda é considerada “o mais crítico dos estágios do ciclo de uma política pública”.¹¹¹

Exatamente por se tratar de uma lista de problemas identificados pelo sistema social, as agendas podem ser divididas em agendas pública, social ou informal e agendas oficiais ou institucionais. As agendas públicas, sociais ou informais indicam os níveis de importância que certos problemas têm para uma certa coletividade em um dado momento social. Caso essas agendas coincidam com os interesses políticos, podem ser apropriadas pelo sistema de governo e passar à condição de agenda oficial ou institucional.¹¹²

Entretanto, um ponto que é pouco tratado no estudo das agendas é a derivação e submissão à agenda constitucional, pré-estabelecida pelo legislador constituinte e que orienta a ação estatal em todas as suas três funções (legislativa, executiva e jurisdicional). Nesse sentido, a agenda constitucional tem estreita relação com os direitos fundamentais, especialmente os sociais, porquanto dependem diretamente da construção de políticas públicas para serem materializados. Não por acaso, o art. 196 da Constituição Federal vincula as políticas sociais e econômicas à garantia do direito à saúde.

A fase de formulação da política pública ocorre logo após a formação da agenda e representa o momento em que serão elaboradas as alternativas para solução dos problemas capturados pela agenda institucional¹¹³. Por se tratar de escolhas que, posteriormente, passarão

¹⁰⁹ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.104.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 103

¹¹² VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista De Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>; HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

¹¹³ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista De Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>.

pelo crivo das decisões, há considerável discricionariedade para pensar como concretizar os direitos fundamentais sociais e, assim, cumprir com as finalidades normativas contidas na Constituição. Trata-se, portanto, de uma fase de “criação de opções sobre o que fazer a respeito de um problema público”, de identificar, refinar e formalizar as “opções políticas que poderão ajudar a resolver as questões e os problemas reconhecidos no estágio da montagem da agenda”.¹¹⁴

Conquanto se esteja na fase de projeto, é preciso considerar que, exatamente como ocorre para a formação da agenda, o projeto deve atender às finalidades normativas previstas na Constituição Federal. Essa relação direta entre formulação da política e diretrizes constitucionais ocorre em virtude da positivação dos direitos fundamentais sociais. Dessa forma, o uso dos recursos financeiros e o arranjo desenvolvido para realização da agenda institucional deve estar em harmonia com o dever discricionário¹¹⁵ imposto pela própria norma constitucional.

A identificação dessa diretriz, fruto da própria norma constitucional, tem estreita relação com uma das principais funções dos direitos fundamentais: retirar das majorias a possibilidade de exercer restrições que tenham por consequência o comprometimento das posições jurídicas das minorias. Nesse sentido, fica clara a razão pela qual o texto constitucional prevê, expressamente, que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. A norma constitucional introduzida pelo texto do artigo 196 da Constituição Federal brasileira indica, de maneira expressa, a orientação que se deve dar às políticas sociais e econômicas. Ainda que o Estado tenha que lidar com diversos problemas e agendas, isso não autoriza que o princípio democrático contido na liberdade de escolha das soluções se distancie do dever constitucional de garantir saúde a todos.

Para alcançar a solução que garanta o cumprimento dos deveres exigidos pelos direitos fundamentais e deveres do Estado, a formulação das políticas públicas perpassa por três fases: a) transformação dos dados “em informações relevantes”; b) combinação de dados com “valores, ideais, princípios e ideologias” para produzirem “conhecimento sobre ação

¹¹⁴ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 123.

¹¹⁵ O conceito de dever discricionário é apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello e tem especial aplicação quando se analisam direitos fundamentais sociais. Segundo o autor, as competências do Executivo e do Legislativo são ditadas por deveres que decorrem do texto constitucional. Dessa forma, quando o Judiciário revê os “atos discricionários”, o faz para corrigir o ato frente às disposições contidas na Constituição Federal. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o poder discricionário como verdadeiro dever discricionário, na medida em que há para o administrador uma obrigação de adotar decisões e condutas que sirvam para a concretização das finalidades normativas. Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais positivados na constituição expressam verdadeiras obrigações que devem ser observadas nos ciclos e processos de formulação de políticas públicas. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª Ed, 12ª triagem, Malheiros, 2017.

orientada”; c) transformação do “conhecimento empírico e normativo” em “ações públicas”.¹¹⁶ Todavia, a solução que seguirá para a fase de decisão depende de viabilidade política da proposta, elemento que tem a possibilidade de induzir a propositura da solução que, apesar de politicamente mais viável, pode não representar a melhor solução para o problema estruturado.¹¹⁷

Por conseguinte, independentemente de qual for a melhor solução técnica para um problema pública, as ações públicas somente se materializam após o processo de tomada de decisões. A tomada de decisões é, dessa forma, produto da formação da maioria pelo parlamento ou expressão da maioria que elegeu o representante do Executivo. Exatamente por isso as soluções propostas na fase de formulação das hipóteses de política pública consideram o elemento de viabilidade política, não se atentando exclusivamente à melhor solução técnica. Ainda que seja possível que os problemas tenham níveis intermediários tecnicidade e dependam de elementos argumentativos para legitimação da solução, pode-se dizer que problemas estruturados exigem uma abordagem racionalista, que adequa fins a meios segundo soluções empiricamente testadas. Dessa forma, além de encontrar a melhor solução técnica, é preciso que ela encontre apoio dentre os atores com poderes de veto.¹¹⁸

Com efeito, ainda que os problemas estruturados, como os verificados ao direito à saúde, reclamem a aplicação de uma solução técnica e racional,¹¹⁹ até a fase de formulação das políticas públicas, prevalece o elemento político, que se desenvolve em um ambiente de “trocas e indeterminações, conflitos e poder”.¹²⁰ Até esse momento, portanto, há uma maior liberdade dos atores, apesar de ela estar restrita aos deveres discricionários impostos pela Constituição, especialmente pelos direitos fundamentais.

Caso se decida pela adoção de alguma solução e, portanto, pela ação estatal para alteração do status quo em que o problema social foi identificado, o Estado passará a efetivamente agir para cumprir seus deveres fundamentais. Entretanto, também é possível que “nenhuma das opções que foram debatidas e examinadas durante os dois estágios anteriores do ciclo político [seja] aprovada como curso oficial de ação”¹²¹. As decisões, portanto, “produzem

¹¹⁶ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista De Administração Pública*, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>, p. 13.

¹¹⁷ SECCHI, Leonardo. *Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 86 e 112

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>, p. 13.

¹²¹ O'SULLIVAN, Deborah; DOWN, Barry. *Policy Decision-making Models in Practice: A Case Study of the Western Australian 'Sentencing Acts'*. In *Policy Studies Journal*, v. 29, n. 1, p. 56-70, 2001. Apud HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*.

algum tipo de declaração formal ou informal de intenção por parte dos atores públicos autorizados, no sentido de se empreender ou não alguma ação, como uma lei ou regulamentação”.¹²² Dessa forma, as decisões representam a declaração da intenção que o Estado resolveu adotar como curso de ação.

Nesse ponto é preciso fazer uma importante consideração com relação ao direito à saúde. Por se tratar de um direito fundamental, há liberdade para a escolha da solução que melhor atenda aos interesses políticos, mas não há a opção de não agir, de não adotar qualquer solução para o problema identificado. Ainda que seja possível escolher a forma de transpor o status quo em que se identifica problema na materialização do direito à saúde, o espectro de escolha não se espalha para a possibilidade de decidir nada fazer. Portanto, para o direito à saúde, em virtude de sua natureza e características, há que se adotar qualquer solução que seja igualmente eficiente e eficaz, jamais optar por deixar o problema sem solução.

Após a fase de decisões, que seleciona a solução que superou o crivo da viabilidade política, prevalece um processo racionalizado de procedimentos e rotinas para a implementação da decisão política,¹²³ os quais estão cada vez mais próximos do padrão decisório utilizado no processo judicial.¹²⁴ Trata-se, portanto, da fase em que as decisões se traduzem em ação concreta, do momento em que se busca “uma conciliação ou combinação ótima de objetivos e meios no processo de implementação com vistas a alcançar[...] esses objetivos com êxito”.¹²⁵

Todavia, diferente do que possa parecer, não se trata de simples execução de decisões previamente tomadas. Esta fase envolve exatamente a conciliação entre decisão e meios disponíveis para a materialização da ação estatal, a qual está sempre sujeita a resultar em insucesso.¹²⁶ Afinal, a implementação da decisão política depende, dentre outras coisas, “das condições políticas, econômicas e sociais e da forma de execução de atividades”.¹²⁷ Essas condições, por sua vez, “dependem dos recursos econômicos disponíveis; do reflexo das

Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 157. Nesse mesmo sentido, SECCHI, Leonardo. Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 71.

¹²² O’SULLIVAN, Deborah; DOWN, Barry. *Policy Decision-making Models in Practice: A Case Study of the Western Australian 'Sentencing Acts'*. In *Policy Studies Journal*, v. 29, n. 1, p. 56-70, 2001. Apud HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 157

¹²³ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>.

¹²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131.

¹²⁵ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 193

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>, p. 18.

condições econômicas e sociais; da opinião pública; da posição das elites; dos partidos de oposição; e da posição dos grupos privados não-institucionais”.¹²⁸

O risco ou possibilidade de insucesso, bem como as dependências e variáveis que condicionam o resultado da implementação da decisão política levam à fase de monitoramento de resultados. Tanto a atuação dos atores que compõem o serviço público quanto as questões econômico-sociais podem influenciar diretamente na implementação da decisão política, inclusive podem ensejar o insucesso do programa.¹²⁹ Por conseguinte, nessa fase são confrontados os meios empregados e os objetivos atendidos, a fim de verificar a eficácia da política pública “em termos de suas intenções e resultados percebidos”.¹³⁰

O produto dessa verificação, desse monitoramento, pode ensejar a revisão tanto dos problemas que compuseram a agenda institucional quanto das soluções apresentadas na fase de formulação e acolhidas na fase de decisões. Dessa forma, o “o ciclo pode retornar ao estágio da montagem da agenda ou a algum outro estágio do processo”, de modo a ensejar “mudanças secundárias ou [...] reformulação profunda do problema, incluindo até a total descontinuidade da política”.¹³¹

Portanto, um dos fatores preponderantes da fase de avaliação é o retorno cognitivo que permite rever tanto as soluções pensadas na fase de formação de política pública, quanto a decisão tomada a partir da formação de consenso ou a decisão que representa a vontade da maioria que elegeu o representante do Executivo. Esse incremento cognitivo pode ser direcionado para a própria política pública avaliada ou pode, ainda, ser replicado para outras ações estatais.¹³² Nesse sentido, a política pública representa uma espiral em que novas soluções, novas tecnologias podem aderir aos programas do Estado, assim como se pode simplesmente abandonar soluções ultrapassadas, incapazes de gerar resultados para a transposição entre os estados de coisas.

No campo da avaliação, destaca-se a avaliação de impacto, cujo objetivo é determinar “se houve modificação; a magnitude dessa modificação; quais segmentos afetou e em que medida; e quais foram as contribuições dos distintos componentes da política na realização de

¹²⁸ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>, p. 18.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 199

¹³¹ DeLEON, Peter. *Policy Evaluation and Program Termination*. In *Policy Studies Review*, v. 2, n.4, p. 631-47, 1983. Apud HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 199

¹³² HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

seus objetivos”¹³³. Também aqui há importante retorno cognitivo em prol das fases dos ciclos de políticas públicas, uma vez que permite verificar a existência de lacunas na política, suas consequências e as medidas necessárias para suprir eventual descumprimento do dever para com alguns titulares do direito materializado pela ação estatal. Por conseguinte, a avaliação permite que a política pública receba um redesenho incremental, por meio do qual se promove modificações marginais para correção dos efeitos e consequências da ação estatal.¹³⁴

Ocorre que também nessa fase o elemento político pode contaminar a avaliação empírica da política pública. Como não há um “modo definitivo de determinar a forma correta de avaliação” e como não há um critério preestabelecido sobre o que representa sucesso ou insucesso, “a interpretação que prevalecerá será aquela que resultar em última análise dos conflitos e acordos políticos entre os vários atores”. Todavia, esse elemento político não significa que não acontecem avaliações significativas do programa implementado.¹³⁵

Fica evidente, portanto, que o processo de formulação de políticas públicas não é simplesmente “um processo de resolução de conflitos”.¹³⁶ Ele representa o meio pelo qual se obtém aprendizagem política, influenciada pela atuação dos formuladores de políticas públicas.¹³⁷ Por consequência, problemas estruturados podem receber soluções politicamente viáveis, mas que não atendem ao estado de coisas determinado pelo direito. Ainda que todo o processo seja democrático e segundo os padrões definidos pelas majorias, suas consequências podem não atender às exigências do direito fundamental.

1.2.1. As irracionalidades do processo de formulação de políticas públicas

As influências e pressões exercidas pelos inúmeros atores, em cada uma das fases do processo de formulação de políticas públicas, bem como escassez de recursos ou deficiências institucionais, podem comprometer o resultado esperado: solução do problema capturado pela agenda institucional. As causas de falhas nas políticas públicas, portanto, decorrem das inúmeras combinações entre atores, agendas, formuladores e executores, política e público-alvo, decisões e resultados, necessidades e possibilidades etc. Entretanto, dessa infinidade de

¹³³ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>, p. 36

¹³⁴ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 76.

¹³⁵ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 200.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 236.

¹³⁷ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

causas, que perpassam por questões culturais e históricas, destacam-se alguns elementos relacionados com as interações entre os poderes, interações com atores internacionais, formas de governo, sistemas de governo etc.¹³⁸

É importante destacar que não se tem a pretensão de encontrar ou esgotar todas as causas de falhas nas políticas públicas. Pelo contrário, a análise que se faz tem como objetivo indicar que, mesmo em exame superficial, é possível identificar que as lacunas, falhas e resultados indesejados não decorrem exclusivamente das escolhas e decisões adotadas pelos formuladores de políticas públicas. O que se verifica é que o próprio processo de formulação de políticas públicas permite influências internas e externas que podem desencadear esses tipos de problemas estruturais.

Isso encontra relevância em virtude das críticas que se fazem à atuação jurisdicional, sob o argumento de que o Judiciário não poderia decidir sobre direitos fundamentais sociais para não invadir o espaço de decisão do Executivo e do Legislativo. Dessa forma, este tópico tem por finalidade destacar alguns elementos que podem causar lacunas, falhas ou resultados indesejados nas políticas públicas.¹³⁹

Os primeiros elementos que se podem destacar para o estudo das possíveis falhas nas políticas públicas decorrem de variáveis institucionais. O modelo federativo atrai complexidades e dificuldades que comprometem a capacidade de solucionar os problemas sociais que formam as diversas agendas. No federalismo existem diferentes níveis de governo e as políticas locais precisam estar em harmonia com as políticas nacionais, mesmo quando o poder é ocupado por partidos ou grupos “rivais”. Além disso, a formulação das políticas nacionais depende da capacidade de consenso, o qual é formado a partir de acordos intergovernamentais, os quais envolvem negociações complexas e extensas. Essas complexidades podem restringir a habilidade do governo de realizar seus objetivos.¹⁴⁰

Os vínculos entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, previstos na Constituição, e a forma de escolha de seus membros afetam diretamente a capacidade de solução de problemas por meio das políticas públicas. Nos sistemas presidencialistas, o Executivo é eleito independentemente da eleição do Legislativo, razão pela qual é constituído independentemente da base legislativa. Isso tem consequência direta no processo político-

¹³⁸ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

¹³⁹ Esses elementos seriam capazes de gerar outros estudos mais aprofundados. Entretanto, como o foco deste trabalho é analisar os modelos processuais de judicialização e a análise conjunta das decisões para identificar problemas estruturais por meio da atuação Jurisdicional, não se fará esse aprofundamento.

¹⁴⁰ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

administrativo, uma vez que ele dependerá da habilidade de formar consenso para compor maioria legislativa que apoie suas agendas. Nesse processo de formação de consenso são necessárias negociações e barganhas que influenciam diretamente na formulação das políticas públicas e em seus resultados, porquanto representa um sistema em que há “maior abertura para que grupos de interesse e eleitores influenciem o processo político, cujo resultado pode significar políticas fracas diluídas ou até mesmo conflitivas”.¹⁴¹

O elemento consenso é fundamental para o sucesso de qualquer política pública. Ele pode ser obtido em diferentes níveis. Entre os atores políticos com direito a voz, voto e veto, entre formuladores e implementadores de políticas públicas, entre formuladores e público-alvo. A interação entre esses diferentes atores, em seus diferentes níveis, tem poder de influir no sucesso ou no fracasso da concretização dos direitos.¹⁴²

Por conta da influência dos atores no processo de formulação de políticas públicas, elas acabam sendo projetadas para garantir apoio dos grupos politicamente poderosos, em detrimento dos interesses públicos de longo prazo, sub-representados no sistema político. Nesse sentido, “o processo político está repleto de irracionalidades, de inconsistências e de razões para a falta de coordenação, e essas deficiências são todas, fundamentalmente, fonte de políticas pouco resistentes”. As contradições entre políticas e suas respectivas ineficácias são consequência do efeito cumulativo da condução das políticas por grupos de interesse.¹⁴³

O consenso necessário para a concretização de direitos fundamentais sociais também é fortemente influenciado pelo contexto político-econômico e pelas pressões que decorrem da atuação de atores internacionais – empresas multinacionais, organismos internacionais (FMI, OMC, BID, Banco Mundial) e blocos econômicos. As pressões exercidas por esses atores sobre os atores políticos domésticos são capazes de desvirtuar as políticas públicas, de alterar as decisões para atender os interesses deles em detrimento dos interesses dos indivíduos que compõem as maiorias representadas pelo Executivo e pelo Legislativo.¹⁴⁴ As reações dos mercados internacionais e desses organismos às decisões internas acabam conduzindo as escolhas políticas, ainda que elas não se destinem a solucionar os problemas que compõem a

¹⁴¹ BESLEY, T.; CASE, A. *Political Institutions and Policy Choices: Evidence from the United States*. In *Journal of Economic Literature*, v. 41, p. 7-73, (Mar) 2003. Apud HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 69.

¹⁴² VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>.

¹⁴³ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. VII.

¹⁴⁴ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 85.

agenda social. Isso, mesmo para os problemas ligados à concretização de direitos fundamentais sociais, cuja função contramajoritária é uma importante característica.

Com efeito, conquanto a norma constitucional estabeleça restrição à discricionariedade em favor do cumprimento de um dever fundamental definido pela norma, há redução da margem de discricionariedade política diante de “compromissos e padrões internacionais oficialmente chancelados de atendimento a certos direitos e mesmo quanto à forma de cumprimento de certos deveres pelo Estado”.¹⁴⁵ Nesse sentido, destaca-se o pensamento dos pós-positivistas,¹⁴⁶ no sentido de que “as políticas raramente têm objetivos livres de ambiguidade e raras vezes os *policy-makers* escolhem de fato os meios mais eficientes para alcançá-los”.¹⁴⁷ Em assim sendo, as políticas públicas não são resultado apenas da tomada de decisões segundo interesses majoritários, representados pelos discursos políticos acolhidos pelo sufrágio. As pressões dos diferentes grupos de interesse exercem forte poder sobre os programas e são capazes de comprometer a relação entre a política formulada e a implementação, a relação entre a política formulada e o público-alvo.

Portanto, diferente do que os modelos de análise e estudos das Ciências Políticas sobre políticas públicas possam fazer parecer, “o processo da política pública não é a rigor tão estritamente sequencial e orientado para objetivos”.¹⁴⁸ O trabalho desenvolvido nos níveis político-legislativo e executivo não são exclusivamente racionais e normativos. Todo o processo está sujeito a complexidades, influências e irracionalidades decorrentes da atuação dos diversos atores políticos e sociais, que se ativam na construção de consensos para equalização das forças políticas e de suas agendas.

O que se verifica ao estudar os processos e ciclos de formulação de políticas públicas é um grande nível de aleatoriedade, ausência de coordenação e de ordenação.¹⁴⁹ Esses fatores, conquanto componham a atuação democrática dos representantes eleitos, contribuem para o

¹⁴⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100

¹⁴⁶ A análise pós-positivista, que combina análises empíricas e normativas, procede em dois níveis (...). No nível micro, o estudo põe o foco nas questões relativas aos programas reais que estão em funcionamento, nos problemas com os quais se embate e nos envolvidos na criação e implementação do programa. Questões típicas nesse nível incluem: "O programa atende a seus objetivos declarados?". "O programa atende a esses objetivos de forma mais eficiente do que o fariam os meios alternativos disponíveis?". "Os objetivos do programa são relevantes para o problema?". No nível macro, a análise pós-positivista diz respeito a metas e contextos abstratos. A meta da política "agrega valor para a sociedade como um todo?". "A meta da política causa problemas imprevistos com consequências importantes para a sociedade?". Finalmente, o analista tem que se reportar aos valores mais amplos, que sustentam a conceituação dos problemas e dos esforços públicos, com a finalidade de discuti-los. (Michael Howlett, M. Ramesh, Anthony Perl, 2009, tradução 2013).

¹⁴⁷ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 32

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 223.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

surgimento de falhas estruturais e lacunas que podem desencadear, em certas circunstâncias, violações ao direito ou, no mínimo, restrições de acesso fora dos limites estabelecidos pela norma constitucional.

Com efeito, apesar de a complexidade e as irracionalidades do processo de formulação serem umas das causas do eventual descompasso entre política e direito, não são ordinariamente tratados pelos trabalhos jurídicos. Provavelmente em virtude da tese positivista de separação entre política e direito, a partir da doutrina de Montesquieu,¹⁵⁰ os trabalhos costumam centrar suas análises na normatividade e atuação do judiciário, confrontadas com os impactos orçamentários e com a liberdade de conformação conferida ao poder legiferante.

Ocorre que as questões que levaram à essa tese de separação absoluta entre direito e política são anteriores ao constitucionalismo, em que a constituição passa a ser um elemento conformador também do Poder Legislativo, cujo controle é feito pelo *judicial review*. O controle de constitucionalidade, aliado aos direitos e garantias fundamentais, indispensáveis para a proteção das minorias, exerce uma força de atração entre política e direito, capaz de justificar a avaliação dessas irracionalidades, contidas no processo político-administrativo de construção das ações estatais.

Conquanto as políticas públicas sejam, tecnicamente, “um conjunto de processos juridicamente regulados”,¹⁵¹ o processo judicial seja o modelo cognitivo para produção de uma decisão estatal e para sua respectiva execução, e o processo administrativo seja referências para a atuação pública de maneira geral,¹⁵² isso não soluciona o problema da ausência de linearidade nos ciclos de formulação de políticas públicas. Tampouco resolve as influências decorrentes da necessidade de formação de consenso que, nem sempre, condizem com as diretrizes preestabelecidas pela Constituição Federal.

Os teóricos da economia do bem-estar destacam os problemas que advêm das distâncias entre a intenção legislativa ou política e a prática administrativa. Essas distâncias são assumidas como base suficiente para explicar os tipos de deficiências associadas às falhas de governo que podem ser divididas em “desvio organizacional, externalidades derivadas e problema do agente e do principal”.¹⁵³

¹⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, 1ª Edição, 2ª triagem.

¹⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 29.

O desvio organizacional ocorre quando o órgão administrativo encarregado de produzir a ação estatal “desloca os objetivos publicamente sancionados, substituindo-os por seus próprios objetivos "privados" ou “organizacionais””.¹⁵⁴ As externalidades derivadas “são efeitos colaterais não imaginados pelo órgão responsável por criá-los e, por isso, não afetam os cálculos ou o comportamento do órgão”.¹⁵⁵ O problema do agente e principal, por sua vez, se caracteriza pela relação que há entre os políticos e os administradores, em que os políticos dependem “da boa vontade” dos agentes para promoverem seus interesses. Dessa forma, ainda que os políticos adotem uma certa decisão política, sua materialização depende de como os servidores públicos atuarão.¹⁵⁶

As falhas de governo tanto podem ser resultado do “descumprimento tolerado da norma”, quanto “defeitos que decorrem de limitações técnicas na construção ou no funcionamento do sistema [,] cuja perpetuação não traz vantagem significativa ou traz vantagens laterais, que pelo porte não justificariam suporte político capaz de explicar sua permanência”.¹⁵⁷ Do mesmo modo como a completude da legislação se revela um mito, cuja solução se encontra por meio das técnicas de hermenêutica, seria um mito acreditar que as políticas públicas teriam a capacidade de serem completas e imunes a vazios e espaços sem cobertura.

Políticas públicas podem, portanto, ter subprodutos inesperados. Como visto, a política pública é um fenômeno complexo, em que inúmeras decisões são tomadas por diversos indivíduos e organizações, inseridos no interior do próprio governo e que são influenciadas por outros atores que operam interna e externamente no Estado. Por conta disso, seus resultados são moldados no cerne das estruturas em que prevalecem ideias particulares e aleatórias, a despeito dos elementos técnicos ou normativos.^{158, 159}

¹⁵⁴ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 30.

¹⁵⁵ WOLF, Charles, Jr. **Markets or Governments: Choosing Between Imperfect Alternatives**. Cambridge, Mass: MIT Press, 1988, p. 77. Apud HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 30.

¹⁵⁶ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 187.

¹⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 268

¹⁵⁸ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

¹⁵⁹ A propósito da forma aleatória como as soluções são aplicadas aos problemas públicos, interessante analisar o modelo de “lata de lixo”, proposto inicialmente por Michael D. Cohen, James G. March e Johan P. Olsen (COHEN, Michael D.; MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *A Garbage Can Model of Organizational Choice*. *Administrative Science Quarterly*, v. 17, n.1, p. 1-25, mar. 1972). Segundo esse modelo, as soluções que ficam “arquivadas” após um problema perder relevância ou perder relevância. Ao surgirem novos problemas, essas soluções são desarquivadas e aplicadas, sem critério. Em suma, a ação estatal seria definida a partir de soluções

Dessa feita, o argumento de respeito à decisão política como impeditivo do exercício da jurisdição ressaí enfraquecido, uma vez que lacunas e falhas não são, pontual e efetivamente, uma escolha direta feita pelo gestor público, pelo político eleito. Em verdade, há uma grande cadeia de fases e ciclos que, dentro do sistema burocrático de administração, envolve a atuação individual de vários atores em vários níveis. A política pública é, portanto, fruto de um emaranhado de decisões tomadas em diversos níveis, muitas delas contraditórias entre si, que nem sempre estão em conformidade com as diretrizes e determinações constitucionais. As decisões político-administrativas não são o exato reflexo da “vontade desimpedida dos tomadores de decisão governamentais”. Pelo contrário, representam a interação entre interesses e restrições geradas pelos “atores, estruturas e ideias presentes em determinada conjuntura política e social”.¹⁶⁰

Com efeito, ainda que se anulassem as limitações técnicas ou mesmo a capacidade financeira, é preciso considerar que “a escolha política concreta é uma decisão também política, não técnica, limitada por instituições políticas e tomada por atores políticos em resposta a pressões, ideologias e interesses próprios, entre outros fatores”.¹⁶¹ Não por acaso, a análise dos discursos políticos que abordam o direito à saúde revela exatamente a ausência de proposições práticas e a adoção de argumentos de conotação meramente persuasiva e genérica,¹⁶² a despeito de o tema ser uma prioridade para 87% da população brasileira.¹⁶³

Fica evidente, portanto, que as políticas públicas não são consequência direta e exclusiva das decisões adotadas pelo Executivo ou pelo Legislativo. Além dos interesses e das pressões exercidas pelos grupos que influenciam na formulação das agendas, especialmente a institucional, as políticas públicas são o resultado de um processo em que há adequações constantes, fruto de erros e respectivos acertos, os quais geram aprendizado. O processo de formação de políticas pode ser visto, por conseguinte, como um diálogo entre intenções e ações, um processo contínuo de reflexão para dentro e ação para fora. Basicamente, há uma fase de

que procuram problemas, e não de soluções criadas a partir da identificação de problemas. Segundo os autores, esse tipo de processo ocorre quando modelos racionais mais adequados não são conhecidos.

¹⁶⁰ SHARKANSKY, Ira. *Constraints on Innovation in Policy Making: Economic Development and Political Routines*. in MARINI, Frank (org.). *Toward a New Public Administration: The Minnowbrook Perspective*. Scranton, Penn.: Chandler, 1971. Apud HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 09.

¹⁶¹ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 31.

¹⁶² GARCIA, Marcelo Rocha; MIRANDA, Alcides Silva de. Discursos eleitorais para políticas governamentais de saúde nas duas cidades mais populosas do Brasil. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, V. 43, N. 120, p. 98-109, Jan-Mar, 2019.

¹⁶³ DATAFOLHA. **Opinião dos brasileiros sobre o atendimento na área de saúde**. Pesquisa elaborada pelo Instituto de Pesquisas. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentao-integra-datafolha203.pdf>>. Acesso em 30/10/2020, 01h12.

elaboração do projeto (ou formulação) e uma outra de implementação, as quais se influenciam reciprocamente. A fase de implementação caracteriza-se por mostrar resultados, que servem de ensinamentos para os formuladores. Essa divisão didática de fases, formulação e implementação, permite identificar que a primeira ocorre em um espaço político de trocas e indeterminações, conflitos e poder, enquanto a segunda se define em um espaço administrativo, concebido como um processo racionalizado de procedimentos e rotinas.¹⁶⁴

Apesar da conclusão obtida por Maria Paula Dallari Bucci,¹⁶⁵ no sentido de que haveria um procedimento racionalizado, orientado pelo direito e pela adoção do processo como referencial para compreensão de como se formam as decisões, verifica-se que essa racionalização se dá no âmbito do espaço administrativo, e não no político. Ainda que não se possa “correlacionar de maneira direta todas as insuficiências e todos os problemas intrínsecos ao sistema normativo à proteção de interesses”,¹⁶⁶ o que se verifica, na prática, segundo os estudos das Ciências Políticas, é uma ação influenciada por atores, grupos de pressão, organismos e instituições internacionais em prol de interesses individuais e econômicos.

Mesmo havendo a possibilidade de as falhas e resultados inesperados não serem resultado de uma tolerância que decorra de influências políticas, isso não afasta as consequências delas sobre falhas e lacunas nas ações positivas do Estado. Do mesmo modo, não permite se ignorem as influências dos interesses sobre os desvios nos deveres fundamentais do Estado, tampouco se ignorem as consequências jurídicas das falhas e lacunas sobre o direito dos titulares.

Nesse sentido, é preciso ter em conta que “as decisões governamentais contêm um fundamento confessável ou inconfessável, de interesse público ou privado, explícito ou não”.¹⁶⁷ E esses interesses paralelos são o centro que prejudica a parte técnica nos espaços administrativos, uma vez que o exercício do contraditório no processo administrativo leva a questão em análise para autoridades superiores, “cuja investidura tem maior vinculação ao âmbito da política, geralmente mais exposta aos critérios políticos, os quais podem colocar-se em tensão com os elementos de racionalidade técnica”, ordinariamente orientadora das decisões das instâncias inferiores¹⁶⁸. Evidente, portanto, que mesmo em havendo tentativas de

¹⁶⁴ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>.

¹⁶⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 268

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 160-161.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 161.

racionalizar o processo decisório no âmbito administrativo para neutralizar as influências dos atores e de seus interesses particulares, há sempre espaço para desvios.

Com efeito, os desvios decorrentes das forças políticas, das ações e das concessões para formação de consenso convivem intimamente com as escolhas necessárias para que a ação estatal atinja uma relação ótima de custo-benefício e custo-eficiência. Além de a ação dos atores influenciarem no arranjo dessa equação, é necessário eleger prioridades que podem gerar lacunas na política pública. Verifica-se, portanto, que o elemento financeiro se torna mais um complicador da ação positiva do estado para materialização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Ana Luiza Viana, citando Lewis Schneider,¹⁶⁹ indica que a ausência de financiamento automático exige pensar em uma etapa para projeto de financiamento e aprovação institucional, antes da elaboração do plano detalhado e da implementação. Nesse sentido, há uma conexão intrínseca entre ações estatais para garantia do direito à saúde e elaboração das leis orçamentárias.¹⁷⁰

No caso do direito à saúde, a Constituição Federal brasileira, apesar de não prever uma forma de financiamento automático, informa os percentuais mínimos de aplicação de recursos para as políticas públicas de saúde. Todavia, esses percentuais não são rigorosamente respeitados pelos entes da Federação.¹⁷¹ Percebe-se, a partir dessa análise, que mesmo a previsão de financiamento específico com piso expresso na norma constitucional e com regras específicas de investimento na legislação infraconstitucional¹⁷² não são suficientes para que o dever imposto ao Estado, enquanto destinatário da norma constitucional que consagra o direito à saúde, seja efetivamente cumprido. Os números revelam que o piso é, na verdade, tratado como teto e, por isso, há sub-financiamento que, inexoravelmente, compromete o resultado das políticas de saúde.¹⁷³

Não bastasse o fato de o orçamento não atender aos critérios normativos impostos pela Constituição Federal, o que é efetivamente executado é bastante distinto do que foi autorizado. A execução corresponde apenas a uma parcela do que foi aprovado pela lei orçamentária. Essa

¹⁶⁹ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. 30(2), 5 a 43. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>, p. 15.

¹⁷⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 177.

¹⁷¹ CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow e CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(7):1613-1623, jul, 2007.

¹⁷² Conferir Lei Complementar nº 141/2012.

¹⁷³ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

diferença é fruto tanto da dificuldade em se “gastar legalmente o dinheiro público”,¹⁷⁴ quanto de “um padrão de execução orçamentária muito pouco racional”, em que há “forte contensão orçamentária nos nove ou dez primeiros meses do exercício fiscal e a liberação desordenada de montante próximo ao daquele período nos dois ou três meses finais do ano”.¹⁷⁵ Além disso, as exigências para execução de despesas “pressupõem a existência de projetos razoavelmente estruturados (...) passíveis de embasar a licitação, contratação e execução da obra”.¹⁷⁶ Todavia, há “desconexão entre o processo legislativo orçamentário e o processo legislativo ordinário, por meio do qual são instituídas despesas de caráter continuado não previstas na lei orçamentária”.¹⁷⁷

Há, portanto, duplo prejuízo para a política pública: destinação orçamentária aquém do normativamente exigido pela Constituição e má gestão dos recursos, aliada à desconexão entre processo legislativo orçamentário e processo legislativo ordinário.

Ainda com relação à gestão orçamentária, destaca-se a influência política no uso das emendas parlamentares. Elas são “instrumento de que o Congresso Nacional dispõe para participar da elaboração do orçamento anual”,¹⁷⁸ todavia são utilizadas como instrumento político para fixação do nome do parlamentar pelo eleitorado.¹⁷⁹ Reforça-se, portanto, que ainda que se preveja um processo regulamentado para racionalizar e atrair tecnicidade à tomada de decisões, o fator político e não normativo exerce forte pressão sobre a ação do Estado para cumprimento de seus deveres, por vezes o afastando do que estabelece o texto da Constituição, mesmo em matéria de gestão orçamentária.

Com efeito, “o artificialismo que cerca o processo orçamentário” e os “padrões irracionais de execução” também estão na “base de problemas jurídicos das políticas públicas”. A esses problemas se associa a “politização seletiva do orçamento, que o subtrai da política real, em que as prioridades são apresentadas a debate e escolha”.¹⁸⁰

O foco do problema parece estar nas influências que recaem em cada fase. Cada momento do ciclo de políticas públicas é marcado pela ação de atores, nem sempre institucionais. Esses atores agem em prol de interesses, de fatores ideológicos e, por vezes, representam reprodução de padrões históricos. À medida que os atores influenciam nas fases

¹⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 181.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 178.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 183.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 181.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 182.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 183.

de criação das políticas públicas, os jogos de poder tanto podem comprometer a própria decisão política, quanto a agenda institucional ou a agenda constitucional. Esses comprometimentos podem ensejar desde lacunas contidas na política, até falhas estruturais capazes de gerar resultados indesejados, restrições de acesso ou violações aos direitos fundamentais.

A influência dos diversos atores em cada uma das etapas do ciclo dilui a influência das decisões tomadas pelos gestores eleitos, o que decorre, em grande medida, da ação dos gestores contratados (servidores), dos fatores histórico e culturais, das pressões exercidas por atores e grupos sociais, bem como de organismos e instituições internacionais. Dessa forma, as políticas públicas são consequência da soma do comportamento dos inúmeros atores que compõe o grupo dos "fazedores" de política, influenciados por valores políticos, organizacionais, pessoais, governamentais e ideológicos.¹⁸¹ Não há uma relação inexorável e direta entre tomada de decisão político-administrativa e política pública instituída, entre exercício das competências político-administrativas (dever discricionário) e resultado da política pública. Por vezes, o resultado verificado é diferente da própria decisão política.

No caso do direito à saúde, apesar de a legislação prever atenção integral, inclusive para pessoas com doenças raras, essa diretriz está inserida “em um cenário de (des)financiamento do SUS e de uma cultura política em que há uma distância grande entre propostas de políticas e sua implementação efetiva”.¹⁸² Há, portanto, um problema na burocracia estatal, e não na própria definição da política pública em si.

Com efeito, as interferências contidas em cada fase dos ciclos de formulação de políticas públicas podem resultar uma política que, apesar da decisão fundamental tomada pelos atores políticos eleitos, pelo princípio majoritário, se desvie do projeto, da solução pensada para o problema capturado pela agenda institucional ou, ainda, do dever fundamental imposto pela Constituição Federal. Em assim sendo, as lacunas, resultados indesejados ou violações não necessariamente representam o resultado de uma opção dos poderes político-administrativos. Elas são, em grande medida, desvios não intencionais que derivam das influências dos atores que compõem os ciclos de políticas públicas, dos quais se destacam os que não foram eleitos por meio do sufrágio (grupos de pressão, FMI, OMC, BID, Banco Mundial, blocos econômicos, grandes indústrias farmacêuticas), cuja atuação sobre a materialização dos direitos não se justifica nem pelo princípio democrático nem pela liberdade de conformação do legislador.

¹⁸¹ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>.

¹⁸² NOVAES, Hillegonda Maria Dutilh; SOÁREZ, Patrícia Coelho de. Doenças raras, drogas órfãs e as políticas para avaliação e incorporação de tecnologias nos sistemas de saúde. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 21, n. 51, maio-ago 2019, p. 332-364. <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215121>, p. 351-352

A materialização dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas, apesar de representar momento importante em que se exerce a discricionariedade para solucionar os problemas contidos na agenda institucional, não encerra um processo meramente técnico e encadeado. Ainda que se tenha em conta as premissas apresentadas por Waldron¹⁸³ para apresentar suas críticas à judicialização de questões que deveriam ser solucionadas pelo sistema político (debate acerca de valores morais e solução das controvérsias acerca dos direitos que devem ser cumpridos pela sociedade), é possível identificar que os debates não se prestam exclusivamente a garantir que as finalidades constitucionais serão atingidas pelos poderes Executivo e Legislativo.

Os interesses e os jogos de poder podem vir a deturpar todo o processo e, portanto, imprescindível garantir que o Judiciário efetivamente exerça seu papel de ator institucional para corrigir a direção que o exercício dos deveres discricionários leva. Tanto assim o é que o próprio Waldron revela que, em algumas sociedades, em que o direito das minorias não é levado a sério, em que as circunstâncias hipotéticas tratadas como definição de uma sociedade livre e democrática não são verificadas, a jurisdição é caminho inevitável.

Com efeito, ainda que se altere a teoria por meio da qual se analise a política pública, constata-se que os problemas inerentes à materialização dos direitos fundamentais sociais têm sua origem, em maior ou menor medida, no próprio processo de formulação de política pública. A questão não é simplesmente orçamentária, de deferência pela decisão que delimita a alocação de recursos escassos ou de aplicação do princípio majoritário ou democrático. As lacunas ou falhas na materialização dos direitos fundamentais sociais não decorrem apenas da escassez de recursos ou da extensão das necessidades infinitas da sociedade. Elas podem estar atreladas aos problemas enfrentados pelo Executivo e pelo Legislativo no próprio processo de formulação de políticas públicas, à estrutura que os poderes políticos criam para concretizar os direitos fundamentais sociais que, no caso brasileiro, estão positivados na Constituição Federal.

1.3 Os Limites às restrições ao Direito à Saúde

¹⁸³ Waldron, em *The Core of the Case Against Judicial Review*, defende que as questões e os problemas morais de uma sociedade devem ser resolvidos por meio de seus representantes eleitos e que esse espaço não deve ser ocupado pelo Judiciário. Entretanto, seu argumento, conforme expressamente destacado no texto, parte do pressuposto de que os representantes eleitos levem o direito das minorias a sério, que as circunstâncias hipotéticas tratadas como definição de uma sociedade livre e democrática sejam verificadas. Nesse sentido, o que se verifica, a partir da análise contida nesta dissertação, é que os ciclos de formulação de políticas públicas, ao menos em saúde, não preenchem os requisitos estabelecidos pela própria posição defendida pelo autor.

Realizadas as categorias de análise acerca do conceito de direito à saúde, da sua fundamentalidade e da sua completude, necessária a análise do programa da norma constitucional brasileira para pesquisar se ela autoriza restrições. Isso porque, “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição”.¹⁸⁴ Essa compatibilidade não decorre exclusivamente de uma previsão constitucional restritiva ou de uma autorização constitucional para restrição por meio de lei, ela também decorre da incidência de restrições exigidas pela ordem jurídico-constitucional,¹⁸⁵ o que torna necessária a análise das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, mas que com ela são compatíveis.

O texto constitucional, ao positivizar o direito à saúde e ao lhe atribuir o caráter de fundamentalidade, impõe limite à liberdade de conformação e restringe o princípio democrático, atribuindo ao direito fundamental uma eficácia de trincheira para proteção contra majorias¹⁸⁶. Por consequência, o âmbito de proteção do direito fundamental e os bens jurídicos protegidos somente podem sofrer qualquer tipo de restrição mediante autorização constitucional expressa ou se houver autorização para que a lei o restrinja.¹⁸⁷

O domínio da norma constitucional brasileira, artigo 196, define um dever do Estado destinado à garantia da saúde de todos, o que deve ser realizado por meio de políticas sociais e econômicas, dedicadas à redução do risco de doença e de qualquer ação ou omissão que possa gerá-la ou comprometer a saúde. Estabelece, também, que o acesso às políticas de saúde deve ser universal e igualitário, a fim de que todos tenham a permissão de promover, proteger e recuperar a saúde. Essa primeira parte do texto constitucional faz reiteradas referências à saúde, cujo conceito é incerto e vago, conforme exposto no item 1.1.2. Todavia, essa incerteza quanto ao conceito empírico de saúde não representa em si mesma uma possibilidade de restrição ao direito. Não há, na norma, qualquer restrição interna ou autorização para restrição por meio de lei.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 281.

¹⁸⁵ Canotilho apresenta um exemplo que pode facilitar a compreensão da possibilidade de restrições em conformidade com a ordem jurídico-constitucional. Ele apresenta o direito fundamental de manifestação, expressamente contido na Constituição portuguesa (artigo 45º, 2) sem qualquer previsão de restrição constitucional direta e sem autorização de lei restritiva. Na análise que faz, diz que esse direito, para ser exercido, deve estar em conformidade com a ordem jurídico-constitucional e, por isso, sofre restrições de não poder ser exercido com o uso de violência, com restrição ao direito de deslocação. Entretanto, adverte que não se podem utilizar ou invocar princípios genéricos do tipo “proteção da Constituição”, “prossecação da ação penal” e “moral pública”. Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 448 e seguintes.

¹⁸⁶ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.ª ed., SP: RT, 2019, p. 842.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003, p. 1275.

O artigo 197, focando exclusivamente nas regras destinadas ao Estado, informa o dever de ele executar diretamente os serviços e ações de saúde, indica-os como matéria passível de ser deliberada pelas maiorias democraticamente eleitas para compor o Legislativo. Indica, expressamente, que, nos termos da lei, o poder público disporá sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde. Por consequência, ainda que a norma constitucional entregue ao Legislativo a discricionariedade para criar ações e serviços de saúde, não apresenta autorização para restringir o direito à saúde em si, tampouco para alterar a orientação das políticas sociais e econômicas: garantia da saúde enquanto direito de todos.

O artigo 198 apresenta as diretrizes para o sistema único em que estão integrados as ações e serviços públicos de saúde. Entretanto, dentre essas diretrizes, não há qualquer restrição ou autorização para que sejam criadas. Apesar de estabelecer uma prioridade às atividades de prevenção, é claro em registrar que a ação preventiva não representa limite aos serviços assistenciais.

Ainda sobre as disposições desse artigo, é crucial verificar que nem mesmo as limitações orçamentárias são apresentadas como limite ao direito, uma vez que prevê expressamente que o financiamento é responsabilidade de todos os níveis federativos e que os percentuais indicados na norma representam apenas o mínimo de investimento. Não há, portanto, um limite expresso à realização do direito em virtude de questões orçamentárias, ainda que os recursos sejam elemento indispensável para a materialização das ações estatais.

