

ESCOLA DE SAÚDE PÚBLICA DE MINAS GERAIS
ESPECIALIZAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO SANITÁRIO

Ana Paula Brandão Braga Alves

Patrícia Mayra Gonçalves Pena

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: a prestação jurisdicional e o uso das ações coletivas estruturais como estratégia para a efetividade do direito à saúde no Brasil

Belo Horizonte

2024

ANA PAULA BRANDÃO BRAGA ALVES
PATRÍCIA MAYRA GONÇALVES PENA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: a prestação jurisdicional e o uso das ações coletivas estruturais como estratégia para a efetividade do Direito à Saúde no Brasil

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais,
como requisito parcial para obtenção do título de
Especialista em Direito Sanitário.

Orientador: Dr. Luciano Moreira de Oliveira.

Belo Horizonte

2024

A474j

Alves, Ana Paula Brandão Braga.

Judicialização da Saúde Pública: a prestação jurisdicional e o uso das ações coletivas estruturais como estratégia para a efetividade do Direito à Saúde no Brasil. / Ana Paula Brandão Braga Alves; Patrícia Mayra Gonçalves Pena. - Belo Horizonte: ESP-MG, 2024.

45 f.

Orientador(a): Luciano Moreira de Oliveira.

Monografia (Especialização) em Direito Sanitário.

Inclui bibliografia.

1. Judicialização da Saúde. 2. Políticas Públicas. 3. Ativismo Judicial. 4. Separação dos Poderes. 5. Desjudicialização. 6. Processo Coletivo Estrutural. I. Pena, Patrícia Mayra Gonçalves. II. Oliveira, Luciano Moreira de. III. Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais. IV. Título.

NLM WA 32

Ana Paula Brandão Braga Alves

Patrícia Mayra Gonçalves Pena

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: a prestação jurisdicional e o uso das ações coletivas estruturais como estratégia para a efetividade do Direito à Saúde no Brasil

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais,
como requisito parcial para obtenção do título de
Especialista em Direito Sanitário.

Banca Examinadora

Dra. Maria Gabriela Araújo Diniz

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Dr. Thiago Lopes Coelho

Advogado

Dr. Luciano Moreira de Oliveira

Ministério Público de Minas Gerais

Belo Horizonte

2024

RESUMO

Este trabalho aborda a "Judicialização da Saúde no Brasil", destacando o papel do Poder Judiciário diante do crescente número de ações relacionadas ao acesso a tratamentos e medicamentos no âmbito da saúde pública. A problemática central analisa os reflexos do fenômeno da judicialização na atuação do Poder Judiciário, considerando o ativismo judicial, a necessária observância do princípio da separação dos poderes e a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação de políticas públicas de saúde. A hipótese a ser tratada propõe que o ajuizamento de ações coletivas estruturais pode ser eficaz para desjudicialização. A pesquisa examinará como essas ações, ao lidarem sistemicamente com demandas coletivas, podem legitimar a intervenção judicial sem comprometer a autonomia dos outros poderes. Ao adotar o modelo de processo estrutural, inspirado na obra de Edilson Vitorelli, por meio da análise crítica, de cunho interdisciplinar, baseada no método lógico-dedutivo interdisciplinar buscar-se-á compreender dilemas éticos e jurídicos, oferecendo contribuições para enfrentar os desafios na interface entre direito à saúde, atuação judicial e responsabilidades estatais.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Políticas Públicas. Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Desjudicialização. Processo Coletivo Estrutural.

ABSTRACT

This work approaches the "Judicialization of Health in Brazil", highlighting the role of the Judiciary in the face of the growing number of actions related to access to treatments and medicines within the scope of public health. The central issue analyzes the consequences of the phenomenon of judicialization in the performance of the Judiciary, considering judicial activism, the necessary observance of the principle of separation of powers and the omission of the Executive and Legislative Powers in the formulation of public health policies. The hypothesis to be discussed proposes that the filing of structural collective actions can be effective for dejudicialization. The research will examine how these actions, when systemically dealing with collective demands, can legitimize judicial intervention without compromising the autonomy of other powers. By adopting the structural process model, inspired by the work of Edilson Vitorelli, the interdisciplinary nature critical analysis, based on the interdisciplinary logical-deductive method, will seek to understand ethical and legal dilemmas, offering contributions to face challenges at the interface between the right to health, judicial action and state responsibilities.

Keywords: Judicialization of Health. Public Policies. Judicial Activism. Separation of Powers. Dejudicialization. Structural Collective Process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: COMPETÊNCIAS, RESPONSABILIDADES E POLÍTICAS PÚBLICAS	10
3 O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL E A ASCENSÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS	11
4 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E OS DESAFIOS DA JUDICIALIZAÇÃO	22
5 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO ESTRATÉGIA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	28
5.1 CONCEITOS	28
5.2 ORIGEM E MARCO HISTÓRICO DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL: CASO BROWN VS. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA	31
5.3 AS NUANCES DO PROCEDIMENTO COLETIVO DE CARÁTER ESTRUTURAL ..	33
5.4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: LITÍGIO DE NATUREZA ESTRUTURAL	35
6 CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece diretrizes políticas dentre as quais estão os fundamentos e os objetivos fundamentais do estado brasileiro previstos nos seus artigos 1º e 3º, respectivamente. Tais objetivos são metas que o estado brasileiro deve buscar alcançar por meio de políticas públicas.

As políticas públicas do estado brasileiro, portanto, devem ter como fundamentos constitucionais, dentre outros, busca pela cidadania e pela dignidade da pessoa humana, e, também, como um dos objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

A partir desse panorama, o art. 6º do texto constitucional elenca os direitos sociais, em que se insere o direito à saúde, cuja execução administrativa do correspondente serviço público, nos termos do art. 23, é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ademais, a matéria relacionada à defesa da saúde é de competência legislativa concorrente dessas três esferas federativas, a teor do que estabelece o art. 24, XII, da CRFB/1988.

O art. 196, inserido no Título VIII da Constituição, que cuida das normas da ordem social, estipula que a saúde, reconhecida como direito fundamental “de todos e dever do Estado”, deve ser garantida “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Com o intuito de efetivar esse direito fundamental, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Lei nº 8.080/1990 e da Lei nº 8.142/1990, o qual se baseia em uma estratégia abrangente com o fito de garantir acesso universal, igualitário e integral aos serviços de saúde.

Os princípios da universalidade, integralidade e isonomia estabelecem a obrigatoriedade de o poder público assegurar a promoção de medidas que visem à preservação da saúde, sem discriminações, mediante acesso para todos que desse serviço necessitarem, de forma isonômica e para todos os tipos de tratamento.

Assim, a CRFB/1988 e as legislações infraconstitucionais de regência delegam aos poderes Legislativo e Executivo o dever de elaboração das normas regulamentadoras, de formulação e de execução de políticas públicas econômico-sociais para o adequado funcionamento do sistema público de saúde.

Entretanto, a efetivação do direito à saúde muitas vezes encontra obstáculos e, com o intuito de superá-los, com base no exercício direito de ação (CRFB/1988, art. 5º, XXXV), são

manejadas ações judiciais com a finalidade de que a tutela judicial, por meio de medidas indutivas, coercitivas e mandamentais, assegure a efetivação do referido direito fundamental. A esse fenômeno dá-se o nome de “judicialização da saúde”. Isso, que tende a acontecer sem a prévia exploração das vias administrativas pelo jurisdicionado, resulta na multiplicação de demandas que visam garantir, por meio de intervenção do Poder Judiciário, o acesso a diferentes níveis estratégicos do serviço de saúde (VILELA, MOLITERNO, SANTOS, 2018).

Com base nos dados extraídos do Painel da Judicialização da Saúde do CNJ¹, é possível observar um expressivo crescimento na judicialização da saúde no Brasil nos últimos anos. O aumento contínuo do número de processos judiciais relacionados à saúde pública indica uma tendência que é preocupante e que pode trazer reflexos para a implementação de políticas públicas eficazes. Isso porque, em um estado democrático de direito, quando o Judiciário é provocado a assegurar a efetividade de um direito constitucional, a atuação do magistrado acaba por substituir decisões administrativas, sobretudo no tocante à implementação de políticas públicas, cuja competência é atribuída aos poderes Legislativo e Executivo.

Por isso, a intervenção judicial, nesse contexto, suscita questionamentos sobre a legitimidade de atuação do Poder Judiciário, notadamente diante do princípio da separação dos poderes. Além disso, há o risco de o pronunciamento do membro do Poder Judiciário se configurar ativismo judicial, que pode ser entendido como uma atuação “defeituosa” da autoridade judiciária, caracterizada pela extrapolação das funções tradicionais, ao passar de aplicador da lei para um agente criador de normas (RIBEIRO, 2013).

O desejo de aprofundar o conhecimento a respeito desse tema, por meio desta pesquisa científica, surgiu depois de assistir, no ano de 2022, às aulas ministradas pelo mestre em Sociologia Jurídica, Professor Juliano Alves, no qual ele trabalhou os temas afetos à Humanística em um curso preparatório para a segunda fase do concurso da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Nesse curso, o referido mestre provocou reflexões sociológicas, filosóficas e políticas acerca da intervenção dos membros Poder Judiciário nas políticas públicas. Posteriormente, no decorrer das aulas desta Especialização em Direito Sanitário, tivemos contato com dados científicos que indicaram que a atuação judicial pode, em determinadas situações, provocar desequilíbrio nas políticas públicas relacionadas à saúde. Além disso, a vivência profissional como assessoras do TJMG

¹ As estatísticas processuais de direito à saúde, extraídas do Painel da Judicialização da Saúde do CNJ, indicam que, no ano de 2020, foram ajuizados 223,63 mil novos processos relacionados à saúde pública. Em 2021, este número aumentou para 273,4 mil. Já no ano de 2022 e no ano de 2023, foram ajuizadas, respectivamente, 312,36 mil e 351,68 mil novas ações em saúde pública, estando pendentes de julgamento, em 2024, 456,39 mil processos.

nos permite ter contato com diferentes tipos de ações judiciais nas quais se busca a tutela judicial relativamente ao direito à saúde. Todo esse contexto culminou no desejo de desenvolver uma pesquisa científica acerca de possíveis soluções que levassem a atuação jurisdicional a deixar de ser violadora do princípio da separação dos poderes.