A autorização para que a iniciativa particular também preste serviços dedicados à promoção e preservação da saúde está no artigo 199. Entretanto, essa autorização é para atuação em caráter complementar ao sistema único de saúde e conforme as diretrizes estabelecidas por ele. Ainda que o caráter complementar não seja verificado na prática e que o sistema público esteja dando lugar a um sistema atrelado aos convênios particulares¹⁸⁸, a norma deixa clara a preponderância do dever estatal em prestar os serviços de saúde, em garantir a efetivação do direito.

O artigo 200 indica as incumbências do sistema único de saúde, autorizando que o âmbito de proteção seja alargado por meio de leis, do que se conclui que não há autorização para restringir as atribuições constitucionais listadas no artigo. O interesse nesse artigo está, também, na referência que se faz às variáveis que compõem a construção da saúde enquanto bem jurídico. São atribuições do sistema único de saúde, por exemplo, o controle e fiscalização

¹⁸⁸ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

dos procedimentos e substâncias de interesse da saúde, cabendo a participação do Estado na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados etc.; a vigilância sanitária e epidemiológica; a participação na formulação de ações de saneamento básico; o incremento do desenvolvimento científico e tecnológico; a fiscalização e inspeção de alimentos; o controle e fiscalização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; bem como a proteção do meio ambiente. Fica evidente, portanto, que o direito à saúde não se restringe à medicamentação, apesar de essa ser uma consequência do processo de judicialização.¹⁸⁹

Com efeito, o texto constitucional consagra expressamente o direito à saúde como um direito de todos e um dever do Estado, sem apresentar qualquer restrição na própria norma e sem autorizar restrições ao direito por meio de leis. O que há é a positivação de diretrizes e obrigações, essas sim passíveis de serem reguladas por meio de lei. Dos artigos que tratam do direito à saúde na Constituição brasileira, apesar de haver reservas legais relacionadas aos serviços e ações de saúde, não há qualquer disposição que crie restrição no sentido de criar um não direito.

Nesse sentido, fica claro que ao direito à saúde se opõem apenas as restrições decorrentes da ordem jurídico-constitucional, em que direitos fundamentais, em seu duplo caráter, devem se harmonizar com os demais princípios constitucionais. Com efeito, ao menos em tese, tanto o direito à saúde quanto os princípios democrático e de liberdade do legislador podem sofrer restrições recíprocas. Para que isso ocorra, é necessário o sopesamento entre os princípios para verificar, em cada caso concreto, as relações de precedência que se pode encontrar e, assim, definir as posições definitivas de direito ou não direito que decorrem da análise.

Dessa forma, o Direito Constitucional, enquanto instrumento de limitação do poder, cumpre sua finalidade ao restringir o espectro de possibilidades para a liberdade de conformação do legislador, bem como o poder de definir e criar políticas públicas. A vinculação dos poderes político-administrativos aos direitos fundamentais retira das majorias simples a disposição sobre materializar ou não o direito à saúde, enquanto bem a ser protegido, promovido e recuperado. Isso porque, “se um legislador puder restringir livremente um direito fundamental, não se pode dizer que está a ele vinculado”.¹⁹⁰ Em assim sendo, por haver vários meios para regulamentar ações e serviços de saúde, a discricionariedade do legislador passa a

¹⁸⁹ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 130.

ser acerca do meio, e não sobre materializar ou não. O exercício da discricionariedade, por conseguinte, deve se traduzir em “medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas”.¹⁹¹

Entretanto, quando se passa do plano do dever-ser ideal para o estreito plano do dever-ser real, surgem tensões e conflitos que tornam inevitáveis as decisões acerca do peso e as relações de precedência dos princípios em colisão.¹⁹² Isso ocorre tanto no processo de formulação de políticas públicas quanto no processo jurisdicional. Enquanto no plano político, as restrições se dão em virtude de acomodações políticas, análises de custo-benefício, custo-eficiência e efetividade, no plano jurisdicional as restrições se dão em virtude de acomodações jurídicas do extenso mundo dos princípios. Ambas as formas de agir do Estado se relacionam com o direito fundamental e com sua indispensável materialização.

Dentre as formas de restrição decorrente dos limites impostos pela ordem jurídico-constitucional está a restrição que decorre da incidência dos direitos fundamentais colidentes de terceiros. Alexy denomina essa restrição de “cláusula não-escrita”.¹⁹³ Dessa forma, “o dever estatal de realizar um grau possível de [um direito fundamental social] encontra limites naturais que resultam da confluência das pretensões de diversos titulares de direitos fundamentais e da consideração de outros interesses significativos da comunidade”.¹⁹⁴ Por consequência, a análise do direito pela perspectiva individual não prescinde dos reflexos que se espalharam sobre o direito de terceiros, sejam eles de igual natureza ou de outros direitos fundamentais colidentes.

Portanto, as limitações fáticas do Estado têm relevância na medida em que a realização de um direito possa inviabilizar, materialmente, a realização de outros direitos da comunidade. As limitações materiais não são um limite em si mesmos, apenas podem oferecer restrições na medida em que, pelo sopesamento, se verifique que há outros direitos que, naquelas circunstâncias, obterão precedência suficiente para se imporem. Os efeitos financeiros que decorrem dos direitos sociais, ainda que mínimos, não justificam uma conclusão contrária à existência do direito, tampouco a atribuição de um não direito. Mesmo quando são muitos os indivíduos que dependem do direito fundamental social e, portanto, dependentes de grandes investimentos estatais, não se pode pensar em uma precedência absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador.¹⁹⁵

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003, p. 482.

¹⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 139.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 290

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 252.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 512.

Da mesma forma, ainda que não exista uma autorização expressa na Constituição que autorize restrições ao direito à saúde, não se pode considerar que ele seria um direito irrestrito ou irrestringível. A restrição a esse direito se torna possível pela vinculação que há aos demais direitos fundamentais e aos demais princípios contidos na ordem jurídico-constitucional.¹⁹⁶ Mas investigar se há restrições ao direito fundamental à saúde se torna tarefa difícil, porquanto saúde e vida “não são objetos que o ser humano tem, mas características que definem sua existência concreta”.¹⁹⁷ Logo, para restringir a saúde ou a vida se exige que os princípios colidentes tenham uma força de precedência extremamente forte.

Da conjugação dessas forças – fundamentalidade do direito à saúde, destinada à proteção da vida e da dignidade, razão direta de proporcionalidade entre necessidade dos indivíduos e investimentos, e princípio da competência orçamentária do legislador – surge uma variável de difícil equalização. “A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas [ou em situações de escassez]. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído”. Em contrapartida, “é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível”.¹⁹⁸ Para solucionar esse aparente impasse, aplica-se o princípio da concordância prática ou da harmonização, que “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.¹⁹⁹

Por todo o exposto, ainda que o direito fundamental à saúde não preveja restrições constitucionais e que não autorize sejam elas criadas por meio da atuação legiferante, a colisão entre direito fundamental social à saúde e princípios constitucionais indica o indispensável exercício do sopesamento para a materialização da proteção constitucional. Isso porque, “os sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos”,²⁰⁰ de modo que as circunstâncias fáticas é que ditarão os limites da atuação dos poderes político-administrativos e da jurisdição, ambos direcionados, necessariamente, à proteção dos direitos fundamentais.

1.4 Conclusão Parcial

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003, p. 451.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 199, nota 62.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 513.

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003, p. 1225.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 513.

Foi possível definir que o direito à saúde é um direito fundamental social, de proteção especial, vinculado ao direito à vida e à dignidade, em que estão contidas uma norma-princípio e uma norma-regra. Enquanto princípio, representa um mandamento de otimização e estabelece um estado de coisas que deverá ser construído e mantido pelo Estado. Enquanto regra, estabelece as condutas que deverão ser adotadas para atingir as finalidades normativas (direcionamento das políticas sociais e econômicas como meio de garantir o direito à saúde para todos, reduzindo os riscos de doença e outros agravos, bem como de prover ações e serviços de saúde). Além disso, estabelece posições individuais, oponíveis contra o Estado, inclusive como elemento limitador e orientador de competências e poderes. Nesse sentido, exerce papel contramajoritário em prol tanto do indivíduo quanto da coletividade.

Tendo em vista a dificuldade em se estabelecer uma delimitação precisa do que venha a ser o direito à saúde, dada a vagueza conceitual que lhe é própria, é possível estabelecer uma vinculação aos meios disponibilizados pelo Estado para prevenção e tratamento de doenças. Esses meios, todavia, estão atrelados a serviços cientificamente eficazes e eficientes, razão pela qual não se pode dizer que o direito à saúde garante o acesso a todo e qualquer tratamento que, individualmente, seja considerado necessário. Por conseguinte, ainda que o direito à saúde deva garantir liberdade de escolha ao titular do direito, essa liberdade também não é plena. Caso ela esteja vinculada à ação estatal, deverá se sujeitar às diretrizes que sejam capazes de atender tanto ao indivíduo quanto à coletividade. Em assim sendo, deve-se distinguir o direito à saúde que assegura tratamento cientificamente adequado do interesse em obter o tratamento que individualmente atende às preferências individuais, o que decorre do sopesamento entre o nível individual, coletivo e completo.

Apesar dessas delimitações e contornos definidos, o conceito de direito à saúde permanece de certa forma indeterminado e aberto, o que repercute na atuação dos poderes político-administrativos ao formularem a política pública.

O estudo dos ciclos de formulação das políticas públicas revelou que eles se caracterizam por identificarem um problema social para, então, estabelecer as possíveis soluções. Trata-se, portanto, de método destinado à transposição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade com o direito. Em assim sendo, aplicando a ideia especificamente para o direito à saúde, é metodologia capaz de promover a transição de um status quo em que os titulares do direito não obtêm do Estado os meios e serviços necessários à manutenção e recuperação da saúde para um status quo em que a ação estatal é capaz de assegurar o mandamento contido na Constituição Federal.

Reconhecida a importância conjunta atribuída ao direito e à política²⁰¹ para a materialização do direito à saúde, pode-se dizer que o direito vincula a política. Por consequência, ainda que a formulação de políticas públicas esteja em um espaço de livre conformação pelos poderes político-administrativos, há um dever de materializar o direito, por meio de ações efetivas e eficazes. Por força do direito e de sua fundamentalidade, a escolha está em se permitir a seleção da solução que melhor se adequa às deliberações políticas, desde que os resultados atinjam o estado de coisas imposto pela norma constitucional.

Com efeito, seja por meios argumentativos ou racionalistas, selecionam-se as soluções que possuem viabilidade política para passar pela fase de tomada de decisões. Como pressuposto normativo, as soluções democraticamente selecionadas devem atingir o estado de coisas previsto pelo legislador constituinte. Todavia, as decisões adotadas segundo os critérios do princípio democrático e de liberdade de conformação do legislador ordinário não definem, por si sós, a atuação estatal.

A política pública decidida, ao ser implementada, está sujeita a novas influências de atores, tanto institucionais quanto não institucionais. Essas influências podem comprometer os desvios normativos ou agravar os já existentes. Dessa forma, o fato de uma política pública não alcançar o estado de coisas definido pelo direito à saúde, segundo sua positivação na Constituição Federal, não pode ser simplificado como uma decisão ou opção adotada pelos poderes político-administrativos. Há contingências, influências e peculiaridades nos ciclos de políticas públicas que têm a capacidade de comprometer o estado de coisas imposto pelo direito à saúde.

Nesse sentido, as falhas próprias e inerentes a esse processo de concretização são uma das possíveis causas das restrições ao direito, das violações ao dever jurídico e da litigiosidade. Em assim sendo, as restrições ou as violações ao direito à saúde representam, em maior ou menor grau, um problema estrutural, um problema na conformação da norma constitucional às forças de consenso que operam no Executivo e no Legislativo. Além disso, as violações ao direito à saúde são marcadas por uma litigiosidade coletiva, fruto da sua natureza universal, por uma litigiosidade individual, fruto dos meios de fruição do direito pelo indivíduo, e por uma multipolaridade conflitiva, de uma conflituosidade interna, fruto da conexão que há entre as dimensões coletiva e individual de acesso aos meios necessários à prevenção e tratamento das doenças. Essas especificidades exigem a equalização de expectativas normativas, individual e coletiva, e de competências constitucionais, político-administrativas e jurisdicional.

²⁰¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129.

Dessa forma, as restrições que decorrem das lacunas, falhas e resultados indesejados das políticas públicas representam problemas estruturais próprios do processo político-administrativo. Ocorre que somente se autorizam restrições ao direito à saúde que sejam compatíveis com a Constituição. Em assim sendo, há que se verificar que algumas consequências das políticas públicas que promovem restrições ao direito à saúde são consequências das irracionalidades do processo. Nessas circunstâncias, há incompatibilidade entre a ação estatal e o direito. Portanto, as sistemáticas restrições e limitações ao direito não são apenas fruto das limitações orçamentárias, como se pressupõe, também são decorrência de problemas estruturais que caracterizam estados de desconformidade.

2. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A judicialização tem por função precípua a garantia dos direitos. Por consequência, o processo deve ser técnica adequada à essa finalidade, proporcionando tutela específica, inclusive para inibição ou remoção de ilícitos, independentemente de se ter verificado algum dano.²⁰² Nesse sentido, o procedimento a ser adotado deve ser flexível, a fim de que se adapte às especificidades do direito objeto do litígio e, assim, garanta a solução das controvérsias, “assegurando aos cidadãos que as situações jurídicas sejam tuteladas e os direitos realizados praticamente”.²⁰³ Essa forma de atuação, para que seja plena e efetiva, deve observar toda a amplitude da norma aplicada ao caso concreto, não se restringindo à solução do caso individual sempre que houver um estado de coisas a ser construído por força do direito e sempre que a decisão judicial puder interferir no interesse dos demais titulares do direito.

Não se defende que a atuação jurisdicional seja ampliada para promover atuação de ofício e sem limites. O que se verifica é a necessidade de o direito ser aplicado em toda a sua amplitude, a partir da provocação de qualquer de seus titulares. Dessa forma, a garantia para um não compromete a garantia para os outros, a tutela para o indivíduo não compromete o estado de coisas a que estão conectados os direitos de outros titulares. Pelo contrário, adéqua-o para que o estado de conformidade seja construído em favor do próprio direito. Com isso, propicia-se uma atuação vinculada aos direitos fundamentais, cumprindo o Judiciário com a obrigação de garanti-lo em sua máxima efetividade, sem promover restrições inconstitucionais e promovendo a solução para o conflito em sua perspectiva macro e completa.

Analisado o direito à saúde em suas múltiplas facetas e a partir dessa perspectiva, necessário aprofundar o estudo a propósito dos procedimentos por meio dos quais o Judiciário poderá atuar. Por se tratar de uma forma que avalia a harmonia entre a ação estatal e o direito, ela se apresenta como via que é provocada quando há alguma falha no ordinário processo de materialização, executado pelo Executivo e pelo Legislativo. Exatamente por isso, é preciso que o procedimento judicial adotado equilibre, de um lado, a imperatividade do direito e, de outro, as prerrogativas, competências e discricionariedades desses poderes. Além disso, deverá equilibrar as múltiplas perspectivas do direito, bem como a multiplicidade de direitos que compõe o direito fundamental completo e, por conseguinte, a multiplicidade de interesses.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela Dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

²⁰³ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 122

Um problema ou violação de um direito não deve se ater à sua perspectiva individual ou coletiva. A dupla função, coletiva e individual, também deve ser conciliada no momento da concretização do direito material pela via judicial. Por conseguinte, essa conciliação não deve ser observada apenas no momento de formulação das políticas públicas, mas também na prestação jurisdicional. Por essa razão, o procedimento adotado deverá ser capaz de exercer essa conciliação, sob a pena de as decisões judiciais proferidas pela perspectiva estritamente individual desestruturarem as políticas existentes e, ainda que de maneira indireta, comprometer o direito de terceiros.

Como visto no Capítulo 01, ao fazer escolhas para alocação de recursos escassos, os poderes político-administrativos acabam por criar políticas públicas que podem apresentar lacunas, falhas estruturais ou resultados indesejados, os quais, em certas circunstâncias de fato, se convertem em restrições aos direitos fundamentais. Por conseguinte, esses vícios do processo político-administrativo na criação das políticas públicas ou a dificuldade de elas serem implementadas na prática não podem ser transportados para a jurisdição. Do mesmo modo, as políticas públicas não condicionam a atuação jurisdicional, desde que seu exercício não agrave esses vícios que decorrem da atividade administrativa, tampouco crie outros tantos que violem o direito geral de igualdade.²⁰⁴

Especialmente em se tratando do direito à saúde, cujo caráter universal está expressamente consagrado no programa da norma, a atuação jurisdicional deve destinar-se a solucionar o problema estrutural que gerou a violação, transpondo um estado de coisas em desconformidade com o direito para um estado de coisas em conformidade com o direito. Não se trata de uma possibilidade de escolha ou de simplesmente utilizar o princípio da demanda em favor dos titulares do direito que possuem reais condições de provocar o Poder Judiciário para obter a concretização de sua pretensão. Ao se verificar que um direito é violado em ambas as dimensões, individual e coletiva, e que o exercício da jurisdição atingirá múltiplos interesses e direitos de terceiros, deve-se adotar ferramentas e meios para solucionar a lesão ou a ameaça ao direito em sua dimensão completa.

A hipótese defendida nesta dissertação apresenta o processo estrutural como ferramenta procedimental capaz de adaptar o processo ao direito material e, com isso, contribuir tanto para o aperfeiçoamento das políticas públicas quanto para garantir o respeito aos deveres impostos pela Constituição ao Estado. Nesse sentido, reafirma-se o conceito de processo estrutural apresentado na introdução e que será mais bem desenvolvido neste capítulo. O processo

²⁰⁴ A propósito do direito geral de igualdade, conferir em: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, capítulo 8.

estrutural²⁰⁵ é uma técnica ou modelo processual adotado sempre que se identifica um problema estrutural, caracterizado por uma lesão ou ameaça ao direito que decorre de uma desconformidade com o estado de coisas definido pelo direito, a fim de promover uma transição para um estado de conformidade, prestando tutela específica e adequada ao direito material, em harmonia com os demais direitos cuja materialização ou manutenção também dependem do estado de coisas pretendido ou, ainda, de outros estados de coisas relacionados com as pretensões e posições jurídicas envolvidas. Trata-se, portanto, de método de aplicação do direito que não se destina exclusivamente à solução do litígio pela perspectiva subjetiva individual, que não aborda apenas a consequência do estado de coisas e que considera a ação necessária para a remoção ou inibição da conduta que impede a realização do estado de coisas exigido pela norma. E, apesar de não ser necessariamente uma ação coletiva, mesmo sendo essa a forma prevalente, é método que deve pressupor a análise do direito em sua completude, uma vez que o estado de coisas congrega múltiplos interesses e posições jurídicas relacionadas/conectadas. Dessa forma, o processo estrutural se desenvolve a partir de um modelo bifásico, em que primeiro se reconhece e define o problema estrutural, bem como o estado de coisas exigido pelo direito (meta) para, em uma segunda fase, definir do programa ou projeto de reestruturação que será seguido.

Para que a análise contida neste capítulo cumpra esses propósitos, é preciso responder a algumas questões: a) como o modelo bipolar adversarial, tradicionalmente utilizado para a análise das demandas que versam sobre o direito à saúde, gera decisões desestruturantes? b) como a análise do direito em suas múltiplas perspectivas influencia no procedimento?

Nesse sentido, desenvolve-se o trabalho com atenção à questão apresentada por Grinover, Cintra e Dinamarco:²⁰⁶ “qual a forma [procedimental] mais adequada para atingir o escopo do processo, em uma época determinada e segundo dadas condições”?

2.1 O exercício da jurisdição como forma de materialização do Direito à Saúde

²⁰⁵ A propósito do conceito de processo estrutural, conferir LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo* vol. 284/2018, p. 333-369, Out/2018. DTR\2018\19904; GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, capítulo 14.

²⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 239.

Conforme se verifica do estudo dos ciclos de políticas públicas, não há linearidade entre suas fases, o processo decisório não é coordenado, falta racionalidade e não há necessariamente uma relação direta entre a decisão política, a política pública e seus resultados. Segundo as análises feitas pela Ciência Política, é possível que o resultado da política não seja exatamente um produto do que foi politicamente decidido e, ainda, que a decisão política e os resultados da política pública se distanciem dos deveres constitucionais.

Apesar disso, é comum que a defesa do princípio democrático e da liberdade de conformação do legislador pressuponha que o processo de decisão política seja linear, racional e que a política pública, juntamente com seus resultados, sejam a exata expressão do que foi estabelecido pelos poderes político-administrativos. Com efeito, ainda que isso não seja também uma regra absoluta, é possível e normal que a política pública seja o produto de um conjunto de fatores sobre os quais os membros eleitos para as cadeiras dos poderes político-administrativos tenham efetivo ou amplo controle. Dessa sorte, o simples fato de o produto da política pública poder se descolar da decisão política exige maior reflexão sobre os meios institucionais à disposição do Estado para o cumprimento do seu dever constitucional, para garantir a materialização dos direitos fundamentais.

A suposição de linearidade e de relação direta e estanque entre decisão política, política pública e respectivos resultados compromete uma análise ampla dos processos de materialização dos direitos fundamentais sociais, sobretudo no que se refere ao exercício da jurisdição. Ao se pressupor linearidade, racionalidade e coordenação, deixa de haver preocupação com as consequências das lacunas, resultados não esperados/indesejados, das falhas estruturais e das restrições que essas contingências impõem ao direito.

Disso decorre a disputa entre pelo menos duas ideais básicas: a) impossibilidade de atuação jurisdicional para prestigiar o princípio democrático e a liberdade de conformação do legislador, especialmente em matéria orçamentária; b) possibilidade de atuação jurisdicional com deferimento de pretensões individuais à revelia das disposições contidas na política pública, dos problemas estruturais e da solução que seja harmônica com o direito fundamental completo.

Se as decisões políticas não atendem aos deveres impostos pela Constituição ao Estado e, portanto, pelos direitos, surge para os titulares do direito uma pretensão que passa a ser apresentada ao Judiciário em face do destinatário da norma. Percebe-se, portanto, que a jurisdição é parte da instituição formada para cumprimento dos deveres fundamentais do Estado e que se destina a garantir que o direito será materializado por meio da ação estatal. Não é por acaso que a implementação de uma política pública “leva em consideração o Congresso, as

cortes do Judiciário, os grupos de pressão e a comunidade”.²⁰⁷ A própria Ciência Política reconhece no Judiciário um ator oficial de formulação de políticas públicas,²⁰⁸ inclusive influenciando na formação das agendas. Essa posição institucional do Judiciário é reforçada pela instrumentalidade do processo, por meio do qual a jurisdição se insere na dinâmica do poder e se revela como expressão mesma do poder do Estado.²⁰⁹

Nesse sentido, a jurisdição e o processo judicial se inserem dentre os meios de participação democrática, na medida em que “não só pelo voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar”.²¹⁰ O exercício do direito de petição e a inafastabilidade da jurisdição são, portanto, meios pelos quais os titulares do direito podem, além de buscar a garantia do seu próprio direito fundamental, exercer algum peso para a tomada de decisão. Esse peso e a capacidade de influir na formação da política pública é meio de participação democrática,²¹¹ que visa materializar o direito, cuja vigência impõe um dever ao destinatário da norma, Estado. Por consequência, ainda que o resultado da decisão política não atenda aos direitos das minorias ou de certos indivíduos, a fundamentalidade de algumas garantias, como a saúde, permite a provocação direta por meio da jurisdição.

Mas é preciso que fique claro, esse meio de participação direta não visa superar ou neutralizar o princípio democrático ou a liberdade de conformação do legislador. Há que se adotar uma via intermediária entre as duas ideias básicas sobre o exercício da jurisdição. O que o exercício da jurisdição permite é a proteção dos direitos fundamentais, cuja importância exige meios de garantia e materialização que não dependem apenas das maiorias,²¹² formadas pelos consensos entre os atores que compõem os ciclos de políticas públicas. Nesse sentido, Lênio Luiz Streck destaca que “a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contencioso que une política e Direito”.²¹³

Essa função da jurisdição, todavia, não é meio para justificar uma revisão valorativa da norma produzida pelo parlamento, e sim de garantia da norma previamente produzida pelo poder constituinte. Não há juízo de valor sobre a política pública, sobre a decisão política ou

²⁰⁷ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>, p. 16.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 171.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 119

sobre o seu resultado. Busca-se, em verdade, preservar a normatividade do próprio texto constitucional que, no caso dos direitos fundamentais, representa cláusula pétrea da Constituição Federal.

A função do Judiciário, portanto, será meio de garantir que as ações estatais e os objetivos concretizados estejam em harmonia com as finalidades da norma, com o estado de coisas que ela impõe como dever do Estado, ainda que seja necessário regular a discricionariedade dos atores político-administrativos.²¹⁴ Dessa forma, o Judiciário tem relevante papel institucional, exatamente por ser o elemento que impõe a aplicação dos direitos contidos no texto constitucional no processo de formulação de políticas públicas, que fiscaliza o cumprimento do dever fundamental imposto como condição para o exercício das funções executiva e legislativa.

O Judiciário, quando provocado, deve garantir as finalidades das normas constitucionais. A partir da provocação dos demandantes, ele acaba por “forçar” o ingresso do problema no ciclo de assuntos e demandas da arena de decisões tomadas no processo de formulação de políticas públicas. Não se trata de judicializar a política pública em si, e sim de judicializar uma restrição a direito fundamental social, cuja origem pode estar em uma falha estrutural contida no processo de formulação de política pública. A atuação dedicada à garantia do cumprimento da finalidade normativa é exatamente a importância do Judiciário no processo de formulação de política pública.

Exatamente por estar vinculado à norma e à solução que ela impõe ao caso concreto, a jurisdição distancia-se das exigências de viabilidade política, formação de maiorias e consenso. Dessa forma, atua exatamente na garantia de que o direito à saúde não sofrerá restrições não autorizadas pelo texto da Constituição. Dessa maneira, permite-se não ser influenciado pelos grupos de pressão e demais atores que compõem os ciclos de políticas públicas. Em assim sendo, o Judiciário atua como um ator institucional que tem como norte alcançar a finalidade da norma, especialmente aplicada ao caso concreto.

Como não há um critério seguro, técnico ou científico para a formação da agenda e para a tomada de decisões no processo de formulação de políticas públicas,²¹⁵ o Judiciário garante que as políticas públicas tenham como alvo a concretização dos direitos positivados na

²¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª Ed, 12ª triagem, Malheiros, 2017.

²¹⁵ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Constituição Federal. É o próprio Direito Constitucional que passa a impor aos poderes políticos a ordem de prioridades na formulação de políticas públicas.

Dessa feita, não é dado ao Judiciário criticar as escolhas feitas no desenho do projeto, na formulação da política, especialmente quando os resultados exigidos pelo direito podem ser alcançados de diferentes maneiras (complexidade do direito à saúde). Isso não significa, entretanto, que as restrições ou violações ao patrimônio jurídico, individual ou coletivo, não possam ser objeto de judicialização. A prestação jurisdicional é forma institucional de provocar a reflexão para dentro e gerar efeitos na ação para fora, exatamente como ocorre no processo de formulação das políticas públicas.

Nesse sentido, o processo judicial é verdadeiro instrumento do poder estatal, dedicado à proteção dos direitos substanciais, razão pela qual o processualista “há de haurir informações da ciência política, com a intenção de melhor captar o significado sistemático dos instrumentos que lhe são próprios”.²¹⁶ Com efeito, é requisito prévio a plena compreensão de que as políticas públicas são resultado de uma complexa rede de influências, decisões, contingências e relações que não se restringem às escolhas feitas pelos membros do Executivo e do Legislativo.²¹⁷ A partir desse conhecimento é possível perceber que: a) eventuais restrições ou violações aos direitos fundamentais sociais, fruto das falhas nos programas e políticas públicas, não são consequência exclusiva das escolhas feitas pelos membros dos poderes político-administrativos na execução de suas competências constitucionais,²¹⁸ o que limita as possibilidades de se falar em invasão de competências; b) direito e política têm na Constituição um ponto de contato que impede a separação completa entre a atuação dos poderes político-administrativos – Executivo e Legislativo – das competências do Judiciário,²¹⁹ do que decorre que a judicialização de direitos fundamentais sociais necessariamente representa algum tipo de influência sobre a política, assim como a política representa influência no direito.²²⁰

²¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 83

²¹⁷ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública, seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

²¹⁸ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. *La Costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKI, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro de la Costituzione*. Turim: Eunadi, 1996, pp. 83-128. Tradução por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi; ZANETI Jr., Hermes. **Teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia**. In: Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (coord.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013; ALMEIDA, Andrija Oliveira; FREIRE, Marco Valério Viana. **Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do superior tribunal de justiça (2010-2016)**. Revista De Direito Sanitário, 19(2), 55-77. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77>>.

²²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Por consequência, o Judiciário contribui de maneira ativa e essencial para a própria fase de avaliação de resultados que será promovida no seio dos ciclos e fases das políticas públicas. Essa fase envolve vários tipos de estudos: “avaliação de impacto (mede a efetividade da política); avaliação da estratégia de implementação (qual foi mais produtiva); monitoramento (mede a eficiência gerencial e operacional)”.²²¹ Como o Judiciário age mediante provocação, serve de meio para que os indivíduos, destinatários das políticas públicas e titulares do direito, denunciem falhas e restrições ao direito que devem ser levadas em consideração. A jurisdição mostra-se, portanto, como instrumento de revisão dos resultados das políticas a partir do direito para, em processo de aprendizagem, aprimorar os programas destinados à sua materialização, naquilo em que não conseguiu atingir as finalidades normativas impostas pelos deveres constitucionais.

Para que se possa afirmar a existência de um direito, é preciso que exista uma vinculação de toda a estrutura estatal ao texto da Constituição, aos direitos nela consagrados. A fundamentalidade do direito à saúde, portanto, limita as possibilidades de restrições por meio da atuação político-administrativa. O exercício das discricionariedades em favor da atuação do Executivo e do Legislativo, portanto, são restritas e limitadas ao que preveem os direitos fundamentais. Aos poderes político-administrativos é conferida a liberdade para escolher como materializar os direitos fundamentais, e não sobre o que será materializado. Nesse sentido, “o termo discricionariedade é o termo decisivo no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos a ações positivas”.²²²

Os direitos fundamentais guiam a atuação dos poderes políticos e, por isso, são razão suficiente para que o Judiciário, ao apreciar violações ao ordenamento jurídico, traga-os para o centro constitucional. Isso, mesmo diante da suposta vontade da maioria encerrada pelas decisões tomadas pelos poderes majoritários. Por meio da judicialização, as demandas passam a “integrar o rol de instrumentos possíveis de participação da sociedade na administração da coisa pública”.²²³ Dessa forma, garante-se que a rigidez constitucional e o Estado Democrático de Direitos se traduzem em uma “sociedade vinculada ao projeto constitucional dos direitos fundamentais, não apenas a singela regra da maioria”.²²⁴

²²¹ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>, p. 16.

²²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 462.

²²³ BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (coord.). **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 91

²²⁴ ZANETI Jr., Hermes. Teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (coord.). **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 46.

Se há rigidez para impedir modificações que tendam a abolir os direitos fundamentais, bem como para dificultar as modificações das normas constitucionais, toda a engenharia institucional deve garantir a concretização dos direitos fundamentais, inclusive os sociais. A finalidade contida na norma constitucional limita a margem de discricionariedade dos poderes políticos,²²⁵ sem que isso se traduza em liberdade sem limites para atuação jurisdicional.

Em virtude da inafastabilidade de jurisdição e da proteção jurídica dos direitos, os tribunais estão obrigados a aplicar e a concretizar as normas constitucionais, ainda que os direitos nela consagrados sejam abertos ou possuam certo grau de indeterminabilidade.²²⁶ A jurisdição, portanto, cria a norma de decisão solucionadora dos problemas concretos não contemplados pelas políticas públicas, apesar de previstos como dever imposto ao Estado pelo direito. Bem ou mal, o Judiciário atua como poder institucionalizado de conformação do processo político por meio de atos jurisdicionais.²²⁷

Fica evidente, por conseguinte, que o processo político de formulação de políticas públicas não é suficiente para garantir a materialização dos direitos fundamentais,²²⁸ dadas as irracionalidades e complexidades verificadas nos ciclos de formulação de políticas públicas. Essa insuficiência, aliada à inafastabilidade de jurisdição, atrai a atuação jurisdicional como meio necessário para a produção de efeitos das normas constitucionais no plano prático.

Tomando a saúde como foco de análise, é possível verificar como um problema contido nas fases de formulação das políticas públicas exige ou, no mínimo, atrai a atuação jurisdicional. Segundo pesquisa Datafolha,²²⁹ a saúde é o problema social de maior relevância no contexto brasileiro, mas também é serviço socialmente considerado precário e inadequado. Em todos os níveis da federação, o direito à saúde teve destaque como o elemento mais importante, ao mesmo tempo em que a maioria da população considera o serviço público de saúde ruim e precário. Todavia, as proposições para políticas de saúde ou estão reduzidas ao aspecto gerencial ou subsumidas a lugares-comuns discursivos²³⁰. Em contrapartida, no período

²²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª Ed, 12ª triagem, Malheiros, 2017; ZANETI Jr., Hermes. Teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (coord.). **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003, p. 891

²²⁷ *Ibidem*, p. 1305

²²⁸ *Ibidem*, p. 1450

²²⁹ Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentao-integra-datafolha203.pdf>>. Acesso em 30/10/2020, 01h12.

²³⁰ GARCIA, Marcelo Rocha; MIRANDA, Alcides Silva de. Discursos eleitorais para políticas governamentais de saúde nas duas cidades mais populosas do Brasil. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, V. 43, N. 120, p. 98-109, Jan-Mar, 2019.

de 2000 a 2003, apesar de vigorar regra constitucional de aplicação de percentuais mínimos, os Estados deixaram de aplicar R\$ 5,29 bilhões na saúde, enquanto a União deixou de aplicar R\$ 1,8 bilhão. Somados, o déficit de investimento no período corresponde a R\$ 7,09 bilhões.²³¹

No que toca ao problema do fornecimento de medicamentos de alto custo, verifica-se que a legislação brasileira prevê a atenção integral, inclusive para fornecimento de tratamento para doenças raras. Todavia, essa diretriz está inserida “em um cenário de desfinanciamento do SUS e de uma cultura política em que há uma distância grande entre propostas de políticas e sua implementação efetiva”.²³² A questão se mostra mais sensível quando são analisados os tratamentos para doenças raras órfãs. Para essas moléstias, as tecnologias médicas geralmente “não são consideradas custo-efetivas quando avaliadas com base nos métodos convencionais [...] desenvolvidos para doenças comuns.”²³³ Há, portanto, um problema na burocracia estatal, e não na própria definição da política pública em si.

Desse contexto está claro que o problema a ser examinado pela jurisdição Constitucional não está na judicialização em si, e sim na forma como ela deve ser processada, na definição dos critérios a serem utilizados pelo Judiciário para julgar o que foi judicializado,²³⁴ sem que se rompa com os limites estabelecido pela própria Constituição. Isso, tanto com relação aos limites da natureza universal do direito, da possível origem estrutural da violação, quanto do âmbito de atuação de cada um dos Poderes.

2.2 Distinção entre Judicialização e Ativismo Judicial

Verificada a possibilidade de a jurisdição decidir sobre a aplicação do direito à saúde quando há restrição ao direito, é preciso distinguir a judicialização do direito à saúde de ativismo judicial. Essa distinção ganha especial relevância pelo fato de se adotar a Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy como um dos marcos teóricos desta dissertação. Afinal, há autores que referenciam a teoria dos princípios defendida por esse autor como abertura para o ativismo.²³⁵

²³¹ CAMPPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23(7):1613-1623, jul, 2007.

²³² NOVAES, Hillegonda Maria Dutilh; SOÁREZ, Patrícia Coelho de. Doenças raras, drogas órfãs e as políticas para avaliação e incorporação de tecnologias nos sistemas de saúde. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 21, n. 51, maio-ago 2019, p. 332-364. <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215121>, p. 351-352

²³³ NOVAES, Hillegonda Maria Dutilh; SOÁREZ, Patrícia Coelho de. Doenças raras, drogas órfãs e as políticas para avaliação e incorporação de tecnologias nos sistemas de saúde. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 21, n. 51, maio-ago 2019, p. 332-364. <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215121>, p. 354.

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

²³⁵ Verificar: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88-96.

Um primeiro ponto que se deve observar é que o uso da Teoria dos Direitos Fundamentais para defender ou promover o ativismo não significa que a própria teoria seja ativista. O ativismo judicial tem sido vinculado à adoção de valores como razões de decidir, o que ampliaria a discricionariedade judicial e produziria decisões que invadiriam o espectro de atuação do Legislativo. Esse fenômeno decorreria, portanto, da adoção dos princípios como razões de decidir fora dos limites normativos definidos pelo legislador e, por isso, vincular-se-ia a Teoria dos Direitos Fundamentais ao ativismo. Todavia, o próprio Alexy toma o cuidado de distinguir princípios de valores: “Se se aceita a tripartição aqui esboçada, fica fácil perceber a distinção decisiva entre o conceito de princípio e o conceito de valor”.²³⁶ Nesse sentido, é enfático ao dizer que o princípio, enquanto mandamento de otimização, pertence ao âmbito deontológico, o que o afasta do nível axiológico.²³⁷

Lenio Luiz Streck bem identifica o equívoco no uso da teoria proposta por Alexy ao destacar que “no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração”.²³⁸ Esclarece-se, portanto, que não é o uso de princípios como razões de decidir que transformam uma decisão judicial qualquer em ativista. Por consequência, a aplicação do direito à saúde pelo Judiciário, em que se reconhece o dever do Estado e que se impõe o cumprimento da obrigação contida na norma constitucional, não é sinônimo de ativismo judicial. Ainda que o direito à saúde seja precipuamente materializado por meio de políticas públicas, a restrição inconstitucional ao direito exige atuação jurisdicional, exatamente por ser declarada inafastável pela própria Constituição Federal.

Por conseguinte, este trabalho refuta todo e qualquer argumentos performáticos, capaz de fazer prevalecer as concepções individuais de cada julgador,²³⁹ para além do que comporta o texto da norma constitucional. Não se apregoa que a jurisdição seja exercida por meio de valores que franqueiem a construção de argumentos capazes de desvirtuar as disposições do texto normativo segundo opiniões e interesses particulares. O que se defende é a necessidade de todos os poderes exercerem suas competências segundo os deveres impostos pela Constituição Federal e a possibilidade de o judiciário exercer a jurisdição sempre que uma restrição inconstitucional ou uma violação a direito for identificada.

²³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017. p 146

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80

²³⁹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.ª ed., SP: RT, 2019.

A propósito da definição do direito à saúde com o duplo caráter de norma-regra e norma-princípio, destaca-se que não foi feita qualquer referência a elementos valorativos ligados à moral, ao justo ou ao bom. Tampouco se defendeu um dever moral de materialização do direito à saúde. Pelo contrário, tudo o que se defende é o dever estatal de materializar o direito à saúde e a necessidade de sopesar esse dever com os princípios democrático e de liberdade de conformação. O fato de se restringir a extensão do princípio democrático ou da liberdade de conformação decorre do próprio constitucionalismo. Para tanto, demonstrou-se que o processo de formulação de políticas públicas possui falhas, lacunas e resultados indesejados que não podem ser atribuídos diretamente às decisões políticas. Ainda que assim não fosse, demonstrou-se que há, nas fases das políticas públicas, desvios que comprometem exatamente a sintonia entre ação estatal e o dever imposto pelo direito.

Nesse sentido, a análise da aplicação das normas-princípio e normas-regras contidas no direito à saúde pelo Judiciário foi precedida do estudo dos ciclos de formulação de políticas públicas, a fim de que ficasse claro que não há a pressuposta racionalidade absoluta do processo de decisão política. Esclarece-se, assim, que não se pode pressupor que o simples fato de a decisão política atender ao princípio democrático represente barreira à atuação jurisdicional. Com efeito, demonstra-se que a atuação jurisdicional é meio constitucionalmente válido de materialização dos direitos fundamentais, especialmente quando a ação estatal o restringe sem amparo normativo-constitucional.

Em assim sendo, o princípio democrático e a liberdade de conformação, bem como a pressuposta racionalidade da decisão política não representam barreira ao Judiciário, desde que o direito seja aplicado a partir do caso concreto e segundo a norma. Os elementos principiológicos e de regra são necessários exatamente para a compreensão de como os sopesamentos se fazem necessários para que um princípio não neutralize, anule ou supere o direito à saúde de terceiros ou, ainda, outros direitos fundamentais. São necessários, também, para demonstrar que o direito à saúde impõe ao Estado a construção de um estado de coisas em que a saúde é garantida a todos.

Princípios são formas de compatibilizar normas que, em determinadas circunstâncias, entram em rota de colisão e não há uma regra hermenêutica que permita que uma ou outra seja declarada inválida ou superada. No caso de colisão de regras, é preciso identificar se há diferença de especialidade (geral e especial ou específica) e se há diferença temporal (norma anterior é revogada por norma posterior) para então definir qual a regra servirá para a solução de um conflito ou de uma demanda. No caso de colisão de princípios, não se pode declarar, por exemplo, que o direito de ir e vir é revogado pelo direito à saúde. Ambas as normas, munidas

de caráter principiológico, devem harmonizar-se e ceder espaço, em certos casos concretos, em favor do princípio que apresentar precedência. Dessa forma, permite-se a construção de um estado de coisas em que, diante das circunstâncias de momento, os direitos fundamentais são harmonizados entre si.

Evidente, portanto, que a solução para o caso concreto com base em sopesamento de princípios não implica necessariamente em uma atuação jurisdicional ativista. Não é o fato de se aplicar um princípio constitucional contido no direito à saúde ou de a decisão judicial repercutir sobre a política pública que transforma o exercício da jurisdição em ativista. Ativismo judicial, portanto, não é um adjetivo utilizado para se criticarem as decisões com as quais não se concorda. Da mesma forma, uma decisão não é ativista ou baseada em argumentos eminentemente morais em virtude de poder ter algum significado ou repercussão moral.²⁴⁰

Conforme se observa, a ausência de rigor metodológico²⁴¹ impõe um desafio adicional à análise do que venha a ser uma decisão ativista, do que venha a ser o ativismo judicial. De qualquer sorte, as críticas à atuação do Judiciário são maiores quando se trata de decisões que envolvem as questões diretamente relacionadas à política e às políticas públicas. Pouco ou nada se fala a respeito de decisões ativistas proferidas no campo dos direitos privados.

O debate quanto ao mérito do ativismo teve início com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, 1803, em que se inaugurou, nos EUA, o controle difuso de constitucionalidade de leis e atos administrativos. A revisão judicial dos atos do Legislativo, nos EUA, não encontra previsão expressa na Constituição norte-americana de 1787. Por conta disso, o próprio controle de constitucionalidade é visto, nos EUA, como uma espécie de decisão ativista, uma vez que é fruto de uma construção jurisprudencial. Situação diversa ocorre no Brasil, em que a Constituição Federal de 1988 prevê, expressamente, o controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado. Dessa feita, verifica-se o quão impreciso pode ser o uso do termo ativismo judicial, em especial no Brasil.

Evidencia-se, a partir dessa distinção entre os sistemas constitucionais, que a definição criteriosa do que seja uma decisão ativista depende do ordenamento constitucional que vigora no país, do arranjo institucional criado pela Constituição. Não por acaso, nos EUA, a base para o debate do ativismo judicial está no plano da Filosofia Política, porquanto a indagação central não é “a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua

²⁴⁰ POSNER, Richard A. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

²⁴¹ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.^a ed., SP: RT, 2019, p. 1283-1286.

legitimidade”.²⁴² No Brasil, em contrapartida, a indagação central é o desrespeito ao princípio da separação dos Poderes.²⁴³

Alguns doutrinadores têm se esforçado para definir, com mais rigor, o que seria uma decisão ativista, o que seria o “ativismo judicial”. Elival da Silva Ramos define o ativismo como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”²⁴⁴ e lhe atribui o predicado de “insidioso descaminho”, de “descaracterização da função típica do Judiciário, como incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.²⁴⁵ Dworkin, apesar de ser considerado um dos responsáveis pela aplicação da moral como razão jurídica decisória, repudia o ativismo por entendê-lo inconciliável com a sua concepção de direito como integridade, na medida em que o ativismo seria o meio pelo qual o juiz imporá seu próprio ponto de vista sobre o que é justiça aos outros poderes do Estado.²⁴⁶

Diante desses argumentos, é preciso refletir sobre os limites e possibilidades de o Judiciário censurar os demais poderes, de exercer o controle de constitucionalidade, o controle de omissões legislativas, de determinar que o Executivo implemente certos direitos, certas políticas públicas, de criar o direito para a solução de casos concretos, por meio da aplicação da legislação posta. Afinal, reconhecer uma obrigação do Estado ou o descumprimento de um dever fundamental para condená-lo em uma obrigação de fazer não é uma decisão ativista, desde que a norma tenha estabelecido o dever do Estado que lhe é imposto pelo Judiciário. O ponto decisivo para essa análise está em perceber que não há um dever ou uma proibição se não houver ferramentas capazes de garantir a imposição de uma dessas condutas. Do mesmo modo, não há uma faculdade se não houver ferramentas capazes de garantir a liberdade de escolha entre o fazer ou o não fazer.

Por óbvio, se uma decisão está fundamentada em argumentos políticos, morais e de valores, sem que a norma respalde a obrigação que se pretende impor por meio da norma de decisão, há uma postura ativista. Isso porque, ao assim agir, deixa-se de observar o direito posto, coloca-o em segundo plano ou mesmo o invalida. E é nessa prática que doutrinadores como Dimoulis criticam o ativismo, classificando-o como obra de uma corrente moralista do direito²⁴⁷.

²⁴² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, 1ª Edição, 2ª triagem, p. 110

²⁴³ *Ibidem*, p. 110

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 138

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 138

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª Edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Em certa medida, a crítica parece válida, uma vez que o ativismo judicial vem sendo defendido pelas correntes denominadas de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. Essas correntes defendem a atuação do Judiciário por meio de um paradigma que impõe uma postura mais positiva e construtiva na interpretação do direito posto.²⁴⁸ Ocorre que essa postura construtiva, por vezes promovida por meio de argumentos morais e principiológicos, rompe com os limites constitucionais, com os limites do próprio texto da Constituição. Nesse sentido, uma decisão ativista seria aquela que se utiliza de argumentos morais para afastar ou superar a aplicação de uma norma posta por meio do processo democrático. E não é isso que se propõe para a aplicação do direito à saúde nos casos em que a atuação estatal, materializada pela política pública, o restringe.

Percebe-se, portanto, que a decisão ativista não é aquela que exerce uma função criativa ou construtiva do direito. Essa função é aceita pelos próprios autores que se dedicam a criticar o ativismo judicial, desde que a norma da decisão caiba nos limites da norma posta.²⁴⁹ Por consequência, as decisões que se abstêm de adotar fundamentos estritamente jurídicos e se alicerçam em argumentos morais e políticos para superar os limites da norma posta, extrapolam a limitação imposta pela legislação e são consideradas ativistas.

Dimitri Dimoulis, crítico do uso de argumentos morais pelas decisões judiciais, apesar dessa posição, admite o uso da moral como elemento de interpretação da norma posta, ao citar as conclusões de RAZ.²⁵⁰ Esse uso, ao nosso ver, ganha especial importância quando se está diante de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos abertos. Portanto, não é apenas o uso de argumentos morais na interpretação do direito posto que torna a decisão judicial ativista. É preciso que o argumento moral seja utilizado para invalidar a norma ou para, mesmo ausente a lacuna na legislação, criar solução fora dos limites da norma.

Georges Abboud define que haverá atuação ativista do Judiciário quando o magistrado impuser sua própria vontade ou entendimento “de como deveria ser a lei, de forma a (i) derrubar a legislação que não seja contrária ao texto ou à vontade constitucional ou (ii) a criar nova

²⁴⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo. **Revista REPRO RT 251**, janeiro/2016.

²⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, 1ª Edição, 2ª triagem; GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

²⁵⁰ “O mesmo autor deixa claro que, quando o juiz exerce seu poder discricionário, não se baseia no formalismo. Efetua um “raciocínio moral” que permite concretizar normas abstratas ou obscuras”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2ª Edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Página 187

determinação que não esteja prevista constitucionalmente ou que viole o texto ou a vontade da constituição”.²⁵¹

Por conseguinte, verifica-se que é o limite da norma que impõe ao Judiciário o limite de sua atuação. Ao Judiciário cabe apenas verificar se a norma está em conformidade com a Constituição e, em caso positivo, aplicá-la dentro de seus limites. A norma é ponto de partida para o exame do caso concreto, mas também é ponto de chegada, uma vez que a solução criada para o caso concreto deve caber no texto da norma. Dessa forma, o Judiciário respeita os juízos de oportunidade feitos pelo Legislativo no momento de criação das leis, e esse respeito representa o respeito ao sistema de repartição de competências constitucionais entre os poderes.

E aqui se faz pertinente a análise de Waldron,²⁵² para quem as diferenças de entendimento acerca dos direitos, acerca de questões polêmicas em que há divergência de entendimento acerca do que seria o melhor direito, devem ser dirimidas no âmbito legislativo, razão pela qual o uso de argumentos morais para fundamentar decisões judiciais que invadem esse juízo de oportunidade deve ser combatido. Para ele, há que se respeitar a posição construída pelo Poder Legislativo, competente para debater acerca das circunstâncias morais na construção do direito.²⁵³

A questão ganha contornos mais sensíveis quando a pretensão retira força direto da Constituição, quando a decisão judicial aplica diretamente a norma segundo o texto constitucional para garantir uma prestação positiva imposta como dever do Estado, em favor de um indivíduo ou de uma coletividade. Nesses casos, a decisão que aplica o direito, apesar de estar fundamentada em norma democraticamente posta, o faz independentemente de uma norma infraconstitucional ou, o que pode parecer mais complexo, em virtude de a norma infraconstitucional, que orienta a ação do Estado, não atingir a finalidade imposta pela própria Constituição. Nessas condições, o debate passa para a análise da eficácia das normas constitucionais.

Caso os direitos fundamentais forem considerados meras normas programáticas, de modo a impedir sua aplicação direta para solucionar conflitos e pretensões, enfraquece-se

²⁵¹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.^a ed., SP: RT, 2019, p. 1291.

²⁵² Waldron, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. 115 Yale L.J. (2006)

²⁵³ É preciso considerar um detalhe muito importante para que a crítica de Waldron não seja incorporada de maneira equivocada para o nosso sistema constitucional. A defesa da legislação e da forma limitada de atuação do Judiciário proposta por esse autor decorre exatamente de a crítica ter sido pensada em um sistema de common law, em que os Tribunais seguem os precedentes com especial relevância para definição do direito. Dessa forma, a defesa de que o direito deva ser criado pelo Legislativo deve ter esse elemento em consideração. Afinal, no caso brasileiro, é a própria constituição que definiu, por exemplo, o direito à saúde como um direito fundamental social. Dessa forma, o exercício da jurisdição que aplica o direito à saúde o faz a partir da norma constitucional, e não por força de precedentes. Nesse sentido, conferir WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão da Tradução: Mariana Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

exatamente a força normativa da Constituição. Dessa forma, permite-se que as maiorias restrinjam direitos fundamentais, o que representa um grave problema se a norma constitucional não autoriza a restrição materialmente imposta ao titular do direito.

Diante dessa perspectiva, tendo em vista que o Judiciário não pode se recusar a resolver uma controvérsia, que a norma constitucional que positiva o direito à saúde como direito fundamental, dotada de força normativa,²⁵⁴ impõe um dever ao Estado e cria uma posição jurídica em favor dos indivíduos e da coletividade, a aplicação do direito fundamental à saúde é exercício regular da jurisdição. Nesse sentido, plenamente possível e necessário que, dadas as circunstâncias do caso concreto em que se verifica a restrição ao direito à saúde, seja imposto ao Estado a obrigação de cumprir com seus deveres discricionários.²⁵⁵

Mesmo em se considerando que “os direitos às amplas prestações estatais, decorrentes da execução de políticas públicas, constituem categoria à parte, sendo usualmente veiculados por normas constitucionais de baixa densidade significativa e que exigem, pois, a intervenção do legislador infraconstitucional para lhes completar a modelagem”,²⁵⁶ o direito à saúde detém elevada densidade. Essa densidade decorre não apenas do delineamento dado pela Constituição à política pública destinada a garantir a saúde. Ela decorre também da existência de uma política pública bem estruturada por meio do SUS, mas que, dadas as contingências do processo de atuação estatal, nem sempre atingem a finalidade imposta pelo dever constitucional ou pela própria decisão política. Por isso, desdobram-se em comprometimento de posições jurídicas, tanto individuais quanto coletivas.

Nesse sentido, do mesmo modo que pelo positivismo jurídico a interpretação e aplicação da norma posta não deva se socorrer de elementos externos para justificar uma decisão tomada pelo judiciário que afaste a aplicação de uma norma ou concretize o direito além do que estabelece o direito democraticamente construído, elementos externos não devem influenciar para decidir sobre a aplicação ou não do direito. Em se utilizando da própria crítica à atuação do Judiciário, as condições econômico-financeiras do Estado, externas ao direito, não podem servir de limite ou restrição a sua análise e aplicação.

Ademais, o direito à saúde não tem cunho valorativo. O texto constitucional é específico em criar uma posição jurídica para os indivíduos e para a coletividade, um dever e um

²⁵⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

²⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª Ed, 12ª triagem, Malheiros, 2017

²⁵⁶ RAMOS, Elival da Silva. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102 p. 327 - 356 jan./dez. 2007, p. 333.

destinatário desse dever. O direito à saúde está posto na Constituição, que o consagra como direito fundamental e estabelece para o Estado um dever de prestação, cujos titulares são tanto os indivíduos quanto à coletividade. Nesse sentido, independente da vinculação entre princípio e moral, atribuída a Alexy, a definição de direito fundamental completo²⁵⁷ trazida pelo autor auxilia na compreensão do tema. Na condição de feixe de direitos individuais, o direito à saúde em sua perspectiva completa contempla tanto o indivíduo quanto a coletividade. Dessa forma, se não há direito para um, compromete-se o direito na perspectiva completa e, do mesmo modo, se há direito apenas para um, há idêntico comprometimento, ainda que em nível ou intensidade distinta.

Para o positivismo stricto sensu, “é impossível haver um direito válido (...) sem que seja, grosso modo, respeitado pelos seus destinatários”.²⁵⁸ Nesse sentido, a judicialização do direito à saúde não está relacionada ao dever moral de promover saúde, enquanto direito fundamental social. Tampouco representa a substituição dos poderes político-administrativos pelo Judiciário na formulação de políticas públicas. O que se busca é exatamente o respeito à norma que consagra o direito à saúde como dever do Estado, impedindo sejam feitas restrições não autorizadas pela Constituição. Desse modo, a materialização do direito à saúde, da maneira como está posto na norma fundamental, tanto pode ser resultado das políticas públicas quanto da atuação jurisdicional em casos concretos, nos quais seja possível verificar o descumprimento do dever imposto ao Estado.

Tendo em vista que há uma “conexão genética entre o direito e a política: o direito é oriundo da política e dela depende”,²⁵⁹ é preciso considerar que a positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal representa uma vinculação do Estado “à vontade política” e às “finalidades políticas” definidas pelo constituinte originário.²⁶⁰ Dessa forma, ainda que a vontade política atual não esteja sintonizada com a vontade política do constituinte ou que essa vontade não satisfaça o dever imposto ao Estado, os direitos positivados na Constituição devem ser observados. Em assim sendo, o que se verifica é a garantia de respeito à norma constitucionalizada, pelo seu destinatário.

²⁵⁷ A propósito do conceito de direito fundamental completo, conferir: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 248

²⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2ª Edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 54.

²⁶⁰ *Ibidem*.

Com efeito, ainda que se adote a tese de “separação entre direito e política em nível conceitual”,²⁶¹ o fato de se avaliar os problemas decorrentes do resultado das políticas públicas não se traduz em união entre direito e política, também no nível conceitual. A repercussão que uma decisão judicial possa ter sobre a ação estatal, sobre a política pública, não representa unificação conceitual entre direito e política. Dessa forma, observar as irracionalidades do processo de formulação de políticas públicas, observar os limites à discricionariedade dos poderes político-administrativos, definidos a partir dos deveres impostos pela norma constitucional, e observar o distanciamento que esses elementos geram entre a ação do Estado e o direito não caracteriza avaliação moral das políticas públicas. Nesse sentido, é possível avaliar as consequências da ação estatal sobre o direito, mesmo a partir do que informa a Ciência Política, sem que isso represente ruptura com o positivismo.

A propósito das avaliações feitas nesta dissertação, destaca-se que não se trata de uma aplicação das avaliações políticas para definir o conteúdo dos direitos, rompendo com as considerações políticas adotadas pelos poderes político-administrativos na formulação das políticas públicas. Da mesma forma, não se defende que a origem política das decisões produzidas nos ciclos de formulação de políticas públicas autorize se aproveite da natureza política do direito para impor uma vontade própria. O que se busca é avaliar todo o processo de formulação de políticas públicas para demonstrar que os princípios democrático e de liberdade de conformação do legislador não são absolutos ao ponto de impedir que o Judiciário determine correções nas ações estatais que não atingem os deveres e finalidades normativas da Constituição Federal.

Por conseguinte, ao Judiciário não é dado formular uma política pública que garanta a materialização do direito à saúde, mas é competência sua determinar o cumprimento do direito pelo destinatário da norma. Dessa forma, o exercício da jurisdição para dirimir conflitos que envolvem o direito à saúde, por si só, não se confunde com ativismo judicial. Não se verifica no exercício dessa função a sobreposição da discricionariedade judicial para, por meio dela, suspender os “pré-compromissos democráticos (Constituição e leis)” pelo julgador, de modo a substituí-los “por sua subjetividade/discricionariedade”.²⁶²

2.3 Litigiosidade em Massa

²⁶¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2ª Edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54

²⁶² ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.ª ed., SP: RT, 2019, p. 1295

Conforme se pode inferir, a aplicação jurisdicional do direito à saúde, de natureza fundamental, reflete diretamente na ação do Estado e em suas políticas públicas. Todavia, esse reflexo não é ilegítimo, é apenas a consequência de o constitucionalismo moderno ter previsto direitos e garantias fundamentais no texto das Constituições que instituíram o Estado Social Democrático, bem como da inafastabilidade da jurisdição. A positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional é a base da construção jurídica do pós-guerra, em que os direitos inerentes ao homem, à simples e própria condição humana, passam a ter especial relevância jurídica.

A Jurisdição, fundada no próprio texto constitucional, apresenta-se como meio de proteção exatamente para garantir que o Estado se mantenha obrigado a entregar o rol de direitos fundamentais-sociais, para garantir o cumprimento dos respectivos deveres fundamentais impostos aos poderes político-administrativos e para assegurar a implementação das políticas públicas já existentes, cujas lacunas, falhas ou resultados acabam restringindo o direito.²⁶³ A partir do momento em que a implementação ou manutenção desses direitos se torna difícil ou problemática, o Judiciário é o meio utilizado para reivindicá-los e, assim, participar da materialização dos direitos previstos na Constituição Federal. Portanto, o Judiciário passa a ser o palco de intensos debates acerca de questões que ordinariamente foram objeto de atuação dos poderes político-administrativos e que afetam interesses de uma infinidade de indivíduos, conectados pelo estado de coisas em que a atuação estatal está inserida.

Como o direito à saúde possui uma matriz coletiva evidente, qualquer restrição decorrente de lacunas, falhas ou resultados indesejados das políticas públicas tem o potencial de atingir múltiplos indivíduos, isolada ou coletivamente. Cada um dos atingidos sofre as consequências da restrição em níveis de intensidade diferentes.²⁶⁴ A aplicação do direito à saúde a casos concretos detém uma complexidade própria, porquanto a interferência do judiciário para que o Estado conceda certo direito fundamental social a um indivíduo, ou mesmo a um grupo de indivíduos, acarreta reflexo inexorável no direito de terceiros, mesmo dos que não compõem as demandas judicializadas. A determinação judicial de que um indivíduo seja internado em um leito de UTI, por exemplo, repercute diretamente no direito de outro indivíduo ser internado naquele mesmo leito, principalmente em virtude da precariedade do sistema de saúde pública nacional.

²⁶³ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 647.

²⁶⁴ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 719f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

Por conseguinte, a judicialização do direito à saúde enseja a formação de múltiplos grupos heterogêneos que reivindicam acesso a direitos de mesma ordem. Nas disputas por acesso aos bens jurídicos vinculados à concretização do direito, um grupo acaba sendo prejudicado quando o acesso é garantido a outros grupos, por meio de decisões judiciais que não levam em conta as escolhas de prioridades da política pública, tampouco a litigância implícita entre os titulares desses direitos fundamentais sociais. Isso repercute em uma infinidade de interesses legitimamente protegidos pelo direito, atributo que atrai multipolaridade²⁶⁵ aos litígios.

O que distinguirá a apropriação do direito, portanto, será a capacidade de demandar em juízo para garantir que o direito à saúde não seja restringido ou violado. Dessa forma, os demais titulares do direito à saúde acabam estimulados a pretenderem acesso aos bens e serviço de saúde por meio do processo judicial. Com efeito, a solução individual para o problema de restrição ao direito à saúde, fruto das limitações das políticas públicas implementadas pelo Estado, estimula a propositura de novas demandas pelos múltiplos interessados, pelos múltiplos titulares do direito que foi restringido por contingências da política pública.

A judicialização individual pelo modelo bipolar, adversarial e binária tem ensejado aumento no número de ações, aumento no estoque de processos sem julgamento e, por consequência, o comprometimento da atuação do Poder Judiciário.²⁶⁶ Além disso, a judicialização individual tende a desconsiderar o caráter coletivo dos direitos sociais, a necessidade de universalização e os reflexos das decisões judiciais sobre as políticas públicas.²⁶⁷ Mesmo havendo a possibilidade de se propor ações coletivas para solução do litígio, por meio dos novos mecanismos que compõem o microsistema processual coletivo,²⁶⁸ há uma preferência por se demandar em juízo individualmente.²⁶⁹

Dessa forma, as decisões judiciais são proferidas a partir de uma visão micro do problema, sem remoção ou inibição do ilícito, sem solução da origem dos litígios e, portanto,

²⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 799-800.

²⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²⁶⁷ QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais, **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016. p. 31-51

²⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 5ª edição; ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

²⁶⁹ MENDES, Conrado Hubner; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos (COORDENAÇÃO). **Direitos e Garantias Fundamentais, Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa**. Conselho Nacional de Justiça: 2018.

sem modificação sobre o estado de coisas em que o direito à saúde é restringido. Isso é consequência direta da análise da controvérsia a partir dos elementos restritos do processo individual, desconsiderando o elemento de norma-princípio do direito à saúde, sua carga universal e coletiva, bem como as estruturas que são organizadas para concretizar o direito pretendido em juízo. Dessa forma, os efeitos da entrega do bem da vida aos autores das ações individuais estimula a utilização dessa forma de litigância por todos os indivíduos que experimentam restrição no acesso aos bens e serviços públicos, necessários à concretização do direito à saúde.

Nesse sentido, destaca-se a análise feita por Dierle, que identifica três tipos básicos de judicialização, de processos: a) individual ou de varejo; b) coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) e c) em massa ou de alta intensidade, embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos. Nesse sentido, ele afirma que o terceiro tipo de litigiosidade dá margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa. A partir desse exame, destaca que a falta de políticas públicas adequadas para obtenção de direitos fundamentais conduz inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g., contra o poder público), as quais se enquadram na chamada litigância de interesse público (*Public interest litigation*). Essa forma de litigiosidade representa, segundo o autor, fator determinante da geração de demandas repetitivas e não constitui uma exceção, mas sim uma regra.²⁷⁰

É preciso considerar, a partir desse contexto, que as omissões e falhas das políticas públicas são para todos, apesar de os direitos serem também individualmente tuteláveis. Em contrapartida, o direito fundamental social tem matriz coletiva e universal em sua origem constitucional. Dessa forma, caso a jurisdição não garanta que a origem do ilícito seja removida, inibida ou afastada de modo completo, a fim de atender não apenas o direito fundamental em sua feição individual, mas também completa, acaba por estimular a judicialização por meio de múltiplas ações individuais.²⁷¹

Por conseguinte, é possível concluir que o elevado número de ações que pretendem acesso aos bens e serviços para materialização do direito à saúde sofre influência direta da forma como ele é aplicado pelo Judiciário aos casos concretos, da técnica processual que

²⁷⁰ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 7.

²⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Justiça Pesquisa, **Relatório analítico propositivo**. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019, p. 46

focaliza a atuação jurisdicional em uma solução individualizada do litígio, centrada no deferimento ou indeferimento do pedido de acesso a bens e serviços de saúde para o autor da ação.

2.4 Processo adversarial como fonte de decisões desestruturantes

O modelo de procedimento adotado no Brasil é marcado um procedimento rígido e formal, o qual é visto como base para a produção de segurança jurídica. A rigidez traria segurança jurídica e protegeria os indivíduos e suas liberdades das arbitrariedades do poder estatal por meio da contenção dos poderes dos magistrados e da previsibilidade do procedimento.²⁷² Além disso, o modelo de processo tradicional se desenvolveu como um meio de solução para conflitos interindividuais entre particulares,²⁷³ em que uma parte é sagrada vencedora e a outra sucumbente. Quanto ao provimento jurisdicional, apesar de atualmente haver certo consenso quanto à possibilidade de obtenção de tutela específica para o direito material, houve um longo período em que, visando a preservação das liberdades individuais,²⁷⁴ repudiava-se qualquer interferência do Estado junto aos particulares e o processo era instrumento para os particulares resolverem os seus conflitos.²⁷⁵ Dessa forma, as lesões aos direitos eram convertidas em perdas e danos, não se cogitando de decisões mandamentais destinadas à inibição ou remoção dos ilícitos.²⁷⁶

Nesse sentido, o processo é tradicionalmente marcado pela bipolaridade, em que as partes ficam divididas em lados opostos e que, apesar da possibilidade de intervenção de terceiros juridicamente interessados, prevalece a ideia de disputa como em um cabo-de-guerra. Dessa bipolaridade advém a marca da adversariedade, em que uma parte atua como “inimiga” da parte contrária, e a característica binária, em que uma parte vence e a outra sucumbe. Com isso, não há espaço para uma solução ampla para o litígio ou para a causa da violação do direito. Nessa lógica, aplicada ao litígio cujo objeto é o direito à saúde, um indivíduo disputa em face do Estado o acesso a um bem ou serviço de saúde para tratamento de suas doenças, podendo ser contemplado com uma decisão de procedência ou de improcedência.

²⁷² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

²⁷³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 30

²⁷⁴ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 46

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela Dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 36 e 45.

²⁷⁶ *Ibidem*.

Com efeito, esse modelo processual, apesar da sua importância científica, afastou o processo das disposições do direito material.²⁷⁷ Apesar das razões históricas e culturais dessas características e, ainda, da importância que elas exercem para grande parte dos litígios submetidos ao Judiciário atualmente, esse modelo não se mostra suficiente para as demandas em que os polos não são necessariamente compostos por partes com interesses comuns e unitários. A depender do direito material objeto da demanda, por exemplo o direito à saúde, há uma atração de múltiplos interesses que tanto podem ser comuns como heterogêneos. Em se tratando de demandas individuais, a decisão judicial “tem amplo impacto coletivo”,²⁷⁸ com poder de influenciar diretamente nos interesses de terceiros que não fazem parte do processo. Em se tratando de ações coletivas, os interesses dos indivíduos que compõe os polos da ação podem diferir em níveis de intensidade, segundo os níveis de comprometimento para cada grupo ou parte de um grupo, podendo chegar a serem antagônicos entre si.²⁷⁹

Por conseguinte, o modelo de processo judicial não é mais necessariamente bipolar. A depender do tipo de direito, há um conflito multipolar de elevada complexidade,²⁸⁰ que envolve múltiplos interesses, tanto no possível grupo que venha compor o polo ativo da ação quanto na coletividade que poderá ser impactada em virtude das repercussões da decisão judicial sobre as políticas públicas. Desconectado dessas peculiaridades, o modelo processual tradicional faz com que sejam proferidas decisões que entregam direitos sociais sem qualquer deferência às políticas públicas, aos interesses de terceiros (litisconsortes invisíveis)²⁸¹ e aos juízos de oportunidade promovidos pelo Legislativo e pelo Executivo.²⁸²

Na judicialização do direito à saúde, o Judiciário tem determinado que o Poder Público forneça os bens e serviços que são negligenciados aos titulares do direito. E o faz a partir de

²⁷⁷ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

²⁷⁸ FREITAS FILHO, Roberto (organizador). **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF**. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>, p. 37.

²⁷⁹ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

²⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (organizadores). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 799-824.

²⁸¹ SILVA, Alexandre Vitorino. **O Estado de Coisas Inconstitucional como Modalidade de Litigância Estrutural: Uma Alternativa Imperfeita para o Controle de Políticas Públicas no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

²⁸² Nesse sentido, Waldron (Waldron, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. 115 Yale L.J. (2006)) apresenta importante crítica ao Judicial Review, informando a necessidade de o Judiciário respeitar as opções políticas feitas pelo Executivo e pelo Judiciário. A análise é feita a partir de uma premissa fundamental de que isso deve ocorrer em Estados que tenham respeito e deferência aos direitos fundamentais dos indivíduos. Entretanto, apesar de muitas premissas poderem não ser aplicadas ao direito brasileiro, a defesa de respeito aos juízos políticos de oportunidade é tema que merece destaque no debate da judicialização dos direitos sociais.

uma visão micro do problema, porquanto lida com a controvérsia a partir dos elementos restritos do processo tradicional, individual e voltado para exame de casos privados/particulares, desconsiderando a carga universal e coletiva do direito. Além disso, ainda que a demanda seja proposta de maneira coletiva ou objetiva, são ignorados os elementos estruturais necessários para o cumprimento das decisões, a necessidade de real diálogo com os demais poderes para que esse cumprimento seja efetivo e para que não se rompa com a repartição funcional de competências prevista na Constituição Federal.

Desse contexto se observa que a judicialização de direitos sociais representa a litigiosidade de interesse público que, ao menos no Brasil, impõe ao Administrador uma forma para atender a determinada política pública, interferindo na definição do modo de sua implementação. Nesse sentido, o Judiciário atuaria “potencialmente no âmbito de conformação do legislador, quando não há regime legal dispendo sobre a política pública ou quando o juiz a desconsidera”.²⁸³ Apesar de se argumentar que os processos judiciais servem para corrigir falhas em políticas públicas, que as demandas judiciais refletem um amplo movimento cívico para realizar os direitos sociais e fundamentais, a judicialização pelo modelo adversarial, bipolar e binário tem aumentado as desigualdades, comprometido a execução das políticas públicas e ampliado o uso irracional de recursos escassos. Nesse sentido, a judicialização individual, segundo o modelo bipolar, adversarial e binário de ação, ainda que bem parametrizado,²⁸⁴ encerra uma má compreensão a respeito do significado do paradigma do Estado Democrático de Direito e da normatividade dos direitos fundamentais (especialmente os de índole socioeconômica).²⁸⁵

Ainda que se considerem as ferramentas processuais criadas para solução coletiva de demandas em massa²⁸⁶ (Súmulas Vinculantes, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR –, Recurso Especial e Extraordinário Repetitivos – REER –, Repercussão Geral, Incidente de Assunção de Competência – IAC), o modo de julgamento promove a tutela coletiva dos direitos sociais sem ter em conta seu elemento estrutural. Nesse sentido, pertinente a observação de Dierle, no sentido de que a redução da carga de trabalho do Poder Judiciário,

²⁸³ QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais, **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016.

²⁸⁴ O Judiciário tem buscado a padronização das decisões, seja por meio de Súmulas Vinculantes, do uso da repercussão geral, de decisões em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Recurso Especial e Recurso Extraordinário Repetitivos. Além disso, há decisões, como o acórdão proferido na STA 175/CE, que estabelecem os parâmetros e limites para análise do direito material de forma uniforme para todos os litigantes.

²⁸⁵ QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais, **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016

²⁸⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: RT, 2016.

por meio desses métodos de solução coletiva das demandas de massa, não garante que a aplicação do Direito se torne qualitativamente melhor.²⁸⁷

A propósito das distorções que uma decisão judicial pode causar no sistema, destaca-se a conclusão alcançada por Fábio Quintas,²⁸⁸ para quem “é necessário pensar numa prática judicial que preserve a complexidade estrutural do direito, resguarde o pluralismo da sociedade e promova a democracia como forma de tomada de decisões políticas”.

Sobre a complexidade estrutural do direito e, por consequência, dos litígios que julgam demandas que requerem a concessão de direitos sociais (individuais homogêneos por excelência), destaca-se a conclusão de Edilson Vitorelli,²⁸⁹ no sentido de que “boa parte dos operadores envolvidos em um processo relativo a um litígio estrutural sequer percebe, conscientemente, sua posição”. Essa deficiência influencia diretamente a forma como as demandas são propostas. Nesse sentido, as diversas demandas, individuais ou mesmo coletivas, que pretendem acesso aos direitos sociais previstos na Constituição Federal são propostas sem considerar esse caráter estruturante e, por isso, apresentam pedidos que não se destinam à efetiva solução do problema contido na política pública deficiente. Talvez essa a razão pela qual são ignoradas as razões das políticas públicas²⁹⁰ e, portanto, criadas as disfuncionalidades no sistema de entrega dos próprios direitos sociais.

É o fato de envolver o interesse de inúmeros grupos, o caráter multifacetário do litígio e a identificação de um estado de coisas contrário ao direito que torna o litígio estruturante. Como os direitos sociais são coletivos em sua essência, qualquer demanda que os pretenda atrai, ao menos em potencial, o interesse de toda a coletividade, de todos os grupos que compõem a sociedade. Há, portanto, múltiplos polos de interesse, que se apresentam em oposições e alianças parciais, uma vez que a violação ao direito é sentida em níveis distintos pelos

²⁸⁷ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 7.

²⁸⁸ QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais, **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016.

²⁸⁹ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

²⁹⁰ O CNJ, por meio de pesquisa conduzida pelo INSPER (Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução), publicada no ano de 2019, concluiu que a maioria das decisões judiciais sobre o direito a saúde sequer menciona os programas do SUS, as listas de dispersão de medicamentos do sistema público de saúde, os tratamentos e alternativas terapêuticas para os medicamentos reivindicados por meio das ações judiciais individuais.

indivíduos e grupos atingidos.²⁹¹ Não por acaso, esses direitos sociais compõem as pautas de debate no Legislativo e a agenda de políticas implementadas pelo Executivo.

Com efeito, qualquer decisão proferida pelo Judiciário repercute em todas essas esferas e atinge, ainda que indiretamente, o direito de grupos ou subgrupos que podem sequer estar representados na ação.²⁹² Esse fato, dada sua relevância, deve ser observado pelos atores do Judiciário (advogados, membros do Ministério Público e magistrados), mas não o são na maioria das vezes. E, mesmo quando se tem a plena noção do caráter estrutural, as influências do modelo tradicional impõem obstáculo para que a decisão proferida respeite a natureza coletivo-estruturante do direito.

A união dos processos para uma tutela coletiva dos direitos e interesses individuais, ainda que de massa, representa uma possível solução para a litigiosidade, para a gestão processual e para a definição de uma decisão uniforme para os diversos casos individuais apresentados ao judiciário, do que decorreria segurança jurídica e uniformidade.²⁹³ Todavia, a coletivização por si só não é capaz de garantir que a atuação do Judiciário, enquanto poder estatal, se comprometa com a materialização dos direitos fundamentais sociais em seu conceito mais amplo (completo e estrutural). Mesmo as demandas coletivas têm se apresentado como um procedimento que visa a solução coletiva para uma lide que adota a perspectiva procedência vs. improcedência, sem atentar para a composição dos múltiplos interesses legítimos envolvidos na solução que o direito exige para o caso concreto. Do mesmo modo, não há preocupação com a operacionalidade das políticas públicas vigentes, tampouco para a necessidade de adequação do orçamento, elaborado pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo.²⁹⁴

Em se tratando de direitos que dependem diretamente de políticas públicas, a identificação de que a pretensão decorre de uma falha, lacuna ou resultado indesejado do programa político-administrativo, bem como da existência de múltiplos interesses, coletivos e individuais, e da repercussão financeira de eventual provimento sobre as políticas vigentes,

²⁹¹ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 78.

²⁹² Sergio Cruz Arenhart aborda com profundidade as questões de representatividade adequada em ações coletivas, destacando a importância desse elemento para qualquer tutela que proveja direitos e interesses coletivos, especialmente os individuais homogêneos (A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos).

²⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

²⁹⁴ Nesse sentido, conferir: ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas Públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2016; ALVES, Lucélia de Sena. **A judicialização da saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado e Minas Gerais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Itaúna. Itaúna, 2014.; MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. **Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública**, 2014.

requer sejam sopesados o direito dos titulares e os limites impostos pelo macrossistema estatal. Do contrário, há o risco de a decisão judicial, com a intenção de garantir e materializar o direito individual objeto da pretensão, desestruturar todo o sistema de políticas públicas.

Diversos estudos têm analisado as consequências práticas das decisões proferidas nas ações cujo objeto é o direito à saúde e que tramitam sob o modelo adversarial, bipolar e binário, ainda que um dos polos seja composto por uma coletividade. Em suas diversas perspectivas, mesmo em se admitindo a possibilidade de criticar ou revisar algumas das conclusões, fica evidente que as decisões judiciais proferidas nesses tipos de demandas interferem em políticas públicas, em maior ou menor medida.

Nesses estudos são analisadas as repercussões orçamentárias e a interferência das decisões sobre a competência para destinação dos recursos públicos,²⁹⁵ a apropriação de recursos públicos pelas classes mais favorecidas da sociedade,²⁹⁶ a utilização dos litígios individuais para defesa dos interesses da indústria farmacêutica e para provocar a inclusão de medicamentos nas listas de dispersão do SUS,²⁹⁷ a interferência na organização federativa do

²⁹⁵ CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow e CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(7):1613-1623, jul, 2007; FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 52, no 1, 2009, pp. 223 a 251; CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009; ALVES, Lucélia de Sena. **A judicialização da saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado e Minas Gerais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Itaúna. Itaúna, 2014; MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/ fev. 2014; FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **REVISTA DIREITO GV**, SÃO PAULO, V. 15 N. 3, e1934, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2020. ISSN 1415-4765

²⁹⁶ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev Saúde Pública**, 2007; 41(2):214-22.

²⁹⁷ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Rev Saúde Pública**, 2010;44(3):421-9. Disponível em: <www.scielo.br/rsp>; CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques; ACURCIO, Francisco de Assis; MACHADO, Marina Amaral de Ávila; FERRÉ, Felipe; BARBOSA, Fernanda Loureiro Vasconcelos; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Rev Saúde Pública**, 2012;46(5):784-90. Disponível em: <www.scielo.br/rsp>.

SUS,²⁹⁸ a interferência do Judiciário no planejamento das ações de saúde,²⁹⁹ a criação de estruturas paralelas às previstas nas políticas públicas.³⁰⁰

Ainda que não exista unidade nas análises e nas metodologias de pesquisa, esses trabalhos permitem verificar que a judicialização tem potencial para causar distorções no sistema público de saúde, afetando sua segurança, eficácia, racionalidade, sustentabilidade e, sobretudo, equidade.³⁰¹ Por conseguinte, é possível afirmar que as decisões proferidas pelo modelo adversarial, bipolar e binário tem como efeito a desestruturação do sistema, e não a solução para a causa do litígio (violação ou restrição ao direito à saúde).

Não por acaso, pesquisa elaborada pelo CNJ³⁰² identificou que as decisões judiciais raramente analisam as relações de medicamentos, as definições de incorporação de tecnologia, os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS, a partir do que se concluiu haver grande desconhecimento ou desinteresse das decisões judiciais sobre as políticas públicas de saúde.

A despeito de alguns desses estudos terem sido objeto de crítica quanto às suas conclusões³⁰³, nenhuma das críticas descartou a importância de adequação/adaptação da atuação jurisdicional frente aos problemas neles enfrentados. Pelo contrário, a partir desses estudos é possível reforçar a compreensão de que há violações a direitos fundamentais que não são, necessariamente, fruto da escassez de recursos.³⁰⁴ Segundo as revisões feitas por

²⁹⁸ WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro 48(5): 1191-1206, set./out. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>; ALMEIDA, Andrija Oliveira; FREIRE, Marco Valério Viana. Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (2010-2016). **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.19 n.2, p. 55-77, jul./out. 2018. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77>

²⁹⁹ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009.

³⁰⁰ PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão Figueiredo; SIMAS Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15(5):2405-2414, 2010.

³⁰¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **REVISTA DIREITO GV**, SÃO PAULO, V. 15 N.3, e1934, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>

³⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), 2019.

³⁰³ OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes; DELDUQUE, Maria Célia; SOUSA, Maria Fátima de; MENDONÇA Ana Valéria Machado. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? **SAÚDE DEBATE**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p.525-535, ABR-JUN 2015. <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002019>; CATANHEIDE, Izamara Damasceno, LISBOA, Erick Soares, SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 26 [4]: 1335-1356, 2016; SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

³⁰⁴ CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow e CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(7):1613-1623, jul, 2007. Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil.; SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na**

Catanheide et. al.,³⁰⁵ não é possível afirmar categoricamente que as demandas judiciais estão comprometendo o orçamento do SUS, mas é possível concluir que os valores dispendidos com o cumprimento das decisões são elevados e que nem sempre se destinam a garantir o acesso a medicamentos de segurança e eficácia comprovadas.

Catanheide et. al.,³⁰⁶ a partir das pesquisas que revisou, observou que para a maioria das demandas que pretendiam o fornecimento de medicamentos específicos havia uma outra droga como alternativas terapêuticas nas listas de dispersão do Sistema Único de Saúde. E é nesse sentido que se constatou uma tendência à desestruturação nas políticas públicas desenhadas pelo processo de formulação de políticas públicas. Afinal, as alternativas terapêuticas previstas nas listas do SUS, caso observadas, evitariam a maioria das ações.³⁰⁷ Em assim sendo, a atuação jurisdicional decorre do descumprimento do direito e a prestação jurisdicional deve adotar procedimento adequado ao direito material objeto da demanda.

Segundo Ramiro Nóbrega Sant'Ana,³⁰⁸ a prevalência das análises sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo, fornecimento de medicamentos fora das listas do SUS e medicamentos pendentes de aprovação pela ANVISA deturpa o exame do fenômeno. Segundo esse autor, a judicialização tem servido de instrumento para garantir o fornecimento de outros bens e serviços de saúde pública, razão pela qual o foco em medicamentos de alto custo acaba fazendo as análises concentrarem sobre as consequências orçamentárias da judicialização.

Para ultrapassar o viés da medicamentação do direito à saúde, Roberto Freitas Filho e Ramiro Nóbrega Sant'Ana apresentam estudo que aborda o caso das filas e demora no atendimento de cirurgias eletivas. Segundo esse estudo, “o serviço é ofertado pelo SUS, mas em quantidade muito inferior à demanda”,³⁰⁹ o que acarreta longas filas de espera, sem qualquer perspectiva de atendimento. Ao analisarem as decisões liminares proferidas em amostra estatística de processos, indicam que a judicialização é “caminho quase inevitável” e que ela representa “incremento de eficiência temporal no atendimento”³¹⁰.

saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

³⁰⁵ CATANHEIDE, Izamara Damasceno, LISBOA, Erick Soares, SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 26 [4]: 1335-1356, 2016.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 1349

³⁰⁸ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública.** 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

³⁰⁹ FREITAS FILHO, Roberto; SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **Direito Fundamental à Saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas**, DPU Nº 67 -Jan-fev/2016 - Parte Geral – Doutrina, p. 77

³¹⁰ *Ibidem*, p. 88.

Conquanto defendam que o argumento de respeito à política pública e de tratamento isonômico seja vazio, tendo em vista que “o fato da existência da fila não é confirmado”,³¹¹ não se pode negar que a reunião de pessoas em uma espera pela cirurgia seja uma realidade, ainda que essa espera não seja organizada em uma efetiva fila. Tanto assim o é que a amostra de processos que buscam o tratamento para as necessidades de saúde permitiu a realização do próprio estudo. Ainda que seja necessário “interpretar o direito em favor de seus titulares”, segundo defendido naquele estudo, não é a propositura da ação que faz do indivíduo titular do direito, e sim a aplicação da norma, que pode ocorrer tanto por meio da política pública quanto pela decisão judicial. Dessa forma, ainda que os terceiros sejam desconhecidos quando se analisa a questão pela perspectiva tradicional, não se pode negar que eles existam, porquanto haveria inequívoca exclusão dos indivíduos que enfrentem qualquer limite de acesso ao Judiciário.

Com efeito, fica claro que as políticas públicas de saúde, apesar de estruturadas em todos os níveis federativos, não são suficientes para atender à demanda social. Dessa forma, a judicialização se mostra instrumento indispensável para a realização do direito no plano prático. Todavia, a defesa da necessidade de judicialização não altera o fato de que decisões judiciais acabam por interferir nas políticas públicas, na alocação de recursos, na organização das competências de cada nível federativo, na ordem de atendimento. Ainda que não exista uma eficiência das políticas públicas em saúde,³¹² a interferência do Judiciário sobre a atividade administrativa atinge os demais titulares do direito sem que isso represente um incremento funcional para a melhora da política pública. Afinal, o alto nível de judicialização não tem garantido redução da litigiosidade, e sim seu incremento.

Conquanto haja razões fáticas para tentar explicar que as falhas e lacunas nas políticas públicas decorrem da escassez de recursos, incapazes de suprir as múltiplas necessidades da sociedade, há um verdadeiro estado de desconformidade com as finalidades impostas pela Constituição Federal. Se não há acesso a algum medicamento indispensável para a preservação do direito à saúde, seja por estar na lista do SUS e não ser fornecido, seja por não estar na lista do SUS e ser necessário, há indevida restrição ao direito à saúde. Especialmente em um contexto que a política pública prevê atenção integral.³¹³

³¹¹ FREITAS FILHO, Roberto; SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **Direito Fundamental à Saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas**, DPU N° 67 -Jan-fev/2016 - Parte Geral – Doutrina, p. 97

³¹² *Ibidem*, p. 86

³¹³ BRASIL, **Lei nº 12.401**, artigo 19-M.

Do mesmo modo, se um indivíduo, apesar de estar em grupo social com melhores condições econômico-financeiras depende do Estado para obter um tratamento médico, há restrição ao direito à saúde. A propósito da utilização das demandas por indivíduos de classes sociais dos grupos 1 e 2, necessário observar que a condição econômica não é razão juridicamente válida para negar a pretensão sustentada pelo direito à saúde. Expandindo a análise para o caso de demora na realização de cirurgias eletivas, para fugir dos limites da análise pela via do fornecimento dos medicamentos, verifica-se que, apesar de necessária a interferência jurisdicional para garantir eficiência à política pública,³¹⁴ há efetiva repercussão sobre os interesses dos demais titulares do direito que, ainda que não exista uma fila organizada, dependerão da via judicial individual para ter acesso a um direito que é coletivo em sua essência.

Em assim sendo, apesar de não ser possível restringir o direito em virtude de contingências financeiras e da inafastabilidade da jurisdição, as decisões judiciais não têm garantido que a atuação estatal passe a se conformar com o direito, sob a perspectiva completa. Seja pela falta de medicamentos indispensáveis, seja pela falha na prestação do serviço contido nos protocolos de atendimento do SUS, a política pública que não é capaz de garantir a efetividade do direito acarreta judicialização do litígio e a judicialização tem o potencial risco de desestruturar as políticas públicas. Mesmo quando a decisão determina a realização de uma cirurgia eletiva, haverá desestruturação em virtude de ser quebrada a ordem de atendimento pelo Estado para atender a uma ordem judicial ou de se depender de uma ordem judicial para ter acesso ao direito à saúde. Além disso, o indivíduo que não provocar o Judiciário será prejudicado na fila de espera em benefício do indivíduo que dele se socorrer.

Fica evidente, portanto, que: a) a materialização do direito fundamental à saúde pode ser comprometida por falhas, lacunas ou resultados indesejados das políticas públicas; b) o judiciário, ao exercer sua função de garantir a materialização por meio da aplicação do direito com técnicas processuais tradicionais, em vez de reestruturar o programa para conformá-lo ao direito, agrava o cenário. Dessas evidências fica claro que, das consequências dos provimentos jurisdicionais processados segundo o modelo tradicional de processo decorrem o aumento da litigiosidade e, no mínimo, o risco de agravamento do resultado das falhas, lacunas e resultados indesejados das políticas públicas em execução.

³¹⁴ Não é demais recordar que a exigência jurídica de eficiência para a ação estatal está expressamente registrada no artigo 37 da Constituição Federal brasileira.

A identificação de que há prevalência de ações individuais e pseudocoletivas,³¹⁵ as quais primam pela visão individual do direito, reforça a necessidade de as decisões judiciais agregarem racionalidade e elementos que contribuam para a eficiência dos programas estatais, e não desestruturar o que foi construído pelos poderes político-administrativos. A prevalência de demandas em que o direito fundamental à saúde é analisado exclusivamente pela perspectiva individual contribui para que decisões judiciais produzam efeitos desestruturantes. Por conseguinte, deve-se adotar um procedimento que se adapte ao direito material objeto da demanda, por meio do qual será possível buscar a supressão das falhas estruturais para garantia do direito em suas múltiplas perspectivas, e não a garantia do direito como um fim em si mesmo.

Com efeito, a avaliação e o controle das políticas públicas pela perspectiva jurídica não se restringem à verificação de que um medicamento foi ou não fornecido, de que um tratamento foi ou não garantido, de que um medicamento é ou não necessário para solucionar um litígio individual. Os mecanismos processuais devem ser adaptados para se adequarem à análise mais ampla,³¹⁶ exigida pela própria natureza do direito material. A jurisdição e o direito não podem se limitar às contingências fáticas e aos possíveis vícios contidos nas políticas públicas, todavia também não podem ser indiferentes a esse instrumento da ação estatal, indispensável para a materialização do direito à saúde. Como isso não ocorre no processo adversarial, bipolar e binário, são produzidas decisões que interferem nas políticas públicas vigentes sem critério e sem orientar a solução do problema estrutural que dá ensejo às violações aos direitos.