Este trabalho, que adota como marco teórico o livro "Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática" de Edilson Vitorelli, propõe-se a analisar – por meio de estratégia metodológica lógico-dedutiva, de cunho interdisciplinar, que passa pela análise estatística, documental, bibliográfica (doutrinas, revistas, leis, sites) – o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.

Pretende-se sopesar o papel do Poder Judiciário na efetivação desse direito e a sua legítima intervenção nas políticas públicas, sem desconsiderar as limitações impostas tanto pelo princípio da separação dos poderes quanto pelo princípio da deferência.

Em meio a esse contexto, surge a hipótese central de que o ajuizamento de ações coletivas de caráter estrutural pode contribuir para assegurar maior efetividade do direito à saúde e, conseqüentemente, levar à redução do número de ações judiciais de caráter individual em que se busca a tutela judicial relativamente a esse direito fundamental. A adoção dessa estratégia visa legitimar a intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas em saúde, sem comprometer a competência dos demais poderes quanto à gestão do respectivo sistema.

A relevância desta pesquisa reside na necessidade de se compreender os dilemas jurídicos e éticos enfrentados pelos membros do Poder Judiciário diante da judicialização em matéria de saúde pública. Além disso, o trabalho visa propor estratégias que promovam, de maneira eficaz e colaborativa, a redução do número de ações individuais em relação a esse tema e que, ao mesmo tempo, assegurem uma atuação legítima desse poder para a efetivação desse direito fundamental. Ao longo deste trabalho, a análise do contexto jurídico e social permitirá uma reflexão crítica sobre o papel do Poder Judiciário na promoção da saúde pública, buscando o equilíbrio necessário para preservar a harmonia entre os poderes e garantir o acesso universal e efetivo à saúde no Brasil.

2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: COMPETÊNCIAS, RESPONSABILIDADES E POLÍTICAS PÚBLICAS

O Poder Judiciário tem sido cada vez mais provocado por meio de ações judiciais em que indivíduos buscam, para si, a satisfação de pretensões relativas a obrigações impostas por normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro e que são relacionadas ao direito à saúde. Interessa, neste trabalho, abordar as demandas em que a satisfação dessas obrigações é exigida do poder público, ou seja, aquelas em que o devedor dessa prestação material decorrente do direito à saúde é uma pessoa jurídica de direito público.

Para que se possa compreender melhor o porquê de o serviço judicial ser provocado para assegurar que o poder público satisfaça obrigações relacionadas ao direito à saúde, é importante conhecer como esse direito é abordado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

O texto constitucional, em seus quatro primeiros artigos, trata dos princípios fundamentais e estipula as diretrizes políticas do Estado brasileiro, dentre as quais estão os fundamentos e os objetivos fundamentais previstos nos artigos 1º e 3º, respectivamente, os quais correspondem às metas que o poder público deve buscar alcançar por meio de políticas públicas. Dentre os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, no que toca ao direito fundamental à saúde, merecem destaque a busca por assegurar a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminações.

O constituinte originário optou pela disposição topográfica do direito à saúde no Título II da Constituição, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente em seu Capítulo II, elencando-o dentre os direitos sociais. A partir disso, pode-se concluir que a saúde é um direito fundamental de brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Quanto à repartição de competências, a Constituição, em seu art. 23, estipula que a execução administrativa do serviço público de saúde é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e, no art. 24, inciso XII, estabelece que a competência legislativa acerca da matéria relacionada à defesa da saúde é concorrente entre três esferas federativas. Isso significa que todos os entes federados têm competência para legislar acerca da defesa da saúde e para executar administrativamente esse serviço público.

Seguindo essa esteira, o art. 196 do texto constitucional, ao abordar a saúde dentro da ordem social, reafirma que ela é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em uma visão contemporânea, influenciada pelo pensamento de Ronald Dworkin (2011), exposto na obra *Levando os Direitos a Sério*, pode-se afirmar que política é um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, via de regra, uma melhoria no aspecto econômico, político e social da comunidade. É, portanto, por meio das políticas públicas, que são estabelecidas as diretrizes governamentais e administrativas destinadas ao alcance de metas e objetivos traçados com base nas necessidades e demandas da sociedade, visando à garantia e à efetivação de direitos sociais assegurados pela Constituição.

Destarte, para a concretização do direito à saúde, assim como dos demais direitos sociais, há necessidade de atuação dos poderes políticos – o Executivo e o Legislativo – mediante desenvolvimento e implementação de políticas públicas.

É relevante destacar que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, é constituída sob um estado democrático de direito, no qual são poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consoante disposição dos artigos 1º e 2º da CRFB/1988.

Em cada um dos entes federados, o poder, que emana do povo, será exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, exatamente como estipula o parágrafo único do art. 1º do texto constitucional.

A essência do estado democrático de direito é a representatividade e os membros que integram os poderes Legislativo e Executivo são eleitos por meio do sufrágio. Portanto, são os representantes do povo (e não o povo em si) que vão estabelecer os objetivos a serem alcançados e os meios para atingi-los, pois, cabe a eles decidir sobre questões que digam respeito ao bem comum do povo. Por isso, o parlamento é o espaço adequado para que se discuta e se delibere acerca das políticas públicas, com observância do devido processo legislativo. Já o executivo é o poder a quem compete planejar, implementar e executar as políticas públicas programatizadas pelo legislativo.

3 O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL E A ASCENSÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS

A partir de uma concepção neoconstitucionalista, nos estados democráticos de direito, assistiu-se à irradiação, para o ordenamento jurídico, das normas e valores constitucionais. Isso não só favorece como também incentiva a provocação do serviço judicial por meio da judicialização da política e das relações sociais, sobretudo quando não há efetividade nas demandas sociais. Na obra *Análise Econômica do Direito*, Anderson Ricardo Fogaça (2021, p. 25) aponta que “todo esse complexo normativo, conduzido pelos princípios fundamentais

constitucionalmente consagrados, naturalmente abre as portas à concretização e aplicação na seara judicial em casos de descumprimentos ou violações por parte dos demais poderes”.

O neoconstitucionalismo se desenvolveu a partir de uma concepção jusfilosófica pós-positivista, que trouxe consigo o reconhecimento da necessidade de parâmetros valorativos para o ordenamento jurídico em que as decisões judiciais pudessem se balizar, uma vez que as teorizações positivistas que embasavam os sistemas de codificação não foram capazes de oferecer respostas adequadas à complexidade das relações da sociedade pós-moderna. Nos dizeres de Luiz Roberto Barroso (2009, p. 247) “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”.

Para uma melhor compreensão acerca do surgimento da filosofia pós-positivista e do neconstitucionalismo, é importante revisitar historicamente o contexto dos séculos XVIII e XIX, nos quais se assistiu ao surgimento do constitucionalismo liberal-burguês cujo principal objetivo era a limitação dos poderes do Estado e a asseguração de direitos e garantias individuais, notadamente quanto a direitos privados, visto que essas garantias eram essenciais, naquele momento histórico, para que fosse possível o desenvolvimento da sociedade e da economia fomentadas pelos ideais liberais (FOGAÇA, 2021, p. 22).

O pensamento liberal favoreceu o surgimento, em meados do século XIX, da corrente filosófica positivista, a qual trouxe reflexos para a filosofia e hermenêutica jurídicas. De uma maneira bem simplificada, pode-se dizer que os juspositivistas, expoentes da jusfilosofia positivista, por meio de uma lógica racional, defendiam a tese de que as normas do direito posto seriam capazes de oferecer respostas jurídicas para todas as circunstâncias em que o papel do intérprete jurídico seria apenas de subsumir o fato à norma positivada (FOGAÇA, 2021, p. 31). Nesse sentido, Norberto Bobbio (1999, p. 78-79) leciona que “[...] com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana”.

Todavia, a complexidade das relações sociais observada a partir dos períodos moderno e pós-moderno, sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial, revelou a incapacidade do constitucionalismo moderno de assegurar respostas para as demandas e de trazer a pacificação social, bem como demonstrou que a ausência de intervenção do Estado na seara social acentuava ainda mais a desigualdade material do povo que habitava aquele território.

A partir desse contexto, surgiu a necessidade de um estado de direito em que o poder público passasse a desempenhar atividades assumindo a função de prestar serviços públicos, sobretudo com a finalidade de atender às demandas sociais, inclusive, como forma de viabilizar o seu próprio desenvolvimento econômico e social.

A esse respeito, Anderson Ricardo Fogaça (2021, p. 22) leciona:

O constitucionalismo liberal-burguês possuía como finalidade precípua a limitação dos poderes do Estado, valendo-se de postura abstencionista a fim de preservar a autonomia privada de indivíduos formalmente iguais. Em contrapartida, o constitucionalismo social objetivava a persecução de uma igualdade material, tendo em vista sua emergência da crise do Estado Liberal no final do século XIX, contexto de acentuada industrialização na Europa Ocidental, fenômeno que precarizou intensamente a malha social, marcada por quadros de exploração humana e miséria. Neste cenário é que o Estado passa a revestir-se de incumbências relativas à prestação de serviços públicos, a fim de atender às demandas sociais, não mais se valendo de conduta negligente em face das mazelas em que se incorre ao anunciar uma igualdade meramente formal e faticamente inverificável. Por conseguinte, conhece-se uma recepção da noção de Estado Social na seara do constitucionalismo democrático, com a incorporação dos direitos sociais, como direito à saúde, à educação e à previdência social, que demandam, por sua natureza, postura mais ativa do Estado na busca por sua efetivação.