2.4.1 A inadequação das ações coletivas para solução de problemas estruturais

A partir dos argumentos apresentados acima, a propósito da uniformidade de tratamento para as lesões e litígios, segurança jurídica, compreensão macro da lide identificada a partir do estado de desconformidade, poder-se-ia pensar que o processo coletivo representaria solução viável, na medida em que o direito seria tratado em seu âmbito coletivo e a decisão de procedência favoreceria a todos os titulares. Todavia, essa hipótese não se confirma a partir das análises dos próprios estudos que se preocupam com os provimentos coletivos.

³¹⁵ MENDES, Conrado Hubner; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos (COORDENAÇÃO). Direitos e Garantias Fundamentais, Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa**. Conselho Nacional de Justiça: 2018.

³¹⁶ BRASIL, Samuel Meira. CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: **O controle Jurisdicional de Política Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar da tutela coletiva de interesses individuais, indica a importância da solução coletiva dos interesses individuais, por meio de ações coletivas, como possível resposta à litigiosidade de massa. Nesse sentido, destaca que “haverá sempre um interesse público adjacente a toda demanda que proteja interesses individuais de massa, de modo que seria ínsita a esta categoria de interesses a sua relevância pública”.³¹⁷ Entretanto, apesar do interesse público, a tutela de interesses individuais homogêneos surge no Brasil com duas finalidades essenciais, a de racionalizar a prestação jurisdicional para que a coletividade de indivíduos não necessitasse de ações individuais para obter a tutela do Estado e a de fornecer tratamento isonômico aos interesses de massa, a fim de reduzir o risco de decisões conflitantes a propósito do mesmo ato ou fato³¹⁸. Verifica-se, portanto, que para além da segurança jurídica, o propósito era homogeneizar a tutela jurisdicional e prevenir a litigiosidade.

Ocorre que, a finalidade não se confirmou na prática, porquanto continuam prevalecendo as demandas individuais.³¹⁹ Isso provavelmente decorre do fato de não haver a isonomia pressuposta pelas ações coletivas, fato que é abordado por Edilson Vitorelli ao propor a revisão na forma de classificação dos litígios coletivos. Nesse sentido, o autor indica que “a formulação dos elementos do processo coletivo não pode partir da consideração abstrata dos direitos em situação de integridade, mas sim do litígio coletivo empiricamente verificado”.³²⁰

Além de a prática ter revelado prevalência de demandas individuais, em uma perspectiva macro, as ações coletivas não corrigem o sistema simplesmente por serem coletivas. Pelo contrário, podem piorá-lo, porquanto o Judiciário passa a determinar a alocação de recursos sem atenção aos efeitos desestruturantes que isso pode acarretar, produzindo um círculo vicioso. Por conseguinte, em se tratando de litígios multifocais, a instauração de uma demanda estruturante “pode produzir efeitos coletivos muito mais satisfatórios do que uma demanda individual, justamente porque analisa o problema numa perspectiva global e prospectiva, em vez de individual e imediatista”.³²¹

³¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 140.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 87.

³¹⁹ MENDES, Conrado Hubner; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos (COORDENAÇÃO). Direitos e Garantias Fundamentais, Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa**. Conselho Nacional de Justiça: 2018; GRINOVER, Ada Pellegrini e SICA, Ligia Paula P. Pinto (coord). Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde. São Paulo, 2014.

³²⁰ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 78.

³²¹ TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: Arenhart, Sérgio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 195.

A verificação empírica do fenômeno litígio coletivo revela que, em certos tipos de litígio, o direito material objeto das demandas está vinculado a um estado de coisas ao qual se conectam outros interesses e posições jurídicas. Nesses tipos de litígio, mesmo a solução coletiva para o direito abstratamente considerado não é capaz de resolver a origem das demandas. Pelo contrário, há o risco de agravamento da causa dos litígios e de comprometimento dos direitos e interesses de terceiros que não compõem o processo. Isso, exatamente pela manutenção da forma adversarial, bipolar e binária com que o direito é aplicado ao caso concreto.

Com efeito, a análise do litígio pela perspectiva subjetiva do direito, apesar de inserido em um processo coletivo, impossibilita sejam verificadas as conexões com outros direitos e interesses, o que compromete a eficiência do provimento jurisdicional. As diferenças de difusão do litígio impedem seja a questão tratada como se homogênea fosse. O estado de coisas que enseja a litigiosidade agrega diversos direitos, que não podem ser ignorados em virtude de se supor isomórficas as repercussões sobre interesses e posições jurídicas.

Além disso, mesmo nas demandas coletivas, o direito é analisado apenas pela perspectiva do procedente/improcedente, sem considerar os matizes decorrentes do nível de difusão do litígio³²² e sem observar os efeitos desestruturantes sobre outras políticas e direitos. Nesse sentido, a abordagem coletiva para o processo não é suficiente para atender às características iminentes dos problemas estruturais.

O elemento da complexidade que deve ser atraído e trabalhado se relaciona com a necessidade de transpor um estado desconformidade para um estado de coisas que condiga com o direito. O processo coletivo apenas agrega grupos de indivíduos interessados em um dos polos da ação. Nesse sentido, Arenhart destaca que “o fundamental, em relação às decisões estruturais, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna”³²³.

Essa perspectiva conduz à percepção de que o processo estrutural tem como desiderato algo além de eliminar condutas ilícitas segundo a perspectiva individual do direito, visa alcançar um estado de coisas em que a ação estatal esteja em harmonia com os múltiplos interesses envolvidos na aplicação do direito. Por conseguinte, os provimentos estruturais são “uma necessidade de qualquer sistema que pretenda lidar com casos complexos, especialmente

³²² LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

³²³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 380

ligados ao Poder Público e a políticas públicas”; “são uma necessidade para qualquer sistema processual em que se admita a intervenção em políticas públicas ou grandes inserções em relações privadas”.³²⁴

Nessas espécies de litígio, as soluções próprias do sistema binário, de procedência ou improcedência, de tudo ou nada, não são suficientes para solucionar a origem do problema estrutural,³²⁵ não são suficientes para superar as razões fáticas envolvidas no estado de coisas que o tornam contrário ao direito. A simples verificação de que os problemas estruturais são marcados por conflitos multitudinários, com relevante carga de conflituosidade dentre os próprios titulares do direito e cuja solução é complexa, revela a necessidade de superar adoção da lógica binária.

Dessa forma, não é a adoção do processo coletivo que torna possível a tutela endereçada à transição do estado de desconformidade para o estado de conformidade. Mais do que uma tutela uniforme para a aplicação do direito segundo uma de suas perspectivas possíveis, o provimento jurisdicional deve atender à necessidade de promover a transição entre estados de coisas (ou *status quo*, para utilizar a linguagem das políticas públicas).

O processo coletivo, por conseguinte, não é capaz de superar a lógica de verificação sobre “se alguém tem um direito que merece ser atendido em detrimento de outra pessoa, que não tem direito algum”.³²⁶ Ele não alcança a necessidade de “compor os vários interesses legítimos que estão em litígio, de modo a otimizar a sua convivência e a conferir a melhor proteção possível para a sociedade como um todo”.³²⁷

Nesse sentido, Edilson Vitorelli distingue os litígios coletivos dos litígios estruturais, indicando que “do mesmo modo que a existência de um litígio coletivo pode não implicar o ajuizamento de uma ação coletiva, a existência de um litígio estrutural pode não acarretar a propositura de um processo estrutural”.³²⁸ Destaca, ainda, que os processos coletivos e os processos individuais se destinam a resolver apenas as “consequências, não as causas do problema”³²⁹. Por conseguinte, o objetivo dos processos não estruturais é “somente obter

³²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 381

³²⁵ *Ibidem*, p. 382; 386

³²⁶ *Ibidem*, p. 387

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, p. 333 – 369. Out / 2018 DTR\2018\19904, p. 340.

³²⁹ *Ibidem*.

providências pontuais, do interesse de alguma das pessoas afetadas pelo litígio”,³³⁰ sem alteração no estado de coisas.

Em sentido semelhante, Sérgio Cruz Arenhart registra que o processo coletivo “abstrai” as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual em massa”, personaliza “os direitos individuais de massa e os direitos metaindividuais, de certa forma atribuindo-os (sic) aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais”.³³¹ Dessa forma, conclui que o processo coletivo acaba se transformando em um processo individual, com pequena variação quanto à legitimidade, podendo ser dito que o processo coletivo é conduzido no Brasil como se fosse “um processo individual – com todas as suas características e, em especial, a força do princípio dispositivo – com uma legitimidade “extraordinária” atribuída a sujeitos específicos, de forma concorrente”.³³²

Em síntese, como o processo coletivo pode não adotar a perspectiva estrutural, também pode contribuir com a desestruturação das políticas públicas e, portanto, com o agravamento do quadro de descumprimento de direitos. A onda de impactos do problema estrutural pode ser aumentada pela onda de impactos da adoção da técnica processual inadequada. A adoção do tratamento não estrutural cria “uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem”.³³³ E mais, a adoção da técnica processual inadequada pode agravar “as desigualdades e a desorganização do serviço público que se pretendia melhorar”.³³⁴ Dessa forma, reforça-se que “diferentes direitos podem ser atendidos por um mesmo estado de coisas, desde que este estado de coisa seja capaz de atender a cada direito também individualmente”.³³⁵

Esse o ponto de distinção. A reestruturação da instituição, da política pública ou da organização cujas ações repercutem em diferentes direitos, de diferentes formas e intensidades, não é apreendida pelo processo apenas em virtude do tratamento coletivo.

³³⁰ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, p. 333 – 369. Out / 2018 DTR\2018\19904, p. 340.

³³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 802.

³³² *Ibidem*, p. 830.

³³³ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, p. 333 – 369. Out / 2018 DTR\2018\19904, p. 341.

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

2.5 Direito à Saúde como fonte geradora de conflitos estruturais

A análise conjunta da judicialização do direito à saúde, pelas perspectivas do Direito e das Ciências Políticas, permite compreender as dimensões do direito fundamental social, lança luz sobre a relação entre Judiciário, Legislativo e Executivo e faz compreender a complexidade que há tanto na concretização do direito à saúde tanto por meio de políticas públicas, quanto por meio da atuação jurisdicional. Além disso, permite compreender as estruturas necessárias para a atuação dos poderes político-administrativos, bem como a vinculação que há entre essas estruturas e o próprio conceito de direito à saúde, enquanto meio de acesso a bens e serviços fornecidos pelo Estado.

Com efeito, é possível verificar como o fenômeno da judicialização permite ampliar o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas.³³⁶ Conquanto o conceito de separação dos poderes preveja três instituições claramente distintas, as funções judiciais, legislativas e executivas dessas instituições não são caprichosamente separadas em nítidas caixas institucionais.³³⁷ Há uma sobreposição de funções e competências entre as três esferas de poder, todas destinadas à concretização dos direitos fundamentais, sejam individuais ou sociais.

Tendo em vista essa sobreposição de funções, a atuação jurisdicional que aplica o direito à saúde aos casos concretos necessariamente lida com as burocracias estatais. Mesmo quando a decisão se dedica a solucionar um litígio pela perspectiva individual do direito à saúde, impõe um fazer ao Estado que refletirá sobre a política pública vigente. Em se tratando de uma política deficiente, que impõe restrições ao direito, mesmo a decisão dedicada à solução do caso individual repercutirá sobre a política pública, porquanto ela será ampliada para atender às necessidades do caso concreto. Essa ação sobre as burocracias estatais é um dos elementos definidores dos litígios estruturais.

Ao promover a reestruturação da política pública, ainda que por meio de casos individuais, decididos por meio do processo tradicional, o Judiciário promove a garantia do direito material, mediante controle dos limites impostos pela Constituição, por meio da positivação dos direitos fundamentais, à liberdade de conformação e ao princípio democrático. Dessa forma, a jurisdição garante a execução do programa definido pelo Legislador Constituinte Originário.

³³⁶ TAYLOR, Matthew M. *Beyond judicial reform: Courts as Political Actors in Latin America*. *Latin American Research Review*, Vol. 41, No. 2, June 2006. University of Texas Press.

³³⁷ *Ibidem*.

O problema é que a atuação sem a consciência de que se está atuando sobre um estado de coisas em que há um problema estrutural como causa das restrições ao direito limita as possibilidades de solução do litígio de maneira ampla. Por conseguinte, deixa-se de promover a reestruturação das burocracias para, ao fim, incorrer no risco de desestruturar as políticas públicas. A correção dos desvios deve trazer os poderes políticos para o centro constitucionalmente definido, e não agravar as consequências das falhas que decorrem do próprio processo de concretização dos direitos fundamentais sociais. Do contrário, a jurisdição entregará decisões que desestruturam as redes de políticas públicas ou que criam estruturas paralelas dedicadas exclusivamente aos indivíduos que judicializarem o litígio individualmente.³³⁸

Constata-se, então, que a violação a direitos fundamentais sociais tem sua origem, em maior ou menor medida, no processo de formulação de política pública. A questão não é simplesmente orçamentária, de deferência pela escolha para alocação de recursos escassos ou de observância à decisão política. As restrições ou violações aos direitos fundamentais sociais não decorrem apenas da escassez de recursos ou da extensão das necessidades infinitas da sociedade. Elas podem estar atreladas ao próprio processo de formulação de políticas públicas, à estrutura que os poderes políticos criam para concretizar os direitos fundamentais sociais que, no caso brasileiro, estão positivados na Constituição Federal.

Dessa forma, os direitos fundamentais sociais estão inseridos em uma complexa estrutura jurídico-institucional, com potencial para criar conflitos estruturais que requerem atenção diferenciada. O caráter universal e coletivo do direito à saúde, aliado à dependência da ação estatal, materializada por meio de políticas públicas, faz do direito à saúde uma fonte geradora de problemas estruturais. Afinal, a restrição que a política pública impuser a um indivíduo ou a uma coletividade está diretamente ligada às lacunas, falhas ou resultados indesejados. Dessa forma, para a correta compreensão das estruturas destinadas à concretização do direito à saúde por meio da jurisdição é preciso identificar se há uma falha estrutural.

A percepção de que o direito à saúde é fonte geradora de conflitos estruturais tem por condição a compreensão de que ele depende diretamente da ação estatal e de que os resultados das políticas públicas não são a exata materialização das decisões tomadas durante seus ciclos de formação. É preciso considerar, também, que a decisão de nada fazer (manutenção de um status quo) pode dar ensejo a uma restrição ao direito à saúde incompatível com a norma

³³⁸ PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão Figueiredo; SIMAS Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, 15(5):2405-2414, 2010.

constitucional. Qualquer dessas contingências, passíveis de serem identificadas por meio do fenômeno da judicialização e da litigiosidade, exige que a decisão judicial lide com as burocracias e variáveis que impuseram a restrição ao direito à saúde.

Toma-se o exemplo de busca por uma vaga em leito de UTI. Em havendo apenas um leito disponível e mais de um indivíduo demandando por terapia intensiva hospitalar, há uma pretensão resistida frente ao Estado, por não dispor de meios suficientes para garantia do direito. Do mesmo modo, há um litígio interno entre os indivíduos que são titulares do direito à saúde, que passam a disputar pelos meios de acesso aos bens e serviços destinados ao tratamento de suas doenças. Percebe-se, portanto, que o direito à saúde detém uma dimensão coletiva (completa) em sua essência normativa e uma individual na fruição. Essa dualidade, em caso de restrições, revela a dimensão estrutural do direito e a necessidade de ser tratado sob essa perspectiva.

Ao se obter uma decisão judicial, ainda que não existisse um conflito estrutural evidente, o cumprimento da obrigação de fazer imposta pelo Judiciário ao Estado pode desencadear um processo estrutural. Nesse sentido, cita-se o caso das “estruturas paralelas” criadas para garantir uma resposta ágil resposta às determinações judiciais. Tendo em vista a obrigação de adquirir medicamentos ou fornecer tratamentos não previstos no planejamento dos serviços, faz com que surjam essas estruturas paralelas, dedicadas a beneficiar apenas os indivíduos que obtiveram uma decisão judicial favorável.³³⁹

Dessa feita, sempre que uma demanda reclamar um direito fundamental social, a prestação jurisdicional tratará de alguma falha (ação com desvio de finalidade, ação com falha no resultado esperado ou mesmo omissão inconstitucional) que decorre do exercício das competências políticas. Em virtude do próprio texto constitucional, “a relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível”.³⁴⁰ Entretanto, a interação indissociável que há entre os subsistemas da política e do direito deve ser capaz de garantir ganho cognitivo que permita que a decisão judicial não gere desestruturação na política pública. E isso somente é possível a partir da compreensão do litígio estrutural em que a restrição ao direito à saúde estiver inserido.

³³⁹ PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão Figueiredo; SIMAS Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO Claudía Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, 15(5):2405-2414, 2010.

³⁴⁰ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e a arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (coord.). *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19.

Ainda que a restrição ao direito decorra da pressuposta escassez de recursos, essa condição, por si só, representa elemento que revela a origem estrutural do obstáculo ao cumprimento do direito à saúde. Se há um problema de financiamento da ação estatal necessária ao cumprimento de um dever fundamental que é imposto ao Estado pela Constituição Federal, esse problema é estrutural e requer revisão das burocracias para que a escassez seja equalizada em favor dos direitos fundamentais. Além disso, num contexto de escassez, eventual obrigação imposta ao estado, em favor de um indivíduo ou coletividade e com fundamento no mínimo existencial, tem em si o risco de impossibilitar o exercício coletivo do direito.³⁴¹ Por conseguinte, essa colisão de posições jurídicas alicerçadas no direito fundamental à saúde também contém um elemento estrutural.

Face ao exposto, conclui-se que o direito à saúde está inserido em complexa rede político-jurídica, o que exige atuação conjunta dos três poderes para garantia do que está estabelecido no texto constitucional. Além da atuação conjunta, as perspectivas individual, coletiva e multipolar fazem com que o direito à saúde seja fonte geradora de conflitos estruturais. Isso implica adotar modelo processual que não se limita a simplesmente exigir que o Estado entregue um direito fundamental social a uma pessoa, individualmente considerada³⁴².

2.6 Processo Estrutural

Conforme se verificou até este ponto, o direito fundamental à saúde depende do fornecimento de bens e serviços pelo Estado, possui duplo caráter (norma-princípio e norma-regra), é coletivo na essência (apesar de individualmente tutelável) e têm o potencial de ser fonte geradora de conflitos estruturais. Em virtude disso, verificou-se que o modelo de processo tradicional, além de não ser capaz de equilibrar todas essas nuances, pode desencadear processos desestruturantes sobre as políticas públicas vigentes, inclusive com o comprometimento de direitos de terceiros. Nesse sentido, o processo estrutural apresenta-se como técnica processual capaz de garantir tutela específica do direito material para obter a solução para a origem das indevidas restrições impostas pelo estado de coisas.

³⁴¹ MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/ fev. 2014.

³⁴² A propósito da necessidade de adotar uma postura jurisdicional que promova o direito fundamental social de maneira coletiva e estruturada, conferir: BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. *Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud*. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, e-book.

Aprofundando no exame específico do processo estrutural e na forma como ele pode permitir a equalização das tensões individual/coletivo (direito fundamental/direito fundamental completo), das tensões internas sobre competência entre os poderes e como ele amplia o sopesamento da colisão de direitos fundamentais, é preciso rever os conceitos elaborados para definir essa técnica processual para, a partir de uma síntese destinada aos objetivos deste trabalho, avançar na forma de utilização da ferramenta.

Edilson Vitorelli³⁴³ elabora sua análise a partir da distinção que faz entre os conceitos de processo estrutural, processo coletivo e processo estratégico. Como síntese, define o processo estrutural como “um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”³⁴⁴. Além do conceito de processo estrutural, a análise de Vitorelli é importante por indicar os desafios que esse modelo processual enfrenta:

“1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) 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; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura”.³⁴⁵

Matheus Souza Galdino³⁴⁶ analisa o processo estrutural a partir de um raciocínio tipológico, por meio do qual identifica diversas características que podem dividi-lo em tipos específicos, sem que uma definição seja definitiva ou que inviabilize outras espécies de incidência. Por meio dessa análise tipológica, identifica características importantes do processo estrutural, mas cuja definição não exige que estejam todas presentes. Nesse sentido, apesar de ressaltar que um processo estrutural dificilmente se apresentará em uma forma pura, defende, a partir do raciocínio tipológico,

“que o processo estrutural: a) é um ato jurídico complexo que tem por ato final uma transição não imediata entre estados de coisa; b) serve para a produção de normas-princípio e normas-regra, estabelecendo os fins e os meios para alcance da transição

³⁴³ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, p. 333-369, Out/2018. DTR\2018\19904

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 8.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 8.

³⁴⁶ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

que tem por objeto; e c) gera uma relação jurídica com uma tendência ao fenômeno da multipolaridade”.³⁴⁷

O preponderante, portanto, é identificar que se trata de modelo por meio do qual se altera a racionalidade causa-efeito para uma relação meio-fim, com o que se busca a tutela específica de um direito, cuja materialização depende de um estado de coisas. Essas características básicas podem ser verificadas em processos coletivos ou individuais, institucionais ou não institucionais. Por conseguinte, processo estrutural seria ferramenta à disposição do Judiciário para promover uma transição de um estado de coisas contrário ao direito para um estado de coisas em conformidade com o direito. Transição essa que permite sejam harmonizados diversos estados de coisas e, assim, sejam preservados direitos e interesses de terceiros, inclusive vinculados a outros direitos fundamentais. Como resultado, o processo estrutural produziria “normas-princípio, fixando o estado de coisas pretendido e, posteriormente, normas-regra definindo as condutas para o alcance daquele estado de coisas”.³⁴⁸

Além do conceito de processo estrutural, esse autor identifica que o processo estrutural é método de julgamento destinado à análise de um estado de coisas que “ameaça e/ou viola direitos”,³⁴⁹ não se destinando, dessa forma, a casos exclusivos de violação concretizada. Destaca, também, a diferença entre o direito a um estado de coisas e os direitos que dependem de um estado de coisas. Esse argumento permite identificar a possibilidade de harmonização dos diversos interesses e posições jurídicas a partir da materialização do estado de coisas determinado pela norma constitucional.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.³⁵⁰ comungam da posição de Galdino quanto à definição de processo estrutural a partir de características típicas que não são todas necessariamente verificadas ou exigidas, mas adotam uma concepção mais ampla do que a apresentada por Edilson Vitorelli, afastando o caráter coletivo e distinguindo o estado de coisas de um estado de ilicitude.³⁵¹ Nesse sentido, defendem que o processo estrutural é aquele em que se vincula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, numa situação de desconformidade estruturada, por meio do qual se pretende alterar esse estado de desconformidade, em uma transição do estado de desconformidade para um estado de coisas

³⁴⁷ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 133

³⁴⁸ *Ibidem*. 126

³⁴⁹ *Ibidem*. p. 70

³⁵⁰ DIDIER Jr., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, capítulo 14, p. 571 e seguintes.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 577.

ideal,³⁵² a partir de implementação escalonada da decisão judicial. Além disso, desenvolve-se em um procedimento bifásico, que inclui o reconhecimento, a definição do problema estrutural e a meta a ser alcançada, na primeira fase, e a definição do programa ou projeto de reestruturação que será seguido e monitorado na segunda. Para tanto, exige-se um procedimento marcado pela flexibilidade intrínseca, inclusive para adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e medidas executivas, para alteração do objeto litigioso e para utilização de cooperação judiciária.

Separadas as diferenças marginais para destacar as características que importam para essa dissertação, o processo estrutural é uma técnica ou modelo processual adotado sempre que se identifica um problema estrutural, caracterizado por uma lesão, restrição ou ameaça ao direito que decorra de um estado de desconformidade com o que foi definido pelo direito, a fim de promover uma transição para um estado de conformidade. A transposição para um estado de conformidade deve se dedicar a prestar tutela específica e adequada ao direito material, em harmonia com os demais direitos cuja materialização ou manutenção também dependem do estado de coisas pretendido ou, ainda, de outros estados de coisas relacionados com as pretensões e posições jurídicas envolvidas. Trata-se, portanto, de método de aplicação do direito que não se destina exclusivamente à solução do litígio pela perspectiva subjetiva individual, que não aborda apenas a consequência do estado de coisas e que considera a ação necessária para a remoção ou inibição da conduta que impede a realização do estado de coisas exigido pela norma. E, apesar de não ser necessariamente uma ação coletiva, mesmo sendo essa a forma prevalente, é método que deve pressupor a análise do direito em sua completude, uma vez que o estado de coisas congrega múltiplos interesses e posições jurídicas relacionadas/conectadas. Dessa forma, o processo estrutural se desenvolve a partir de um modelo bifásico, em que primeiro se reconhece e define o problema estrutural, bem como o estado de coisas exigido pelo direito (meta) para, em uma segunda fase, definir o programa ou projeto de reestruturação que será seguido.

O processo estrutural não se aplica exclusivamente em litígios que envolvam direitos fundamentais sociais, tampouco representa um método de atuação exclusiva para casos que

³⁵² Neste trabalho optou-se por não utilizar a referência a um estado de coisas ideal, a fim de prestigiar uma análise normativa. Por consequência, faz-se referência a um estado de conformidade com o direito. Nesse sentido, reforça-se a posição de Humberto Ávila a propósito da aplicação da norma-princípio como a concretização de um estado de coisas que o direito define como devido (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021).

impliquem interferência em políticas ou instituições públicas.³⁵³ Processo estrutural é “um ato jurídico complexo que tem por ato final uma transição não imediata entre estados de coisa”; que “serve para a produção de normas-princípio e normas-regra, estabelecendo os fins e os meios para alcance da transição que tem por objeto”; e que “gera uma relação jurídica com uma tendência ao fenômeno da multipolaridade”.³⁵⁴

Diante da análise tipológica, o Processo estrutural pode ser tanto institucional quanto não institucional. É institucional quando “busca um estado de coisas na qual instituição atue de modo distinto, respeitando os direitos antes violados”.³⁵⁵ É não institucional quando “não exigem um novo estado de coisas em uma organização ou instituição, mas em uma situação de fato objetiva”.³⁵⁶

Nesse sentido, as características tipológicas que definem o processo estrutural são: a) existência de um problema estrutural, caracterizado por um estado de coisas em desacordo com o estabelecido pelas normas³⁵⁷, “uma situação de desconformidade estruturada”,³⁵⁸ b) meio para transitar de um estado de coisas em desacordo com a norma para um estado de coisas em conformidade com o definido na norma,³⁵⁹ com o que são adequadas as ações que impedem ou distanciam a ação estruturada do Estado do estado de coisas previsto na norma; c) procedimento bifásico em que a atuação jurisdicional é dividida em reconhecimento, definição do problema estrutural e estado de coisas a ser construído (meta), primeira fase, e em definição do programa para a reestruturação a ser seguido até concretização do estado de coisas definido pela norma, segunda fase; d) procedimento flexível para adaptação do procedimento às exigências do

³⁵³ A propósito da tipologia dos litígios estruturais, conferir: GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019

³⁵⁴ *Ibidem*, 133

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 145.

³⁵⁶ *Ibidem*. Como exemplo de processo estrutural não institucional, o autor cita a ACP do carvão, em que se busca a recuperação do meio ambiente, e não uma atuação distinta de uma instituição.

³⁵⁷ A propósito do estado de coisas, conferir Humberto Ávila, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Nessa obra o autor destaca a relação entre normas-princípio e estado de coisas, indicando que os princípios definem estado de coisas a serem concretizados em tempo e modo adequados ao direito. Dessa forma, ao se falar em estado de coisas se está vinculando um estado previsto pela norma e que deve ser observado. Aplicando essa máxima aos direitos fundamentais, fica clara a vinculação do Estado aos estados de coisas definidos pelas normas de direito fundamental. E é nesse sentido que se admite, nesta dissertação, a característica do processo estrutural vinculada à normatividade contida na Constituição Federal, em que são definidos pelas suas normas, dotadas de força normativa, os estados que devem ser alcançados pela ação estatal.

³⁵⁸ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 577.

³⁵⁹ A ideia de transição entre estado de coisas é apresentada por: GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 65, a partir das concepções filosóficas de Georg H. von Wright (WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963. p. 25-27).

direito, razão pela qual se deve permitir “adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária”;³⁶⁰ e) consensualidade e adaptação do processo, especialmente na segunda fase do litígio.³⁶¹

Tendo em vista o objeto de análise desta dissertação, o foco será no processo estrutural institucional, uma vez que o estado de coisas conforme o direito à saúde exige que o Estado e suas instituições adotem soluções capazes de materializá-lo. Para tanto, o processo estrutural é visto como método de exercício da jurisdição em que ao Estado é imposta uma transição na forma de atuação para que os direitos não materializados se concretizem, exatamente como defendido por Owen Fiss.³⁶²

Além disso, a vinculação à tipologia institucional decorre da análise das possíveis desestruturações decorrentes das demandas individuais e pseudocoletivas, impostas às políticas públicas. Sob essa perspectiva, é a própria vinculação dos direitos fundamentais sociais às políticas públicas que permite identificar que as violações ao direito à saúde e a distância do estado de coisas previsto na norma se relacionam às estruturas de atuação estatal, cujas omissões, lacunas, falhas ou resultados indesejados implicam o comprometimento de direitos e posições jurídicas dos seus titulares.

Partindo da consciência de que a completude das políticas públicas é uma ilusão, assim como a completude do direito se revelou uma utopia, a judicialização é instrumento da ação estatal para aperfeiçoamento dos programas definidos para a materialização dos direitos fundamentais sociais, mediante a aplicação deles em casos concretos. Há, portanto, destaque para função de aperfeiçoamento que deve ser guiado pelas finalidades previstas no direito.

O direito à saúde, enquanto norma-regra, define as ações do Estado para a sua materialização (finalidade da norma). Enquanto norma-princípio, estabelece um estado de coisas a ser atingido por ações estatais que poderão ser definidas pelas políticas públicas. A conjugação de norma-regra e norma-princípio, característica dos direitos fundamentais, exige uma atenção às finalidades, de modo que nem a aplicação da regra nem a busca pelo estado de coisas pode se distanciar das finalidades normativas.

³⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 577.

³⁶¹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

³⁶² FISS, Owen. *The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice*. **Harvard Law Review**. v. 93, n.1, 1979. p.1-58; *To make the constitution a living truth: four lectures on the structural injunction*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

Nesse sentido, para que não ocorra a desestruturação das políticas públicas e, ainda, para que os fins constitucionais sejam atendidos (tanto os previstos nas normas-princípios, quanto os previstos nas normas-regra), o modelo processual deve permitir que a atuação do Judiciário promova a transição de um estado de coisas em desacordo com o direito para um estado de coisas em conformidade com o direito.³⁶³ Exatamente por não ter sido promovido pela ação estatal concretizada por meio das políticas públicas, a jurisdição deve estabelecer o limite jurídico do exercício das competências do Executivo e do Legislativo.

Vitorelli,³⁶⁴ citando Elizabeth M. Schneider, destaca que os direitos podem ser entendidos como “elementos de um processo dialético que influencia e é influenciado pelo processo político, moldando-o (sic) e sendo moldados ao mesmo tempo.³⁶⁵ Essa influência é reconhecida pelo processo de formulação de políticas públicas, em que a forma de aplicação do direito pelo Judiciário é critério de análise para a escolha das ações estatais destinadas à solução dos problemas públicos.³⁶⁶ O direito é, em grande medida, solução para problemas públicos, que se transformam segundo os momentos históricos e as necessidades de cada sociedade.³⁶⁷ Nessa linha, tanto os poderes político-administrativos quanto os Tribunais constroem o direito ao definirem as soluções para os problemas públicos por meio das normas³⁶⁸ (política) e ao definirem como elas se aplicam aos casos concretos (direito).

A questão que se apresenta, portanto, está centrada na forma de atuação do Judiciário nessa construção do direito. O processo deve ser instrumento e enquanto instrumento deve ser adequado ao direito material. Dessa forma, não deve romper com os limites das competências de aplicação das normas e, o que é destacado nesta dissertação, não deve representar meio capaz de desestruturar as ações estatais criadas para os problemas públicos. Portanto, não deve haver substituição nas funções de livre escolha da solução prática para problemas públicos (política), o que não significa inibir a função de juridicamente determinar ações que superem as falhas

³⁶³ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

³⁶⁴ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 205

³⁶⁵ SCHNEIDER, Elizabeth M. *The dialectic of rights and politics: perspectives from the women's movement*. In: *New York University Law Review*, vol. 61, 1986, p. 589-652. Citação p. 649.

³⁶⁶ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

³⁶⁷ HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. **O custo dos Direitos: por que a liberdade depende de impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 189

³⁶⁸ Como normas deve-se entender não apenas as leis editadas pelo parlamento, mas também e especialmente a própria Constituição que, no caso brasileiro, traz em seu bojo os direitos fundamentais sociais expressamente positivados.

que ocorrem entre solução pré-definida e concretização da finalidade contida na norma constitucional.

Toda essa problemática ganha especial relevo quando se trata de aplicação de direitos fundamentais por meio do exercício da jurisdição. Os titulares desses direitos, diante das consequências dos problemas públicos não solucionados pelas políticas públicas, exercem o direito de petição e se beneficiam da inafastabilidade da jurisdição para que seus interesses e posições jurídicas sejam observados. Portanto, a Constituição criou normas (soluções) para os problemas públicos em um nível em que direitos fundamentais ocupam posição de destaque. Ao regular o exercício dos poderes e estabelecer competências, estabeleceu deveres fundamentais ao Estado, dentre os quais a materialização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais, dada a sua dependência prestacional positiva, representam um dever fundamental que exige a criação de políticas públicas para que a ação estatal represente a concretização das soluções previamente estabelecidas pela Constituição Federal. Há, dessa forma, um *status quo* definido pela norma constitucional que deverá ser alcançado por meio da ação estatal. A ação estatal, portanto, não pode se desviar das finalidades contidas na Constituição, tampouco deixar de reproduzir os deveres que são direta e expressamente impostos ao Estado.

Tomado o direito à saúde como objeto de análise dessa realidade, verificou-se que ele detém fundamentalidade (o que lhe atribui um caráter de norma-princípio e de norma-regra), uma característica coletiva que pode ser individualmente pretendida e uma força contramajoritária que retira sua materialização da simples condição de formação de maiorias. Dessa forma, eventual limite ao direito somente pode ser observado por meio do exercício do sopesamento para equalização de eventual colisão do direito à saúde com outros direitos fundamentais.

Ocorre que, quando o direito à saúde é judicializado pelo modelo tradicional, verificou-se que há potencial efeito destruturante sobre as ações definidas pelo Estado para a materialização de direitos, inclusive sobre o próprio direito à saúde. Por conseguinte, pode-se concluir que é necessária a adaptação de procedimentos para que eles se adequem ao direito material, a fim de que se preserve a inafastabilidade da jurisdição, promova segurança jurídica, preserve as ações estatais em funcionamento, respeite as competências de cada poder e observe a necessidade de que o direito de terceiros seja preservado.

É nesse contexto que o processo estrutural se apresenta como possível ferramenta procedimental capaz de equilibrar todas essas nuances e de garantir a tutela específica do direito material. Trata-se, portanto, de uma forma de flexibilização-adaptativa para que o processo

atenda às especificidades do direito material em litígio. Tendo se demonstrado que os direitos fundamentais possuem duplo caráter, de norma-regra e norma princípio,³⁶⁹ deve-se aplicar a máxima de que “os princípios (...) instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas”, razão pela qual “o que for necessário para promover o fim é devido”.³⁷⁰

A aplicação da norma-princípio contida no direito fundamental volta-se então para um estado de coisas, não se restringe a um direito subjetivo ou interesse individual. Por conseguinte, “se há diferentes interesses no seio do mesmo litígio coletivo, isso significa que uma decisão não vai dar a todas as pessoas a mesma tutela”.³⁷¹ Nesse sentido, o que se precisa é dinamizar a forma de julgamento segundo o direito material, levando em conta os reflexos das decisões sobre a coletividade, segundo a conflituosidade verificada em cada caso concreto. Conflituosidade essa que irradia e cuja decisão que pretende solucionar o litígio produz distintos efeitos, diretamente proporcional ao nível de dependência do indivíduo para obter acesso ao direito fundamental social.

Além disso, “como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles”.³⁷² A relação entre o processo estrutural e a aplicação dos princípios enquanto um estado de coisas definido pelo direito foi desenvolvida por Matheus Souza Galdino, para quem “o principal fundamento da distinção entre os processos estruturais e não estruturais decorre de uma mudança de racionalidade do processo, de uma relação causa-efeito (retrospectiva) para uma relação meio-fim (prospectiva)”.³⁷³

Dessa forma, como a norma-princípio contida no direito à saúde define um estado de coisas a ser materializado pelo Estado, o dever imposto pela norma o vincula. Em assim sendo, o modelo de processo deve ser capaz de conduzir a decisão judicial para a aplicação da norma em sua completude, garantido que se transite do estado de coisas contrário ao direito (fruto da ausência de uma política pública ou de lacunas, falhas e resultados indesejados das políticas

³⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.

³⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 162.

³⁷¹ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 68

³⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 190-191

³⁷³ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 15.

públicas existentes) para um estado em conformidade com o direito (em que o direito não sofre restrições inconstitucionais).

Tendo em vista a inspiração norte-americana para o desenvolvimento do processo estrutural, muito se fala em atuação ativista e em busca pela implementação de valores constitucionais. Entretanto, imprescindível a lição de Tushnet,³⁷⁴ para quem o ato de observação das semelhanças nas formulações da doutrina constitucional pode fazer ignorar as inerentes diferenças de aplicação, porque os observadores são insuficientemente conscientes dos contextos locais e pequenas diferenças nos detalhes podem ter grandes consequências, doutrinaria e empiricamente.

Nesse sentido, é preciso fazer uma importante distinção entre os sistemas constitucionais para compreender: o que é considerado ativismo nos EUA não é, necessariamente, ativismo no Brasil. O enquadramento nesse conceito depende da análise dos diferentes sistemas constitucionais. A partir dessa perspectiva é possível identificar, já em uma primeira análise, a diferença que decorre dos tipos de constituição. Enquanto nos EUA há uma constituição sintética, no Brasil há uma constituição analítica.

No Brasil, a Constituição Federal positiva os direitos fundamentais, os deveres impostos ao Estado e os limites ao exercício da discricionariedade político-administrativa. Portanto, a aplicação dos direitos fundamentais dispensa a remissão a valores constitucionais para justificar a imposição deles no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que valores possam ser invocados para fundamentar decisões que versam sobre direitos fundamentais, no caso brasileiro é possível se ater estritamente à normatividade e ao direito positivo. “Os direitos fundamentais, a partir do momento em que são positivados no texto constitucional, passam a ser considerados direito vigente, adquirindo caráter estatal-normativo”.³⁷⁵

Com efeito, a jurisdição exercida por meio do Processo Estrutural não é sinônimo de atuação ativista, simplesmente porque aplica o direito fundamental para impor a construção de um estado de coisas previsto no texto constitucional. Ainda que seja possível a atuação ativista por meio dessa forma de procedimento, ele não se confunde com o ativismo. Tanto que, mesmo em se adotando os procedimentos tradicionais (de característica adversarial, bipolar e binária), também é possível identificar uma atuação ativista em virtude da imposição de valores e

³⁷⁴ TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*.

³⁷⁵ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, 3.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 923.

subjetivismos que não se restringem ao direito positivo. Há grande diferença entre corrigir o direito vigente³⁷⁶ e corrigir a ação estatal que está em desacordo com o direito.

Com base nessas premissas, o processo estrutural é ferramenta que se constrói em harmonia com a preocupação de trabalhar “construções doutrinárias que (...) não atropellem o desenrolar do processo político democrático, principal responsável pelo ajuste entre o projeto constitucional e a realidade sócio-econômica subjacente”.³⁷⁷ Nesse sentido, o processo, além de garantir a efetividade do direito material e a ele se adequar, deve permitir o sopesamento da liberdade de conformação e do princípio democrático com o direito à saúde, a fim de que não se anulem reciprocamente.

Conforme se verifica, o processo estrutural aplicado à judicialização da saúde consiste em uma demanda em que se identifica o descumprimento de um dever fundamental imposto ao Estado pelas normas jurídicas, especialmente pela Constituição, e que se tem a plena percepção da necessidade de reforma na própria estrutura do sistema para que a ação estatal passe a condizer com os mandamentos constitucionais. Diante dessa perspectiva, o universo tradicional de medidas judiciais é inadequado e o processo estrutural se apresenta como medida apropriada para promover a reestruturação das burocracias e organizações estatais.³⁷⁸ É dizer, o processo estrutural consiste em uma ordem judicial de caráter preventivo, destinada a evitar danos futuros, e não à mera reparação de ilícitos passados.³⁷⁹ Por conseguinte, viabiliza uma decisão judicial que suplanta a possibilidade de, em se analisando casos particulares, gerar efeitos desestruturantes sobre as ações em curso.

Em resposta às críticas que se fazem aos processos estruturais, pertinente a análise feita por Owen Fiss,³⁸⁰ para quem o Judiciário compõe todo um sistema de governo democrático, definido pela própria Constituição. É essa norma que exige que todas as instituições, órgãos e poderes atuem em conformidade com suas regras, cabendo ao Judiciário o dever de impor condutas de modo a garantir o respeito a elas. E a decisão deve estar em poder do Judiciário para que seja preservada a unidade entre o remédio processual e o direito constitucional.³⁸¹ Nesse sentido, a sociedade civil organizada passa a também direcionar as decisões do Estado

³⁷⁶ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 309

³⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102 p. 327 - 356 jan./dez. 2007, p. 353-354.

³⁷⁸ FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004. pp. 105-120.

³⁷⁹ *Ibidem*, pp. 105-120.

³⁸⁰ FISS, Owen. To make the constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

³⁸¹ FISS, Owen. *To make the constitution a living truth: four lectures on the structural injunction*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

por meio dos processos estruturantes, uma vez que compete a ela a propositura das demandas em que são atacadas as lacunas, falhas e resultados indesejados das políticas públicas.

O cerne da questão é garantir universalização dos direitos sociais constitucionalmente garantidos e impedir que as decisões proferidas em demandas individuais possam agravar as consequências das políticas públicas que não respondem ao estado de coisas determinado pelo direito. Todavia, os casos estruturais só podem ser entendidos se for observado que a construção do litígio não é um fato dado, mas o produto de uma atividade complexa dos juízes. Essa atividade confere relevância jurídica a certos elementos, que aparecem estruturalmente incorporados nos polos da relação jurídica. Com isso, é possível, como efeito imediato, ampliar suas competências sobre áreas da realidade que até então estavam além de seu alcance.³⁸² Disso se percebe que não basta a forma como a lide é apresentada em juízo, a forma como ela é recebida pelos juízes é decisiva para que o processo adote o modelo adequado à análise do litígio estrutural.

Nesse sentido, Mariela Puga identifica algumas características próprias das demandas estruturais que aproveitam ao exame da judicialização do direito à saúde: a) a assimilação entre o ato prejudicial e o próprio agravo; b) abandono da acusação, do modelo adversarial, e c) preeminência de critérios corretivos ou distributivos na relação causal.³⁸³ O abandono do modelo adversarial faz com que o Juiz deixe de ocupar a posição de um terceiro imparcial para se revelar como órgão do Estado, constituído para interpretar, concretizar e impedir a violação à Constituição.³⁸⁴

A propósito da identificação do Judiciário como órgão do Estado destinado a concretizar e impedir a violação à Constituição Federal, Matheus Souza Galdino verifica importante marca do processo estrutural, centrada não em objetivos sancionatórios, mas em “objetivos de identificação e correção da violação”, o que permite migrar de uma análise centrada na relação casual (“descoberta de fatos ocorridos”) para uma análise teleológica (“previsão de ocorrência de eventos e resultados”).³⁸⁵ Por consequência, os litígios que contêm “uma reivindicação

³⁸² PUGA, Mariela. *La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ FISS, Owen. *To make the constitution a living truth: four lectures on the structural injunction*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

³⁸⁵ GALDINO, Matheus Souza. Breves Reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 686. Nesse sentido, remete-se, ainda, à dissertação do mesmo autor: GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 15

sobre o funcionamento de políticas públicas”³⁸⁶ reclamam a adoção dessa forma judicialização para que a decisão judicial supere a perspectiva individual do direito.

Para isso, pode ser necessário abrir mão, ainda que momentaneamente, do que é o aparente centro do conflito para tratar do impacto sobre a coletividade e dos efeitos desestruturantes que podem advir de uma decisão exclusivamente centrada no interesse individual. Esse objetivo exige, portanto, que o processo tome o estado de coisas definido pela norma constitucional como fim a ser concretizado pelo Estado e articule os meios necessários para transitar de um estado de coisas contrário ao direito (causa do litígio e das violações aos direitos) para um estado de coisas em conformidade com o direito.³⁸⁷

2.7 Conclusão Parcial

A positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal não garante a concretização no plano factual. Conquanto os direitos fundamentais tenham aplicabilidade direta e imediata, estejam positivados em um rol não exaustivo e estejam protegidos contra a abolição ou supressão,³⁸⁸ permanecem dependendo das políticas públicas. Dessa forma, as limitações/restrições ou violações a esses direitos estão intimamente ligadas ao processo político-administrativo. Nesse sentido, direito e política estão intimamente relacionados, razão pela qual é preciso ter uma compreensão geral de como o processo de construção das políticas públicas se desenvolve para, então, compreender como surgem as restrições ao direito.