À medida que as constituições incorporam novos direitos cuja implementação depende de atuação positiva pelos poderes políticos – Legislativo e Executivo – e, se estes não atuam de forma a dar efetividade a esse conteúdo normativo programático, começam a surgir conflitos de interesses entre os beneficiários da norma constitucional e o próprio poder público. E essas lides são levadas ao Poder Judiciário para que este possa dirimi-las. Portanto, é partir de uma concepção neoconstitucionalista, nos estados democráticos de direito, que se assiste à irradiação, para todo o ordenamento jurídico, das normas e valores constitucionais.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2012, p. 24), “constitucionalizar significa transformar em Política de Direito, pois se uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma potencialmente em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”. Para exemplificar, esse eminente constitucionalista destaca que se a Constituição assegura o direito ao ensino fundamental ou a um meio-ambiente equilibrado, questões relacionadas à exigibilidade de satisfação desses direitos podem ser judicializadas, o que leva “ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas” (BARROSO, 2012, p. 24).

A respeito disso, Anderson Ricardo Fogaça cita Boaventura Souza Santos, esclarecendo que esse autor, ao abordar a transição paradigmática entre o Estado Liberal e o denominado Estado-Providência, destaca que novos direitos surgem em decorrência das lutas sociais e com eles surgem novos conflitos a serem solucionados pelos tribunais, em razão de o Estado não ser capaz de atender aos compromissos assistenciais e providenciais, o que culmina em uma “explosão de litigiosidade” (SANTOS, 1999, p. 144-145 *apud* FOGAÇA, 2021, p. 24).

É relevante destacar que a Constituição também traz, como direito fundamental, a inafastabilidade da jurisdição, no inciso XXXV do art. 5º, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Portanto, a existência de normas programáticas constitucionais relacionadas principalmente aos direitos sociais que não estejam sendo efetivados pelo poder público, aliada à inércia dos poderes políticos – Legislativo e Executivo – em dar efetividade a tais direitos e também à garantia constitucional do acesso à jurisdição, são fatores que corroboram para a expansão do fenômeno da judicialização da política.

Luís Roberto Barroso (2012) leciona que desde o final da Segunda Guerra Mundial – o que coincide com momento histórico influenciado pelo pensamento jusfilosófico pós-positivista – houve, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Para ilustrar, o referido autor aponta diversos episódios que ocorreram em diferentes países nos quais as respectivas cortes constitucionais foram instadas a se pronunciarem em relação a questões tipicamente políticas, o que, para Barroso, demonstra que a fronteira entre política e justiça é fluida no mundo contemporâneo.

É importante pontuar que os membros do Poder Judiciário, diferentemente daqueles que integram os demais poderes, não ingressam em seus cargos por escolha dos cidadãos. Assim, embora sejam representantes do povo, não foram por ele eleitos. No entanto, isso não implica a ideia de que os magistrados, em uma democracia, não tenham atuação política, uma vez que cabe a eles, na condição de intérpretes das normas, preencher os vazios institucionais não cobertos pelos poderes representativos, relativamente aos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Os magistrados, embora não tenham vontade política própria, ao aplicarem o que estabelecem o texto constitucional e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelos representantes do povo durante os processos constituinte e legislativo. Essa atuação jurisdicional de natureza política pode acontecer tanto por meio de ações do controle concentrado de constitucionalidade, como também em ações em que são deduzidas pretensões individuais ou coletivas relacionadas às políticas públicas.

Não se pode deixar de considerar que a utilização do caminho da judicialização como mecanismo de interpretação constitucional não corresponde a uma simples ferramenta hermenêutica. Corresponde a uma atuação política do Poder Judiciário, uma vez que, no contexto da judicialização, há um deslocamento, para decisão no âmbito do Poder Judiciário, de questões que, *a priori*, seriam de competência decisória da arena representativa, ou seja, são questões que dizem respeito ao bem comum da sociedade que se encontra sob a égide da constituição e que deixam de ser deliberadas no espaço político em que estão os representantes do povo, desaguando no âmbito judicial. A respeito disso, Luís Roberto Barroso (2012, p. 24) também ensina que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A judicialização da política refere-se, portanto, ao fenômeno em que questões de cunho político, tradicionalmente debatidas e decididas pelos órgãos legislativos e executivos, são levadas ao Poder Judiciário, sobretudo quando há impasses, omissões ou controvérsias na esfera política, de modo que pode ser também entendida como um reflexo da busca por efetividade e garantia de direitos, diante de supostas inações ou decisões controversas dos poderes constituídos por representantes do povo.

Luís Roberto Barroso (2012) distingue a judicialização do ativismo judicial, aduzindo que, no Brasil, eles não têm o mesmo significado. Para esse autor, a judicialização não decorre da vontade do Judiciário e sim da escolha do constituinte, que adotou um modelo de constituição analítica e um sistema de controle de constitucionalidade abrangente. Já o ativismo judicial, para ele, expressa uma postura do intérprete que, por meio de um modo proativo e expansivo de interpretar, potencializa o sentido e o alcance das normas constitucionais e normalmente se instala em situações em que há retração do Poder Legislativo, descolando-se dos anseios da sociedade civil, o que acaba impedindo que demandas sociais sejam atendidas.

Barroso também aponta que a autocontenção judicial, conduta por meio da qual o Poder Judiciário procura reduzir interferência nas ações dos outros poderes, pode ser considerada o oposto do ativismo, ressaltando que até o advento da Constituição de 1988, essa era linha de atuação judicial no Brasil, o que se contrapõe ao ativismo a que se assiste atualmente. Barroso defende que a principal distinção entre ativismo e autocontenção é que, por meio desta, se restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, enquanto que, por meio daquele, procura-se extrair o máximo de potencialidades do texto constitucional, sem que haja invasão do campo da criação livre do Direito. Com primor, esse autor conclui que “decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados”, destacando que, “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade” (BARROSO, 2012, p. 27).

Neste trabalho, será utilizada, preferencialmente, a expressão judicialização da política, visto que o termo ativismo judicial tem sido mais usado para se referir à vertente negativa desse fenômeno.

Todavia, não se pode confundir Direito e política. E, como bem indica o professor Luís Roberto Barroso (2012), Direito não é política, pois esta reflete a vontade de quem detém o poder, enquanto aquele corresponde ao que é correto e justo. Para Barroso, em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética e torna-se um instrumento de legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Nesse viés, o aspecto deontológico da norma jurídica mostra-se essencial para permitir ao intérprete dela extrair o seu caráter prescritivo, normativo, que permite distingui-la da política. Por isso, o Direito não pode admitir atuação de seu intérprete de forma política, mediante escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. E esse autor, dando prosseguimento às suas reflexões, traz a conhecimento que:

A ambiguidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política. Direito é política no sentido de que: a) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; b) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; c) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, consequentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente (BARROSO, 2012, p. 29).

No artigo intitulado “Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem”, Ernani Rodrigues de Carvalho indica que Neal Tate e T. Vallinder (1995 *apud* CARVALHO, 2004), na obra “Why the Expansion of Judicial Power? In The Global Expansion of Judicial Power”, levantaram condições políticas para o surgimento da judicialização e desenvolveram um quadro condicional que ajuda a verificar se a judicialização é uma realidade em um determinado estado. Para esses autores, a judicialização é favorecida por um contexto constitucional de democracia, de separação dos poderes e de direitos políticos formalmente reconhecidos, aliado à possibilidade de uso dos tribunais pelos grupos de interesses econômicos e sociais de interesses dominantes ou pelos partidos de oposição no intuito de barrar as alterações realizadas pela maioria, sempre que se está diante de circunstâncias que denotam a não efetividade das instituições democráticas em dar provimento às demandas sociais.

Deve-se registrar, ainda, que, não raras vezes, tais demandas sociais se referem a direitos de segunda dimensão assegurados no texto constitucional, já que a previsão deles indica a existência de um Estado com características intervencionistas. Nesse panorama de condições, especificamente quanto à judicialização da saúde, merecem destaque a não efetividade das instituições democráticas em dar provimento às demandas sociais e o uso dos tribunais pelos

grupos de interesses econômicos e sociais. No entanto, as questões relacionadas a esses aspectos serão tratadas mais adiante.

Não se pode desconsiderar que o papel do Poder Judiciário em demandas que envolvem a judicialização da política é de grande relevância para a construção da democracia. Trata-se de um possível caminho para se contornar a crise da representação política, pois, se o estado representativo não resolve a questão tida como problema para a comunidade, o estado judicial, mediante a provocação do jurisdicionado, tem que resolvê-la, até porque, nos termos do art. 140 do Código de Processo Civil, “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Por óbvio, em razão do princípio da adstrição, a atuação do Judiciário está limitada aos pedidos formulados na ação judicial. Isso não viola o princípio da separação dos poderes, até porque, quando foram estipulados, na Constituição da República, os objetivos a serem alcançados pelo estado brasileiro, não foi estabelecido que apenas um dos poderes iria trabalhar em prol de realizá-los.