Tendo em vista que o Judiciário deve atuar para garantir o respeito às normas, especialmente as constitucionais, necessita ter a compreensão do processo de formulação de políticas públicas para ter condições de proferir decisões que, mesmo em se analisando casos individuais, busque a solução da origem da violação ao direito. Não é possível separar as políticas públicas das normas jurídicas que as constituem, do mesmo modo que não se podem reduzir as políticas públicas à sua dimensão normativa.³⁸⁹

Como o modelo processual tradicional promove interferência sobre as políticas públicas para efetivar o direito individualmente, mantendo o estado de coisas em que o direito sofre

³⁸⁶ GALDINO, Matheus Souza. Breves Reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 680.

³⁸⁷ *Ibidem*, p.691

³⁸⁸ ZANETI Jr., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In GRINOVER, Ada e WATANABE, Kazuo (coordenadores). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

³⁸⁹ ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas Públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

restrições, não promove a solução do litígio contido na demanda. Há evidências de que essa forma de atuação, além de poder comprometer os orçamentos do Estado, pode ensejar estruturas paralelas destinadas a atender os indivíduos que judicializarem o litígio. Esses efeitos desestruturantes não são superados pela aplicação do processo coletivo, uma vez que a lógica individual, adversarial e binária do direito prevalecem na aplicação do direito ao caso concreto.

Nesse sentido, os provimentos resultantes das ações que buscam a materialização individual dos direitos fundamentais sociais como o direito à saúde têm o paradoxal poder de intensificar a violação a direitos fundamentais sociais, especialmente quando ela decorre de falhas estruturais.³⁹⁰ Essas intensificações que decorrem dos provimentos individuais atingem com mais gravidade os indivíduos que não têm capacidade para demandar em juízo.³⁹¹

Por consequência, é preciso pensar a prestação jurisdicional que envolve violação de direitos fundamentais sociais em sua perspectiva estrutural e a partir da necessidade de solucionar a macrolide, de solucionar o problema estrutural que dá causa à restrição ou à violação ao direito, de solucionar a causa da judicialização e da litigiosidade em massa. Nesse sentido, o processo estrutural é técnica processual capaz de identificar a origem da violação ao direito, promover a solução que garanta a resolução da macrolide, do conflito estrutural, de modo a respeitar a universalização do direito fundamental social, eliminar, inibir ou remover a causa do ilícito e preservar ao máximo as competências e prerrogativas dos poderes político-administrativos.

Verifica-se, do estudo comparado, que o processo de decisão político-administrativa e o processo jurisdicional estrutural se destinam ao mesmo fim: transitar entre estados ou *status quo*. No caso da política pública, do *status quo* em que se vivencia um problema público para um *status quo* em que o problema é resolvido ou superado. No caso do processo estrutural, do estado de desconformidade para o estado de conformidade com o direito. Há, portanto,

³⁹⁰ Esses impactos tanto podem ser em razão do comprometimento orçamentário (nesse sentido conferir VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**; CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade**; ALVES, Lucélia de Sena. A Judicialização da Saúde e seu Impacto no Orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais) quanto das interferências nas ordens de prioridade e filas criadas pelo SUS para atendimento das demandas.

³⁹¹ Ainda que se reconheça o formidável trabalho que algumas Defensorias Públicas exercem na judicialização de direitos fundamentais sociais, especialmente nos casos de saúde e educação (SANT'ANA, 2017, MENDES et. al., 2018), é fato que elas não dão conta das necessidades de toda a população que depende desses direitos. Tanto que diversas pesquisas, ainda que passíveis de críticas quanto algumas de suas conclusões, noticiam que as ações que judicializam a o direito à saúde beneficiam as classes 1 e 2 da sociedade. Nesse sentido, conferir: AFONSO da SILVA, Virgílio. **Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights**; VIEIRA, Fabiola Sulpino e ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**; FERRAZ, Octávio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante**.

similaridade entre os meios de ação estatal, com distinção apenas quanto aos limites, inspirações e pontos de partida. Enquanto os poderes político-administrativos agem sem provocação, a partir de problemas sociais e deveres fundamentais, o Judiciário está restrito à análise jurídica dos problemas estruturais que são apresentados ao judiciário pelos titulares dos direitos.

Por consequência, se é o estado de coisas que afasta a ação estatal dos limites do direito, a forma de atuação do Judiciário deve condizer com o papel de garantidor de direitos, razão pela qual deve ter como alvo a origem da violação aos direitos, em suas múltiplas formas e apreensões. Dessa forma, a técnica processual é adaptada para alcançar uma solução equalize as tensões entre individual e coletivo, jurídico e político.

Essa perspectiva demonstrou a necessidade de revisar as formas ortodoxas de judicialização para, em uma nova mirada, trazer os demais poderes para o centro do debate judicial, em que o Poder Judiciário deixa de proferir uma decisão que condena ou absolve para proferir uma decisão que obriga a adoção de medidas tendentes a efetivar os direitos, a transformar os estados de coisas para que eles atendam aos reclames do direito. Dessa forma, é possível manter as escolhas políticas na formulação dos planos, desde que isso não seja feito de modo a impedir ou manter a restrição de acesso ou proteção insuficiente.

Com efeito, ao se ter consciência de que os resultados das políticas públicas não são necessariamente a expressão da decisão política e que, portanto, há problemas na burocracia estatal que restringem o direito fundamental à saúde, constata-se a necessidade de adotar técnica processual que permita a reestruturação da ação estatal para corrigir os desvios e garantir o cumprimento do dever fundamental imposto ao Estado. Dessa forma, a aplicação do direito fundamental atende tanto ao caráter de norma-princípio quanto ao de norma-regra, removendo ou inibindo o ilícito e assegurando a aplicação do direito tanto em sua perspectiva individual quanto em sua perspectiva completa.

3. AS TÉCNICAS APLICADAS PELOS TRIBUNAIS

Depois de analisado o conceito de direito à saúde, avaliado como se processa a formulação de políticas públicas e analisadas as formas de judicialização, passa-se ao exame qualitativo das decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro. Por conseguinte, este capítulo se dedicará à descrição de dois conjuntos de decisões judiciais. O primeiro será composto pelas decisões proferidas pelo STF e pelo STJ em julgamentos objetivos, definidores de teses³⁹² sobre a aplicação do direito à saúde em face do Estado. O segundo será composto de um conjunto de processos em que o direito à saúde foi aplicado por meio da técnica estrutural. Esses dois conjuntos de decisões terão a finalidade de permitir comparar os efeitos da técnica processual aplicada com o fito de efetivação do direito material.

O ponto de contato entre teses e temas com a aplicação da técnica estrutural de processo está na pretensão de que a solução aplicada pelo judiciário por meio da norma de decisão, em ambos os casos, permita uma solução de caráter uniforme e coletivo em favor de todos os titulares do direito. Por conseguinte, será possível promover uma comparação de resultados para identificar como o direito à saúde é aplicado, a depender da técnica processual adotada.

3.1. Metodologia de Pesquisa

Para estruturar a pesquisa qualitativa foram mapeados os padrões decisórios proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, definidos a partir de julgamentos objetivos e de demandas repetitivas. Esses padrões decisórios são construídos a partir de grupos de processos representativos de controvérsias, de causas que possuem repercussão geral, entendidas como questões jurídicas que extrapolam os limites da lide, que não se restringem aos interesses individuais contidos nas pretensões objeto das ações individuais. Por consequência, há grande aplicação para os casos de elevada litigiosidade, própria da judicialização de direitos individuais homogêneos e, de certa forma, coletivos.

Por meio dessa técnica decisória, são fixadas teses jurídicas que serão aplicadas aos inúmeros casos, bastando constatar a identidade entre as questões jurídicas envolvidas e as pretensões. Sem se aprofundar na crítica a essa forma de solução de litígios, essa dissertação se apropria desses padrões para verificar como é definida a aplicação do direito à saúde, como ela

³⁹² Por fixação de teses entende-se as decisões que foram proferidas em julgamentos objetivos, realizados pelo STF e pelo STJ, por meio das repercussões gerais, recursos representativos e controvérsias repetitivas, incidentes de assunção de competência, súmulas vinculantes.

se relaciona com os estados de coisas de que o direito depende e como os efeitos desestruturantes são tratados.

Esse mapeamento se deu por meio do “Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios”,³⁹³ em que são indicados todos os Grupos Representativos, Controvérsias, Incidentes de Assunção de Competência, Incidentes de Resolução de Recursos Repetitivos, Repercussão Geral e Recurso Extraordinário e Especial Repetitivo. No portal mantido na rede mundial de computadores, há registro de 3.587 incidentes, neles incluídos Controvérsias, Grupos Representativos, IAC, IRDR, Repercussão Geral e Recurso Repetitivo. Segundo informações do portal, esses incidentes ensejaram o sobrestamento de 2.457.310 processos.

Os registros podem ser exportados para uma tabela Excel (funcionalidade contida no próprio site), em que são identificadas nas colunas: a) Tema; b) Situação; c) Tipo de incidente; d) questão ou título; e) tese ou descrição; f) ementa; g) referência legislativa; h) *ratio decidendi*; i) quantidade de paradigmas e j) quantidade de processos sobrestados. Dessas, foram aproveitadas as colunas referentes ao tema, à situação, ao tipo de incidente questão ou título. A partir delas foram excluídos os temas que não se relacionam com direito à saúde e os temas que, apesar de relacionados ao direito à saúde, não estão vinculados às políticas públicas. O critério para estabelecer a relação com a política pública foi a pretensão formulada em face do Estado, contra qualquer de seus entes.

Ao se analisar as controvérsias e os grupos de representativos, verificou-se que os Tribunais Estaduais e Regionais Federais que possuíam algum incidente instaurado adotaram, de maneira sintética, duas soluções: a) seguiram o mesmo padrão do STJ ou do STF; b) cancelaram a controvérsia ou o grupo de representativos em virtude da solução dada pelo STF ou pelo STJ. Por essa razão, os temas dos Tribunais Regionais e Estaduais foram excluídos da análise dos padrões decisórios.

Tendo em vista a remissão feita à Suspensão de Tutela Antecipada 175³⁹⁴ no acórdão proferido no Recurso Extraordinário 855.178, em que se definiu o Tema 793 de Repercussão Geral, e a constatação de que as decisões proferidas nas Suspensões de Tutela Antecipada

³⁹³Verificar

em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neo-dimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos>. Acesso em 30/05/2021, 13h11.

³⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **STA 175-AgR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30/4/2010.

“acabam consubstanciando determinados critérios para sedimentar a posição da Corte”,³⁹⁵ o acórdão proferido nesse processo também foi incluído na análise dos padrões decisórios.

Identificados os temas e os respectivos processos relacionados, foram obtidos, por meio de consulta pública às páginas desses tribunais na rede mundial de computadores,³⁹⁶ os inteiros teores dos acórdãos que analisaram tanto a representatividade de controvérsia quanto o mérito dos casos paradigmas. No que concerne aos processos julgados em formação de teses ou padrões decisórios, a análise se restringiu aos fundamentos do acórdão, uma vez que os demais elementos particulares das demandas não são revistos pelo Tribunal e, portanto, a qualquer análise fática seria irrelevante para a compreensão do padrão decisório. Por conseguinte, a análise das decisões permitiu identificar a forma como o direito foi tratado, apesar de não ser possível verificar como os elementos foram colhidos nas fases ordinárias do processo.

Como se pretende observar a forma como o estado de coisas é tratado pelo Judiciário quando aplicado o modelo de processo tradicional, essa metodologia permite uma análise a partir do que o próprio tribunal entende como caso paradigmático e, portanto, reportam como indicativos de teses.³⁹⁷

Como elemento de comparação, serão analisadas decisões proferidas com base em técnica processual estrutural, dedicadas à solução da origem do problema em que a pretensão é formulada. Durante a pesquisa foi possível identificar quatro processos em que o Judiciário se dedicou não apenas a aplicar o direito à saúde a um caso concreto, sob a perspectiva individual da pretensão judicializada, mas a resolver o problema estrutural em que a pretensão estava envolvida.

Esses processos foram identificados da seguinte maneira. Matheus Souza Galdino cita o processo 0811930-91.2016.4.05.8100 em um artigo intitulado Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos.³⁹⁸ Sérgio Cruz Arenhart também faz

³⁹⁵ FREITAS FILHO, Roberto (organizador). **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF** (Org.). Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>, p. 50.

³⁹⁶ Verificar em: <<http://portal.stf.jus.br/>> e <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>. Acesso em 03 de junho de 2021.

³⁹⁷ VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho; PEREIRA, Bruno Ramos Pereira; PERRUSO, Camila Akemi; MARINHO, Carolina Martins; BABINSKI; Daniel Bernardes de Oliveira; WANG, Daniel Wei Liang; GUERRINI, Estela Waksberg; PALMA, Juliana Bonacorsi de; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. **Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 105-139.

³⁹⁸ GALDINO, Matheus Souza cita o processo 0811930-91.2016.4.05.8100 em seu artigo intitulado Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Setembro a Dezembro de 2019. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 358-385)

referência a esse mesmo precedente como caso paradigmático de aplicação do processo estrutural pelo Judiciário brasileiro.³⁹⁹ Ao consultar a íntegra desse processo,⁴⁰⁰ verificou-se que a mesma sistemática foi adotada em pelo menos outras três ações (2006.81.00.002012-4, 0003722-54.2016.4.05.8100 e 0801501-31.2017.4.05.8100), que também tramitam junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Nesses paradigmas é clara a vinculação do processo à transição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade com o direito. Há, portanto, uma clara dedicação em prestar tutela específica ao direito material objeto da demanda. Conforme conclusão obtida por Ramiro Nóbrega Sant'Ana, “o mapeamento das experiências institucionais em âmbito nacional permitiu identificar práticas avançadas que introduzem um novo padrão de resolução de litígios no cenário da judicialização”⁴⁰¹. Esse novo padrão de solução de litígios teria como característica a valorização de métodos não adversariais e a viabilização de diálogo interinstitucional, a fim de compor os interesses do usuário e os recursos do sistema de saúde. A diferença que há entre a pesquisa realizada por Sant'Ana e esta dissertação está na adoção da abordagem processual para, a partir da análise da atuação jurisdicional, avaliar como o processo estrutural permite alcançar esses mesmos objetivos.

Com efeito, o foco da análise está em encontrar a melhor solução do litígio para impedir efeitos desestruturantes e litigiosidade repetitiva, ao mesmo tempo em que se presta a tutela específica do direito à saúde. Por conseguinte, o problema a ser investigado diz respeito à técnica processual utilizada e a extensão de cada decisão. A partir dessa análise pretende-se avaliar como o processo estrutural pode servir à judicialização de direitos sociais.

Com a resposta a essa pergunta pretende-se construir uma ponte entre a atuação dos poderes político-administrativos e o respeito ao arranjo constitucional que exige a atuação do Judiciário sempre que há violação a direitos. A hipótese é que a identificação de problemas estruturais e utilização do processo estrutural permita que o Judiciário induza ações solucionar a causa das restrições ao direito à saúde, removendo ou inibindo ilícitos. Isso porque, conforme demonstrado no capítulo 2, a partir da revisão bibliográfica, ainda que a violação ao direito fundamental social seja objeto de um processo coletivo ou da tutela coletiva de processos

³⁹⁹ Citação feita em aula do dia 19 de fevereiro de 2021, ministrada no I Ciclo de Direitos Fundamentais em debate, organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UNB

⁴⁰⁰ Tendo em vista a condição de advogado, foi possível obter, mediante consulta pública, disponível no sistema de Processo Judicial Eletrônico, a íntegra do processo. Importante consignar que nenhum desses processos tramita em segredo de justiça e que nenhum dado pessoal ou individual será vinculado nas análises.

⁴⁰¹ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

individuais, não necessariamente será observado o problema estrutural, não necessariamente ele será tratado para que a prestação jurisdicional solucione a origem das restrições ou violações às finalidades constitucionais, as quais são o guia para os processos de formulação de políticas públicas.

Portanto, os elementos qualitativos, extraídos dos casos paradigmáticos tem por finalidade direcionar a análise do processo por meio do qual as demandas são julgadas e, portanto, a forma como a Jurisdição Constitucional trata o problema. A pesquisa está centrada em avaliar a necessidade de adotar novas formas de processo que superem o modelo adversarial, bipolar e binário para evitar distorções na aplicação do direito, dados os reflexos e efeitos irradiantes narrados nos inúmeros trabalhos que analisam o tema da judicialização da saúde. A delimitação da análise sobre esse direito social específico, adotado como pano de fundo do estudo processual da Jurisdição Constitucional, decorre exatamente do grande número de trabalhos que se dedicam à judicialização da saúde, da quantidade de dados estatísticos analisados nesses trabalhos, da necessidade abrangente de acesso à saúde, por todos os estratos sociais, e da ampla estruturação das políticas públicas de saúde.

Essa metodologia de análise tem por desiderato superar os conceitos abstratos de sucesso ou insucesso de uma política pública, extraídos a partir de casos individuais ou individualmente analisados. Afinal, “rótulos de sucesso ou insucesso são inerentemente relativos e serão interpretados de modo distinto por diferentes atores e observadores políticos”.⁴⁰² Para que esta parte da pesquisa não fique sujeita a “rótulos relativos de sucesso”, pretende-se demonstrar a necessidade de o Judiciário se debruçar sobre o estado de coisas em que o problema da violação a direitos sociais está inserido, de modo a identificar problemas estruturais e tratá-los juridicamente. É dizer, o Judiciário deve passar do tratamento das consequências do problema estrutural para corrigir a própria falha estrutural, por meio da aplicação da norma constitucional.

3.2. Descrição aos achados de Pesquisa

3.2.1 – Aplicação do Direito à Saúde pelos padrões decisórios definidos pelo STF e pelo STJ

As formas de julgamento objetivo de processos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça são, em grande medida, técnica processual que viabiliza o

⁴⁰² HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 212

tratamento coletivo das ações individuais ou coletivas que tratem de direitos individuais homogêneos. Para tanto, é necessário que exista uma repetição de ações cuja controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito envolva risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. No caso do Incidente de Assunção de Competência, dispensa-se a reiteração de caso caso se verifique, no julgamento do recurso, questão de direito com grande repercussão social. Por consequência, os padrões decisórios produzidos a partir dessa técnica pressupõe a existência de: a) controvérsia sobre questões de direito; b) risco de ofensa à isonomia; c) risco de ofensa à segurança jurídica e d) questão de direito com grande repercussão social.

Com efeito, nos casos de julgamento objetivo, há elevada litigiosidade, multipolaridade (considerado o litígio em sua perspectiva macro), multiplicidade de interesses individuais acerca de uma questão de direito controvertida e complexidade. Trata-se, portanto, de mega conflitos, frutos da utilização do modelo de processo adversarial, bipolar e binário para a judicialização de direitos cuja essência é eminentemente coletiva.⁴⁰³ Por conseguinte, os requisitos autorizadores do julgamento objetivo se assemelham aos pressupostos necessários para a adoção do modelo de processo estrutural, ainda que não se trate de características essenciais.⁴⁰⁴

Em se tratando de direitos que dependam de políticas públicas para serem materializados, pode-se dizer que a existência de uma questão de direito de grande repercussão social, de multiplicidade de interesses e complexidade se aproximam dos pressupostos necessários para que um problema público seja considerado pelos poderes político-administrativos para construção de agendas e, por conseguinte, para a formulação de políticas públicas.

Por consequência, a forma como o STF e o STJ aplicam o direito à saúde, por meio da técnica de definição de teses objetivas, também revela como os Tribunais deverão solucionar questões de direito relacionadas a problemas estruturais. Nesse sentido, passa-se à análise dos padrões decisórios, que seguirá a ordem numérica atribuída aos temas, com início pelos padrões estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para depois adentrar nos do Superior Tribunal de Justiça.

3.2.1.1 Tema de Repercussão Geral 6

⁴⁰³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁰⁴ DIDIER Jr., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 580.

O tema de repercussão geral 6 versa sobre paradigma em que se pleiteia medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Após o reconhecimento da repercussão geral e antes do exame do mérito do Recurso Extraordinário 566.471, requereu-se a perda superveniente do objeto da ação em virtude de o medicamento ter sido incorporado pelo SUS ao Componente Especializado de Assistência Farmacêutica – CEAF. Como a matéria foi afetada para julgamento em regime de repercussão geral, o Tribunal prosseguiu na definição da tese.

Foram proferidos três votos, em que as propostas de teses se diferenciam em pontos específicos, mas se assemelham na maioria deles. Todas elas preveem como requisito: a) a hipossuficiência do demandante; b) a necessidade do medicamento para o tratamento de saúde; c) a comprovação científica da sua eficácia e d) a inexistência de substituto na lista de dispersão do SUS. Dois dos votos acrescentaram o requisito de o medicamento não ter sido incorporado ao SUS por uma decisão expressa dos órgãos competentes. O requisito de a demanda ter sido proposta necessariamente em face da União, ainda que em litisconsorte passivo com outros entes da federação, é exigido apenas por um dos votos.

A construção da tese caminha em um sentido de ser preservada a política estabelecida pelo SUS para o fornecimento do medicamento ao indivíduo. Tanto que é preciso que o medicamento não encontre um substituto nas listas do sistema de saúde pública e sua exclusão não decorra de uma decisão expressa para que a política pública não contemple o fornecimento da droga. Além disso, é preciso que o medicamento possua eficácia comprovada para o tratamento que se pretende obter por meio do processo, o que corresponde à medicina baseada em evidências.⁴⁰⁵

Quanto ao requisito financeiro, verifica-se que a obrigação do Estado tenderá a ser reconhecida caso o indivíduo comprove não ter meios e recursos financeiros para arcar com os custos do medicamento⁴⁰⁶. A propósito desse requisito, é preciso observar que não se fala em condição financeira do indivíduo, tampouco em classe social. A exigência é que o indivíduo não disponha de meios financeiros para comprar o medicamento. Dessa forma, os medicamentos de alto-custo poderão ser pleiteados sempre que for possível comprovar que não há capacidade financeira de arcar com o tratamento, ainda que se trate de indivíduo com alguma condição financeira.

⁴⁰⁵ BRASIL, **Lei nº 12.401**, artigo 19-Q, § 2º, inciso I.

⁴⁰⁶ Apesar de essa restrição poder ser objeto de crítica em virtude do princípio da universalização e de não haver autorização constitucional para restringir o direito à saúde à hipossuficiência, a abordagem está centrada na questão processual e na solução que o Tribunal definirá como tese a ser aplicada pelo Judiciário brasileiro.

3.2.1.2 Tema de Repercussão Geral 262

Esse tema tem por objeto a definição da legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença. A repercussão geral foi reconhecida por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 605.533, em que o Ministério Público de Minas Gerais se insurgiu contra acórdão em que o Tribunal de Justiça estadual declarou sua ilegitimidade para a tutela de direitos individuais homogêneos. Na ação, é requerido o fornecimento de medicamento para todos os usuários do SUS portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia severa.

Em um dos votos se destaca a característica de indisponibilidade do direito à saúde, sua natureza transindividual (individual homogêneo) e sua relevância social como razão para autorizar a legitimidade ativa do Ministério Público, justificando a utilização da Ação Civil Pública.

Apesar das preocupações reveladas acerca da judicialização de políticas públicas que reivindicam medicamentos não compreendidos pelo SUS e, portanto, com os problemas da reserva do financeiramente possível, o foco da decisão ficou centrada no que realmente importa neste caso: possibilidade de o Ministério Público substituir os titulares do direito à saúde e ajuizar ação civil pública pretendendo o fornecimento de medicamentos. Sendo esta a tese fixada por meio desse tema.

3.2.1.3 Tema de Repercussão Geral 289

Por meio desse tema ficou definido que o Judiciário pode determinar o bloqueio de verbas para a garantia do fornecimento de medicamentos, deferido por meio de uma obrigação de fazer imposta ao Estado. Segundo os fundamentos, trata-se de medida indutiva necessária para impedir a resistência em cumprir com a ordem Judicial. Segundo o voto condutor da tese fixada, o resultado dado ao Recurso Extraordinário 607.582 teria reconhecido a existência da repercussão geral da matéria e, como havia reiteradas decisões que reconheciam a possibilidade de constrição, sem que o acórdão recorrido tivesse divergido desse entendimento, negou-se provimento ao recurso.

Esse tema se revela importante não apenas pelo reconhecimento da possibilidade de o Judiciário aplicar medida indutiva para o cumprimento de fazer, mas também em virtude da relação que o tema tem com o tema de Recurso Repetitivo 84 do Superior Tribunal de Justiça.

3.2.1.4 Tema de Repercussão Geral 500

Esse tema trata dos limites para a judicialização de pedidos de fornecimento de medicamentos pelo Estado que ainda não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Segundo a tese definida por meio desse tema, o fornecimento de medicamento com a eficácia e a segurança comprovadas, mas ainda sem registro, é medida excepcional. O acórdão apresenta três requisitos cumulativos para excepcionar a regra geral, mas acrescenta ao final um outro quarto, referente ao polo passivo da ação. Dessa forma, para obter medicamento sem registro na agência de regulação brasileira, é preciso: a) à exceção de medicamentos órfãos para doenças raras, ter pedido de registro do medicamento no Brasil; b) ter prévio registro do medicamento em alguma outra agência de regulação, desde que de renome reconhecido; c) não possuir qualquer outro substituto terapêutico registrado pela agência brasileira; d) ser a ação necessariamente proposta em face da União.

Os pressupostos para restringir as pretensões que requeiram o fornecimento de medicamentos sem registro estão na necessidade de observar a análise técnico-científica realizada pela ANVISA. Dessa forma, somente poderá ser pretendido o medicamento em caso de mora não razoável da agência na análise do pedido de registro.

Conforme se observa, a tese fixada abre possibilidade excepcional para fornecimento de medicamentos para doenças raras. Nesse sentido, há relação com o Tema 6, mas é preciso observar que naquele tema trata-se de medicamento de alto custo. Como o tema 500 apresenta exceção exatamente para o caso de fornecimento de medicamentos órfãos, destinados para tratamento de doenças raras e que, normalmente, possuem elevado custo, tratar-se-ia o tema 6 de uma possível exceção ao tema 500.

3.2.1.5 Tema de Repercussão Geral 579

Esse tema trata da pretensão de obter melhoria no tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico da confiança do paciente, autor da demanda, mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. O objeto da ação consiste, basicamente, em obter acomodações superiores e atendimento médico diferenciado, apesar de se estar utilizado do serviço público fornecido pelo SUS.

Conquanto o tema preveja litígio relacionado tanto ao direito à saúde quanto à política pública, a pretensão não está relacionada com qualquer problema estrutural. Trata-se

simplesmente de interesse individual de obter “melhora” no atendimento fornecido pelo sistema público.

3.2.1.6 Tema de Repercussão Geral 698

O tema versa sobre a possibilidade ou não de o Judiciário determinar obrigações de fazer para que o Estado realize concurso público para contratação de profissionais de saúde e corrigir irregularidades apresentadas pelo Conselho Regional de Medicina. Na decisão objeto do recurso, foi concedido um prazo de seis meses para o cumprimento das obrigações, sob a pena de cominação de multa diária.

O argumento da decisão recorrida, que determinou o cumprimento das obrigações, sustenta-se na proteção do direito à saúde, especialmente no que repercute nos interesses das camadas mais pobres da população, uma vez que dependem exclusivamente da rede pública para obter atendimento. Fundamenta-se, também, na aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade e da moralidade. Informa, ainda, que não haveria no processo comprovação, pelo poder público, da impossibilidade de remanejamento de receita orçamentária para adotar as medidas impostas pelo Judiciário.

Esse tema, portanto, acumula algumas das questões tratadas nos temas anteriores, tais como: a) possibilidade de o Ministério Público ajuizar ação civil pública para defesa do direito à saúde; b) possibilidade de o Judiciário proferir decisão que repercute em políticas públicas; c) possibilidade de o Judiciário impor obrigações de fazer e d) possibilidade de cominar multa para o caso de descumprimento das obrigações impostas.

O ponto de destaque desse tema é que a decisão objeto de análise indica a intenção de atuar diretamente sobre a estrutura criada pela política pública, mas cujos efeitos não seriam suficientes para assegurar o direito à saúde. Essa constatação se verifica pela determinação de que sejam implementadas variáveis que influenciam diretamente no direito à saúde de todos os titulares.

Diferente das ações que buscam o fornecimento de medicamentos ou tratamentos específicos para indivíduos, a decisão está vocacionada a exigir que os poderes político-administrativos adotem as medidas necessárias para a transposição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade.

Ha dois votos que indicam a fixação da seguinte tese: "É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, seguido da

nomeação e posse dos profissionais aprovados, bem como determinar a correção de procedimentos e o saneamento de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina". Todavia, há pedido de vista em curso até o momento em que esta dissertação foi finalizada.

3.2.1.7 Suspensão de Tutela Antecipada 175 e Tema de Repercussão Geral 793

Como o tema de repercussão geral 793 é uma melhor definição do que foi decidido na Suspensão de Tutela Antecipada – STA – 175 e como este tipo de decisão também fornece padrão decisório próprio do Supremo Tribunal Federal,⁴⁰⁷ serão analisadas em conjunto.

A STA 175 versa sobre pedido individual para fornecimento de medicamento de alto custo, formulada em favor de um único indivíduo. Entretanto, a partir desse julgado foram definidos os parâmetros para solução judicial dos casos concretos envolvendo o direito à saúde. Foi definido nessa decisão que: a) há solidariedade entre os entes da Federação em matéria de saúde; b) é devido o fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA quando não há comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Pela decisão, diferente do que se pretendida com o pedido de suspensão de tutela antecipada, haveria risco de dano inverso, capaz de manter a obrigação do Estado em fornecer o fármaco.

O caso concreto previu a condenação ao fornecimento de medicamento de alto custo, registrado na ANVISA, não incluído na lista de fornecimento do SUS e que seria o único capaz de tratar a doença da autora da ação. Diante dessas circunstâncias, ficou definido que o elevado valor do medicamento não poderia ser obstáculo à imposição do dever ao Estado, exatamente por haver política pública dedicada ao fornecimento de medicamentos excepcionais para tratamento da população acometida por doenças raras.

Quanto à responsabilidade de todos os entes da Federação, a solidariedade foi imposta em virtude da incidência do princípio do acesso igualitário e universal, o qual reforçaria a responsabilidade solidária dos entes da Federação. Além disso, haveria ineficiência na execução das políticas públicas, e não falta de programas estatais destinados ao atendimento do direito fundamental à saúde. Portanto, a decisão que condena qualquer dos entes da Federação ao fornecimento de medicamentos apenas determina o cumprimento das políticas já existentes.

Conquanto a decisão reconheça a ineficiência na execução dos programas existentes, ela destaca que se deve privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de alguma

⁴⁰⁷ FREITAS FILHO, Roberto (organizador). **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF** (Org.). Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>. p. 50.

outra opção feita pelo autor da ação, segundo interesses particulares e próprios. Todavia, a decisão deixa claro que não é possível pressupor que os protocolos de tratamento previstos pela política pública sejam inquestionáveis, o que deixa aberta a possibilidade de análise para cada caso concreto.

Quanto à ausência de tratamentos fornecidos pelo sistema público, a decisão destaca duas diferenças importantes: a) tratamentos puramente experimentais; b) novos tratamentos ainda não estudados pelo Sistema Único de Saúde. Por consequência, a STA também se relaciona com os temas 6 e 500.

No julgamento dos Embargos de Declaração opostos contra a decisão proferida no RE 855.178 (Tema de repercussão geral 793), reconheceu-se que a solidariedade de todos os entes da Federação, sem deferência pelas previsões contidas na legislação e regulamentações do SUS, tenderia a ensejar a “falência do SUS em médio ou longo prazo”⁴⁰⁸. Nesse sentido, afirmou-se que a solidariedade irrestrita representaria o fim do poder de o gestor planejar e executar as políticas públicas, cuja competência lhe é atribuída.

Dessa forma, apesar de manter o entendimento de que o chamamento de outro ente Federado ao processo não é admissível, o Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a melhor definir o que foi decidido na STA 175, o que ensejou provimento dos Embargos de Declaração para fixar esta tese:

“Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”

Verifica-se, portanto, que a decisão busca superar os efeitos desestruturantes que advieram da aplicação do entendimento consolidado pela decisão proferida na STA 175.

3.2.1.8 Tema de Repercussão Geral 1033

Nesse tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral em que um hospital da rede suplementar foi obrigado a internar um paciente em UTI, por decisão judicial, tendo em vista a falta de um leito na rede pública do Distrito Federal. O ente Federado resistiu ao pagamento por entender que seria devido o pagamento segundo os valores previstos na tabela do SUS. Todavia, o entendimento que prevaleceu foi que não se pode obrigar um hospital da

⁴⁰⁸ Acórdão ED RE 855.178 p. 17.

iniciativa privada a receber um paciente que deveria ter sido recepcionado pelo sistema público e não o remunerar segundo os valores de mercado.

3.2.1.9 Temas de Recurso Repetitivo 84 e 98

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.069.810, fixou a tese de que o Judiciário tem o poder de determinar o bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos. A exemplo do que ocorreu com o tema de repercussão geral 289, ficou assentado que as decisões judiciais podem estabelecer as medidas indutivas necessárias para impedir a resistência em cumprir as ordens de fornecimento fármacos.

O julgamento do REsp. 1.474.665, em sentido similar, entendeu que é possível a aplicação de multa como medida indutiva para que o ente federado cumpra com a ordem de fornecimento de medicamento ou tratamento aos autores de ações judiciais.

Com efeito, não há divergência quanto à possibilidade de o Judiciário estabelecer obrigação de fornecimento de medicamento e adotar medidas indutivas para que a ordem judicial seja cumprida. Isso, mesmo havendo apropriação dos recursos públicos que poderiam ser destinados ao próprio programa cujo estado de desconformidade ensejou a judicialização da pretensão.

3.2.1.10 Tema de Recurso Repetitivo 106

O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que ocorreu com o tema de repercussão geral 6 e 500, cristalizou tese que prevê os requisitos para a concessão de medicamentos não previstos nas listas do SUS, pela via judicial. Para que o Estado seja condenado ao fornecimento do medicamento, é preciso que a necessidade do fármaco seja comprovada por meio de laudo médico fundamentado, o qual deverá indicar que o tratamento com as drogas disponibilizadas pelo sistema público é ineficaz para o caso. Além disso, exige-se a incapacidade financeira do demandante⁴⁰⁹ para arcar com o custo do medicamento e o registro do medicamento na ANVISA, com obrigação de que sejam observados os usos autorizados por ela.

3.2.1.11 Tema de Recurso Repetitivo 686

⁴⁰⁹ Apesar de essa restrição poder ser objeto de crítica em virtude do princípio da universalização e de não haver autorização constitucional para restringir o direito à saúde à hipossuficiência, a abordagem está centrada na questão processual e na solução que o Tribunal definirá como tese a ser aplicada pelo Judiciário brasileiro.

Com o julgamento do REsp 1.203.244, o Superior Tribunal de Justiça definiu que não é necessária a presença da União na demanda e o seu chamamento ao processo é considerado sem utilidade. Segundo a tese definida por meio desse tema, é descabida a pretensão de que a União integre o processo e desloque a competência para a Justiça Federal, tendo em vista que se trata de hipótese excepcional de formação de litisconsórcio passivo facultativo. Como fundamento, entendeu-se que a pretensão representaria obstáculo inútil à garantia do direito fundamental à saúde.

Interessante perceber que esse posicionamento se encontra em harmonia com o que foi decidido na STA 175, mas, de certa forma, destoa do que ficou definido no tema de repercussão geral 793. Afinal, segundo a melhora na definição da solidariedade entre os entes federados, competiria ao próprio Judiciário direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

3.2.1.12 Temas de Recurso Repetitivo 766 e 984

Do mesmo modo do que ficou definido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da definição do tema de repercussão geral 262, o Superior Tribunal de Justiça cristalizou a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ações em que se pretende acesso a tratamento médico ou a medicamentos. No caso desses repetitivos, o entendimento teve como alicerce a indisponibilidade do direito à saúde, fruto da sua correspondência com o próprio direito à vida. Nesse sentido, foi fixada a tese de legitimidade do Ministério Público, ainda que se trate de feito contendo beneficiários individualizados.

3.2.2 Aplicação do Direito à Saúde em processos estruturais

Tendo em vista que os paradigmas foram obtidos a partir de duas referências feitas ao processo 0811930-91.2016.4.05.8100, promoveu-se uma análise mais aprofundada dos casos paradigmáticos encontrados. Essa análise investigou o conteúdo da inicial; das defesas, das atas de audiência, das decisões; dos recursos e dos acórdãos, a fim de verificar quais elementos e técnicas processuais foram utilizados para aplicar o direito ao caso concreto. A partir disso, buscou-se verificar o que permitiria classificá-los como processos estruturais e qual o resultado obtido a partir do provimento jurisdicional. Nesse sentido, foram colhidos todos os elementos que pudessem informar a maneira como o direito à saúde foi aplicado e em que medida as

técnicas de flexibilização-adaptabilidade garantiram a aplicação do modelo estrutural de processo, destinado à transição entre os estados de coisas.

3.2.2.1 – Ação Civil Pública 2006.81.00.002012-4

Essa ação teve por objeto a violação ao direito à saúde decorrente de falhas na prestação do serviço de cirurgias ortopédicas eletivas de alta complexidade no Estado do Ceará. Antes de o Ministério Público ingressar com a ação civil pública, foram feitas consultas e investigações por meio de processo administrativo. Nesses procedimentos, foi constatado “um quadro caótico no tocante ao atendimento de pacientes de baixa renda que necessitam da realização de cirurgias traumato-ortopédicas de alta complexidade a serem financiadas pelo Sistema Único de Saúde – SUS”.

O problema na prestação desse serviço de saúde, segundo ofício resposta enviado por uma unidade de saúde, tem ensejado um novo tipo de fluxo migratório dos municípios do interior para a capital Fortaleza. Nesse deslocamento interno, os indivíduos que necessitam de algum tipo de tratamento cirúrgico chegam à cidade por meio dos transportes em ambulância. Nesse sentido, infere-se que há um déficit no fornecimento de serviços de saúde pelos municípios, o que enseja transporte para a capital do Estado.

Os documentos também revelam um grave problema na remuneração pelos serviços contratados pelo SUS com a rede de hospitais que compõem o sistema complementar. Há referências a uma relação de proporcionalidade inversa entre o número de pacientes e os recursos aplicados, com maior procura do que investimentos. Além disso, nem todos os serviços prestados ao SUS são tempestivamente remunerados. Nesse sentido, haveria uma confirmação da conclusão alcançada por Magali Geovana Ramlow Campelli e Maria Cristina M. Calvo,⁴¹⁰ que constatou investimentos em saúde abaixo do piso definido pela Constituição Federal no período de 2000 a 2003. Ainda que se possa defender que o piso não seria suficiente para atender às necessidades da população, fato é que se pode identificar uma mora administrativa sensível.

Na investigação dos problemas em que a política pública estava inserida, constatou-se que não havia filas de espera organizadas, tampouco conhecimento das reais necessidades dos pacientes ortopédicos. Mesmo os hospitais que prestam serviço ao SUS desconhecem esses

⁴¹⁰ CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow e CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. **Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro**, 23(7):1613-1623, jul, 2007. Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil.

importantes detalhes para a prestação de serviço médico de qualidade, uma vez que a gestão fica a critério do Município. Esse é um indício de que o problema não seria apenas de verba, e sim de estrutura ou organização do serviço que já foi definido pela política pública.

Antes de a ação civil pública ser proposta, o Ministério público apresentou algumas recomendações ao Ministério da Saúde (imediato credenciamento de todos os estabelecimentos hospitalares aptos a realizarem os procedimentos traumato-ortopédicos de alta complexidade e o aumento no repasse de verbas) e ao Estado do Ceará (auditoria e inspeção para identificar as razões das filas e atraso na realização dos procedimentos, desde o ano de 2001).

Diante da recusa e da manutenção do estado de coisas identificado por meio dos procedimentos administrativos, foi proposta ação requerendo que a União, o Estado do Ceará e o município de Fortaleza, por meio de seus respectivos órgãos de gestão e execução, implementassem, no prazo de doze meses, todas as cirurgias dos indivíduos cadastrados nas filas de espera. Nesse sentido, destaca-se que o objeto visou a solução da causa das violações aos direitos das pessoas que necessitavam de uma cirurgia ortopédica, e não a simples determinação de realização de cirurgia para um indivíduo específico.

As defesas foram propostas, basicamente, com os mesmos fundamentos de ilegitimidade passiva, impossibilidade da pretensão por aplicação da reserva do financeiramente possível, liberdade para a escolha da solução a ser implementada pela política pública, limites das competências atribuídas a cada ente federado pela política pública do SUS, risco de serem atingidos direitos e interesses de terceiros, proibição constitucional de criação de programas públicos sem previsão em lei orçamentária, infração à separação de poderes.

Na primeira audiência, o magistrado determinou que os demandados fornecessem informações relacionadas à macrolide, tais como, número de pacientes na fila, capacidade de realização de cirurgias por mês e custo das cirurgias por espécie. Determinou, também, fossem concedidas todas as informações complementares que eventualmente o Ministério Público requeresse ao município de Fortaleza. Nesse aspecto, verifica-se um claro exemplo de adaptabilidade do procedimento para a solução da macrolide, com desprendimento do pedido para que o direito seja aplicado em seus múltiplos aspectos.

Com efeito, os elementos apreciados no processo indicam a diferença na aplicação das técnicas processuais. Em vez de se preocupar apenas com os requisitos argumentativos para deferir o pedido de medicamentos ou fornecimento de um tratamento, buscou-se a compreensão ampla do problema para que a solução pudesse ser completa para a origem das pretensões individualmente resistidas.

Seguiram sucessivas audiências em que novas informações ou diligências fossem determinadas a cada um dos demandados. Nesse sentido, buscou-se identificar com precisão as deficiências e dificuldades na gestão das cirurgias ortopédicas pelo SUS, determinou-se a elaboração de plano de trabalho para a solução/diminuição da fila de espera objeto desta lide, determinou-se a cooperação entre os entes federados para a elaboração do programa destinado a solucionar o problema na execução da política pública.

No plano a ser elaborado, deveriam ser apresentadas as soluções, as linhas de ação a serem realizadas, os prazos para implementação das ações sugeridas, os resultados esperados etc. Além disso foi determinada a indicação de servidores para participar da elaboração dos planos, com clara convocação dos poderes político-administrativos para exercerem suas competências e deveres fundamentais na construção da transição indicada pelo processo estrutural. Há, portanto, uma preocupação em obter os elementos necessários não apenas para condenar o Estado em uma obrigação de fazer, mas em obter um programa de ações em conformidade com o direito para a construção de um estado de conformidade.

Elaborado o projeto, o Ministério Público propôs a formulação de um Termo de Ajustamento de Conduta para formalização do compromisso de implementar o plano de ação definido pelos próprios Executivos de cada ente da Federação. Entretanto, a proposta foi recusada e o Judiciário proferiu sentença, em cujos fundamentos foram indicadas a legitimidade passiva de todos os entes federados, a omissão do Estado e a mora para com o dever fundamental. Destacou-se que a decisão visava tão somente impor o cumprimento da política pública já definida pelos poderes político-administrativos, apesar das lacunas, violações e resultados indesejados decorrentes da má execução do programa estatal.

A reserva do financeiramente possível foi afastada com base no fundamento de que ela somente seria um obstáculo à condenação caso fosse demonstrado, de maneira concreta, a impossibilidade material de cumprir as obrigações de fazer requeridas. Nesse sentido, a decisão destacou que foram identificados investimentos elevados em áreas não prioritárias como comunicação social e realização de festas (Carnaval e festa de Réveillon).

Tendo em vista esses fundamentos e a constatação de que havia milhares de indivíduos aguardando uma cirurgia nas filas dos hospitais conveniados ao SUS e a complexidade do litígio (possibilidade de serem adotadas várias soluções administrativas para o problema estrutural identificado no processo), a condenação determinou a organização das filas. Dessa forma, foi concedido prazo de três meses para quantificar, em cadastro unificado, o número de pacientes aguardando uma cirurgia ortopédica de alta complexidade; redução de dez por cento na fila no prazo de doze meses; redução de cinquenta por cento no prazo de 24; redução de noventa

porcento no prazo de trinta e seis meses e, nesse mesmo prazo, que o tempo de espera fosse de no máximo três meses.

Como medidas indutivas para o cumprimento das obrigações de fazer, foi estipulada multa diária, a ser revertida em favor do fundo previsto na Lei 7.347/1985. Além da multa, decorridos vinte dias de atraso, passaria a ser proibida a veiculação de propagandas institucionais e, caso decorridos trinta dias de mora, passaria a ser proibida a realização de festas e eventos festivos pelos entes federados.