Há que se levar em consideração que os recursos orçamentários são finitos e que a prestação positiva devida pelo poder público com a finalidade de assegurar efetividade aos direitos fundamentais envolve investimento de recursos em diversas áreas, como, por exemplo, saúde, educação e segurança, entre outras. Por outro lado, a escassez financeira não pode ser invocada pelo poder público como justificativa para a inércia ou equívocos na aplicação dos recursos oriundos do orçamento. Exatamente por isso, seria ideal que as decisões políticas em relação à alocação desses recursos fossem tomadas a partir de uma perspectiva de benefício coletivo. A partir desse panorama, é possível se constatar que o Poder Judiciário não é o mais adequado para estabelecer a forma de execução da política pública nem a destinação dos recursos públicos. Não obstante isso, é cabível que a tutela jurisdicional seja acionada por meio de mecanismos processuais que, a partir de uma visão sistêmica e coletiva, assegurem ao próprio poder público a imposição de medidas que visem dar efetividade a direitos fundamentais em prol da coletividade.

Luiz Roberto Barroso (2012) leciona que os juízes não podem ser populistas e, em certas ocasiões, terão atuação contramajoritária, porque a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo quando contrariem a vontade da maioria política, é condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Em razão disso, ele aponta que é legítima a atuação judicial com a finalidade de sanar omissão legislativa ou ao invalidar uma norma inconstitucional, uma vez que isso se dá em favor da democracia e não contra ela.

Como se vê, a legitimidade do Poder Judiciário, diferentemente do que acontece com o Legislativo e o Executivo, não decorre da eleição de seus membros por parte dos cidadãos, mas

é reflexo, dentre outras coisas, da outorga de poder pelo texto da nossa Constituição e também da imparcialidade de seus membros. Essa imparcialidade pode ser alcançada a partir da utilização de ferramentas hermenêuticas da ciência jurídica que auxiliarão o aplicador do direito no processo de interpretação da norma e de contorno dos vieses cognitivos advindos de sua subjetividade. Inclusive, a respeito disso, Luís Roberto Barroso (2012, p. 31) traz como lição que, para se atenuar os riscos à legitimidade democrática, os membros do Poder Judiciário devem se ater à aplicação da Constituição e das leis, conforme se extrai do seguinte excerto:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Portanto, a partir do paradigma jusfilosófico pós-positivista, assistiu-se à incorporação, ao texto das constituições contemporâneas, de princípios dotados de carga normativa, permitindo o desenvolvimento de uma nova hermenêutica para os aplicadores do direito de forma que estes deixaram de exercer uma mera função subsuntiva do fato à norma, típica do sistema positivista em que a filosofia jurídica predominante era no sentido de que Direito se esgotava nas regras previstas no texto normativo. Anderson Ricardo Fogaça (2021) aponta que, com a visão pós-positivista, foi possível a superação da tese da discricionariedade defendida por Herbert Lionel Adolphus Hart e por Hans Kelsen, expoentes do positivismo, os quais, não obstante reconhecessem a insuficiência do ordenamento jurídico para solucionar os chamados casos difíceis, não trabalhavam a possibilidade de o intérprete da norma se socorrer a valores que poderiam dotar o conjunto de normas vigentes de sentido e, com isso, nortear a atuação do aplicador do direito.

De acordo com Anderson Ricardo Fogaça (2021), o panorama neoconstitucionalista de abertura valorativa do sistema aliado ao protagonismo dos membros do Poder Judiciário, quando atuam de forma ativista, têm ensejado a aplicação retórica e imprudente de princípios constitucionais para fundamentar demandas relacionadas à judicialização de políticas públicas, dando azo ao afastamento de regras previstas no ordenamento jurídico que seriam aplicáveis ao objeto de julgamento. Segundo esse autor, isso, além de trazer risco à segurança jurídica,

representa deturpação do caráter unificador conferido por Dworkin aos princípios, cujo objetivo é afastar a discricionariedade e restringir a esfera interpretativa do julgador.

Não se pode deixar de considerar que, em uma interpretação do direito processual a partir de uma ótica constitucional subsumida, sobretudo, ao art. 93, IX, da Constituição da República, o julgador, com a finalidade de assegurar legitimidade aos atos processuais de conteúdo decisório, deve fundamentá-los. A fundamentação é o que assegurará que a situação submetida a julgamento foi analisada pelo julgador e este construiu um raciocínio jurídico dizendo o direito a ser aplicado àquele caso concreto.

Quando a situação submetida a julgamento está abarcada por uma norma positivada, o exercício da atividade judicante possivelmente será mais simples, visto que o julgador irá basear a sua *ratio decidendi* na aplicação daquele dispositivo normativo, fazendo uma subsunção da situação fática à norma. Todavia, é importante notar que, em algumas situações concretas, a norma não esgotará as possíveis soluções, de forma que poderão acontecer lacunas e antinomias, sendo certo que o julgador não pode, em hipótese alguma, deixar de decidir, exatamente como prevê o artigo 140 do Código de Processo Civil (CPC). Além disso, há hipóteses em que o legislador, de forma proposital, empregará na norma conceitos jurídicos abstratos e abertos ou, ainda, autorizará expressamente que a interpretação desse ato normativo poderá ser feita com base nos princípios gerais do direito.

Nessas circunstâncias, ao fundamentar seu entendimento, o julgador terá que recorrer aos instrumentos hermenêuticos que possibilitarão, do ponto de vista técnico, reduzir a intervenção, no resultado do julgamento, de vieses cognitivos advindos de sua subjetividade de forma a assegurar a adequada imparcialidade necessária ao exercício da atividade judicante. Se o julgador necessita assegurar aplicabilidade a uma norma que traz em seu texto um conceito jurídico aberto ou se ele se depara com uma circunstância em que há necessidade de valer-se da interpretação de um princípio constitucional como instrumento para afastar ou aplicar determinada regra a um caso concreto, ele deve fundamentar seu posicionamento valendo-se dos mecanismos interpretativos. Para tanto, existem instrumentos hermenêuticos que podem subsidiar o trabalho do magistrado de construir a fundamentação de seus atos decisórios.

No ordenamento jurídico brasileiro, o legislador, a partir de uma visão oriunda do pragmatismo, estabeleceu que o magistrado, no exercício da jurisdição, ao fundamentar suas decisões, deve, dentre outras coisas, pautar-se pelo consequencialismo jurídico, tal como estabelecem os artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o art. 25 do Código de Ética da Magistratura e o artigo 489, § 2º, do CPC.

O consequencialismo jurídico é uma postura interpretativa cognitiva que leva em consideração as consequências do ato, ou seja, o intérprete dimensiona os prováveis efeitos concretos da interpretação dada por ele à norma, extrapolando o âmbito daquele caso concreto. José Vicente de Santos Mendonça (2018, p. 46-47), professor de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ao abordar esse tema, assim conceitua o consequencialismo jurídico:

O significado do consequencialismo é discutido em diversos campos do conhecimento, como na teoria da argumentação e da ética. Muitos desses debates podem não interessar ao operador jurídico. De modo simples, pode-se dizer que o consequencialismo é característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências do ato, teoria ou conceito. O consequencialismo jurídico é, por sua vez, postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa. Parece ser nesse sentido abrangente que a LINDB se aproxima do tema.

Em se tratando do exercício da atividade judicante, o consequencialismo exigirá do julgador uma visão que levará em consideração o mundo fora daquele processo que está sendo decidido, notadamente as consequências que o pronunciamento trará para o mundo real, para o sistema em que desaguará o resultado daquele ato judicial. Trata-se de uma visão que ultrapassa os limites endoprocessuais, fazendo um juízo prévio de prováveis efeitos concretos de diferentes normas, priorizando as consequências do ato e do uso dos conceitos, cujo objetivo é reduzir o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados. Ao discutir a finalidade do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Marçal Justen Filho (2018, p. 15) explica que:

As inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificamente sobre as decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação de diversas alternativas sob um prisma da proporcionalidade.

Nesse contexto legislativo brasileiro em que reverbera o consequencialismo jurídico, merece destaque o art. 489, § 2º, do CPC, ao estabelecer que, no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Esse dispositivo legal é relevante porque, em se tratando de judicialização relacionada a direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, não raras vezes, o julgador se depara com situações em que a colisão entre normas exige a realização de um juízo

de ponderação, que o leva a sopesar, sobretudo, as consequências de sua decisão avaliando, inclusive, as alternativas possíveis.

Portanto, o ato decisório proferido em situações em que se está diante de antinomias ou lacunas normativas, conforme aponta Anderson Ricardo Fogaça (2021), deve corresponder à interpretação feita à luz das reflexões de Robert Alexy quanto aos juízos de ponderação e proporcionalidade, bem como reflete o pensamento de Herbert Lionel Adolphus Hart que, embora seja um expoente do positivismo, traz em sua obra filosófica a ideia da derrotabilidade que é a consequência jurídica de uma norma vigente deixar de ser aplicada em um caso concreto em detrimento de outra.

É importante destacar que, quando do julgamento de temas que envolvam aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, tal como acontece nas demandas inerentes aos serviços de saúde, tanto em se tratando da saúde pública quanto da suplementar, o juiz pode não ser o árbitro mais qualificado em razão da falta de conhecimentos específicos ou de informações técnicas suficientes naqueles autos, como muito bem aponta Luís Roberto Barroso (2012). E, muitas vezes, sensibilizado pela urgência apresentada por quem pede a tutela jurisdicional, a qual, via de regra, está relacionada ao risco de morte, o julgador pode decidir a respeito do que foi pedido sem levar em consideração as consequências daquele ato judicial.