Interposta apelação, a decisão foi reformada apenas para que os próprios réus pudessem formular o cronograma para cumprimento das determinações de zerar as filas, o qual deveria ser aprovado pelo Juízo da execução. E, interposto Recurso Especial, houve o sobrestamento em virtude do tema que previu a análise da possibilidade de imposição de astreintes aos entes públicos. Esse tema, relembra-se, fixou a tese de que a imposição de medidas indutivas é plenamente legítima, razão pela qual foi aplicado o entendimento para o caso concreto.

3.2.2.2 Ação Civil Pública 0003722-54.2016.4.05.8100

Essa ação teve como objeto a dificuldade de implementação do Sistema de Informação de Câncer (SISCAN) no âmbito do SUS. Visa-se, por meio da demanda, garantir cumprimento da Lei 12.732/2012, que versa sobre o início do tratamento de paciente com neoplasia maligna, o qual deve ocorrer no prazo de 60 dias. Em inquérito civil foi verificado problema no diagnóstico da doença, o que ensejava comprometimento no prazo para início do tratamento.

Nessa ação foi formulado pedido de tutela de urgência para que: a) a União corrigisse a defasagem na tabela SUS para que laboratórios conveniados realizassem consultas, exames, biópsias e demais condutas necessárias ao diagnóstico da doença, em tempo hábil para cumprimento do prazo de 60 dias para tratamento; b) disponibilizasse mecanismo de monitoramento via SISCAN da implementação do tratamento em 60 dias. Como pedido principal requereu-se a implementação definitiva das tutelas de urgência requeridas, fracionando as medidas e ações pretendidas para cada ente federado.

O despacho que designou a realização de audiência de conciliação identificou, expressamente, que o caso versa sobre problema estrutural e que a solução da lide, por ser complexa, exige diálogo interinstitucional entre os órgãos para se manifestarem e contribuírem ativamente para a construção da solução.

Não bastasse o exposto reconhecimento do problema estrutural e da técnica processual a ser aplicada ao litígio, o Ministério Público Federal, autor da ação, ciente da repercussão

social da matéria, requereu fosse realizada consulta sobre interesse de o Comitê de Controle do Câncer (Grupo de Educação e Estudos Oncológicos do Ceará) participar da ação como *amicus curiae*.

Na audiência de conciliação, foi concedido prazo para que as partes apresentassem diagnóstico mais específico do problema, com apresentação de dados acerca da realização de biópsias, de medidas que estariam sendo adotadas para solucionar o problema, inclusive as relacionadas à habilitação de policlínicas pelo Estado do Ceará para o Serviço de Diagnóstico de Mama e para o Serviço de Referência do Cólon do Útero. À União foi determinada a obrigação de informar o andamento dos pedidos de habilitação que já foram apresentados ao Grupo de Educação e Estudos Oncológicos e ao Instituto de Prevenção do Câncer do Ceará. Ficou clara, portanto, a intenção de obter elementos para a melhor definição do problema estrutural cujo transição é imposta pela aplicação da norma-princípio contida no direito à saúde.

Tendo em vista que o processo se encontra em andamento, não foi possível colher outras informações. Todavia, a diferença na aplicação do direito à saúde por meio do processo estrutural foi evidenciada na técnica processual utilizada para a condução e julgamento da ação civil pública.

3.3.3.3 Ação Ordinária 0801501-31.2017.4.05.8100

Essa ação teve início como ação ordinária com pedido liminar, por meio da qual a Defensoria Pública representava os interesses de um único indivíduo. A pretensão consistia em garantir o direito de o autor ser internado em um leito de UTI. A necessidade de internação decorria da piora no quadro de saúde após a realização de uma cirurgia de apendicite.

A propósito do objeto desta ação, é preciso considerar que toda pretensão de internação em UTI decorre de um caso grave e urgente. Não há como se precisar ou dimensionar, de maneira abstrata, qual a situação mais urgente quando se comparam as necessidades de duas ou mais internações em leito de terapia intensiva. Dessa forma, qualquer interferência do Judiciário sobre a execução da política pública tem sensível risco de atingir direitos e interesses de terceiros. Caso o Judiciário determine a internação fora da ordem de preferências médicas ou de fila de espera haverá priorização do indivíduo que acessou a justiça em detrimento do que aguardou a execução normal da política pública.

No caso concreto, foi deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que os entes da Federação (União, Estado e município) promovessem, no prazo de 24 horas, a internação do autor em leito de UTI, em algum hospital da rede pública capaz de

fornecer o tratamento necessário, segundo critérios técnicos de prioridades. Alternativamente, a decisão determinou que, na ausência de vaga em hospital da rede pública, fosse o autor internado em leito da rede particular, mediante custeio do poder público. Determinou, outrossim, a transferência em ambulância com suporte de UTI e a medida indutiva de pagamento de multa diária em caso de descumprimento.

A ordem judicial antecipatória foi cumprida e a defesa do município de Fortaleza sustentou a necessidade de se ater às regulações do poder público com relação às prioridades de internação e filas de pacientes que aguardam um leito de UTI. Destaca que as internações são feitas com base nos critérios médicos e de ordem cronológica. Além disso, contesta a ordem de contratação do leito particular pelo Estado, invocando o problema da dotação orçamentária para o pagamento.

A propósito da ordem de internação em leito de UTI da rede particular, necessário relembrar o padrão decisório estabelecido pelo STF (tema 1033), em que ficou definido que essa remuneração deve se dar segundo os valores de mercado, e não segundo os valores da tabela SUS. Nesse sentido, verifica-se o elevado risco de a ordem judicial ser desestruturante em dois níveis importantes. O primeiro, pela interferência sobre interesses e direitos de terceiros que aguardam a execução da política pública. O segundo, pela imposição de um custo acima do que é regularmente aplicado pelo SUS, com evidente desequilíbrio financeiro, especialmente em razão do elevado custo desse tipo de internação⁴¹¹.

Na audiência de instrução, foi acolhido o pedido da Defensoria Pública da União para retificar o polo passivo da demanda. Foi admitida a Defensoria Pública Estadual como assistente simples, a inclusão da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares no polo passivo. Além disso, foi concedido prazo de 30 dias para implementação de 40 leitos de UTI, prazo de 10 dias para ente federado vistoriar os leitos e habilitação; 60 a 90 dias para apresentação de um plano de obra e cronograma de estruturação dos 40 leitos de UTI.

A defesa da União, tal qual nas demais ações, invoca ilegitimidade passiva, impossibilidade de o judiciário intervir no mérito administrativo contido na promoção da internação pelos médicos especialistas, violação ao princípio da isonomia, por privilégio em

⁴¹¹ Segundo edital de Credenciamento nº 01/CIAAR/2017 - FUNSA, o valor de uma diária em UTI, em valores de 2017 (ano de propositura da ação), era de R\$ 680,25. Nesse valor, segundo regras do edital, não está incluído: materiais e medicações, sangue e derivados, curativos, oxigenioterapia, intercorrências cirúrgicas e leito especial (isolamento). Disponível em: <https://www2.fab.mil.br/ciaar/images/sds/edital_credenciamento_2016/ANEXO_A.pdf>. Em contrapartida, segundo levantamento feito pelo Conselho Federal de Medicina, a tabela SUS remunerava a diária de internação, no ano de 2016, em valor médio que varia entre R\$ 478,72 e R\$ 508,63, a depender do tipo de UTI. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresenta_edson_rogatti_csff.pdf>.

favor daquele que aciona o Judiciário. Além disso, faz menção ao definido pela STA 175 a propósito das pretensões de obtenção de fornecimento de medicamentos sem comprovação de eficácia para defender a impossibilidade de intervenção judicial no caso concreto. No que tange à questão dos custos do direito pretendido, invoca a aplicação do princípio da reserva do financeiramente possível.

Após a apresentação da defesa pelo município de Fortaleza e pela União, a Defensoria Pública apresenta proposta de negócio jurídico processual para alteração do polo ativo e do objeto da demanda. A proposta previa a inclusão da Defensoria Pública da União como substituta processual dos pacientes da rede pública de saúde, a alteração do objeto da ação para que a demanda passasse a versar sobre a abertura e habilitação de 40 novos leitos de UTI e 48 novos leitos de internação geral no Hospital Universitário da Universidade Federal do Ceará.

Apresentadas as demais defesas, em que foram apresentadas teses de ilegitimidade passiva, limites à atuação jurisdicional, impossibilidade de conversão da ação individual em coletiva, ainda que por meio de negócio jurídico processual, e aplicação do mínimo existencial e reserva do financeiramente possível, foi homologado o negócio jurídico processual. Com a homologação, ficou então estabelecido que o prazo recursal da Universidade Federal do Ceará ficaria suspenso; que a Defensoria Pública da União seria incluída como litisconsorte ativo; que a inicial seria aditada para inclusão do pedido de abertura e habilitação de 40 novos leitos de UTI e 48 novos leitos de internação geral no Hospital Universitário. Como condição do negócio processual, ficou estabelecida a preservação da identidade física da magistrada condutora da ação.

Após a homologação do negócio jurídico processual, realizaram-se audiências em que as partes se comprometiam ao cumprimento de deliberações tais como cessão de bens, ações necessárias para a implementação dos leitos de UTI, apresentação de informações sobre contratos. Após uma dessas audiências, o Judiciário, de ofício, proferiu decisão de tutela provisória para: a) imediata cessão, pela Universidade Federal do Ceará à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH –, do prédio do Hospital Universitário e do prédio da Unidade Neonatal; b) aplicação das regras do contrato de gestão que já havia sido firmado pelas próprias partes cedente e cessionária.

Especial destaque se deve dar aos fundamentos da decisão de tutela provisória, em que registra a necessidade de a causa ser conduzida por meio de técnicas processuais estruturais, que possibilitam o tratamento da lide sob a perspectiva da macrojustiça, a participação de todos os envolvidos e da sociedade no debate de soluções capazes de solucionar a questão jurídica e

preservar o princípio da universalidade de acesso à saúde, a racionalidade e sustentabilidade econômica e financeira do sistema, bem como a igualdade de acesso aos serviços de saúde.

Nesse sentido, importante destacar que, apesar das defesas apresentadas no processo, tanto a Universidade Federal do Ceará tinha interesse em não se responsabilizar pelas obras de ampliação dos leitos de UTI quanto a EBSEH tinha interesse em assumi-la para, também, poder gerir as ações do Hospital Universitário. Por conseguinte, as defesas argumentativas apresentadas para não sofrer a condenação judicial não estavam totalmente conectadas aos reais interesses das partes. Esse fato somente foi verificado em virtude do diálogo que foi desenvolvido no processo, o qual culminou na homologação do negócio jurídico processual.

Como técnica processual, ficou estabelecido que seriam designadas audiências periódicas para acompanhamento do cronograma de conclusão das obras, apresentado pela EBSEH. Na audiência em que se informou como o Judiciário acompanharia as ações destinadas ao atingimento da meta estabelecida pela decisão antecipatória, foi deferido o pedido de dispensa de licitação formulado pela EBSEH, dada a urgência decorrente da situação emergencial descrita no processo. Apesar de a medida estar diretamente relacionada com as ações necessárias a transposição entre os estados de coisas, não há fundamentação precisa para a dispensa, apenas se faz referência à lei 8.666/1993.

A cessão do imóvel da Universidade Federal do Ceará para a EBSEH foi concluída, nos termos e moldes do contrato que essas partes já haviam formalizado antes mesmo do início da ação. Por essa razão, a Universidade foi excluída da ação.

Conquanto tenha ocorrido a cessão do imóvel, a EBSEH tenha indicado que haveria dotação orçamentaria para a realização das obras e a decisão tenha deferido o pedido de dispensa de licitação, as obras não puderam ser executadas em virtude da necessidade de a utilização dos recursos estar prevista na Lei Orçamentária do ano de 2019, o que não havia ocorrido. Como solução, a EBSEH sugeriu que a obra fosse realizada pelo Estado do Ceará.

Foi então realizada nova audiência, em que ficou registrado que o Estado do Ceará e a EBSEH estavam articulando um acordo para viabilizar a obra de reforma do Hospital Universitário. A condição do Estado estava em regular o uso dos leitos. O Juízo, entretanto, ponderou que a regulação fosse realizada de forma compartilhada entre o município e a EBSEH.

Importante destacar que a cada nova audiência e a cada nova negociação, o próprio Judiciário convocava especialistas com conhecimento técnico suficiente para informar o Juízo e auxiliar na definição das próximas ações necessárias para a transposição entre os estados de desconformidade para o estado de conformidade. Nesse sentido, destaca-se a convocação de

um representante do município de Fortaleza com poderes de gestão, para que pudesse deliberar, em nova audiência, sobre as cláusulas e condições de uso dos novos leitos de UTI.

Na audiência destinada à deliberação sobre os termos e condições de uso dos leitos de UTI surgiu impasse quanto a valores contratados e repasse de verbas para custeio e manutenção dos leitos. A propósito das tratativas para solução desse impasse se destacou a participação de gestores da Secretaria de Estado de Saúde, que sugeriu solução que previsse utilização de recursos de cada município que acessasse os serviços da unidade, a fim de que não fosse onerado o orçamento de um ente em detrimento ou benefício dos demais.

Dentre as diligências estabelecidas nessa última audiência, ficou estabelecido que seriam realizadas reuniões entre os secretários de saúde municipal e estadual para, em âmbito político, encontrarem solução sobre o financiamento dos leitos. Além disso, ficou garantida a possibilidade de solicitação de mediação judicial.

Apesar de se ter estabelecido uma nova data de audiência para o ano de 2020, ela foi suspensa por tempo indeterminado, em razão da pandemia da COVID 19.

3.2.2.4 Ação Civil Pública 0811930-91.2016.4.05.8100

Nessa ação civil pública, ajuizada em desfavor da União, do Estado do Ceará e do município de Fortaleza, o Ministério Público Federal pretende que os réus publiquem, em seus respectivos Portais da Transparência, as listas de pacientes, por especialidades médicas que serão submetidos a cirurgias eletivas em seu âmbito de atuação com recursos do Sistema Único de Saúde - SUS. Pretende, também, que os réus atualizem, semanalmente, a lista de pacientes que se submeterão a cirurgias eletivas.

O município de Fortaleza, em defesa, confronta o direito de acesso à informação com a proteção da intimidade para justificar a ausência de divulgação da fila e ordem de colocação dos indivíduos. A União alegou sua ilegitimidade passiva, fruto do sistema de gestão descentralizada do SUS, ilegitimidade essa que ensejaria ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para propor a ação civil pública. A Universidade Federal do Ceará, incluída na ação em virtude de manter Hospital Universitário que integra o SUS, também alegou sua ilegitimidade passiva e informou que a administração do hospital estaria a cargo da EBSEH. A Universidade, no mérito, alegou a improcedência em virtude da aplicação do mínimo existencial aplicado de forma coletiva, o que impediria a intervenção judicial. A EBSEH também alega sua ilegitimidade passiva e, no mérito, defende a mesma posição do município

de Fortaleza, no sentido que a divulgação das filas e ordens de colocação feriria o direito à intimidade.

Nas audiências que se seguiram, as partes deliberaram sobre as ações necessárias para a solução do problema de filas que aguardam cirurgias eletivas por períodos superiores a um ano. Em uma dessas audiências, foram tomadas novas decisões quanto à apresentação de atendimento cirúrgico de novas especialidades (reconstrução de mama e uro-oncologia), requisição dos protocolos de atendimento das especialidades e determinação de comparecimento de médicos presidentes da Sociedade Cearense de Otorrinolaringologia e Endoscopia Per-oral e da Sociedade Brasileira de Urologia (Seção Ceará). A convocação das sociedades médicas teve por desiderato elaborar fluxo para regulação das filas, segundo critérios técnicos que melhor atendessem à finalidade de transição entre estados de coisas.

Nesse caso, o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, em virtude da tramitação do processo 0003722-54.2016.4.05.8100 (analisado anteriormente), solicitou cooperação judicial ao Juízo da 6ª Vara Federal, em que tramita o processo ora em análise. O pedido foi deferido e as audiências realizadas com as partes contou com a participação dos magistrados responsáveis por ambas as Varas.

Em uma dessas audiências foram homologados os protocolos de urologia e otorrinolaringologia, bem como os respectivos fluxos, apresentados pelas sociedades médicas especializadas. Em consequência, determinou-se fossem os protocolos inseridos nos sistemas de regulação de consultas do Estado do Ceará.

As soluções adotadas em audiências foram todas negociadas e intermediadas pelo Judiciário, que utilizou de seus poderes para garantir que as soluções técnicas fossem apresentadas pelos especialistas e, posteriormente, implementadas pelas partes demandadas, segundo suas respectivas competências. Conforme se observa, foram proferidas decisões em cascata, mas sem exame do mérito do processo e com concentração na fiscalização do cumprimento das ações homologadas. Ao Judiciário competiu apenas induzir a elaboração de planos de solução, homologá-los e monitorá-los.

Por fim, foi homologado acordo em que se estabeleceram os critérios de organização e gestão das filas de cirurgias, com critérios para categorização segundo riscos, urgências e ordem cronológica. Também foi definida a forma como seriam os indivíduos convocados e as ações em caso de o paciente não ser encontrado ou não ter interesse em realizar a cirurgia no momento da convocação.

Segundo ofícios e informações constantes no processo, as filas de cirurgia, durante anos, não andavam por entaves dos mais diversos. Entretanto, esse quadro mudou em virtude da atuação jurisdicional.

A exemplo do que ocorreu com o processo 0801501-31.2017.4.05.8100, houve pedido de dispensa de licitação, desta vez para aquisição de um equipamento essencial à realização de cirurgia, cuja fila é regulada pela ação civil pública. Tendo em vista a existência de verba, com prazo exíguo para utilização da verba disponibilizada, a demora natural de um pregão eletrônico e a urgência dos procedimentos que dependem do equipamento, o pedido foi deferido.

No decorrer da ação, o próprio Ministério Público Federal, autor da ação, e a Defensoria Pública da União formularam pedido de tutela de urgência para atendimento de uma única paciente. Esse fato poderia ser considerado como uma indevida transferência para o Judiciário da administração da política pública. Todavia, a decisão que analisou as pretensões de urgência determinou fosse simplesmente seguido o plano homologado. Todavia, no exercício da fiscalização do cumprimento dos planos homologados judicialmente, também determinou fosse informado se realmente há urgência médica e se o protocolo definido pelas partes no processo foi descumprido. Nesse sentido, estabeleceu que a prioridade somente deveria ser autorizada em se verificando descumprimento do protocolo de gestão das filas, conforme homologado em juízo.

Merece destaque a comunicação feita pelo chefe do setor de otorrinolaringologia do Hospital Geral de Fortaleza à direção médica. Nele se informa o efeito desestruturante das decisões individuais, indicando que as cirurgias estão sendo feitas com falta de alguns materiais, em virtude de determinações judiciais.

No tocante aos recursos financeiros necessários à execução das medidas, o Judiciário não determinou ou definiu como deveria ser a aplicação de verbas ou aumento de investimentos. A atuação jurisdicional estabeleceu apenas fosse concluído o processo de análise, o que caracteriza preservação de competências dos poderes político-administrativos e mínima ingerência do Judiciário.

Com relação à liberdade para definir as ações estatais e para construir as políticas públicas, o Judiciário não realizou diagnósticos de forma direta. A atuação se concentrou em determinar fossem as falhas e problemas estruturais analisados pelos próprios responsáveis e, diante dos diagnósticos e soluções técnicas por eles informadas, homologados os protocolos por decisão judicial.

No decorrer da tramitação processual, um dos representantes da Secretaria de Estado de Saúde usou da palavra em audiência para destacar a oportunidade que o processo gerou para o

Poder Público organizar as filas de atendimento dos serviços de saúde. Segundo destacou, os poderes político-administrativos provavelmente nunca iriam conseguir sozinhos solucionar os problemas estruturais identificados no processo judicial. Nesse sentido, destacou que a partir desse processo diversas filas de atendimento foram sistematizadas e organizadas.

O processo continua em tramitação, a qual também foi prejudicada em razão da pandemia provocada pela COVID-19.

4. CRÍTICA À FORMA TRADICIONAL DE JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme se verificou dos capítulos anteriores, o direito à saúde, dotado de fundamentalidade e de matriz coletiva, depende diretamente da atuação estatal. Por essa razão, carrega consigo uma alta carga prestacional, direcionada em face do Estado. Dessa forma, é materializável por meio da atuação político-administrativa e, em havendo violação do dever fundamental que implique em comprometimento de direitos e posições jurídicas dos seus titulares, também é materializável por meio da atuação jurisdicional, inclusive individualmente tutelável.

Ficou demonstrado, também, que o direito à saúde, em qualquer das suas formas de concretização, político-administrativa ou jurisdicional, pode estar intimamente vinculado a um estado de coisas. Dessa ligação resulta duas possibilidades concretas: a) o litígio envolvendo a concretização do direito é particular, individual e não se relaciona com um estado de desconformidade; b) o litígio envolvendo a concretização do direito, apesar de envolver um interesse individual, se relaciona com um estado de desconformidade, de modo que as decisões pela perspectiva individual, apesar de resolverem o problema para o autor da ação, podem agravar esse estado ou gerar outros estados de desconformidade. A potencial criação de novos estados de desconformidade pela atuação jurisdicional decorre da conexão do estado de coisas com outros direitos e interesses, que extrapolam os limites do litígio judicializado.

Apesar dos efeitos para além do conflito judicializado, essa constatação não deve ser móvel para obstar a atuação jurisdicional. Pelo contrário, deve ser analisada para rever a técnica processual a ser utilizada. Não se trata de um problema na função de garantia a direitos, própria da jurisdição, e sim da técnica que se utiliza.

Nesse sentido, a conexão dos meios de materialização do direito ao estado de coisas revela importantes semelhanças entre o processo político-administrativo de formulação de políticas públicas e o processo estrutural. Por conseguinte, o estudo do processo político-administrativo representa importante ganho sob ao menos duas perspectivas: a) a política pública implementada não é necessariamente expressão exata da melhor técnica de solução para o problema público, do mesmo modo que seus resultados não são necessariamente a expressão exata da decisão dos representantes eleitos; b) as formas como o *status quo*, almejado pela política pública para transitar para uma situação de solução do problema público (transição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade), indicam caminhos e meios

que o processo estrutural pode se apropriar para garantir o direito material judicializado sem substituir os poderes político-administrativos ou comprometer os direitos de terceiros.

As pesquisas referenciadas nos capítulos 01 e 02 demonstram que não se pode ignorar o estado de coisas em que o direito à saúde se encontra, uma vez que revelam: a) descumprimento das normas orçamentárias (aplicação de recursos abaixo do limite mínimo estabelecido pela norma constitucional); b) possibilidade de impacto das decisões judiciais sobre a gestão do orçamento; c) sistemática violação aos direitos pela perspectiva individual; d) complicações decorrentes das decisões judiciais proferidas em casos individuais que ignoram a repercussão sobre as políticas públicas e sobre os interesses de terceiros; e) ausência de critério na aplicação dos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível;⁴¹² f) tendência de deferimento das pretensões individuais sem considerar os impactos sobre as políticas públicas; g) tendência de deferimento das pretensões a medicamentos sem observar as listas de dispersão do SUS; h) medicamentação do direito à saúde; i) importância da judicialização para garantia do direito.

No capítulo 03 foram descritos os padrões decisórios definidos pelo STF e pelo STJ para a aplicação do direito à saúde em demandas propostas contra os entes da Federação e os casos verificados em que foi aplicada a técnica do processo estrutural em demandas que também aplicaram o direito à saúde. Por conseguinte, este capítulo será dedicado à análise crítica dos achados de pesquisa.

Estes, portanto, os focos de análise: a) os modelos de padronização decisória, ao objetivar e coletivizar a análise de casos individuais, solucionam o problema da macrolitigância e a origem das restrições ao direito à saúde? b) como os padrões decisórios tratam os estados de coisas em que o direito à saúde está inserido? c) como o processo estrutural contribui para equalizar as tensões entre o individual e o coletivo, entre as competências político-administrativas e a jurisdição?

Dessa forma, avalia-se a aplicação da norma constitucional a partir da macrolide ou da macrolitigância, para promover macrojustiça,⁴¹³ observando a natureza eminentemente coletiva do direito,⁴¹⁴ a necessidade de não agravar o problema estrutural por meio de decisões

⁴¹² FREITAS FILHO, Roberto (organizador). **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF**. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/porta1-de-ebooks>>. 231 p.

⁴¹³ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2020. ISSN 1415-4765

⁴¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini e sica, Ligia Paula P. Pinto (coord). **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. São Paulo, 2014.

desestruturantes, a necessidade de preservar o direito dos demais titulares atingidos por decisões que solucionam o problema individual podendo agravar o problema coletivo.⁴¹⁵

4.1. Análise Comparativa dos achados de Pesquisa

Analisados os casos em separado, passa-se à análise comparativa das decisões. O foco da análise está no pressuposto de que o direito à saúde, além da sua perspectiva norma-regra, que exige uma conduta do Estado em favor dos titulares do direito, possui uma característica de norma-princípio, cuja aplicação demanda uma transposição entre estados de coisas (da desconformidade para a conformidade). Dessa forma, será realizada avaliação crítica dos padrões decisórios, estabelecidos pelo STF e pelo STJ, e das decisões proferidas nos processos estruturais. Essa análise se dedicará a verificar como as tensões entre individual e coletivo são tratadas, bem como são tratadas as tensões entre a atuação jurisdicional e a político-administrativa.

Conquanto os processos estruturais ainda estejam em curso, o estágio em que se encontram já permite analisar a forma como a técnica processual foi aplicada para garantia do direito material objeto do litígio. Mesmo sem uma conclusão do procedimento e extinção do feito, os atos processuais já se mostram suficientes para avaliar a diferença para com o modelo tradicional. Afinal, a condução dos paradigmas identificou o estado de desconformidade, a multipolaridade do litígio, a existência de interesses de terceiros e problemas na estrutura de execução das políticas públicas instituídas pelos entes da Federação. Além disso, identificaram uma meta a ser cumprida, a qual foi norte para todas as demais decisões e determinações judiciais. E nesse ponto já se pode identificar uma diferença básica, nos processos estruturais foi prestigiada a solução que fosse capaz de adequar a burocracia estatal para que fosse afastada a restrição ao direito à saúde, decorrente da falha na execução da política pública.

O objeto do tema 6 de repercussão geral está intimamente relacionado com o tema de recursos repetitivo 106 do STJ. Ambos definem critérios para deferimento de pretensões individuais que requerem o fornecimento de medicamentos pelo Estado. O tema 6 estabelece os critérios para requerer medicamentos de alto custo e o 106 enumera os requisitos para requerer drogas não incorporadas pelo SUS. Pelos critérios estabelecidos como tese a ser aplicada pelos Tribunais, o pedido formulado perante o judiciário analisará a questão pela perspectiva estritamente individual. Todos os requisitos se referem a características inerentes à

⁴¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini e sica, Ligia Paula P. Pinto (coord). **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. São Paulo, 2014.

posição subjetiva e individual contida no direito à saúde. O padrão estabelecido a partir desses temas reconhece a obrigação do Estado em fornecer medicamentos de alto custo, ainda que não estejam previstos nas listas do SUS. Como condição estabelece que a droga seja necessária e não exista terapêutica alternativa nos padrões definidos para a política pública. Essa obrigação, portanto, será sempre aplicada aos casos eventualmente judicializados, sem uma pronta solução para a causa da restrição ao direito à saúde.

Dessa forma, ainda que a restrição de acesso ao medicamento decorra de um problema estrutural e que ele componha a política pública já implementada, o estado de coisas ligado ao direito não é objeto de análise. A definição da tese não tem a profundidade necessária para que a burocracia seja adequada às exigências do direito. Não se avalia a razão pela qual o sistema público não forneceu aquele tratamento para aquela doença específica, apenas se reconhece que há a obrigação de o Estado custear o medicamento quando necessário, ainda que não esteja previsto na política pública.

Conquanto as teses fixadas representem importante reconhecimento do dever estatal em prestar assistência à saúde, segundo as necessidades do caso concreto, mantêm inalterado o estado de coisas em que se restringe acesso aos bens e serviços necessários ao tratamento de doenças pela mora em incorporar tecnologias ao SUS. Ainda que a tese fixada preste deferência aos tratamentos contidos no sistema público, os quais devem ser privilegiados em detrimento de outras tecnologias não incorporadas, eventual problema estrutural na formação das terapêuticas fornecidas pelo sistema público não é resolvido. Dessa forma, qualquer indivíduo que dependa de tratamento também dependerá da judicialização para que o direito material seja concretizado no plano factual.

É certo que a análise objetiva da aplicação do direito à saúde não tem condições tratar de todos os problemas de dispensação de medicamentos, enfrentados pelo sistema público de saúde. Todavia, fica claro que a padronização de como o direito à saúde deve ser aplicado nos casos de pretensão de acesso a medicamentos não fornecidos pelo SUS é importante, mas não é suficiente.

O tema 262 de repercussão geral e os temas 766 e 984 de recursos repetitivos do STJ definem a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ações civis públicas relacionadas à violação ao direito à saúde, ainda que para promover o fornecimento de tratamento e medicação para indivíduos determinados. Ainda que essa tese não defina critérios para a materialização do direito à saúde, representa importante definição da questão processual envolvida nos litígios que têm esse direito como objeto.

Com efeito, a definição estabelecida pelo julgamento objetivo da questão tem relevância tanto para a aplicação do direito à saúde em seu caráter individual e subjetivo quanto para a aplicação da norma-princípio que ostenta em razão de sua fundamentalidade. Dessa forma, beneficia o processo estrutural, ferramenta utilizada pelo Ministério Público nos casos paradigmáticos descritos no capítulo 3. Todavia, a autorização para que o Ministério Público demande em juízo para favorecimento da aplicação do direito à saúde em perspectiva individual ou individualizada reforça que há um foco no modelo tradicional de processo, em que a ação é veículo para resolução de conflitos segundo os interesses particulares.

O tema 289 de repercussão geral e os temas 84 e 98 de recursos repetitivos do STJ estabeleceram a possibilidade de adoção de medidas indutivas para cumprimento da obrigação imposta pela decisão judicial. Dessa forma, é possível que esse padrão decisório seja aproveitado tanto para as demandas clássicas quanto para os litígios estruturais, porquanto se torna possível a imposição de obrigações de fazer ao Estado com previsão das consequências em caso de descumprimento.

Nesse sentido, destaca-se o que foi identificado na ação civil pública 2006.81.00.002012-4, em que o estado de desconformidade foi identificado e que foram estabelecidas as metas a serem implementadas pelo Estado para superar o estado de coisas em que o direito à saúde estava sendo indevidamente restringido. Para tanto, foram impostas obrigações de fazer aos entes da Federação e, a fim de garantir a efetividade da decisão judicial, determinou-se a aplicação de multa em caso de descumprimento das medidas. Conquanto se tenha recorrido contra a parte da decisão que impôs multa aos entes públicos demandados, a aplicação do padrão decisório encerrou a questão jurídica em favor da medida estrutural.

Mas é preciso fazer importante ressalva. Apesar de esse padrão decisório garantir a efetividade dos provimentos jurisdicionais, as teses fixadas encerram risco de efeito desestruturante. Na tese fixada, não são analisadas as destinações das verbas eventualmente bloqueadas para garantir a tutela específica do direito material. Nesse sentido, não é absurdo considerar o risco de bloqueios atingirem exatamente as verbas que seriam destinadas à materialização do próprio direito à saúde de terceiros ou de outros direitos fundamentais. Nesse sentido, destacam-se as medidas indutivas impostas pela decisão proferida na ação civil pública 2006.81.00.002012-4, em que se proibiu o uso de verbas públicas para produção de publicidade e de eventos festivos enquanto não fossem cumpridos os prazos e metas estabelecidos pela decisão judicial estruturante.

Ainda que essas medidas indutivas possam representar interferência na definição de prioridades pelos poderes político-administrativos, restringe a atuação jurisdicional a fazer

cumprir os deveres fundamentais e repercutir em áreas que não interferem diretamente em direitos fundamentais. Por conseguinte, ainda que seja necessária a medida indutiva para o cumprimento da obrigação de fazer, inclusive em processos estruturais, é preciso reconhecer a necessidade de equalizar as penalidades com a garantia dos demais direitos que dependem de alocação de recursos pelo Estado.

O tema 500 de repercussão geral trata dos limites para a judicialização de pedidos de fornecimento de medicamentos pelo Estado que ainda não possuam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Por meio desse tema fixaram-se as condições para o deferimento de medicamento sem registro por meio da prestação jurisdicional: a) ser um medicamentos órfãos para doenças raras;⁴¹⁶ b) caso não seja medicamento órfão para doenças raras, ter pedido de registro do medicamento no Brasil; c) caso não seja medicamento órfão e não tenha registro na ANVISA, ter prévio registro do medicamento em alguma outra agência de regulação, desde que de renome reconhecido; d) não possuir qualquer outro substituto terapêutico registrado pela agência brasileira; d) ser a ação necessariamente proposta em face da União.

Ocorre que o tema de repetitivo 686 resultou na fixação de tese que dispensa a presença da União no polo passivo das ações que pretendem o fornecimento de medicamentos, sendo indevida a pretensão de chamamento da União por ser medida processual inútil à garantia do direito fundamental à saúde. Dessa forma, o ajuizamento da ação sem a presença da União no polo passivo somente é possível para medicamentos com registro na ANVISA.

Importante reforçar que a dispensa de participação necessária da União no polo passivo também dependerá das exigências fixadas pelo tema de repercussão geral 793. Segundo a tese fixada para melhora na definição da solidariedade entre os entes federados, em respeito à descentralização da gestão do SUS e à respectiva repartição de competências entre os entes federados, competiria ao próprio Judiciário direcionar o cumprimento conforme as regras gestão definidas pela política pública. Nesse sentido, a presença da União somente será facultativa se: a) não se tratar de medicamento sem registro na ANVISA; b) não se tratar de medicamento não incluído nas listas do SUS.

⁴¹⁶ “A denominação de “doenças raras” é atribuída a algumas enfermidades quando seus portadores são em número inferior a 200.000 pessoas (definição adotada nos EUA) ou inferior a 1/2.000 pessoas (definição adotada na União Europeia). No Brasil, adotou-se a definição da Organização Mundial de Saúde (doença que afeta até 65 pessoas em cada 100 mil indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos). Já as definições de doenças ultrarraras (DUR), não menos arbitrárias, utilizam critérios de prevalência ainda mais restritos. São enfermidades crônicas e progressivas graves, que muitas vezes colocam a vida em risco” (NOVAES, Hillegonda Maria Dutilh; SOÁREZ, Patrícia Coelho de. Doenças raras, drogas órfãs e as políticas para avaliação e incorporação de tecnologias nos sistemas de saúde. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 21, n. 51, mai-ago, 2019, p. 332-364. <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215121>, p. 336).

Com efeito, essas disposições, apesar de definirem os limites de atuação do Judiciário e de preverem o respeito às definições de políticas públicas, não repercutem sobre a causa de restrição ao direito à saúde. A aplicação do direito à saúde definida por meio dos julgamentos coletivos de demandas individuais não se destinou à transição entre estados de coisas. Da mesma forma do que se verificou para o tema 06 de repercussão geral e para o tema 106 representativo de repetitivos do STJ, ainda que a restrição de acesso ao medicamento para doenças raras e órfãos, sem registro na ANVISA, decorra de um problema estrutural e que ele componha a política pública já implementada (assistência terapêutica integral),⁴¹⁷ o estado de coisas ligado ao direito não é objeto de análise. A definição da tese não tem a profundidade necessária para que a burocracia seja adequada às exigências do direito. Não se avalia a razão pela qual o sistema público não forneceu aquele tratamento para aquela doença específica, apenas se reconhece que há a obrigação de o Estado custear o medicamento quando necessário, ainda que não esteja previsto na política pública.

Por conseguinte, problemas estruturais contidos tanto no fornecimento de medicamentos quanto na inclusão de drogas por meio do registro na ANVISA ou na inclusão de fármacos nas listas do SUS permanecem inalterados.

A propósito do risco de efeitos desestruturantes, dois dos votos foram expressos em reconhecê-los durante a fixação da tese 500 de repercussão geral. Neles, destacou-se que muitos dos casos revelam a promoção de privilégios aos indivíduos que obtêm provimento jurisdicional em detrimento da generalidade da população, dependente das políticas públicas afetadas pela destinação de muitos recursos para poucos casos individuais. Registrou-se, também, que a possibilidade de o Judiciário exercer controle sobre a juridicidade das decisões administrativas não deve representar uma posição de concorrência entre Judiciário e poderes político administrativos, em que o Judiciário assumiria a realização de políticas de assistência à saúde. Os votos destacam, então, que a atuação jurisdicional deverá ser de cooperação para garantia da realização dos direitos sociais. Todavia, a fixação da tese, por si só, não garante essa cooperação, apesar de ficar definida a obrigação do Estado e o limite à restrição do direito à saúde.

Ainda sobre o tema de repercussão geral 793, é preciso considerar que a tese fixada decorreu da necessidade de melhor definir o que foi decidido na Suspensão de Tutela Antecipada – STA – 175. O voto condutor da fixação de tese demonstrou que o melhoramento se deve aos efeitos desestruturantes causados pelo reconhecimento da solidariedade entre os

⁴¹⁷ BRASIL, Lei nº 12.401, artigo 19-M.

entes da Federação. Segundo ficou registrado, essa solidariedade ampla e irrestrita ensejou indevida transferência de responsabilidades financeiras fora dos parâmetros definidos pelas políticas públicas e sem a respectiva recomposição dos orçamentos pelo ente que seria efetivamente competente para o cumprimento da obrigação imposta pelo direito.

Com efeito, o Tema 793 de repercussão geral se dedicou a melhorar os critérios definidos pela STA 175 por entender que a desestruturação decorreria da solidariedade irrestrita entre os entes federados. Entretanto, o exame dos casos paradigmáticos em que se aplicou o modelo de processo estrutural indicam que os efeitos desestruturantes também podem ser tributados à técnica processual utilizada para a aplicação do direito à saúde no caso concreto. Afinal, nos processos estruturais analisados, verificou-se que todas as ações aplicaram o direito à saúde por meio de demandas em que todos os entes Federados compuseram o polo passivo, sem que fossem determinadas quaisquer medidas fora dos limites de respectivas competências. Ao revisarem as burocracias e os limites de responsabilidades de cada um dos demandados, definiram-se as obrigações a serem cumpridas segundo as disposições da própria política pública, segundo as regras de descentralização definidas pelos poderes político-administrativos.

A análise das teses fixadas por meio de julgamentos objetivos permitiu constatar que nem todo parâmetro para aplicação do direito à saúde tem relação com um problema estrutural. Nesse sentido, destaca-se o que restou definido pelo tema 579 de repercussão geral, que vedou a melhoria na qualidade de acomodação e atendimento por médico de confiança do paciente. A restrição que o direito à saúde exerce sobre essa pretensão não afeta as políticas públicas, tampouco repercute em direito de terceiros que não compõem a lide.

Há, em contrapartida, tema de repercussão geral que aparentemente dialoga diretamente com o processo estrutural. Trata-se do tema 698, que versa sobre a possibilidade ou não de o Judiciário determinar obrigações de fazer para que o Estado realize concurso público para contratação de profissionais de saúde e corrigir irregularidades apresentadas pelo Conselho Regional de Medicina. Na decisão objeto do recurso, foi concedido um prazo de seis meses para o cumprimento das obrigações, sob a pena de cominação de multa diária.

O ponto de destaque desse tema é que a decisão cujo recurso ensejou o reconhecimento da repercussão geral indica a intenção de atuar diretamente sobre a estrutura criada pela política pública, cujos efeitos ainda não são suficientes para que se diga que o Estado assegurou a concretização do direito à saúde. Diante da constatação de falhas na política pública, a decisão que determina o cumprimento de obrigações de fazer se destina à implementação de variáveis que influenciam diretamente no direito à saúde de todos os titulares.

Diferente das ações que buscam o fornecimento de medicamentos ou tratamentos específicos para indivíduos, a decisão está vocacionada a exigir que os poderes político-administrativos adotem as medidas necessárias para a transposição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade. Todavia, ao que parece, a diferença com os casos que aplicaram o direito por meio do processo estrutural está no fato de as obrigações terem sido impostas como soluções pela decisão judicial, sem que se tenha desenvolvido um processo dialógico e consensual, mediado pelo Judiciário.

Nos casos em que o direito à saúde foi aplicado por meio do processo estrutural, especialmente na ação ordinária 0801501-31.2017.4.05.8100, o provimento jurisdicional se destinou a ampliar a rede de leitos de UTI, impondo obrigações relacionadas à construção de novos leitos e ampliação da rede de atendimento. Todavia, os programas e metas foram construídos a partir da participação direta dos entes públicos demandados. Por conseguinte, fica demonstrada a importância em se adotar procedimento que prestigia o diálogo e a construção consensual da solução para a restrição ao direito, bem como a diferença que decorre da aplicação da técnica de processo estrutural. A técnica processual aplicada foi capaz de alterar o foco da imposição de uma solução binária, imposta pelo Judiciário sem deferência ao estado de coisas, para a construção de uma solução em favor da adoção das medidas necessárias para a transição entre estados de coisas.

A esse propósito, destaca-se a divisão do processo em duas fases, conforme descrito no capítulo 2. Na primeira fase, em que efetivamente há uma decisão judicial que não depende diretamente do diálogo e do consenso, identifica-se e declara-se o problema estrutural. A segunda fase, em que as ações necessárias para a transposição de estados de coisas serão definidas, prevalece a consensualidade e o diálogo. Dessa forma, possibilita-se que seja encontrada a melhor solução técnica em harmonia com as competências das partes que compõem o polo passivo da ação.

Nesse sentido, a aplicação do processo estrutural para solução do objeto do tema 1033 provavelmente levaria a uma decisão mais ampla. Nesse tema, houve a identificação, ainda que indiretamente, de importante problema estrutural de falta de leitos de UTI e de problemas de internação. Todavia, tanto a decisão que determinou a internação em hospital da rede complementar quanto a decisão que determinou o pagamento segundo os valores de mercado não o identificaram.

Dos processos estruturais em que o problema de internação em UTI foi tratado decorreram decisões e acordos que se dedicaram a solucionar o problema estrutural identificado. Naquelas demandas não se buscou garantir apenas a internação do autor da

demanda, visou-se a transição de um estado de desconformidade do serviço público desenhado pelos poderes político-administrativos para um estado de conformidade com o direito, em que foi ampliada a rede de leitos e contornados os obstáculos que impediam a materialização do direito à saúde.

Conforme se observa, o padrão decisório alcançado por meio do modelo de processo tradicional efetivamente se concentra na solução do litígio a partir da perspectiva individual do direito. Ainda que sejam considerados elementos como mínimo existencial e reserva do possível, a decisão resolve a questão afastando um dos dois princípios, em um modelo que equivale à aplicação de normas-regras, que privilegia soluções argumentativas e binárias. O estado de coisas em que as pretensões surgem permanece inalterado e não há aplicação de soluções técnicas e empíricas. Mesmo que o Estado seja condenado ao fornecimento de medicamento ou tratamento objeto da ação, a estrutura que ensejou a mora estatal não é modificada.

Com efeito, os fundamentos dos padrões decisórios ponderam sobre as questões do direito pela perspectiva individual, dando o devido destaque às questões de existência ou não de uma política pública, aos problemas de financiamento das políticas em saúde, à necessidade de respeitar minimamente os critérios técnicos da medicina e à equalização entre reserva do possível e mínimo existencial, com precedência deste sobre aquele, na maioria das vezes.

Os padrões decisórios não buscam, em efetivo, identificar um problema estrutural e, por meio de uma relação meio-fim, estabelecer a solução para a causa da controvérsia ou do litígio. Ainda que se faça referência ao direito de terceiros, a decisão não se dedica à promoção de todos os direitos que se relacionam com o estado de coisas que a norma-princípio prevê e exige. Ainda que o padrão seja um meio para que as inúmeras ações judiciais sejam julgadas procedentes para garantir o direito dos jurisdicionados, o indivíduo passa a depender não mais da política pública, e sim da prestação jurisdicional.

Por conseguinte, as teses fixadas pelo STF e pelo STJ firmam importante posição de que é possível judicializar o direito à saúde, que é possível requerer tratamento não previsto no SUS, mas desde que se comprovem alguns requisitos para que o direito seja individualmente assegurado. Essas posições definitivas acerca do direito à saúde são importantes, mas não solucionam o problema estrutural. Nesse sentido, é preciso dar o próximo passo. Essa necessidade, ademais, foi devidamente verificada quando do melhoramento imposto pelo tema de repercussão geral 793 sobre a posição definida por meio da STA 175.