Luís Roberto Barroso (2012) destaca que o juiz, por vocação e treinamento, está preparado para realizar a microjustiça, que é a que acontece num caso concreto apresentado em uma demanda individual, mas nem sempre ele dispõe de informações, do tempo e do conhecimento necessários para avaliar o impacto de decisões tanto em relação à prestação de um serviço público quanto para um determinado segmento econômico. Em razão disso, ele aponta que, em certos casos, o Poder Judiciário deve adotar uma posição de cautela e deferência:

Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui. (BARROSO, 2012, p. 30)

Portanto, é por meio da fundamentação baseada na aplicação das normas do ordenamento jurídico e dos mecanismos hermenêuticos é que são atenuados os efeitos decorrentes do fato de os magistrados não serem eleitos pelo povo. Além disso, o Poder Judiciário não pode deixar de considerar as consequências políticas e financeiras de suas decisões, sobretudo em matéria de saúde pública, sob pena de gerar resultados injustos ou danos ao bem comum e/ou aos direitos fundamentais dos membros da sociedade brasileira como um todo. Essa postura evita que o magistrado, negligenciando o conteúdo normativo que seja contrário ao interesse do demandante ou diante de uma possível antinomia, decida a partir de suas próprias concepções sobre justiça e sobre o que é “certo”, “humano” ou “digno”.

Com a postura decisória pautada pelo consequencialismo jurídico, o julgador cumpre adequadamente o dever de fundamentação que o art. 93, IX da Constituição da República lhe impõe, minimiza os reflexos da subjetividade nos seus pronunciamentos judiciais, demonstra imparcialidade e assegura legitimidade tanto à decisão judicial quanto ao Poder Judiciário como um todo.

4 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E OS DESAFIOS DA JUDICIALIZAÇÃO

Ao elaborar o Prefácio II da obra *Judicialização da Saúde: Saúde Pública e Outras Questões* (ARAÚJO; LÓPES; JUNQUEIRA, 2020), Renato Luís Dresch, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, enfatiza que, embora estejam sendo desenvolvidos esforços no intuito de qualificar juridicamente os magistrados para enfrentar a complexidade das demandas em que se busca a tutela judicial em relação ao direito à saúde, o Poder Judiciário ainda não se mostra suficientemente preparado quando a provocação do serviço judicial relativa a esse tema, que, muitas vezes, envolve, por exemplo, questões relacionadas ao *lobby* da indústria farmacêutica e à desesperada tentativa de se preservar a vida a qualquer custo. E isso desencadeia grande número de ordens judiciais que determinam acesso a produtos e serviços de saúde que muitas vezes não estão embasados pela medicina baseada em evidências e, como consequência, trazem impacto negativo para o orçamento público e tumultuam a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição da República assegura, em seu Título II, Capítulo II, os direitos sociais, dentre os quais está o direito à saúde. De acordo com o art. 196 do texto constitucional, a saúde, reconhecida como direito fundamental “de todos e dever do Estado”, deve ser garantida “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

É importante lembrar que os direitos sociais correspondem a direitos fundamentais de segunda dimensão (ou geração) e, por isso, têm caráter de prestação por parte do poder público, ou seja, a concretização dos direitos sociais exige do estado que os institua atuação material por meio de políticas públicas, o que, necessariamente, está relacionado a dispêndio financeiro.

O Professor Paulo Bonavides (2004), em seu Curso de Direito Constitucional, ensina que os direitos fundamentais, na ordem institucional, passaram a manifestar-se em três gerações sucessivas que traduzem um processo cumulativo e qualitativo com o objetivo de assegurar uma universalidade material e concreta desses direitos. Por isso, tais direitos passaram a ser conceituados pela doutrina como direitos de primeira, segunda e terceira gerações, os quais correspondem, respectivamente, aos direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Não obstante essa classificação inicial, esse mesmo autor já antevê discussão que também abarca os direitos fundamentais de quarta geração.

Os direitos de primeira geração, segundo as lições desse autor, constaram dos primeiros textos constitucionais como forma de marcar a resistência ou oposição do indivíduo em relação ao Estado. Correspondem aos direitos de liberdade (civis e políticos), que têm por titular o indivíduo, ou seja, são atribuídos à subjetividade da pessoa e valorizam o “homem das liberdades abstratas” que “compõe a sociedade civil” (BONAVIDES, 2004, p. 563).

Posteriormente, principalmente no período pós-guerra, foi o tempo do advento dos direitos fundamentais de segunda geração, os quais correspondem a direitos sociais, culturais e econômicos, abrangendo também direitos coletivos ou de coletividades que, nos dizeres do Professor Bonavides (2004, p. 565), “nasceram abraçados ao princípio da igualdade” a partir da reflexão antiliberal datada do Século XX. Segundo esse autor, esses são direitos que, por sua natureza, exigem do Estado determinadas prestações materiais, pois correspondem ao âmbito da esfera programática, em virtude de não contarem com instrumentos processuais de proteção semelhantes àqueles que existem para preservação dos direitos de liberdade. Apesar disso, Bonavides assevera que algumas constituições, inclusive a do Brasil, preceituaram que tais direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, o que tende a torná-los tão “justiciáveis” quanto os de primeira geração, uma vez que não poderão ser descumpridos ou ter a sua eficácia recusada com base no argumento de tratar-se de norma programática.

Já os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles que têm por destinatário o gênero humano, ultrapassando os interesses do indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, por isso, são chamados direitos da fraternidade. Bonavides (2004) destaca que foi identificada, por aqueles que teorizaram a respeito desse tema, uma relação contendo cinco desses direitos da fraternidade: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito de propriedade

sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação, mas ele ressalta ser possível que, à medida que o processo universalista se desenvolve, esse rol pode se alargar.

Nessa classificação trazida por esse eminente constitucionalista, por último, estariam os direitos fundamentais de quarta geração, que corresponderiam à “derradeira fase de institucionalização do Estado social” e podem ser assim exemplificados: direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo. Para o referido professor, desses direitos “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima de universalidade” (BONAVIDES, 2004, p. 571).

No contexto constitucional brasileiro, o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, está sujeito à aplicabilidade imediata, em decorrência da expressa previsão do art. 5º, § 1º, da Constituição, tendo em vista tratar-se de direito fundamental.

Quando foi estabelecido, no artigo 196 da Constituição que “a saúde é direito de todos e dever do estado”, houve a indicação de uma finalidade, de um princípio, revelando um valor constitucional que deve ser atendido. Por isso, as normas constitucionais acerca do direito à saúde suscitam a necessidade de que seja estabelecida uma política por meio da qual se possa alcançar os fins positivos nelas indicados.

Como o texto constitucional não expressa quais são as prestações sanitárias incluídas no direito à saúde, a regulamentação acerca desse direito fundamental advém de normas infraconstitucionais. A esse respeito, Anderson Ricardo Fogaça (2021, p. 44) destaca que:

A despeito da aplicabilidade imediata que reveste formalmente os direitos fundamentais, que não mais dependem da concretização por parte do legislador infraconstitucional para que passem a gerar efeitos, verifica-se a indeterminação do conteúdo do direito à saúde, não havendo delimitação constitucional precisa quanto aos seus contornos, de maneira que tal circunscrição é deixada a cargo do legislador. Neste aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet assim sintetiza a indefinição do objeto do direito à saúde, destacando que a Constituição não deixa (ao menos) expressamente claro quais prestações sanitárias são abrangidas pelo termo “direito à saúde”, isto é, se engloba “desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários etc., ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais.

Quando do início da implementação das políticas públicas relacionadas à efetivação do direito fundamental à saúde, foi instituído, por meio da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, o Sistema Único de Saúde. De acordo com o art. 4º dessa norma, o SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, bem como pelas instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa, produção de insumos, medicamentos (inclusive sangue e hemoderivados)

e de equipamentos para saúde, assim como há também previsão acerca da possibilidade de a iniciativa privada participar desse sistema, em caráter complementar.

Além disso, essa mesma lei, fundada nos princípios constitucionais, estipula que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” e esclarece que esse dever “consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços” destinados à sua “promoção, proteção e recuperação” (art. 2º). Portanto, o legislador, ao dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação em saúde, bem como a organização e o funcionamento dos correspondentes serviços, por meio da Lei 8.080/1991, fixou uma estratégia abrangente com o fito de garantir acesso universal, igualitário e integral aos serviços de saúde.

No artigo 7º da Lei 8.080/1990 foram estabelecidos os princípios a que o SUS deve obedecer:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.
- XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.

XV – proteção integral dos direitos humanos de todos os usuários e especial atenção à identificação de maus-tratos, de negligência e de violência sexual praticados contra crianças e adolescentes.

Dentre esses princípios, merecem enfoque estes três: o da universalidade de acesso das pessoas aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência do sistema; o da integralidade de assistência às pessoas, independentemente do nível de complexidade do atendimento, incluindo ações individuais e coletivas, tanto de caráter preventivo quanto curativo; e o da igualdade da assistência à saúde ou equidade, segundo o qual não haverá preconceitos ou privilégios de nenhuma espécie nos serviços de saúde que fazem parte do sistema.

Nos artigos 31 a 35 da Lei 8.080/1990, cuidou-se de fixar as fontes financeiras para custeio do SUS, tendo sido estabelecido que, no âmbito federal, tais recursos serão administrados pelo Ministério da Saúde por meio do Fundo Nacional de Saúde e que aqueles destinados às demais esferas de gestão serão depositados em conta especial e por elas movimentados sob fiscalização dos Conselhos de Saúde.

Quanto à organização e gestão do sistema, definiu-se que, em nível federal, a competência é do Ministério da Saúde; no estadual, da Secretaria de Estado da Saúde; e no Municipal, à respectiva Secretaria Municipal de Saúde. Além disso, esse mesmo texto normativo, nos artigos de 16 a 19, ao distribuir as competências no âmbito do SUS, atribuiu, em nível federativo, a participação de cada esfera de governo no planejamento e execução de políticas públicas em saúde.