Todavia, é preciso fazer um destaque, a adoção do processo estrutural sem que exista uma centralização das decisões, por meio da cooperação judicial.⁴¹⁸ Apesar de o processo estrutural ter a capacidade de orientar a solução que atenda ao direito material em profundidade, com transposição do estado de desconformidade para o estado de conformidade, fato é que a possibilidade de ele coexistir com processos individuais compromete os resultados possíveis. Sem que ocorra a centralização de demandas ou suspensão das demandas individuais, a solução estrutural fica comprometida exatamente pela incidência dos riscos de efeitos desestruturantes, agora sobre a política pública e sobre o processo estrutural. Nesse sentido destaca-se o que foi pontuado no processo ação civil pública 0811930-91.2016.4.05.8100, em que foi noticiado o efeito desestruturante decorrente dos pedidos de tutela de urgência em ações individuais, sem qualquer preocupação em atender aos critérios estabelecidos pelas partes no processo estrutural. Pontua-se, também, a utilização da cooperação jurisdicional, verificada na ação civil pública 0811930-91.2016.4.05.8100.

4.2. Inadequação do modelo de Processo Adversarial

O estudo qualitativo acerca dos elementos que orientaram a aplicação do direito à saúde pelo Judiciário, seja por meio da fixação de teses seja por meio do processo estrutural, permite inferir que não há diferença considerável quanto ao reconhecimento das obrigações em face do Estado, possibilidade de imposição de obrigações de fazer, aplicação de multa em caso de descumprimento do dever imposto pelo Judiciário, responsabilidade solidária dos entes Federados e competência do Ministério Público. Em contrapartida, permite verificar que a diferença significativa se revela no foco que é atribuído pela técnica processual, uma vez que a fixação de teses, construída a partir de casos propostos segundo o modelo adversarial, promove uma definição de como os casos individuais deverão ser apreciados pelo Judiciário, ao passo que nos processos estruturais define-se a modificação da estrutura que está a restringir o direito à saúde, tanto individual quanto coletivamente.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a inadequação do modelo de processo estrutural e que os riscos de efeitos desestruturantes proporcionados pela decisão segundo a perspectiva individual têm estreita relação com as inspirações que orientaram o desenvolvimento do

⁴¹⁸ BRASIL, **Código de Processo Civil**, artigo 69. A propósito dessa disposição processual, destaca-se a reunião de processos, a concentração dos atos entre os juízes cooperantes e a centralização de processos repetitivos. Dessa forma, permite-se que a atuação jurisdicional a propósito de um estado de coisas seja tratado em profundidade, a despeito de existirem demandas individuais que pretendem acesso direto e exclusivo aos bens e serviços necessários à materialização do direito à saúde.

processo judicial tradicional. A forma como as teses são fixadas indicam a aplicação de uma visão privatista tanto do processo quanto do direito material, característica própria do modelo adversarial, em que as partes se põem em posição de disputa por algum bem da vida. A aplicação dessa visão se desdobra na análise exclusivamente individual do direito à saúde, indiferente às repercussões das decisões judiciais sobre as políticas públicas é indiferente ao direito fundamental dos litisconsortes invisíveis (elemento da conflituosidade e da multipolaridade do litígio).

A análise comparada entre as teses fixadas para aplicação do direito à saúde com a aplicação desse direito por meio do processo estrutural revela que a instrumentalidade do processo somente se completará quando cumpridos os propósitos de “proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes”.⁴¹⁹ E sobre esse momento de desenvolvimento da atividade jurisdicional incide a tipologia dos conflitos defendida por Vitorelli,⁴²⁰ a complementar a tutela adequada do direito material.

Na fixação de teses, conquanto se preveja a forma como os Tribunais brasileiros deverão aplicar o direito à saúde, não se revela preocupação com como as posições jurídicas são atingidas pelo estado de coisas, de como esse estado irradia seus efeitos sobre cada um dos titulares do direito. Parte-se do pressuposto de que a definição da aplicação do direito pelo Judiciário é suficiente para solução da questão objetiva tratada na fixação de tese. Todavia, conforme revelado no julgamento do tema 793, os efeitos desestruturantes decorrentes da análise do direito à saúde pela perspectiva individual exigiram revisão do padrão decisório que fora definido por meio da STA 175.

Com efeito, constata-se que efetivamente o processo ainda é marcado pelas ideias fundamentais que inspiraram a fase da ciência processual, na qual se obteve o reconhecimento da autonomia do direito processual, mas que resultou no distanciamento entre processo e direito material.⁴²¹ Verifica-se, portanto, que o modelo tradicional de processo aplica o direito à saúde centrado na primazia à proteção das liberdades individuais,⁴²² o que limita a atuação em tutelas que envolvem direitos coletivos lato sensu, o que tem exigido revisões.⁴²³

⁴¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50.

⁴²⁰ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

⁴²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48-49.

⁴²² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 46.

⁴²³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

Evidencia-se, também, que o julgamento objetivo para definir a forma de aplicação do direito à saúde não promove a adequada tutela do direito material, porquanto não atua sobre o estado de coisas em que ele sofre restrição. Apenas se define como os casos judicializados deverão ser resolvidos, sem que isso represente a solução que concilie a perspectiva individual do direito com a completa. Essa constatação pode ser tributada ao fato de no modelo tradicional não se considerar o conhecimento amplo do litígio, ainda que se apliquem os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Esse déficit cognitivo compromete a compreensão dos vários desdobramentos e das múltiplas facetas envolvidas no que é julgado.⁴²⁴

Um exemplo comparativo poderá revelar essa compreensão. Segundo estudo feito por Roberto Freitas Filho e Ramiro Nóbrega Sant’Ana,⁴²⁵ a judicialização do direito de tratamento cirúrgico, feito em amostragem de processos no Distrito Federal, revelou a importância para efetivo acesso aos serviços de saúde. Segundo o artigo, a tutela jurisdicional teria garantido aos autores das ações significativa redução no tempo de espera pelo procedimento. Por consequência, apurou-se como o acesso à justiça garantiu acesso individual ao serviço de saúde. Comparando esse resultado com o que foi obtido nas ações civis públicas 2006.81.00.002012-4 e 0811930-91.2016.4.05.8100, verifica-se que o uso do processo estrutural, dedicado à correção da falha estrutural na política pública permitiu resultado adequado à aplicação do direito tanto individual quanto coletivamente. Nestes casos, promoveu-se redução no tempo de espera para todos os titulares do direito.

Dessa feita, o fato de se ter fixado como o direito à saúde deve ser aplicado pelo Judiciário em perspectiva individual, ainda que permita a procedência das ações movidas contra o Estado, mantém “viva” a origem da violação ao direito e, paradoxalmente, pode agravar o estado de coisas em desacordo com o direito. Aproveitando a comparação feita acima, o ganho de tempo em favor do indivíduo não significa que haverá proteção ao direito de quem for colocado em posição inferior na ordem de atendimento. Dessa feita, ainda que exista uma pacificação na forma de aplicar o direito, o acesso depende da judicialização.

Com efeito, um sistema de processo e procedimentos que busca um vencedor e um perdedor, sem espaço para construção de soluções conforme o direito, sem espaço para impor a transição de um estado de coisas contrário ao direito para um estado de coisas conforme o

⁴²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 387.

⁴²⁵ FREITAS FILHO, Roberto; SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Direito Fundamental à Saúde e a demora no atendimento em cirurgias eletivas, **DPU Nº 67** -Jan-fev/2016 - Parte Geral – Doutrina.

direito,⁴²⁶ não se adequa ao direito fundamental social. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno, com sua incorporação de direitos fundamentais e imposição de deveres fundamentais ao Estado, exige uma adaptação procedimental⁴²⁷ para garantir tutela específica, segurança jurídica, isonomia na aplicação do direito, solução da causa do litígio (estado de coisas em desacordo com o direito), preservação do direito e interesses de terceiros, alicerçados tanto no direito objeto da demanda quanto em outros direitos fundamentais.

Por consequência, impera sobre a fixação de teses a abordagem individual do direito à saúde, inadequada em virtude de se permitir a apropriação individual de “uma coisa comum, coletiva, indivisível e escassa”.⁴²⁸

A conjugação de tantas forças e interesses contrapostos, alguns dentro do mesmo grupo que litiga em busca do mesmo direito e outros em indivíduos que sequer acessam o Judiciário, não são apropriadas pelo exame que se realiza exclusivamente com base em uma relação processual bipolar, cuja solução levará a um vencedor e a um perdedor. Ainda que essas forças sejam intuitivamente verificadas, a limitação cognitiva e o princípio da demanda impedem que elas sejam efetivamente analisadas e consideradas na aplicação do direito ao caso concreto. Prova disso são os recursos argumentativos contidos na fundamentação das decisões judiciais, que “não trataram de forma aprofundada o conceito de direito à saúde” e “não adentraram no conceito de políticas públicas, tampouco explicitaram o que seria integralidade e universalidade e quais os critérios de distribuição norteiam as prestações de saúde, de forma não casuísta”.⁴²⁹

Mesmo que se tenha consciência de que a decisão poderá atingir as finanças públicas, com potencial risco de que isso comprometa o direito e interesses de terceiros, inclusive os fundamentados sobre o mesmo direito fundamental social, os padrões decisórios não necessariamente se destinam a equalizar essas questões jurídicas.

Não se defende uma ruptura com o sistema processual vigente, tampouco que a fixação de teses seja inútil. Há uma evidente importância do processo adversarial, bipolar e binário para

⁴²⁶ A ideia de estado de coisas é apresentada por Humberto Ávila (**Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2021) como uma decorrência da aplicação das normas-princípios. Segundo esse fundamento, os princípios são normas que não indicam as ações necessárias para atingir uma finalidade, apenas indicam a finalidade que deve ser atingida, deixando aberta a possibilidade de definição das ações. Dessa forma, a aplicação de uma norma-princípio enseja a transição de um estado de coisas para um outro estado de coisas, este último em conformidade com a finalidade imposta pela norma-princípio. Há, portanto, uma transição espaço tempo para alcançar o estado “idealizado” pela norma.

⁴²⁷ A propósito da flexibilidade procedimental para sua adaptação ao direito material e às peculiaridades do caso concreto, conferir Paulo Mendes de Oliveira, *Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual*, São Palo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁴²⁸ FREITAS FILHO, Roberto (organizador). **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF**. Brasília: IDP, 2015. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. p. 9.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 91.

uma infinidade de circunstâncias concretas, especialmente às individuais e privadas. Todavia, a verificação que para uma outra gama de situações ele se apresenta inadequado exige flexibilização para adaptá-lo às peculiaridades do caso concreto,⁴³⁰ o qual não se restringe mais à garantia dos direitos individuais.

O Judiciário, enquanto Poder do Estado, está vinculado aos direitos fundamentais de tal forma que mesmo em se tratando de demandas individuais deverá observá-los em sua ampla perspectiva, e não apenas para solucionar o caso concreto. Afinal, a definição de como o direito será aplicado a casos individuais não necessariamente garante a superação do estado de coisas contrário ao direito, o que mantém a litigiosidade. Dessa forma, em se identificando uma falha estrutural, é preciso buscar meios procedimentais que permitam a produção de uma decisão também estrutural, e não desestruturante.

A existência do procedimento legal, independentemente das circunstâncias históricas e culturais que contribuíram para sua formação, é meio para garantia da segurança jurídica. Entretanto, a legislação processual tem tornado o “procedimento dúctil”, por meio da previsão de “caminhos diversos a depender das circunstâncias da relação substancial deduzida em juízo”⁴³¹. Nesse sentido, há uma inegável importância do procedimento para a segurança jurídica, construída ao longo da história, cultura e necessidades conjecturais, o que não é obstáculo para a superação dos paradigmas anteriores. Nesse sentido, não se deve abandonar o “procedimento-padrão”, e sim a rigidez⁴³² que permite a produção de decisões desestruturantes e limita a produção de decisões estruturantes.

Mesmo em se aplicando a solução pela coletivização das demandas (seja ela por meio da objetivização das decisões sobre casos individuais,⁴³³ seja pela reunião dos processos que tutelam interesses individuais homogêneos), os limites impostos à intervenção de terceiros e a

⁴³⁰ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 274-275.

⁴³² *Ibidem*, p. 274-275.

⁴³³ Por objetivização se refere às formas de fixação de teses pelos Tribunais Superiores, em que diversos casos individuais recebem uma única decisão de mérito. Nesse sentido, faz-se referência às Súmulas Vinculantes, ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, aos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, ao Incidente de Assunção de Competência e, em certa medida, às decisões proferidas pelo STF em Repercussão Geral. Nesse sentido, Osmar Paixão Côrtes: “Observa-se, há alguns anos, no âmbito principalmente dos Tribunais Superiores, uma mudança de paradigma – do subjetivo ao objetivo. As Cortes focam mais sua atuação na definição de teses (objetivo) que surtirão efeitos em outros processos (subjetivo). As decisões tomadas pelos tribunais, ainda que não em processos típicos de controle concentrado (objetivos), produzem efeitos para além do caso concreto e afetam outros processos (subjetivos).

A esse movimento, chama-se objetivização” (A objetivização do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo. **Revista REPRO RT 251**, janeiro/2016). A propósito da objetivização, do mesmo autor, conferir também: CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Reclamação: a ampliação do cabimento no contexto da "objetivização" do processo nos Tribunais Superiores**. **RePro**, n. 197, São Paulo: Ed. RT, jul. 2011.

solução calcada na perspectiva individual do direito mantêm as consequências da inadequação procedimental. Isso, especialmente em virtude da ausência de ferramentas para equalizar os múltiplos interesses dos múltiplos titulares do direito e dos limites da coisa julgada constituída por meio de ações coletivas.⁴³⁴ Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhart destaca que “os interesses individuais homogêneos são, na verdade, especial nuance da tutela processual de direitos individuais”.⁴³⁵ Logo, não há uma efetiva adaptação do procedimento para a solução equilibrada das perspectivas individual e coletiva, para a solução do problema estrutural identificado na demanda.

José Rodrigo Rodriguez, ao tratar de como decidem as cortes e sobe o abismo entre a lei e a realidade, destaca a importância de transformar o procedimento que confere direitos fundamentais sociais aos indivíduos em uma estrutura de pensamento necessária para resolver o problema em nível coletivo, de modo a permitir que a efetividade do direito fundamental social possa se reverter em uma regra geral. Afinal, segundo o próprio autor, “a efetividade dos direitos sociais (...) não podem (sic) ser equacionados indivíduo a indivíduo”.⁴³⁶ Todavia, conforme se tem argumentado, a simples coletivização das demandas, inclusive por meio da fixação de teses, não é suficiente para superar a aplicação do direito sob sua perspectiva individual e particularizada. Por conseguinte, a melhor resposta jurídica para os conflitos que envolvem direitos fundamentais sociais será aquela obtida a partir da “máxima argumentação possível”,⁴³⁷ finalidade que deverá ser garantida pelo procedimento e pela forma de análise do direito material.

A propósito do equacionamento dos direitos fundamentais sociais, relevante contribuição é dada por Edilson Vitorelli,⁴³⁸ ao propor a revisão dos tipos de conflito transindividuais e individuais homogêneos em três categorias: a) litígios de difusão global; b) litígios de difusão local e c) litígios de difusão irradiada. Os litígios de difusão global seriam aqueles que decorrem de um ato lesivo incapaz de atingir especificamente um indivíduo ou um grupo de indivíduos definido, razão pela qual é impossível se chegar a um interessado ou grupo de interessados na solução para a lesão ao direito⁴³⁹. Os litígios de difusão local decorrem de

⁴³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 141.

⁴³⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. páginas 45-46 e nota 31.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 217.

⁴³⁸ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 78

⁴³⁹ O autor indica como exemplo um pequeno derramamento de óleo em uma faixa marítima fora do domínio de qualquer país. Ainda que a coletividade formada pela população mundial possa ter interesse na preservação do

lesões que atingem especificamente um grupo passível de determinação e que é mais intensamente atingido, razão pela qual é possível encontrar uma certa unidade nas pretensões (ainda que seja possível algumas pequenas dissensões). Nesse grupo de litígios é possível identificar pessoas da comunidade que podem ter um interesse particular afinado com os interesses do grupo, mas que são irrelevantes⁴⁴⁰ em virtude de não pertencer ao grupo atingido pela lesão. Por fim, os litígios de difusão irradiada são os que atingem diretamente os interesses de diversos indivíduos e segmentos da sociedade, em níveis e intensidade diferentes, razão pela qual as soluções para esses litígios são defendidas de maneiras divergentes, inclusive antagônicas, mas todas dentro do limite da legalidade.

Essa proposição importa para as reflexões desta dissertação na medida em que representa como a judicialização influencia no direito dos indivíduos a depender do tipo de litígio. Interessa, portanto, os litígios de difusão local e de difusão irradiada. Nos litígios de difusão local se poderiam enquadrar os indivíduos que mais intensamente dependem das políticas públicas de saúde para ter acesso a tratamentos médicos, inclusive os básicos, e que, portanto, são mais severamente atingidos pelas lacunas, falhas ou resultados indesejados das políticas públicas. Nos de difusão irradiada estariam tanto os indivíduos que dependem intensamente dos serviços públicos de saúde quanto os indivíduos que, apesar de boas condições econômico-financeiras, dependem dos serviços públicos para obter pretensões que exorbitam a capacidade de seus recursos.

Com efeito, “ainda que nem todo litígio coletivo irradiado seja estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado”.⁴⁴¹ Expandindo a análise dos conflitos de difusão irradiada para a judicialização da saúde, percebe-se que os interesses dos indivíduos que possuem condições econômico-financeiras para ter acesso à maioria das ações de saúde são irrelevantes quando se trata de lacunas, falhas ou resultados indesejados de políticas públicas destinadas à saúde básica (consultas médicas, cirurgias eletivas menos complexas, tratamentos ortopédicos, acesso a saneamento básico, nutrição de qualidade etc.). O mesmo não ocorre quando se verifica uma carência no fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo,

meio ambiente, não há qualquer indivíduo que efetivamente tenha sido atingido pelo ato lesivo e, portanto, não há espaço para se pensar em um processo de reparação ou de remoção do ilícito.

⁴⁴⁰ Para exemplificar a irrelevância do interesse de pessoas alheias ao grupo, o autor cita os interesses das mulheres. Ainda que os interesses de um homem sejam afinados com os interesses das mulheres, na busca da construção de uma sociedade igualitária, os interesses do homem são irrelevantes exatamente por ele não ser atingido pelos atos que lesam os direitos das mulheres. O mesmo ocorreria com o exemplo dos interesses dos trabalhadores, em que os interesses dos advogados especializados em direito do trabalho também são irrelevantes para o grupo e para as soluções que se construirão.

⁴⁴¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, p. 333 – 369. Out / 2018 DTR\2018\19904

em que também os indivíduos com elevada capacidade econômico-financeira são atingidos. Entretanto, o nível e intensidade com que os interesses são atingidos é distinto, porquanto os indivíduos com menor capacidade econômico-financeira são exatamente os que sofrem com maior comprometimento do orçamento familiar para custear medicamentos⁴⁴² e os indivíduos que conseguem acesso a diagnósticos por meio dos sistemas particulares possuem melhor acesso aos serviços públicos quando necessita.⁴⁴³

A análise dessas diversas facetas da judicialização do direito à saúde reforça a conclusão doutrinária obtida por Vitorelli: “É por isso que os litígios estruturais são policêntricos e não se enquadram adequadamente no esquema processual tradicional”.⁴⁴⁴

Fazendo um paralelo entre os ciclos de formação de políticas públicas e a conflituosidade, verifica-se que ela espelha as influências dos atores nos ciclos de políticas públicas, voltada para a defesa de posições individuais na elaboração do programa para solucionar o problema apropriado pela agenda institucional. Dessa feita, em ambas as formas de materialização do direito fundamental (política e jurisdicional), fica claro como os interesses individuais são força motriz. Entretanto, no modelo adversarial, bipolar e binário, apenas os interesses dos atores individuais serão objeto de análise pelo Judiciário. Essa prevalência coincide com uma das formas de disfuncionalidade das políticas públicas, em que os interesses individuais podem prevalecer em virtude da ação direta dos atores com poderes de veto.⁴⁴⁵ Por consequência, é necessária a adaptação procedimental para aplicação do direito pela via jurisdicional, com foco na análise do direito material e dos múltiplos interesses individuais. Dessa forma, viabiliza-se a transposição do estado de desconformidade e permite-se que a aplicação do direito à saúde solucione a causa da restrição ao direito, não se restringindo à sua consequência.

4.3 A Insuficiência da fixação de Teses

Verificada a inadequação do modelo de processo tradicional para tratamento dos casos em que se aplica o direito à saúde como forma de acesso a bens e serviços em face do Estado,

⁴⁴² Fabiola Sulpino Vieira. **Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016**. IPEA, 2018.

⁴⁴³ FREITAS FILHO, Roberto; SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Direito Fundamental à Saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas, **DPU Nº 67** -Jan-fev/2016 - Parte Geral – Doutrina, p. 89.

⁴⁴⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, p. 333 – 369. Out / 2018 DTR\2018\19904. p. 340.

⁴⁴⁵ HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

necessário analisar de forma mais detida a insuficiência dessa forma de padronização de decisões. A análise dos instrumentos de julgamento coletivo de demandas individuais não terá por objetivo aprofundar nas críticas a esses institutos enquanto comprometedores do contraditório ou da inversão na lógica de uma justiça baseada em precedentes.⁴⁴⁶ Tampouco se advoga que eles não tenham utilidade para todo e qualquer tipo de litigiosidade repetitiva. Nesse sentido, o foco será exclusivamente sobre como o tratamento objetivo se relaciona com o estado de coisas em que a restrição ao direito é verificada.

Conforme foi possível observar a partir da descrição dos temas e teses descritos no capítulo 03, os efeitos vinculantes dos padrões decisórios constituídos por meio do julgamento objetivo almejam “constituir-se como a regra decisória de uma multiplicidade de casos concretos, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional”.⁴⁴⁷

Inicialmente, é preciso considerar que, a par de qualquer crítica, os instrumentos de julgamento coletivo de tutelas individuais apresentam fato importante para a compreensão do Processo Estrutural. Por meio deles, o atual sistema jurídico aceita que os efeitos da decisão proferida em um processo adversarial, bipolar e binário repercutam sobre o direito e interesses de terceiros, mesmo que eles não tenham sido efetivamente convocados a participar do processo ou que tenham efetivamente exercido o direito ao contraditório. A verificação de que decisões proferidas em casos individuais repercutam sobre os interesses dos litisconsortes invisíveis (indivíduos atingidos pelos efeitos desestruturantes dessas decisões), deve ser visto como um contra-argumento às críticas que advogam contra os provimentos coletivos.

Nesse sentido, Arenhart (2014:198) defende que “a aplicação do cânone da proporcionalidade panprocessual impõe que se cogite, seriamente, diante de certas situações, o emprego de técnicas que sejam capazes de resolver, de forma coletiva, interesses individuais”.⁴⁴⁸ Além disso, destaca que “nenhuma estranheza deve causar o fato de terceiros serem atingidos pelos efeitos de decisões judiciais” e que “nada indica que apenas [os sujeitos envolvidos na relação jurídica discutida no processo] devam ou sejam apanhadas por tais consequências”.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ A propósito da crítica à alteração na lógica dos precedentes, conferir: ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2019, capítulo 06.

⁴⁴⁷ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.^a ed., SP: RT, 2019, p. 1054.

⁴⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 198.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 203.

Ocorre que, como o modelo processual por meio dos quais são promovidos esses padrões decisórios está afinado com os interesses particulares e com a perspectiva individual do direito, a base para a padronização é um caso proposto e analisado segundo a perspectiva individual. Dessa forma, os elementos necessários para produzir uma decisão estruturante não são considerados. Nesse sentido, pode-se falar em uma padronização de decisões com risco de produção de efeitos desestruturantes, as quais não promoveram a análise do direito sob a perspectiva da complexidade, conflituosidade e níveis de difusão do litígio (global, local ou irradiada).

Nesse sentido, o tema 793 confirma a insuficiência da fixação de teses para que o direito à saúde seja aplicado como meio de transposição do estado de coisas em que se verifica a restrição ao direito à saúde. Ao se verificar a necessidade de melhor definir os parâmetros contidos no padrão fixado pela STA 175, destacaram-se as consequências desestruturantes que foram verificadas a partir da declaração de solidariedade irrestrita e do foco eminentemente individual atribuído ao direito à saúde.

Apesar de a padronização poder representar uma forma de gestão de processos, ela mantém as causas das pretensões intactas, porquanto não visam a transposição de um estado de coisas em desacordo com o direito para um estado de coisas conforme o direito. A origem comum das violações aos direitos (lacunas, falhas ou resultados indesejados das políticas públicas) é mantida, embora o Estado passe a ser condenado a conceder as pretensões individualizadas. Nesse sentido, a solução coletiva de demandas individuais não promove a solução do direito coletivo ou completo, porquanto “[a] solução elimina o problema de excesso de demandas para as Cortes Superiores, mas não o faz para o Judiciário como um todo”.⁴⁵⁰

Em grande medida, a litigiosidade é reflexo da permanência do estado de violação do direito por descumprimento do dever atribuído pela Constituição Federal ao Estado. Dessa forma, ainda que se tenha uniformidade no tratamento de casos individuais, é possível verificar que persiste a causa da violação do direito e, portanto, persistem a conflituosidade. Como a tese fixada se aplica aos casos judicializados e mediante uma perspectiva individual do direito saúde, o acesso a ele, em casos vinculados ao mesmo problema estrutural, dependem da propositura de novas ações individuais.

Conforme se verificou na análise da ação civil pública 0811930-91.2016.4.05.8100, os reflexos das decisões de casos individuais sobre os interesses de terceiros se verificam mesmo quando há um processo estrutural dedicado à solução da origem das restrições ao direito. Essa

⁴⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 58.

constatação permite verificar como a adoção da perspectiva individual tem potencial para desestruturar tanto a política pública quanto o provimento jurisdicional dedicado à solução do problema estrutural.

É certo que a consequência lógica seria o Estado, a partir do que foi pacificado no julgamento coletivo de demandas individuais, solucionasse o problema do qual decorrem as pretensões, uma vez que “os direitos só deixam de ser meras declarações quando estas conferem poder a organismos cujas decisões sejam juridicamente vinculantes”.⁴⁵¹ Todavia, o que se verifica é a criação de estruturas paralelas para dar conta do cumprimento das decisões judiciais, sem qualquer observância aos critérios técnicos estabelecidos pelo próprio SUS,⁴⁵² estruturas essas que não respeitam as prioridades estabelecidas pela política pública.

Esse fato permite, no mínimo, supor a irracionalidade que norteia os ciclos de formulação de políticas públicas, de modo a justificar a aplicação do processo estrutural para corrigir os problemas contidos na política pública. Afinal, a despeito de reiteradas decisões judiciais e condenações, mantêm-se os programas estatais distantes do que prevê o direito. Isso, mesmo sendo o direito e as decisões judiciais importantes critérios de avaliação de problemas públicos para a escolha das alternativas que comporão as políticas públicas.⁴⁵³

Com efeito, a possibilidade de reunião de demandas para coletivizar a solução dos litígios é aceita pelo ordenamento jurídico, apesar de sua forma ainda prestigiar a perspectiva individual do direito à saúde. Em consequência, confirma-se a necessidade de adoção do procedimento adequado ao direito substancial e completo, porquanto priorizar a solução individual agride a função de não discriminação.⁴⁵⁴

O Judiciário, enquanto poder do Estado Constitucional Democrático, também está obrigado a atender às funções dos direitos fundamentais no exercício da jurisdição. Todavia, a análise das ferramentas de padronização na aplicação do direito à saúde indica que apenas a perspectiva individual é considerada na fixação da tese, ainda que se debata acerca das repercussões do exercício da jurisdição sobre as políticas públicas. Por conseguinte, confirma-se a conclusão da doutrina, no sentido de que se têm criado “verdadeiros momentos de grande

⁴⁵¹ HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. **O custo dos Direitos: por quê a liberdade depende de impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 8.

⁴⁵² PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão Figueiredo; SIMAS Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15(5):2405-2414, 2010.

⁴⁵³ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 87.

⁴⁵⁴ A propósito da função de não discriminação, conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003, p. 409; e ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 393.

insegurança jurídica, não obstante serem continuamente apontados como a solução para a crise do sistema”.⁴⁵⁵

Dessa feita, ainda que as teses fixadas nos julgamentos objetivos tenham definido a possibilidade de o direito à saúde ser judicializado, a obrigação do Estado em cumprir com o dever que lhe é imposto pela Constituição Federal e a possibilidade de ele ser obrigado a promover as ações necessárias à materialização desse direito fundamental social, elas não são suficientes para que a origem da restrição ao direito seja equalizada de maneira definitiva. Pelo contrário, conforme se verificou na análise do tema 793, o acesso ao direito fica vinculado e dependente da judicialização individual. Com isso, a despeito da fixação de como deve se dar a aplicação do direito aos casos concretos, mantém-se a litigiosidade, dada a preservação da causa das pretensões individualmente consideradas.

Apesar do aumento com os gastos com medicamentos pelo SUS, realizado por meio das políticas públicas,⁴⁵⁶ e da imposição de novos gastos por meio das decisões judiciais, persiste um contexto em que a litigiosidade não reduz. Esses elementos são o indicativo de que a solução pelo modelo adversarial, bipolar e binário mantém a fonte da violação aos direitos e não contribuem para a promoção de uma reestruturação que atenda às finalidades do direito, ainda que promova a solução coletiva de demandas individuais.

4.4 A Sistemática do Processo Estrutural

A descrição dos casos em que se identificou a aplicação do processo estrutural evidenciou como a aplicação do direito à saúde pode se dedicar à solução da origem das restrições impostas pelas contingências das políticas públicas, apesar de se seguirem as definições confirmadas pelos padrões contidos nos julgamentos objetivos. Evidenciou, também, que o litígio em que se insere a restrição ao direito à saúde não se restringe à bipolaridade ou bilateralidade, tampouco admite soluções binárias (vencedor/perdedor). O simples fato de as demandas voltarem a aplicação do direito para a correção da falha estrutural, por meio de programas alternativos, permitiu a manutenção do programa público sem se omitir quanto ao dever de o Judiciário garantir a aplicação do direito em sua modalidade completa.

Com efeito, o foco do processo não foi sobre o ato ilícito (entendido como restrição ao direito), mas sobre a dinâmica da burocracia estatal, do que decorreu uma medida judicial

⁴⁵⁵ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.^a ed., SP: RT, 2019, p. 1410.

⁴⁵⁶ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016**. IPEA, 2018.

instrumental para escolha, dentre as várias juridicamente lícitas, das formas necessárias para atingir o propósito constitucional.⁴⁵⁷ Dessa forma, foi possível conduzir o processo observando os diversos centros de interesses, característicos da policentria. Todavia, confirmou-se a “dificuldade de atuação da jurisdição sobre temas em que há “diversos centros distintos de interesse”, reciprocamente relacionados,⁴⁵⁸ uma vez que na ação civil pública 0811930-91.2016.4.05.8100 foram apresentados pedidos de atenção a interesses individuais sem qualquer referência ao programa homologado como solução para o problema estrutural.

Também é importante destacar que a análise dos casos em que se aplicou a técnica de processo estrutural não identificou atuação ativista. Em nenhum dos casos afastou-se a aplicação do direito positivado por meio de argumentos morais ou performáticos. A aplicação do direito, em todos os casos, se deu em respeito às competências dos entes da Federação, com base em fundamentos estritamente jurídicos e sem qualquer avaliação moral dos resultados das políticas públicas. Toda a atuação jurisdicional concentrou-se exclusivamente em identificar um estado de coisas em que o direito fundamental não foi concretizado ou materializado (seja pela ausência de uma política pública exigida pelo direito, seja pela lacuna, falha ou resultado indesejado do programa em execução) para impor que se construa, materialize e mantenha o estado de coisas conforme o direito.

O processo estrutural, por conseguinte, mostrou-se meio adequado para buscar tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito, da causa de restrição ao direito à saúde. Nos casos analisados, a tutela se destinou à realização específica do estabelecido pela norma, removendo os problemas estruturais que ensejavam a restrição de acesso aos bens e serviços já previstos na política pública deficitária.

Tendo em vista que se pode pretender a inibição ou a remoção do ilícito, independentemente de haver dano, confirmou-se a possibilidade de a jurisdição ensejar decisões destinadas à proteção do direito antes mesmo de os demais titulares do direito sofrerem algum tipo de dano. Dessa forma, ficou evidente que, ao deparar com uma ação que contém um pedido que decorre de um problema estrutural e em cuja decisão é possível conter elementos desestruturantes das políticas públicas vigentes, deve-se buscar a tutela que remova ou iniba o ilícito, o que atribui ao processo uma função preventiva.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 681-682

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 685

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 59

O dever fundamental que decorre dos direitos fundamentais se relaciona com a proteção destinada a impedir ou impor condutas. A garantia do direito, portanto, está intimamente relacionada com obrigações de fazer e de não fazer, razão pela qual ao juiz é permitido trabalhar com a coerção indireta, com meios de pressão sobre a vontade do demandado, exatamente como definido pelos padrões fixados nos julgamentos objetivos pelo STF e pelo STJ.

Esse, aliás, o sentido do termo *injunction* que, apesar de não encontrar correspondência exata no sistema brasileiro, consiste em uma ordem judicial destinada a proibir a prática de um ato ou a exigi-la, podendo ter caráter preventivo exatamente por não estar vinculada à reparação de um ilícito, e sim a evitar danos futuros.⁴⁶⁰

Por consequência, ficou confirmada a viabilidade de o processo estrutural “remover o estado de desconformidade, promovendo uma transição para o estado de conformidade”.⁴⁶¹ Os casos analisados revelaram como o Judiciário identificou a origem ou o fato relevante que ensejava o estado de desconformidade, não se limitando às consequências da desconformidade. Além disso, identificou os direitos de outros grupos atingidos tanto pelo efeito irradiante da decisão, quanto pelo próprio estado de desconformidade. Dessa forma, aplicou o direito à saúde segundo o exame da macrolide, com todas as suas nuances, inclusive potencial desestruturante das políticas públicas e comprometimento do direito de terceiros.

Em todos os casos foi possível perceber como o Judiciário se desvinculou do modo pelo qual o autor da ação formulou sua pretensão. A esse respeito, destaca-se a ação ordinária 0801501-31.2017.4.05.8100, em que se homologou negócio jurídico processual para adequar os pedidos a um modelo estrutural de processo. Dessa forma, prestigiou-se a liberdade para aplicar o direito da maneira correta, diante da indicação dos fatos, independentemente de terem sido vinculados inicialmente a uma demanda individual.

Ainda que o ideal fosse que a ação se iniciasse por meio de uma demanda endereçada à transição de um estado de desconformidade para um estado de coisas conforme o direito, a própria natureza do direito (que reúne complexidade, multipolaridade, litigiosidade, conflituosidade e risco de decisões desestruturantes) reclama flexibilidade procedimental. A natureza do direito material objeto do processo e suas questões imanentes não são fatos externos, inacessíveis ao Judiciário. As próprias questões ligadas ao mínimo existencial e à

⁴⁶⁰ O conceito é apresentado por Henrique Alves Pinto em “A condução de decisões estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015”, com remissão aos esclarecimentos de Melina de Medeiros Rós e Daniel Porto Godinho da Silva. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 400

⁴⁶¹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 578.

reserva do possível atraem uma análise estrutural do litígio que requer a possibilidade de ela ser ampliada para considerar a questão em sua perspectiva macro. Por consequência, “poderá o juiz examinar todos os fatos pertencentes à causa de pedir, tenham eles sido alegados ou não, bastando que estejam provados no processo (por atividade da parte, do juiz ou de outrem)”.⁴⁶²

A possibilidade de alteração do objeto do pedido mostrou-se como conduta necessária para promover a adaptação no procedimento e permitir a investigação de múltiplas questões de fato, muitas delas difusas ou indeterminadas.⁴⁶³

Nesse sentido, ficou demonstrado como o Código de Processo Civil possui ferramentas aptas a promover a aplicação do processo estrutural. Sem abandonar os limites impostos pelo Código, o magistrado conciliou a tutela solicitada com a atuação sobre o estado de coisas, a fim de que fosse garantida efetividade à tutela jurisdicional. Por consequência, ficou comprovado que não há qualquer restrição a decisões judiciais que se adequem amplamente a todas as questões iminentes do direito fundamental.

Tome-se por exemplo o pedido de internação em UTI. Verificada a deficiência na quantidade de leitos disponíveis, o processo foi conduzido de modo a construir uma solução juntamente com os entes da Federação para superar os obstáculos enfrentados pela política pública. No caso das cirurgias, em vez de se determinar a realização do procedimento para um indivíduo, aprofundou-se no exame das razões pelas quais havia acúmulo de pacientes aguardando o tratamento para, então, organizar as filas. No caso dos diagnósticos de neoplasia maligna, aprofundou-se no exame das causas da demora no diagnóstico, o qual era a razão da demora no cumprimento do prazo de início do tratamento, definido pela própria política pública. Para todas as situações, a decisão judicial não se restringiu à “proteção de direitos subjetivos ou a solução de algum conflito pontual”.⁴⁶⁴ Com a implementação do estado de coisas conforme o direito, todos os direitos “cuja efetivação decorrem do alcance do estado de coisas”⁴⁶⁵ foram assegurados.

Também foi possível constatar que os casos analisados promoveram a divisão do processo em duas fases, exatamente como defendido por Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr.

⁴⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 176.

⁴⁶³ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 587

⁴⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 821.

⁴⁶⁵ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 153.

⁴⁶⁶ e Matheus Souza Galdino.⁴⁶⁷ Em um primeiro momento buscou-se identificar o problema estrutural que estava a restringir o direito à saúde objeto da demanda. Identificado o problema estrutural e o estado de desconformidade, o processo foi conduzido por meio de estímulo à consensualidade para construção da melhor solução técnica para o caso. Construída a solução, passou-se a monitorar a implementação e os resultados das medidas impostas aos demandados.

Com efeito, foram produzidos provimentos em cascata, exatamente como identifica a análise doutrinária de Sérgio Cruz Arenhart.⁴⁶⁸ Todos os problemas foram resolvidos à medida que apareceram. Primeiro foi proferida uma decisão genérica e de caráter principiológico, cuja finalidade foi “fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema”.⁴⁶⁹ Em seguida, outras decisões foram exigidas, a partir das constatações feitas nas sucessivas audiências de conciliação, inclusive no caso em que foram formulados pedidos de tutela de urgência vocacionados à solução de interesses individuais.

Exatamente por se tratarem de ações que se relacionam intimamente com o estado de coisas presente e que se pretende transitar para um estado de coisas futuro, conformado ao direito, a função jurisdicional não se esgotou com a identificação do problema estrutural. As sucessivas alterações nos estados de desconformidade em transição para o estado de conformidade autorizaram a produção de novas decisões que adaptaram as obrigações e impediram agravamento do estado de coisas ou efeitos desestruturantes. Essa produção de “provimentos em cascata” é plenamente compatível com os artigos 493 e 505, inciso I, do CPC, que autorizam tanto a consideração de novos fatos capazes de influir no julgamento quanto a prolação de novas decisões caso sejam verificadas alterações no estado de fato ou de direito. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet define que “decisões estruturantes servem para assegurar uma solução unitária e mais sistêmica”.⁴⁷⁰

Ficou comprovada, portanto, a importância de se dividir o processo estrutural em fases. Essa forma de atuação se adapta às duas características do direito fundamental, norma-princípio e norma-regra, produzindo normas de decisão que condizem com essa característica. Segundo

⁴⁶⁶ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 586

⁴⁶⁷ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

⁴⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225/2013, p. 389-410, Nov/2013. DTR\2013\10261. p 395.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

⁴⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 493.

a definição de Humberto Ávila, a norma-princípio estabelece um estado de coisas a ser alcançado e a norma-princípio se destina a estabelecer condutas endereçadas à consecução de fins.⁴⁷¹ Dessa forma, a decisão proferida na primeira fase se destina à produção de uma norma-princípio de decisão, a qual define o estado de coisas exigido pelo direito, a partir da análise do caso concreto. A proferida na segunda fase, por sua vez, se destina à produção de uma norma-regra de decisão, a qual define as condutas que deverão ser seguidas para, segundo os contornos do caso concreto, alcançar o estado de coisas necessário à solução da causa das violações, não apenas dos seus efeitos.

Se a ação visa aperfeiçoar a ação estatal para que ela cumpra com as exigências do disposto pelo direito positivo, de modo a solucionar a causa das violações aos direitos e interesses dos respectivos titulares, é necessário permitir que os poderes político-administrativos participem ativamente na definição das condutas, próprias da segunda fase. E isso foi constatado em todos os paradigmas analisados.

A legitimidade e a representação adequada são preocupações apresentadas por Sérgio Cruz Arenhart.⁴⁷² Todavia, elas foram plenamente garantidas por meio do processo estrutural na medida em que: a) atuação do Judiciário se deu segundo o estado de coisas definido pelo constituinte; b) as soluções foram produto do diálogo com os poderes político-administrativos, de modo a garantir que a solução encontrada, além de estar direcionada ao estado de coisas estabelecido pela norma, e não exclusivamente pela agenda política, fosse definida pelos representantes do Executivo; c) as soluções definidas pelo judiciário deverão perdurar durante o período de transição e enquanto perdurar a omissão dos poderes político-administrativos; d) não foi impossibilitada a tutela individual de urgência para prevenir danos de difícil ou impossível reparação, apesar de inicialmente se ter remetido a solução dos casos pontuais ao programa definido pelo processo dialógico.

Os casos analisados também revelaram a utilização da cooperação jurisdicional, por meio da qual foram realizadas audiências conjuntas para solucionar casos conectados a um mesmo estado de coisas. Dessa forma, ficou destacada a atuação dedicada à prevenção de efeitos desestruturantes. Nesse sentido, destacam-se outras formas de cooperação possíveis: a) centralização da “efetivação das tutelas provisórias e (...) execução das decisões jurisdicionais (art. 69, §2º, III e VII do CPC) relacionadas ao objeto do processo estrutural” no juízo em que

⁴⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

⁴⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

esse processo tramita; b) “classificação dos direitos’ conforme ordens de prioridade definidas pelo juízo estrutural”.⁴⁷³

Outras formas de reunião processual, previstas no Código de Processo Civil, também podem ser aproveitadas para o desenvolvimento de um processo estrutural. A assunção de competência, prevista no artigo 947 do CPC, se aplicada com a finalidade de tratar a questão a partir do estado de coisas e da transição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade, permite a reunião das demandas que envolvam “relevante questão de direito, com grande repercussão social”. Nesse sentido, tanto se pode utilizar o incidente como utilizar a conduta necessária para atuação harmônica com a finalidade da norma processual (prevenção de decisões conflitantes, segurança jurídica para evitar as repercussões negativas que a decisão pode vir a acarretar). Aplicando essa lógica, contida na finalidade da regra, é possível tanto a reunião de processos em vara específica/preventa quanto a aplicação do IAC como ação destinada a impedir decisões que desestruturam políticas públicas, que comprometem posições jurídicas dos demais titulares do direito fundamental e, portanto, a corrigir a causa das violações.

Confirmando o que defendem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. “é possível “reconstruir” o sistema jurídico a partir da interpretação correta dos textos normativos já existentes”.⁴⁷⁴ Para tanto, o foco deve ser a melhor solução do litígio para impedir efeitos desestruturantes e litigiosidade repetitiva. Não se pode focar exclusivamente na gestão processual. É a adequação ao direito material que deve nortear a atividade do Judiciário, de modo que é preciso adaptar o procedimento às exigências do direito material para promover a remoção ou inibição do ilícito, indicando o estado de coisas em desacordo com o direito e determinando os meios pelos quais se materializará o estado de coisas exigido pelo direito.

4.5 Aproximação entre Processo Estrutural e Processo de Formulação de Políticas Públicas

A análise qualitativa permite verificar a aproximação que há entre o modelo de processo estrutural e a formação das políticas públicas. Em ambas as formas de atuação do Estado para materialização do direito fundamental social à saúde, promove-se uma transição entre dois estados de coisas. Por meio de uma atuação que adequa meios aos fins, o Estado, seja no

⁴⁷³ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 123

⁴⁷⁴ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 221

exercício da jurisdição, seja na formulação de políticas públicas, viabiliza a concretização do estado de coisas definido pelo direito positivado pela Constituição Federal.

Nesse sentido, da mesma forma como o processo político-administrativo vem se apropriando de categorias do processo judicial como “modelo cognitivo, por se tratar de matriz jurídico-processual por excelência”,⁴⁷⁵ o Judiciário deve se aproveitar da experiência da Administração para, por meio do processo estrutural, promover a transição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade com o direito. Do mesmo modo que a destinação meio-fim da política pública orienta a ação estatal para modificação de um status quo em que há um problema social a ser resolvido, o processo estrutural se destina a uma finalidade meio-fim para que os estados de desconformidade cedam espaço à construção de um estado de coisas conforme o direito.

Segundo retratado nos casos analisados, o processo estrutural representou ferramenta adequada à determinação de condutas endereçadas à construção de um estado de coisas exigido pelo direito. Destinou-se, portanto, à construção de soluções para problemas públicas, cujos efeitos incidem diretamente sobre direitos e posições jurídicas de indivíduos e grupos, em diferentes níveis de intensidade. Problemas públicos, definidos como a distância entre “o status quo e uma situação ideal possível para a realidade pública”,⁴⁷⁶ são exatamente o primeiro elemento que provoca a elaboração de uma política pública. Nesse sentido, os ciclos de formulação de políticas públicas e o exercício da jurisdição são, em verdade, diferentes instrumentais fático-jurídicos destinados à materialização dos direitos. A distinção está na forma como são exercidas as funções e competências.