Posteriormente, para complementar a legislação relativa ao SUS e com a finalidade de dispor, dentre outras coisas, sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, foi publicada, em, 28 de dezembro de 1990, a Lei 8.142.

Esse panorama acerca da gestão política e financeira do SUS permite vislumbrar o elevado nível de complexidade de funcionamento desse sistema e leva à reflexão sobre as consequências que podem ocorrer em decorrência intervenção judicial nas políticas públicas em saúde. Não é por acaso que a intervenção judicial, se necessária for, em relação a essa – e a outras políticas públicas – precisa sempre ser precedida de adequada fundamentação, em que o magistrado faça juízo de ponderação, com base nas regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico.

Os julgadores, com o fito de reduzir o que Renato Luís Dresch (2020) qualifica como problemas e dificuldades que a intervenção judicial pode causar no sistema, especialmente quando as decisões são destituídas de critérios técnicos, também devem decidir observando as consequências que podem advir da ordem judicial, uma vez que o art. 20 da Lei de Introdução

às Normas de Direito Brasileiro e o art. 489, § 2º, do CPC, assim os orientam. O referido Desembargador do TJMG, ao prefaciar a obra *Judicialização da Saúde: Saúde Pública e Outras Questões* (ARAÚJO; LÓPES; JUNQUEIRA, 2020, p.18), afirma que os precedentes judiciais nela abordados pelos autores desse livro evidenciam que grande parcela das decisões judiciais, por desconsiderarem a regulação infraconstitucional, impõem ao poder público a obrigação de custear produtos e serviços em relação aos quais não há evidência científica acerca da eficácia, o que gera dispêndios altos para o erário e que causa impacto negativo nas contas públicas em detrimento da coletividade. Veja-se:

Na análise de precedentes jurisprudenciais, os autores deixam evidenciado que uma grande parcela das decisões judiciais fica às margens da regulação infraconstitucional da saúde, acabando por endossar equívocos das partes, deferindo, às expensas do poder público, o acesso a produtos e serviços sem evidência científica, e, por conseguinte, impondo o dispêndio desnecessário de valores substanciais que são muito caros para o erário, causando impacto negativo nas contas públicas, em detrimento da coletividade.

Nesse excerto, merece destaque a observação no sentido de que grande parcela das decisões judiciais fica à margem da regulação infraconstitucional da saúde, ou seja, muitas vezes são deferidas tutelas judiciais relacionadas ao serviço público de saúde que tiveram por base somente a premissa extraída do art. 196 da Constituição no sentido de que a saúde é direito fundamental “de todos e dever do Estado”.

Na obra *Judicialização da Saúde*, os autores asseveram que há uma preponderância no Poder Judiciário do entendimento da solidariedade irrestrita entre todos os entes, o que, inclusive, leva muitos jurisdicionados a optarem por incluir a União no polo passivo da demanda (ARAÚJO; JUNQUEIRA, 2020). Essa opção do jurisdicionado decorre, principalmente, do fato de que a União é pessoa jurídica de direito público que tem orçamento mais vultoso entre todos os entes federados, o que traz certo conforto para quem pede a tutela judicial, uma vez que, se houver o respectivo deferimento, é tida, quase como certa, a disponibilidade de recursos financeiros para custear a despesa. No entanto, isso viola a forma com que a política pública em saúde se estrutura e desequilibra todo o sistema².

² No julgamento do paradigmático Tema 793, o STF firmou tese vinculante segundo a qual “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” (STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ED em Recurso Extraordinário nº 855.178/CE**. Relatora Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 09 abr. 2024).

A compreensão do direito à saúde, a partir de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, é essencial para que se possa discutir questões relacionadas à judicialização relativa a ele. Por isso, o julgador não pode desconsiderar que existem leis e atos normativos que regulam a forma como se dá o acesso do beneficiário e também o custeio do SUS, sob pena de que seus atos decisórios possam desequilibrar e comprometer a política pública em saúde.

5 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO ESTRATÉGIA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No âmbito da tutela judicial do direito à saúde, a quantidade cada vez maior de ações judiciais aforadas, sobretudo as que são propostas por indivíduos que buscam para si a satisfação da pretensão de direito material às expensas do poder público, confirma que há falhas estruturais – tanto no sistema de saúde quanto na prestação do serviço judicial – que contribuem para a desigualdade do acesso a esse serviço. E isso revela a necessidade de se pensar sobre os instrumentos processuais que têm sido utilizados e de se avaliar a possibilidade de que, por meio das ferramentas do processo civil estrutural, possam vir a ser viabilizadas intervenções sistêmicas que garantam a efetividade do direito fundamental à saúde.

Para que se possa compreender no que consiste o processo civil estrutural, é importante conceituar alguns institutos a ele relacionados, uma vez que a identificação das situações de direito material que possam ser decididas judicialmente com base nessa ferramenta é essencial para que se reconheça a possibilidade de aplicá-la.

5.1 CONCEITOS

Um conflito de interesses, para ser solucionado por meio de um procedimento judicial estrutural, tem que estar, necessariamente, relacionado ao funcionamento de uma estrutura e ser qualificado como litígio estrutural. Edilson Vitorelli (2023), em sua obra *Processo Civil Estrutural*, afirma que “estrutura”, para esse conceito processual, pode ser uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público, mas ele destaca que não há empecilho em utilizar esse substantivo para se referir à esfera privada. Isso porque as estruturas, sejam elas públicas ou privadas, podem ser destinadas a prestar serviços públicos ou serem de utilidade pública e, em razão disso, não possam ser eliminadas e substituídas por outras, tal como ocorre quando uma estrutura está somente sob o alvedrio das regras de mercado.

Apesar disso, Vitorelli (2023) assevera que é mais comum haver litígios estruturais que envolvam estruturas públicas, pois o funcionamento delas está relacionado aos serviços públicos, em relação aos quais, diante de essencialidade, as respectivas estruturas não podem

simplesmente ser eliminadas. Some-se a isso a ideia de que a estrutura que esteja relacionada ao litígio estrutural também deve ter o condão de afetar um número considerável de pessoas, disso decorre o interesse da coletividade em solucioná-lo.

Litígios estruturais, segundo as lições de Vitorelli (2023, p. 63), “são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, de significativa penetração social, opera” e ocorrem quando “o funcionamento da estrutura é que causa, permite, fomenta ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo”. Trata-se de litígio irradiado, pois afeta uma sociedade irradiada de pessoas, com elevada complexidade e conflituosidade decorrentes do modo como os subgrupos sociais se relacionam, interagem, com essa estrutura, o que indica a existência de um litígio policêntrico (VITORELLI, 2023). Diante dessas características, para que haja solução duradoura para o litígio, é preciso a reformulação do funcionamento da estrutura envolvida.

É possível perceber, a partir dessa conceituação, que é o modo pelo qual a estrutura funciona que causa o problema ensejador da violação de direito que leva à existência do litígio e, como esse funcionamento estrutural, sistêmico, atinge a coletividade, pode-se dizer que se trata de litígio de interesse coletivo.

Ao se pensar em litígio coletivo, pode ocorrer uma associação conceitual, por parte do operador do direito, com o processo coletivo. Todavia, Edilson Vitorelli (2023, p. 58) adverte que “os conceitos de processo coletivo e litígio coletivo não são sinônimos e não se relacionam necessariamente”. Esse autor segue suas lições explicando que “o processo coletivo é a técnica processual colocada à disposição da sociedade, pelo ordenamento jurídico, para permitir a tutela jurisdicional dos direitos afetados por litígios coletivos”. E, quando essa técnica processual não existe no ordenamento jurídico, “os litígios coletivos serão tratados por outras técnicas processuais e extraprocessuais, de acordo com o sistema de cada país”.

No ordenamento jurídico brasileiro, há certa normatividade relativamente aos litígios coletivos, de forma que estes podem ser processados em consonância com as normas que integram o microssistema processual coletivo que tem como fontes primárias a Lei nº 7.347/1985 (que disciplina a ação civil pública) e o regramento processual que foi previsto no Capítulo I do Título II da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) para a defesa do consumidor em juízo (CDC, artigos 81 a 104). Entretanto, deve ser ponderado que essas duas leis, embora venham servindo como fontes primárias do direito material e do processual quando a tutela judicial pretendida é a solução de conflitos de interesses de natureza coletiva, foram discutidas e pensadas, durante o processo legislativo, para disciplinarem questões decorrentes da responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao

consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (no caso da Lei de Ação Civil Pública) e para a defesa coletiva dos consumidores em juízo (no caso o CDC). Portanto, elas não trazem instrumentos processuais que possibilitem o requerimento e concessão de tutelas judiciais que tenham por objeto correção de uma violação sistêmica causadora de um litígio estrutural.

Além dessas normas relativas ao microssistema processual coletivo, Edilson Vitorelli (2023) indica que também há disposições legais quanto a procedimentos coletivos no Decreto-Lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), na Lei nº 12.016/2009 (que disciplina o mandado de segurança), na Lei nº 4.717/1965 (que regula ação popular), na Lei nº 8.429/1992 (que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa), na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e na Lei nº 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa).

Esse autor também aponta que o litígio de natureza coletiva pode vir a ser tratado em processos individuais, tal como acontece em decorrência do sistema processual de formação de precedentes com efeitos vinculantes, a teor do que estabelecem o art. 926 e seguintes do CPC, pois a solução para a questão de direito aplicada naquele processo do qual se originou a decisão que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário produzirá efeitos para toda a sociedade e se caracterizará como solução para litígios da coletividade que versam sobre o mesmo tema. E Vitorelli (2023) também acrescenta que o contrário também pode acontecer, visto que litígios individuais podem vir a ser tratados em processos coletivos, tal como acontece, por exemplo, quando são manejadas ações coletivas relativas aos tipos de lesão o que o Código de Defesa do Consumidor intitula como direitos individuais homogêneos.

Há uma importante advertência que é feita por Vitorelli (2023, p. 62) em sua obra: a de que a existência de um sistema processual coletivo “não significa que ele seja, do ponto de vista da estratégia individual de quem integra a sociedade afetada pelo litígio, a melhor solução”, visto que “a demanda individual costuma ser mais rápida e ter mais chances de ser julgada procedente, já que implica um impacto financeiro mais reduzido”. No entanto, a opção do jurisdicionado pelo manejo da ação individual, vista por outro ângulo, “prejudica a qualidade e a economicidade da prestação jurisdicional, propicia julgamentos contraditórios, em prejuízo do princípio da isonomia e impede que o problema seja resolvido como um todo”, ou seja, não leva à correção da estrutura causadora da violação.

Apesar de se ser um instrumento legal disponibilizado à sociedade para obtenção da tutela de direitos materiais violados no contexto do interesse público primário, o processo coletivo, em sua configuração atual no cenário processual brasileiro, tende a se concentrar na

reparação de violações de direitos decorrentes de situações pretéritas, sem propor a reestruturação sistêmica necessária para prevenir futuras violações ao mesmo direito. Essa abordagem, muitas vezes, não se mostra efetiva, pois não soluciona as causas subjacentes dos problemas enfrentados pela comunidade. É nesse contexto que o processo estrutural busca intervir (VITORELLI, 2023).

O processo civil estrutural é um mecanismo de reestruturação institucional, no qual a ordem judicial não se limita a impor uma conduta isolada dirigida a uma parte específica. Ela vai além disso. A ordem judicial, por meio de um conjunto de medidas, buscará ajustar comportamentos futuros de todo o sistema envolvido na situação violadora de direitos.

A atuação judicial, nesse caso, é a de um agente de intermediação e de convencimento, em detrimento da postura mandamental e coercitiva que tipicamente caracteriza a ação do Poder Judiciário (VITORELLI, 2023). Nesse sentido, Desirê Bauermann (2017) afirma que a decisão proferida no âmbito do processo estrutural modifica o padrão tradicional das ordens judiciais que têm foco nas violações de direitos em situações pretéritas.

5.2 ORIGEM E MARCO HISTÓRICO DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL: CASO BROWN VS. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA

O processo coletivo estrutural tem suas raízes no contexto jurisprudencial norte-americano, mais precisamente no paradigmático caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* 347 US 483 (1954)³. Na ocasião, as escolas públicas nos Estados Unidos eram segregadas com base na raça, tendo por fundamento a doutrina *separate but equal*, que permitia a segregação desde que as instalações fossem consideradas iguais⁴.

³ Com base numa lei de 1879, o Conselho de Educação de Topeka, Kansas, geriu escolas primárias separadas para estudantes brancos e afro-americanos em comunidades com mais de 15.000 residentes. A NAACP em Topeka procurou desafiar esta política de segregação e recrutou 13 pais de Topeka para desafiar a lei em nome de 20 crianças. Em 1951, cada uma das famílias tentou matricular as crianças na escola mais próxima, que eram escolas destinadas a brancos. A admissão de cada criança foi recusada e encaminhada para escolas afro-americanas, que ficavam muito mais longe de onde moravam. [...] Depois que a admissão das crianças foi recusada nas escolas designadas para brancos, a NAACP abriu o processo. Eles não tiveram sucesso no tribunal de primeira instância, onde o precedente da Suprema Corte de 1896 no caso *Plessy v. Ferguson* foi considerado decisivo. Embora o tribunal de primeira instância tenha concordado que a segregação educacional teve um efeito negativo sobre as crianças afro-americanas, aplicou o padrão de *Plessy* ao concluir que as escolas brancas e afro-americanas ofereciam professores, currículos, instalações e transportes com qualidade suficientemente igual. Uma vez que a NAACP não contestou os detalhes destas conclusões, classificou essencialmente o recurso como um desafio direto ao sistema imposto por *Plessy*. Quando a Suprema Corte ouviu o recurso, combinou *Brown* com outros quatro casos que abordavam questões paralelas na Carolina do Sul, Virgínia, Delaware e Washington, DC. A NAACP foi responsável por iniciar cada uma dessas ações judiciais e perdeu em cada uma delas em o nível do tribunal de primeira instância, exceto o caso Delaware de *Gebhart v. Brown* se destacou dos outros no grupo como o único caso que desafiou a doutrina “separados, mas iguais”. Os outros baseavam-se em afirmações de grande desigualdade, o que também teria violado o padrão do caso *Plessy* (Tradução livre).

⁴ SUPREMA CORTE AMERICANA. *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

Em 1954, a Suprema Corte americana, liderada pelo *Chief Justice* Earl Warren, à unanimidade, proferiu uma decisão histórica ao considerar a segregação nas escolas públicas como desigual e violadora da Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

A decisão da Suprema Corte, embora tenha representado um importante marco para o fim da segregação racial, ao declarar a inconstitucionalidade das leis locais que autorizavam a existência de escolas para brancos e negros, não estabeleceu diretrizes específicas para a implementação das mudanças que implicariam na reformulação integral do sistema educacional de vários estados norte-americanos. Houve, naquele pronunciamento judicial, apenas o reconhecimento acerca da natureza coletiva daquelas ações e a ampla aplicabilidade da referida decisão, que determinou o retorno dos casos aos juízos de origem, a fim de que estes adotassem as medidas cabíveis e necessárias⁵.

Em análise do caso, Edilson Vitorelli (2023) explica que os juízes locais passaram a adotar, por iniciativa própria, estratégias para aplicar essa decisão, recorrendo ao uso de *injunctions*, que são ordens judiciais que estabelecem obrigações de fazer e de não fazer. O mencionado autor indica o uso das *injunctions* como principal ferramenta para impor, ao sistema público escolar, medidas de “dessegregação” e afirma, também, que, embora o caso *Brown* não seja, por si só, um exemplo de processo estrutural, a implementação, por iniciativa dos juízes de algumas regiões norte-americanas, de medidas para dar efetividade a essa decisão, gradualmente adquiriu essa característica.

No direito norte-americano, conforme constatação feita por Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2020), a partir desse precedente, passou-se a entender como sendo uma decisão estrutural (*structural injunction*) aquela destinada a propor uma reforma estrutural (*structural reform*) em uma entidade, organização ou instituição, com o intuito de se efetivar um direito fundamental, de se formular políticas públicas ou de se resolver litígios complexos. Os referidos autores ainda destacam que o modelo de decisão proferida no caso *Brown* foi adotado pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos como um paradigma, de

⁵ Por serem ações coletivas, devido à ampla aplicabilidade desta decisão e à grande variedade de condições locais, a formulação de ordens nestes casos apresenta problemas de considerável complexidade. Na reconsideração, a análise da medida adequada foi subordinada à questão primária — a constitucionalidade da segregação na educação pública. Já anunciamos que tal segregação constitui uma negação da igual proteção das leis. Para que possamos contar com a plena colaboração das partes na formulação das ordens, os casos serão devolvidos aos juízos e solicita-se que as partes apresentem argumentos adicionais [...]. (Tradução livre).

modo que, as decisões estruturais proferidas a partir de então, passaram a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas com o objetivo de se alcançar o atendimento a valores constitucionais.

Para Sérgio Cruz Arenhart (2013), a forma processual adotada nesse julgamento permitiu a construção das ideias em que se fundamentam as *structural injunctions* (decisões estruturais), de modo que estas passaram a ser concebidas como instrumento mais flexível e “dialogado” de solução das controvérsias.

O processo estrutural emergiu, portanto, como resposta dinâmica às lacunas deixadas pela decisão da Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* e com o intuito de adotar medidas que assegurassem a efetiva reestruturação do sistema público de ensino norte-americano.

5.3 AS NUANCES DO PROCEDIMENTO COLETIVO DE CARÁTER ESTRUTURAL

No princípio do procedimento estrutural, o juiz, no exercício da função jurisdicional estatal, irá dialogar com as partes envolvidas no litígio estrutural, intermediando a elaboração de um plano que tenha por objetivo solucionar os problemas que acarretam o litígio estrutural.

Essa forma de atuação dos sujeitos processuais (juiz e partes em litígio), em um procedimento estrutural, denota a exata atribuição que lhes é dada pelo art. 6º do CPC, qual seja, a de cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Para que se alcance esse intento, o processo estrutural se desenvolve mediante algumas fases, assim elencadas por Edilson Vitorelli (2023, p. 73):

- 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos em respeito ao caráter policêntrico do litígio;
- 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, 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 não previstos; e,
- 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social que se afigure apropriado, dadas as circunstâncias do conflito, a partir da reorganização da estrutura.

Essas fases listadas por Vitorelli para o procedimento de caráter estrutural, do ponto de vista da atuação do membro do Poder Judiciário, remetem à lógica dos negócios jurídicos

processuais a que se refere o art. 190 do CPC⁶. Esse dispositivo legal admite que as partes que sejam capazes para os atos da vida civil possam estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. E ao magistrado, na execução de tais negócios jurídicos, cabe controlar a validade das convenções ajustadas, de forma que ele poderá recusar a aplicação em casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão, bem como no caso de alguma parte se encontrar em situação de vulnerabilidade.

Embora o procedimento estrutural e o negócio jurídico processual sejam institutos diversos entre si, em ambos o juiz poderá atuar auxiliando os demais sujeitos processuais a alcançarem o resultado de direito material que satisfaça os critérios de justiça e efetividade a que se refere o art. 6º do CPC.