Como os conceitos de políticas públicas estão relacionados a um *status quo* e sua mudança para atingir um objetivo,⁴⁷⁷ guardam estreita relação com a aplicação de normas-princípios, segundo definições propostas por Humberto Ávila,⁴⁷⁸ e com a análise de Processo Estrutural, segundo definições propostas por Matheus Souza Galdino⁴⁷⁹ (2019); Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁴⁸⁰. Com isso, não se pretende defender que o Judiciário deve se utilizar das mesmas ferramentas para a tomada de decisões. O que se intenta é demonstrar como os

⁴⁷⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131.

⁴⁷⁶ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 05

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 27

⁴⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

⁴⁷⁹ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, 2019

⁴⁸⁰ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Capítulo 14

conhecimentos acerca dos ciclos de formulação de políticas públicas, sobrepostos aos casos em que o processo estrutural foi utilizado para aplicação do direito à saúde, permitem o aprofundamento na flexibilização dos procedimentos⁴⁸¹ para adequá-los ao direito material objeto dos litígios estruturais.

A compreensão de como a política pública é formulada exerce, portanto, indicativo de como e quando o processo político-administrativo se desvia do direito para então, sem necessariamente substituir as competências político-administrativas, orientar a ação estatal para o que determina o direito. E, como o direito tanto pode determinar a construção de um estado de coisas (norma-princípio) quanto ações para que se atinja finalidades sintonizadas com esse estado de coisas (norma-regra), o processo deve ser um espaço apto a permitir que a aplicação do direito (tanto norma-regra quanto norma-princípio) condiga com essas atribuições e, principalmente, com o direito material.

O paralelo que se faz entre o processo de formulação de políticas públicas e o processo estrutural não exclui a diferença que há entre eles. As “instituições reais possuem capacidades diferentes não somente porque possuem funções distintas, mas porque se servem de instrumental fático e normativo diferente para ressaltar virtudes específicas tidas como condições de possibilidade para o exercício adequado das funções para as quais foram desenhadas”.⁴⁸² Por conseguinte, na formulação de política pública há liberdade por parte dos poderes político-administrativos, enquanto na jurisdição há vinculação com o disposto na norma. Por meio da atuação judicial se produz uma decisão que deve identificar o estado de coisas contrário ao direito e determinar a adoção de meios que permitam a transição do estado de desconformidade para um estado de conformidade com o direito. Para que o Judiciário não ocupe o lugar dos poderes político-administrativos, estes ficarão responsáveis pela elaboração do plano de atuação, supervisionado e monitorado pelo Judiciário, tanto com relação à conformidade com o direito quanto com relação aos resultados obtidos até que o estado de coisas se concretize.

Com efeito, além de ser capaz de atingir um estado de coisas conforme o direito, a jurisdição devem ser capazes de evitar os efeitos desestruturantes sobre a ação estatal, os quais

⁴⁸¹ Para melhor aprofundamento no tema da flexibilização procedimental, conferir: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁴⁸² CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Rio de Janeiro: Tese apresentada no concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p.374-393. Apud DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. 14^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 139

têm potencial de comprometer não apenas as estruturas criadas para a materialização de outros direitos fundamentais sociais, mas também do próprio direito fundamental social objeto do litígio. Apesar da crítica de Waldron,⁴⁸³ não se trata de o Judiciário substituir os juízos morais e as escolhas feitas pelos poderes político-administrativos. O foco é criar um ambiente em que os possíveis desvios entre atuação política e direito sejam passíveis de receberem o melhor tratamento pelo Judiciário, o que exige a adaptação do procedimento.

Na busca dessas relações entre meio e fim, característica própria de “uma relação processual teleológica (prospectiva) que tome o estado de coisas pretendido como fim e articule meios para seu alcance”,⁴⁸⁴ o processo estrutural se aproxima da finalidade do processo político-administrativo por meio do qual as políticas públicas são criadas. Todavia, no processo estrutural, ficou demonstrado pela análise qualitativa que os meios para atingir o fim são estabelecidos conforme o direito posto, e não segundo os consensos formados por meio da articulação de interesses particulares, individuais, de grupos de pressão ou de organismos internacionais. Como se buscará um novo estado de coisas, construído a partir de ações estatais, as quais têm por pressuposto escolhas entre meios e fins, a participação dos poderes político-administrativos na segunda fase garantiu que o judiciário controlasse a prevalência do direito sem impedir fossem feitas escolhas dentre as ações e meios possíveis de se alcançar o estado de coisas em conformidade com o direito.

A síntese das características do processo estrutural referente aos fatos permite afirmar que nele se debate:

“a) um estado de coisas que ameaça e/ou viola direitos, mas cujos efeitos daí decorrentes não podem ser efetivados, salvo após o alcance de um estado de coisas futuro; b) um estado de coisas futuro indicado como objetivo e que funcione como estrutura ao alcance dos efeitos decorrentes do estado de coisas inicial; c) um alcance do estado de coisas futuro decorrente de ações, podendo um e outras serem redefinidos ante quebras de estabilidade que revele mudanças necessárias ao alcance dos efeitos decorrentes do estado de coisas inicial”.⁴⁸⁵

Esse mesmo debate é travado pelos poderes político-administrativos, apesar da diferença de metodologia e pontos de partida.

A aplicação do postulado da proporcionalidade⁴⁸⁶ pelo Judiciário não difere das análises feitas pelos poderes político-administrativos para criar uma agenda institucional, formular uma política pública, tomar uma decisão pela solução que melhor atenda à solução do problema

⁴⁸³ Waldron, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. 115 Yale L.J. (2006).

⁴⁸⁴ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 59

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 70

⁴⁸⁶ A propósito dos postulados normativos aplicativos, conferir: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

público e aplicá-la. Tanto no processo de formulação de política pública quanto no processo judicial, em especial no processo estrutural, analisa-se e decide-se “se o meio é capaz de realizar o fim (adequação), se é o menos restritivo entre os possíveis (necessidade) e se as desvantagens que provoca são inferiores às vantagens permitidas pelo fim (proporcionalidade em sentido estrito)”.⁴⁸⁷ O que se verifica é a semelhança entre a aplicação da proporcionalidade quando do julgamento de uma lide e a análise de custo-benefício ou custo-efetividade, próprias do processo de formulação de políticas públicas.⁴⁸⁸

Outro elemento comum está na análise das variáveis que influenciam na construção do estado de coisas. As relações que se estabelecem entre “variáveis-parâmetro, variáveis-instrumento e variáveis-objetivo” definem as políticas públicas. As variáveis-parâmetro indicariam as condições de uma política; as variáveis-instrumento seriam as variáveis independentes da política; e as variáveis-objetivo seriam “as dependentes da política ou que designam o objetivo da política”.⁴⁸⁹ O problema envolvido na incidência de variáveis instrumento deve ser tratado e observado tanto pelo processo de formulação de políticas públicas quanto pelo jurisdicional, com destaque para a capacidade incremental que se obtém por meio do processo estrutural, no que se refere à influência desse elemento sobre o exercício da jurisdição (elaboração de um plano para transição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade).

Um exemplo hipotético pode ilustrar a questão. Nem sempre a criação de vagas de UTI (variável-objetivo) é seguida da contratação dos insumos necessários para que os leitos possam ser ocupados, da contratação de médicos em número suficiente para mantê-las em funcionamento (variáveis-instrumento). Nesse sentido, fracassam na construção do estado de coisas conforme o direito, tanto uma política pública quanto uma decisão judicial que apenas determine a construção de instalações físicas para criar vagas de Unidades de Terapia Intensiva, sem respectiva observância das variáveis-instrumento.⁴⁹⁰

Com efeito, a aplicação do postulado da proporcionalidade e as análises de custo-benefício e custo-efetividade são diretamente influenciadas por variáveis que devem ser inseridas tanto no processo de formulação de políticas públicas quanto no processo estrutural.

⁴⁸⁷ GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 84-85.

⁴⁸⁸ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 91.

⁴⁸⁹ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. 30(2), 5 a 43. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>, p. 30.

⁴⁹⁰ A propósito do tratamento dessas variáveis pelo Judiciário, relembra-se o tema de repercussão geral 698, pendente de fixação de tese.

Para tanto, conforme se demonstrou nos tópicos que trataram da judicialização, o modelo de processo adotado para resolver os litígios, garantir a solução para a causa das violações aos direitos e preservar as posições jurídicas dos titulares dos direitos deve viabilizar a análise de todas essas nuances.

O uso de métodos de análise e decisão inadequados também contaminam os resultados de ambos os processos. Apesar de a Constituição Federal ter positivado direitos fundamentais e, com isso, ter estabelecido a obrigação de as políticas públicas se dedicarem a um estágio de coisas que os sustente, políticas públicas continuam sendo “elaboradas de forma improvisada, com visão de curto prazo, pautadas no “achismo” ou em interesses particulares ou corporativistas”.^{491, 492} Nesse sentido, a abordagem da questão por meio da jurisdição se mostra de extrema relevância, porquanto considera a eleição de prioridades estabelecida pela Constituição, para que sejam garantidas independentemente de interesses particulares. Todavia, o exercício da jurisdição, sem o foco no direito e nos seus limites, também pode ensejar a imposição de subjetivismos, o que se pode combater por meio do modelo processual adequado.

Nesse sentido, a maneira como as políticas públicas são formuladas podem inspirar a condução do processo estrutural, dada a semelhança em seus objetivos: aplicação de condutas e soluções destinadas à resolução de um problema público (política pública) ou de um problema estrutural (processo estrutural). Da mesma maneira como a “identificação do problema público é a primeira fase do ciclo da política pública”,⁴⁹³ a identificação do problema estrutural compõe um dos objetivos da primeira fase do processo estrutural. Enquanto a “identificação do problema é geralmente feita pelos próprios grupos afetados, ou pelos meios de comunicação quando fazem denúncias de situações alarmantes ou de oportunidades de melhora”,⁴⁹⁴ o problema estrutural é apresentado ao judiciário por meio dos processos. A elevação do problema público à condição de merecedor de intervenção, promovida pelos grupos afetados e pelas denúncias, encontra equivalente na litigiosidade.

Mesmo a forma de divisão das análises de políticas públicas, destinadas a uma solução para o problema público, encontram semelhança com o modelo de processo estrutural. Para a

⁴⁹¹ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p.04

⁴⁹² Conforme tratado no capítulo 01 desta dissertação, em “**Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**”. HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony também alertam para o problema dos interesses particulares advogado por atores que compõem os ciclos de formulação de políticas públicas. Há, inclusive, destaque para atores internacionais e não institucionais com capacidade de influenciar diretamente as direções das políticas públicas.

⁴⁹³ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 28

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 28

política pública, as etapas são de “análise do problema (*problem analysis*) e análise da solução (*solution analysis*)”.⁴⁹⁵ Para o processo estrutural, as etapas são de identificação do estado de desconformidade com o direito, com definição de metas para transitar de um estado de coisas para outro, e de elaboração de soluções a serem implementadas.

Entretanto, há uma diferença significativa que ressalta a importância dos direitos fundamentais enquanto contramajoritários. Os “problemas públicos são situações coletivas indesejadas segundo a percepção de atores relevantes”.⁴⁹⁶ Eles deixam de ser privados e passam a ser públicos quando afetam uma quantidade ou qualidade notável de pessoas.⁴⁹⁷ Dessa forma, as minorias e população carente acabam não recebendo as soluções necessárias para os problemas que atingem suas situações coletivas indesejadas. Todavia, direitos fundamentais não podem ser reféns de majorias, dada a função contramajoritária e de proteção especial das minorias. Nesse sentido, ainda que direitos fundamentais colidam com a formação de majorias, condição para a formulação e implementação de uma política pública, deve prevalecer a proteção do direito fundamental.

Por conseguinte, verifica-se que o processo estrutural tem início exatamente quando a formulação de política pública falha. E o início do processo estrutural a partir da falha na formulação da política pública foi identificado em todos os paradigmas analisados.

Tendo em vista a dependência da viabilidade política para a implementação do programa pelo Estado,⁴⁹⁸ a política pública não se destina exclusivamente ou necessariamente à solução de um problema que represente o descumprimento de um dever imposto pela Constituição ao Estado. Ela é, em verdade, uma solução que tem capacidade de formar consenso com a maioria conjectural que compõe os poderes político-administrativos. Com efeito, a judicialização é a consequência de um problema que depende de uma solução por imposição do direito, pretendida em face do destinatário da norma. Portanto, a jurisdição, antes de ser um meio de comprometimento da liberdade de conformação e do princípio democrático, é forma complementar de que dispõe o Estado para garantir os direitos fundamentais.

Essa complementariedade é verificada ao longo de todo estudo sobre processos de formulação de políticas públicas. Isso porque, a identificação do problema social que comporá a agenda institucional destinada à adoção de uma solução pela ação estatal depende de uma

⁴⁹⁵ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019, p. 29

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 29

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁹⁸ SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019; HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

viabilidade política para formação de maiorias. Mas a viabilidade capaz de formar maioria é composta por juízos políticos, e não jurídicos. Dessa forma, ainda que sejam meios democráticos de atuação estatal, eles não prescindem dos instrumentos de controle exercidos pelo Judiciário. Não é apenas por meio do voto que o indivíduo atua para garantir a solução dos problemas públicos que o aflige, a inafastabilidade da jurisdição permite que o direito fundamental seja protegido a partir de um processo judicial.

Nesse sentido, o estudo dos casos paradigmáticos em que se adotaram o processo estrutural revelaram que os entraves burocráticos que impediam a efetividade das políticas públicas foram contornados por meio do exercício da Jurisdição, sem que a política pública fosse desvirtuada ou distanciada da decisão político-administrativa.

Por conseguinte, constata-se que tanto a política pública quanto o processo estrutural são adequação de fins a meios, em que o fim (problema público ou problema estrutural) deve comandar o meio (política pública ou processo estrutural). Ocorre que alguns fins são predefinidos pela própria norma Constitucional e, portanto, o problema público deixa de ser algo livremente identificado e passa a ter vinculação estreita com a norma constitucional, seja ela uma norma-regra ou uma norma-princípio.

A diferença básica é que a norma-princípio define o status quo (ou estado de coisas) e mantém livre a escolha do meio (política pública), e a norma-regra estabelece previamente a conduta necessária para atingir um fim específico. Por consequência, os caminhos percorridos para a formulação de uma política pública e para o processo estrutural se assemelham e visam o mesmo objetivo – materialização de direitos por meio da aplicação de normas. Todavia, há diferenças quanto às liberdades frente à escolha de opções em virtude das competências de cada poder. Caso o meio adotado pela política pública não produza o resultado exigido pelo direito, tem início a possibilidade de atuação jurisdicional, a qual deverá ser adequada ao direito material. E é a adequação ao direito material que aproxima a forma de atuação dos poderes político-administrativos com a forma de atuação jurisdicional: uso de suas competências para tornar possível a transposição de um estado de coisas contrário ao direito para um estado de coisas em conformidade com o direito.

Em ambos os processos, tanto o político-administrativo quanto o processo estrutural, adotam-se a lógica de aplicação de normas-princípio proposta por Humberto Ávila.⁴⁹⁹ Na formulação de política pública, dentre as várias possibilidades sociais, escolhem-se fins (problemas públicos) para serem resolvidos segundo as agendas institucionais construídas em

⁴⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

cada momento histórico e segundo as conjunturas de cada local. No processo estrutural, guia-se necessariamente pela finalidade estabelecida pela norma, sem qualquer espaço para escolhas que dela se desviem. Por conseguinte, caso o processo político-administrativo descumpra um fim estabelecido pela norma, de que é destinatário o Estado, o Judiciário identificará o descumprimento da norma e determinará que se cumpra o fim, exatamente como verificado nos exemplos descritos no capítulo 3.

A distinção, então, entre o processo tradicional (adversarial, bipolar e binário) e o estrutural é que o processo tradicional determina uma obrigação pretendida por um indivíduo a partir da consequência do descumprimento do direito, segundo seus interesses particulares, e o processo estrutural identifica que o descumprimento do direito decorre de uma falha estrutural (estado de desconformidade com o direito ou problema público estruturado) que afeta múltiplos interesses. A diferença de resultado é intuitiva, enquanto no processo tradicional interesses individuais são resguardados, sem necessária preocupação com a repercussão sobre o interesse de terceiros, no processo estrutural tanto os interesses individuais quanto os coletivos são contemplados por meio da determinação de que os poderes político-administrativos cumpram com a finalidade estabelecida pela norma – ainda que possam negociar o meio, tempo e limites.

A título conclusivo, constata-se que o ponto de convergência entre o processo de formulação de política pública e o processo estrutural está na abordagem a problemas reais que reclamam a atuação do Estado. Nesse sentido, a diferença entre a atuação político-administrativa e a jurisdicional está no ponto de partida. Os poderes político-administrativos partem de uma análise geral dos problemas públicos para compor as agendas e, a partir delas, formular alternativas de solução, selecioná-las por meio do processo político-decisório e implementar a política pública para materializar o direito. O Judiciário parte da análise particular dos casos em que a consequência da falta de uma política pública ou do defeito de uma política pública (lacuna, falha ou resultado indesejado) gera comprometimento ou restrição ao direito, parte da insatisfação de um indivíduo ou de um grupo que o provoca a prestar a jurisdição para garantir a efetividade da norma.

4.6 Conclusão Parcial

A análise crítica dos padrões decisórios definidos pelo STF e pelo STJ para a aplicação do direito à saúde, em demandas propostas contra os entes da Federação, comparados aos casos em que foi aplicada a técnica do processo estrutural, confirmou as análises feitas nos capítulos 1 e 2.

Segundo se pode verificar, a técnica processual modifica o alcance da decisão judicial, ainda que sejam aplicadas as mesmas razões definidas nas fixações de tese. Conforme se observou, tanto nas teses fixadas em julgamento objetivo quanto nos processos estruturais, a aplicação do direito à saúde teve por consequência: a) o reconhecimento do dever do Estado, imposto pelo texto da Constituição Federal; b) o reconhecimento da obrigação de fornecer o tratamento adequado às doenças, ainda que se dependa de aplicação de valores expressivos; c) a possibilidade obrigar o fornecimento de medicamento não previsto na política pública; d) a possibilidade de obrigar o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA; e) a solidariedade de todos os entes da Federação.

As condições para a procedência estariam apenas na eficiência do tratamento pretendido, cientificamente comprovada, e na ausência de alternativas terapêuticas na política pública. Superadas essas condições, seriam vencidas todas as restrições que a política pública eventualmente impusesse à pretensão, inclusive as relacionadas às questões orçamentárias. Mesmo havendo referência à necessidade de deferência às tecnologias e limites definidos nas políticas públicas de saúde, a comprovação de insuficiência do programa público e de indispensabilidade do tratamento permitiriam que o Judiciário ampliasse as obrigações do Estado em favor do direito fundamental à saúde.

Apesar dessas aproximações, as decisões produzidas por meio do modelo de processo tradicional, tendo em vista a centralização em uma perspectiva individual do direito, se mostram inadequadas por não promoverem a solução do problema estrutural. Conforme ficou demonstrado, a fixação da tese torna o direito à saúde dependente do acesso à justiça. Nesse sentido, ainda que a fixação de tese tenha por consequência a uniformidade quanto à aplicação do direito pelos Tribunais, promovendo a solução coletiva de casos individuais, mantém-se intacta a origem dos litígios. Como as questões orçamentárias foram superadas para a aplicação do direito, os padrões decisórios não se dedicaram a observar a origem dos recursos que seriam destinados ao cumprimento da tutela. E, tendo em vista a característica bipolar e binária do modelo tradicional, não se permitiu a construção de uma solução técnica apropriada para a modificação do estado de coisas.

Em contrapartida, o processo estrutural, tendo em vista a vocação para transposição entre estados de coisas, promove a solução de maneira ampla, em benefício de todos os titulares do direito. Mesmo se utilizando da mesma possibilidade de impor uma obrigação de fazer ao Estado, inclusive mediante a utilização de medidas indutivas, o processo foi conduzido em prol da superação do entrave na burocracia estatal que impedia a realização do direito em sua perspectiva completa. Dessa forma, além de solucionar o caso para o indivíduo, promoveu a

solução para a coletividade. Nesse sentido, o processo estrutural se revelou apropriado exatamente por se dedicar à transposição do estado de desconformidade para o estado de conformidade com o direito.

A incidência sobre o estado de coisas permite constatar que a técnica do processo estrutural se assemelharia aos propósitos das políticas públicas, apesar de a atuação jurisdicional precisar ser provocada e de necessariamente se restringir aos limites da norma posta. Por conseguinte, foi possível observar que o fato de incidir sobre as políticas públicas não distancia a jurisdição dos limites contidos no direito positivado. Dessa forma, confirmou-se que o exercício da jurisdição para que se imponha o cumprimento de um dever fundamental não se confunde com ativismo judicial. Não há registro de argumentos morais para afastar a aplicação de qualquer direito positivado, tampouco para justificar a necessidade de o Estado cumprir com o dever fundamental que lhe é imposto pela Constituição Federal.

Ante o exposto, é possível afirmar que os modelos de padronização decisória, ao objetivarem e coletivizarem a análise de casos individuais, não solucionam o problema da macrolitigância, tampouco a origem das restrições ao direito à saúde, uma vez que a materialização passa a depender do acesso à justiça. Tendo em vista que os padrões decisórios fixam a aplicação do direito sem interferir nos estados de coisas em que o direito à saúde está inserido, não se remove a causa da restrição ao direito.

Em contrapartida, o processo estrutural contribui para equalizar as tensões entre o individual e o coletivo, entre as competências político-administrativas e a jurisdição, exatamente por se dedicar à solução da falha estrutura que restringe o acesso ao direito à saúde. A análise dos casos estruturais revelou que a solução para os problemas de efetividade e eficiência dos serviços de saúde encerra um critério eminentemente técnico, que não depende de qualquer avaliação de valores constitucionais para a solução do problema estrutural. A reconstrução operada sobre as estruturas burocráticas, portanto, apenas revertem a análise argumentativa que o processo político sobrepõe sobre a análise racional – fato que, apesar de não estar empiricamente comprovado, pode ser inferido a partir da conclusão obtida a partir da análise dos discursos político-eleitorais.⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ GARCIA, Marcelo Rocha; MIRANDA, Alcides Silva de. Discursos eleitorais para políticas governamentais de saúde nas duas cidades mais populosas do Brasil. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, V. 43, N. 120, p. 98-109, Jan-Mar, 2019.

CONCLUSÃO

No capítulo 01, foi definido um conceito de direito à saúde que considerou suas características principais, muitas delas duais e complementares. Nesse sentido, definiu-se que o direito à saúde é um direito fundamental social, de proteção especial, vinculado ao direito à vida e à dignidade, em que estão contidas uma norma-princípio e uma norma-regra. Enquanto princípio, representa um mandamento de otimização e estabelece um estado de coisas que deverá ser construído e mantido pelo Estado. Enquanto regra, estabelece as condutas que deverão ser adotadas para atingir as finalidades normativas (direcionamento das políticas sociais e econômicas como meio de garantir o direito à saúde para todos, reduzindo os riscos de doença e outros agravos, bem como de prover ações e serviços de saúde). Além disso, estabelece posições individuais, oponíveis contra o Estado, inclusive como elemento limitador e orientador de competências e poderes. Nesse sentido, exerce papel contramajoritário em prol tanto do indivíduo quanto da coletividade.

Também foi indicada a dificuldade em se estabelecer uma delimitação precisa do que venha a ser o direito à saúde, dada a vagueza conceitual que lhe é própria. Apesar disso, demonstrou que há uma vinculação do direito aos meios disponibilizados pelo Estado para prevenção e tratamento de doenças. Esses meios, todavia, estão atrelados a serviços cientificamente eficazes e eficientes, razão pela qual não se pode dizer que o direito à saúde garante o acesso a todo e qualquer tratamento que, individualmente, seja considerado necessário. Nesse sentido, conclui-se que a liberdade de escolha acerca dos meios para preservação e recuperação da saúde não é plena. Caso ela esteja vinculada à ação estatal, deverá se sujeitar às diretrizes que sejam capazes de atender tanto ao indivíduo quanto à coletividade. Em assim sendo, deve-se distinguir o direito à saúde, que assegura tratamento cientificamente adequado, do interesse em obter o tratamento que pontualmente atende às preferências individuais.

Definido o conceito e amplitude do direito à saúde, dedicou-se o capítulo 01 ao estudo dos ciclos de formulação das políticas públicas, o qual revelou que eles se caracterizam por identificar um problema social para, então, estabelecer as possíveis soluções para modificação do *status quo*. Por meio dessa forma de atuação do Estado, promove-se a transposição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade. Em assim sendo, aplicando a ideia especificamente para o direito à saúde, é metodologia capaz de promover a transição de um *status quo* em que os titulares do direito não obtêm do Estado os meios e serviços necessários

à manutenção e recuperação da saúde para um *status quo* em que a ação estatal é capaz de assegurar o mandamento contido na Constituição Federal.

Nesse sentido, demonstrou-se que a concretização do direito à saúde se dá ordinariamente por meio de políticas públicas. Nesse sentido, destacaram-se as contingências e limitações que podem decorrer das inúmeras influências de atores sociais e políticos, bem como das variáveis que incidem sobre a execução do programa. Com base nisso, ficou demonstrado o risco de os resultados da política não serem os pretendidos nas fases de elaboração e tomada de decisões. Esse descompasso entre programa e resultado pode ser indicado como desvio da finalidade imposta pela Constituição como dever fundamental do Estado. Nesse sentido, demonstrou-se que lacunas, falhas e resultados indesejados que decorrem da execução de políticas públicas podem implicar em restrições e violações a direitos fundamentais sociais.

Reconhecida a importância conjunta atribuída ao direito e à política⁵⁰¹ para a materialização do direito à saúde, conclui-se que o direito vincula a política. Por consequência, ainda que a formulação de políticas públicas esteja em um espaço de livre conformação pelos poderes político-administrativos, há um dever de materializar o direito, por meio de ações efetivas e eficazes. Por força do direito e de sua fundamentalidade, a escolha está em se permitir a seleção da solução que melhor se adequa às deliberações políticas, desde que os resultados atinjam o estado de coisas imposto pela norma constitucional.

Demonstrada a possibilidade de a ação estatal não condizer com os deveres fundamentais impostos pela positivação do direito à saúde na Constituição, abordou-se a jurisdição como meio constitucionalmente legítimo para garanti-lo. Nesse sentido, destacou-se que as restrições ou as violações ao direito à saúde representam, em maior ou menor grau, um problema estrutural, um problema na conformação da norma constitucional às forças de consenso que imperam no Executivo e no Legislativo.

No capítulo 02, ao tratar dos modelos processuais, verificou-se que há, no Brasil, uma prevalência de ações individuais e que, exatamente por adotarem o modelo adversarial, bipolar e binário, solucionam os conflitos que reclamam direitos fundamentais sociais apenas nessa perspectiva unitária, negligenciando a necessidade de solucionar o problema estrutural por trás das violações aos direitos individuais. Demonstrou-se, nesse sentido, que o modelo adversarial de processo judicial não é capaz de perceber as complexidades do direito. Em assim sendo, as decisões judiciais, em vez de solucionar a origem das restrições e violações ao ordenamento jurídico, em vez de visar a solução que preserve os direitos de terceiros, acabam criando solução

⁵⁰¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129.

que atende apenas ao caso individual. Para tanto, são impostas obrigações que podem ensejar desestruturação do arranjo institucional que, apesar de suas contingências, é criado para a concretização dos direitos fundamentais sociais em sua perspectiva completa.

Antes, porém, de passar para o estudo do processo estrutural, cuidou-se de demonstrar que o fenômeno da judicialização do direito não representa ativismo judicial. Conforme se demonstrou, ainda que a aplicação do direito repercuta sobre as políticas públicas e que determine o cumprimento de direitos que delas dependam, o exercício da jurisdição se mostra legítimo exatamente por estar em conformidade com as exigências de inafastabilidade da jurisdição e de garantia dos direitos fundamentais. Para que se tenha uma decisão ativista, seria preciso utilizar argumentos morais para superar os limites da norma e impor uma visão subjetiva do que é o justo, o correto. Entretanto, ficou demonstrado que isso não é uma consequência necessariamente da aplicação do processo estrutural. Enquanto técnica processual, a aplicação do direito para reestruturar a organização estatal, dentro dos limites normativos, não caracteriza ativismo judicial. Não é a busca pela solução da origem da restrição ao direito que caracteriza o ativismo judicial.

Feita essa distinção, passou-se ao estudo do processo estrutural. Com isso, ficou comprovado que se trata de modelo dedicado exatamente a assegurar a aplicação do direito em sua perspectiva norma-princípio. Também ficou comprovado que essa técnica processual permite a garantia do direito à saúde sem comprometimento do direito de terceiros e sem que o Judiciário intervenha além dos limites de sua competência.

Demonstrado que o direito à saúde tem o potencial de gerar conflitos estruturais em virtude de sua natureza e características, bem como que sua aplicação enquanto norma-princípio pressupõe a transição de um estado de desconformidade para um estado de conformidade com o direito, foi possível relacionar o processo estrutural com o processo de formulação de políticas públicas. Nesse sentido, ficou comprovado que algumas das técnicas e preocupações da ação político-administrativa devem ser consideradas na aplicação do direito por meio do processo estrutural.

Para confirmar a capacidade de o processo estrutural aplicar o direito à saúde preservando o direito de todos os demais titulares, preservando as competências dos poderes político-administrativos e garantido a atuação jurisdicional, passou-se à análise comparativa das teses fixadas pelo STF e pelo STJ com as decisões proferidas em processos que aplicaram a técnica estrutural. Nesse sentido, o capítulo 03 se dedicou a descrever os padrões decisórios definidos para uniformizar a aplicação do direito à saúde pelos Tribunais e a descrever como esse direito foi aplicado em processos estruturais.

No capítulo 04, a análise crítica das decisões e processos descritos no capítulo 03 confirmou as análises feitas nos capítulos 01 e 02. Ficou comprovado que o modelo de processo tradicional, por prestigiar uma visão individual e particularizada do direito à saúde, apesar as preocupações com o funcionamento da política pública, tem mais dificuldade de promover a transição entre estado de coisas de forma direta, clara e precisa. Ficou comprovado, também, que o processo estrutural, além de considerar todas as características e nuances do direito objeto do litígio, contidos em um estado de desconformidade com o direito, garante que a jurisdição seja exercida em harmonia tanto com as finalidades da norma quanto com os limites e competências estabelecidos pela Constituição Federal.

O processo estrutural, tendo em vista a vocação para transposição entre estados de coisas, promove a solução de maneira ampla, em benefício de todos os titulares do direito. Mesmo se utilizando da possibilidade de impor uma obrigação de fazer ao Estado, inclusive mediante a utilização de medidas indutivas, o processo foi conduzido em prol da superação do entrave na burocracia estatal que impedia a realização do direito em sua perspectiva completa. Dessa forma, além de solucionar o caso para o indivíduo, promoveu a solução para a coletividade. Nesse sentido, o processo estrutural se revelou apropriado exatamente por se dedicar à transposição do estado de desconformidade para o estado de conformidade com o direito. E promoveu a transposição entre estados de coisas utilizando as mesmas conclusões alcançadas pelos padrões decisórios, bastando para tanto a alteração da análise individualizada para a análise estrutural da demanda.

A incidência sobre o estado de coisas permitiu constatar que a técnica do processo estrutural se assemelharia aos propósitos das políticas públicas, sem que isso represente substituição dos poderes político-administrativos pelo Judiciário. Por conseguinte, foi possível observar que o fato de incidir sobre as políticas públicas não distancia a jurisdição dos limites contidos no direito positivado. Dessa forma, confirmou-se que o exercício da jurisdição para que se imponha o cumprimento de um dever fundamental não se confunde com ativismo judicial. Não há registro de argumentos morais para afastar a aplicação de qualquer direito positivado, tampouco para justificar a necessidade de o Estado cumprir com o dever fundamental que lhe é imposto pela Constituição Federal.

O estudo dos casos paradigmáticos de aplicação do processo estrutural também permite concluir que se trata de técnica plenamente viável, sem a necessidade de se inovar a legislação processual. Todas as soluções destacadas na análise qualitativa revelaram que o exercício da jurisdição se ateve com precisão às possibilidades previstas no Código, das quais se destaca: a)

centralização das demandas; b) cooperação jurisdicional; c) negócio jurídico processual; d) aplicação do direito com relativização dos limites da pretensão.

Em análise conjunta, pode-se dizer que o direito fundamental à saúde detém característica de proteção, inclusive para limitar competências e poderes, de modo que tem a capacidade de ser aplicado pelo Judiciário para controle da discricionariedade administrativa, a partir dos deveres fundamentais impostos pela Constituição. Se os serviços de saúde não atendem às exigências da Medicina Baseada em Evidências e se a política pública fornece tratamento inadequado aos titulares do direito, a atuação jurisdicional deve ser capaz de promover a reestruturação que faça a ação estatal retornar ao centro definido pelo direito como meta. Para isso, não basta a análise individualizada da pretensão de apenas um dos titulares do direito à saúde, é preciso considerar todo o feixe de direitos e interesses que estão vinculados às políticas públicas, ao estado de coisas e que compõem o direito fundamental completo.

Nesse sentido, ainda que o modelo de processo tradicional mantenha a sua importância para a solução de casos particulares e que a padronização de teses por meio de julgamentos objetivos possa ser recepcionada como forma de solução coletiva de litígios individuais, os litígios que envolvam estados de desconformidade dependem de técnica processual adequada para tratamento da origem da restrição ao direito. Como o estado de desconformidade em que o direito fundamental à saúde se insere está diretamente ligado às políticas públicas, a técnica do processo estrutural se apresenta como uma solução capaz de promover a remodelação das burocracias estatais, em processo que prestigia a formação conjunta da solução necessária para a transposição para um estado de conformidade com o direito. Dessa forma, permite-se a construção que atenda tanto ao direito individual quanto ao direito coletivo. E, como a decisão judicial permite a construção conjunta da solução após declarado o estado de desconformidade, permite-se a equalização entre as competências político-administrativas e jurisdicionais.

Diante do exposto, é possível concluir que o modelo processual contribui para que a jurisdição garanta os direitos fundamentais sociais não cumpridos, solucionando a origem das suas violações por meio da transposição de estados de coisas. Dessa forma, concilia as tensões entre individual e coletivo, político-administrativo e jurídico, especialmente por se dedicar a uma solução construída juntamente com os entes da Federação demandados, a qual é fundamentada em análises empíricas em detrimento de análises eminentemente argumentativas. Ao assim conduzir a aplicação do direito, o processo estrutural previne decisões desestruturantes ao promover a solução do problema estrutural, que beneficia a todos os titulares do direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3.^a ed., SP: RT, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2^a ed. 5^a triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Andrija Oliveira; FREIRE, Marco Valério Viana. Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do superior tribunal de justiça (2010-2016). **Revista de Direito Sanitário**, 19(2), 55-77. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77>.

ALVES, Lucélia de Sena. **A judicialização da saúde e seu impacto no orçamento: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado e Minas Gerais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Itaúna. Itaúna, 2014.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 802.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas Públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2^a Ed, 12^a triagem, Malheiros, 2017

BAUERMAN, Desirê. *Structural Injunctions no Direito norte-americano*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. Pp.279-301.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. *Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud*. In: GARGARELLA, Roberto (org.). **Por una justicia dialógica: el poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, e-book.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2013.

BURGO, Vitor. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini ; WATANABE, Kazuo (coordenadores). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 73-91.

CALMON, Paulo; COSTA, Arthur Trindade Maranhão. Redes e governança das políticas públicas. **Revista de Pesquisa em Políticas Públicas**, Edição nº 01 – julho de 2013.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(7):1613-1623, jul, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Rev Saúde Pública**, 2012;46(5):784-90. Disponível em: <www.scielo.br/rsp>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*. **Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**. ISSN 1133-0937, Año nº 3, Nº 6, 1998, págs. 35-50

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7ª Edição, 21ª reimpressão, 2003.

CARIAS, Claudia Mezleveckas et al. Medicamentos de dispensação excepcional: histórico e gastos do Ministério da Saúde do Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 2, p. 233-240, abr. 2011.

CATANHEIDE, Izamara Damasceno, LISBOA, Erick Soares, SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 26 [4]: 1335-1356, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Rev Saúde Pública**, 2010;44(3):421-9. Disponível em: <www.scielo.br/rsp>.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. **Justiça Pesquisa, Relatório analítico propositivo**. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. Conselho Nacional de Justiça, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. **Relatório Analítico Propositivo**. Conselho Nacional de Justiça, 2018.

COSTA NETO, João. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

CUNHA, Edite de Penha; CUNHA, Eleonora Schettini M. **Políticas públicas e sociais**. Belo Horizonte: UFMG, 2003

DALLARI, Sueli Gandolfi . O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**. São Paulo, 22(1):57-63, 1988. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>

DIAS, Osorio Carvalho. **Parcerias público-privadas como instrumento de implementação de políticas públicas**. 2014. xvii, 317 f. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual civil: processo coletivo**. 14. Ed. Salvador: Editora Jus Podivum, 2020.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Alexandre de. Notas sobre as decisões estruturais. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 350.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 303/2020, p. 45-81, Maio/2020. DTR\2020\6787.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2ª Edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: de Nelson Boeira. 3ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo, V. 15 N. 3, e1934, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 52, no 1, 2009, pp. 223 a 251.

FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. In: FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004. pp. 105-120.

FISS, Owen. *The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice*. **Harvard Law Review**. v. 93, n.1, 1979. p.1-58.

FISS, Owen. *To make the constitution a living truth: four lectures on the structural injunction*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

FREITAS FILHO, Roberto (organizador). **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF**. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>. 231 p.

FREITAS FILHO, Roberto; SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Direito Fundamental à Saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **DPU Nº 67** -Jan-fev/2016 - Parte Geral - Doutrina

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Setembro a Dezembro de 2019. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 358-385.

GARCIA, Marcelo Rocha; MIRANDA, Alcides Silva de. Discursos eleitorais para políticas governamentais de saúde nas duas cidades mais populosas do Brasil. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, V. 43, N. 120, p. 98-109, Jan-Mar, 2019.

GIANNINI, Leandro. *Litigio estructural y control judicial de políticas públicas: lograr el equilibrio sin destruir la balanza*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos Juízes, a interpretação como aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Editora Malheiros: 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini e sica, Lígia Paula P. Pinto (coord). **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. São Paulo, 2014.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. **O custo dos Direitos: por que a liberdade depende de impostos**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTTO, Márcia. Sobre o Judiciário e a judicialização. *Nuevos Paradigmas de la s Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. II, nº 4, julio-diciembre 2011, pp. 17 a 52.

LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 620-628, ago. 2010.

LUHMANN, Niklas. *La Costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKI, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro de la Costituzione*. Turim: Eunadi, 1996, pp. 83-128. Tradução: Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi

LUHMANN, Nikas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, V. 15 N. 2, e1916, 2019.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/ fev. 2014

MENDES, Conrado Hubner; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos (Coord.). **Direitos e Garantias Fundamentais, Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e**

desafios da tutela coletiva. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa**. Conselho Nacional de Justiça: 2018.

NETO, João Pedro Gebran e SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

NOVAES, Hillegonda Maria Dutilh; SOÁREZ, Patrícia Coelho de. Doenças raras, drogas órfãs e as políticas para avaliação e incorporação de tecnologias nos sistemas de saúde. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 21, n. 51, maio-ago 2019, p. 332-364. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-0215121>.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes; DELDUQUE, Maria Célia; SOUSA, Maria Fátima de; MENDONÇA Ana Valéria Machado. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? **Saúde Debate**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p.525-535, ABR-JUN 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002019>.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general N° 14 (2000). COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 22º Período de Sesiones. Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Tema 3 del programa.*

PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão Figueiredo; SIMAS Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15(5):2405-2414, 2010.

POSNER, Richard A. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

PUGA, Mariela. *La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016. p. 31-51.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102 p. 327 - 356 jan./dez. 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, 1ª Edição, 2ª triagem.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. 1ª ed. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

SABINO, Marco Antônio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 353-386.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e a arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Audiência pública STF, audiência pública nº 04**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2021, 20h17.

SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. **Direito e Democracia**, v.11, n.1, jan./jun. 2010.

SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cangage Learning, 2019

SILVA, Alexandre Vitorino. **O Estado de Coisas Inconstitucional como modalidade de litigância estrutural: uma alternativa imperfeita para o controle de políticas públicas no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the poor to give to the rich: Individualistic enforcement of social rights*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.624.9890>>. Acesso em: 25/11/2020.

STAMFORD, Artur; CAVALCANTI, Maísa. Decisões judiciais sobre acesso aos medicamentos em Pernambuco. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 46, n. 5, p. 791-799, out. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer; SILVEIRA, Adriana Dragone. **A judicialização das políticas públicas e o direito à educação infantil**. DOI: <https://doi.org/10.5585/eccos.n48.8118>

TAYLOR, Matthew M. *Beyond judicial reform: Courts as political actors in Latin America*. **Latin American Research Review**, Vol. 41, No. 2, June 2006. University of Texas Press.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 7.

TUSHNET, Mark. *A response to David Landu: responding to David Landu, the reality of social rights enforcement*. 53 Harv. Int'l L.j. 189 (2012). In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. **Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies**, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 105-139.

VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, 1996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>>.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro : Ipea , 2020. ISSN 1415-4765

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016**. IPEA, 2018.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev Saúde Pública**, 2007; 41(2):214-22.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. São Paulo, Thomson Reuters, outubro/2018, v. 284.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: Arenhart, Sergio Cruz; Jobim, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**; tradução Luís Carlos Borges; Revisão da Tradução: Mariana Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. 115 Yale L.J. (2006).

WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública** — Rio de Janeiro 48(5):1191-1206, set./out. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>.

ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 33-72.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 5ª edição.

PRECEDENTES JUDICIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175 CEARÁ**. Relator GILMAR MENDES, Acórdão publicado no DJE 76, divulgação dia 29/04/2010, publicação 30/04/2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592.581**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Acórdão publicado no DJE 01/02/2016 - ATA Nº 1/2016. DJE nº 18, divulgado em 29/01/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo**. Relator: Min. Marco Aurélio, *Leading Case*: RE 566.471.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 262 - Legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que tem por objetivo compelir entes federados a entregar medicamentos a portadores de certas doenças**. Relator: Min. Marco Aurélio, *Leading Case*: RE 605.533.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 289 - Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos**. Relator: Min. Ellen Gracie, *Leading Case*: RE 607.582.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 500 - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA**. Relator: Min. Marco Aurélio, *Leading Case*: RE 657.718.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 579 - Melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde - SUS mediante o pagamento da diferença respectiva**. Relator: Min. Dias Toffoli, *Leading Case*: RE 581.488.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, *Leading Case*: RE 684.612.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde**. Relator: Min. Luiz Fux, *Leading Case*: RE 855.178.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1033 - Saber se a imposição de pagamento pelo Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar, para ressarcir serviços de saúde prestados por força de decisão judicial, viola o regime de contratação da rede complementar de saúde pública (art. 199, §§ 1º e 2º, da CF/1988)**. Relator: Min. Roberto Barroso, *Leading Case*: RE 666.094.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Temas de Recurso Repetitivo 84. REsp 1.069.810/RS**, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Acórdão Publicado em: 06/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Temas de Recurso Repetitivo 98, REsp 1474665/RS (acórdão publicado em 22/06/2017), REsp 1101725/RS**, Relator Min. Benedito Gonçalves.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema de Recurso Repetitivo 106, REsp 1.657.156/RJ**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Acórdão Publicado em 04/05/2018; **REsp 1.102.457/RJ**, Rel. Min. Benedito Gonçalves.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema de Recurso Repetitivo 686, REsp 1.203.244/SC**, Rel. Min. Herman Benjamin, Acórdão Publicado em 17/06/2014; **REsp 1.396.300/SC**, Rel. Min. Herman Benjamin.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Temas de Recurso Repetitivo 766, REsp 1682836/SP**, Rel. Min. Og Fernandes, Acórdão Publicado em 30/04/2018; **REsp 1110552/CE**, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Temas de Recurso Repetitivo 984, REsp 1.656.322/SC**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Acórdão Publicado em 04/11/2019; **REsp 1665033/SC**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Acórdão Publicado em 04/11/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Seção Judiciária do Estado do Ceará, 6ª Vara Federal, **Ação Civil Pública 2006.81.00.002012-4**.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Seção Judiciária do Estado do Ceará, 3ª Vara Federal, **Ação Civil Pública 0003722-54.2016.4.05.8100**.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Seção Judiciária do Estado do Ceará, 6ª Vara Federal, **Ação Ordinária 0801501-31.2017.4.05.8100**.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Seção Judiciária do Estado do Ceará, 6ª Vara Federal, **Ação Civil Pública 0811930-91.2016.4.05.8100**.