Cabe ao magistrado que atue em processo de caráter estrutural: auxiliar na negociação política entre os demais sujeitos processuais, mediante intermediação e convencimento; controlar a validade, do ponto de vista jurídico, dos ajustes propostos; e participar da avaliação dos resultados da implementação, da reelaboração do plano e da implementação do plano revisto (estes dois últimos, se necessário for). Tudo isso, sempre com vistas a garantir o resultado social pretendido no início do processo, qual seja, a correção da violação de direitos e a efetivação de condições que impeçam a reiteração futura das falhas do sistema, da estrutura, que se pretendeu modificar.

Não obstante o processo coletivo estrutural ainda não possua regulamentação própria, encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.058/2014, cujo anteprojeto foi elaborado pela Escola de Processo Civil da Universidade de São Paulo (USP), sob a liderança dos professores e processualistas Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Esse projeto, que foi apresentado ao Poder Legislativo em 2014 pelo Deputado Paulo Teixeira, visa instituir um procedimento especial para o controle e a intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, tendo por base os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da garantia do mínimo existencial, da justiça social, do atendimento ao bem comum, da universalidade das políticas públicas e do equilíbrio orçamentário. No intuito de permitir que sujeitos processuais identifiquem e compreendam os mecanismos que caracterizam um tipo de

⁶ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

ação coletiva como sendo de caráter estruturante, o referido projeto de lei elenca, de forma exemplificativa, no parágrafo único de seu artigo 2º ⁷, instrumentos procedimentais, “a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes”. Como já abordado, é esse diálogo institucional que diferencia o processo coletivo estrutural de qualquer outro procedimento judicial de natureza coletiva.

5.4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: LITÍGIO DE NATUREZA ESTRUTURAL

As questões enfrentadas pelo Poder Judiciário na prestação jurisdicional envolvendo o direito à saúde, notadamente quando se trata de obrigações atribuídas ao poder público, denotam a existência de problemas de natureza estrutural que comprometem a eficiência do serviço público de saúde e que levam os jurisdicionados a buscarem a tutela judicial como forma de dar efetividade a esse direito fundamental.

Sob a perspectiva da judicialização, compreender a dimensão desse viés institucional estrutural é essencial para que se possa buscar, no processo civil estrutural, instrumentos que visem dar maior efetividade a esse direito e, conseqüentemente, levem à redução da propositura de ações que tratem dessa matéria.

As ações individuais que aportam na justiça comum federal ou estadual revelam, por meio dos pedidos formulados, que as estruturas envolvidas nas políticas públicas dirigidas à efetivação do direito fundamental à saúde não estão oferecendo respostas satisfatórias no âmbito administrativo em relação às competências executivas e legislativas que lhes são atribuídas, respectivamente, pelos artigos 23, inciso II e 24, inciso XII, ambos da Constituição da República e também pela Lei 8.080/1990.

⁷ Art. 2º [...]

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
- VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
- IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;
- X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;
- XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

Apesar de ainda não haver regulamentação acerca do processo estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸, pautado no consequencialismo jurídico, impõe, tanto ao administrador, quanto à autoridade judiciária, o dever de considerar as consequências práticas de suas respectivas decisões, em detrimento da tomada de decisão com base em valores jurídicos abstratos e critérios subjetivos. Tendo em vista isso, do ponto de vista do Poder Judiciário, a adoção do procedimento de caráter estrutural permite ao julgador que este visualize se as consequências de sua atuação estarão dirigidas à satisfação do bem comum da coletividade, já que o resultado prático a ser alcançado por meio delas é a melhora no funcionamento do sistema em torno da política pública a que se refira a tutela judicial pleiteada.

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisões no sentido de reconhecer a necessidade e possibilidade de serem feitas adequações no processo coletivo tradicional, quando, no curso deste, os sujeitos processuais se deparam com litígios que demandam providências estruturantes, sob pena de, em caso de atuação judicial diversa, estar-se a negar, indevidamente, a tutela jurisdicional⁹.

Diante disso, enquanto não houver no ordenamento jurídico brasileiro uma norma específica para um procedimento judicial de natureza estrutural, é possível que os legitimados ativos aptos a proporem ações civis coletivas, notadamente o Ministério Público e a Defensoria Pública, cada qual em sua esfera de atuação, podem propor soluções jurídicas de caráter estruturante tanto em âmbito administrativo quanto por meio de ações judiciais.

⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

⁹ “Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos amici curiae e pela Defensoria Pública na função de custos vulnerabilis, permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo. [...] Na hipótese, conquanto não haja, no Brasil, a cultura e o arcabouço jurídico adequado para lidar corretamente com as ações que demandam providências estruturantes e concertadas, não se pode negar a tutela jurisdicional minimamente adequada ao litígio de natureza estrutural, sendo inviável, em regra, que conflitos dessa magnitude social, política, jurídica e cultural, sejam resolvidos de modo liminar ou antecipado, sem exauriente instrução e sem participação coletiva, ao simples fundamento de que o Estado não reuniria as condições necessárias para a implementação de políticas públicas e ações destinadas a resolução, ou ao menos à minimização, dos danos decorrentes do acolhimento institucional de menores por período superior àquele estipulado pelo ECA. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.854.842/CE**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Diário da Justiça Eletrônico, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 10 mar. 2024).

No âmbito da prestação do serviço de saúde, podem ocorrer situações em que os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, os quais estão dentre os que têm legitimidade para propor ações coletivas nos moldes atualmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, no exercício típico das atribuições inerentes a seus cargos, deparem-se com situação em que seja constatado que o funcionamento da estrutura é que causa a violação ao direito fundamental à saúde, o que, como já discutido, dá origem a um litígio de interesse coletivo de caráter estrutural. Essa constatação pode acontecer, por exemplo, se esses legitimados tomarem conhecimento acerca de reiterados fatos envolvendo indivíduos que encontraram percalços no sistema relacionados à execução da política pública em saúde, quando buscaram a satisfação desse direito fundamental.

Ao se deparar com esse cenário, em se tratando de circunstância que exija intervenção judicial (em razão de não ter sido possível a prévia solução em âmbito administrativo) esses legitimados podem optar entre propor: i) uma ação individual para cada sujeito que teve o direito violado, na qual seja deduzida pretensão de satisfação de obrigação específica relativa ao direito à saúde daquele indivíduo; ii) uma ação civil pública, nos moldes previstos na Lei 7.347/1985 conjugada com o regramento contido nos artigos de 81 a 104 da Lei 8.078/1990, na qual seja deduzida pretensão de satisfação de obrigação genérica e abstrata, em relação a uma política específica em saúde; iii) uma ação civil pública, nos moldes previstos na Lei 7.347/1985 conjugada com o regramento contido nos artigos de 81 a 104 da Lei 8.078/1990, na qual sejam deduzidas pretensões relacionadas à reorganização da estrutura envolvida na situação causadora da violação do direito à saúde, a serem estabelecidas mediante diálogo institucional mediado pelo órgão judiciário, com o fito de que, a longo prazo, medidas concretas e viáveis sejam adotadas para romper o contexto de violação do direito.

De um ponto de vista pragmático, é possível vislumbrar que as possibilidades descritas em “i” e “ii” não têm o condão de alterar o cenário estrutural violador do direito fundamental à saúde que é essencialmente de interesse coletivo.

A respeito das ações civis públicas, tal como são, via de regra, manejadas pelos legitimados ativos relativamente à assistência à saúde, nas quais, mesmo que digam respeito a essa política pública específica, não são formulados pedidos de caráter estrutural, pode ocorrer uma intervenção inadequada do Poder Judiciário¹⁰. Por isso, Cynthia Pereira de Araújo, Éder Maurício Pezzi Lopes e Silvana Regina Santos Junqueira (2020, p. 258) advertem que:

¹⁰ A título exemplificativo de ação coletiva cuja pretensão deveria ser objeto de processo estrutural, por se referir a litígio tipicamente estrutural, destaca-se a Ação Civil Pública nº 0291049-63.2012.8.13.0105, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Estado de Minas Gerais. Essa ação civil pública foi

Em suma, as ações civis públicas são importante instrumento de tutela coletiva de direitos, e não se questiona a possibilidade de elas, em determinados casos, dizerem respeito a uma política pública específica. O que se busca demonstrar é que, no que tange a prestação de saúde, dada a sua natureza, qualquer decisão judicial de cunho genérico e, em certa medida, abstrato, pode ser altamente prejudicial à organização da saúde e até mesmo aos pacientes coletivamente considerados.

Essa advertência feita por esses autores na obra *Judicialização da Saúde: Saúde Pública e Outras Questões*, chama a atenção para o fato de que uma ação civil pública em que a pretensão formulada seja de caráter genérico quanto à satisfação de determinada política pública pode se transformar em uma questão, nos dizeres desses juristas, “altamente prejudicial para a organização da saúde pública”. Isso ocorre nesses casos, porque o Poder Judiciário interferirá na esfera de competência dos poderes Legislativo e Executivo, os quais, conforme já discutimos, é que têm atribuição de atuar politicamente, definindo, planejando e executando as políticas públicas.

proposta em razão da grande frequência com que se instaurava, perante a Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde da Comarca de Governador Valadares, notícias de fato versando sobre a necessidade de transferência de pacientes que estavam internados no Hospital Regional de Governador Valadares para um hospital com capacidade de tratamento em saúde de alta complexidade. Após instauração do Inquérito Civil Público nº MPMG 0105.11.000828-8, o órgão ministerial apurou o déficit de leitos de unidades de terapia intensiva (UTI) no referido município e constatou que o Hospital Municipal de Governador Valadares não possuía estrutura para tratamentos das enfermidades de alta complexidade. O Ministério Público, no exercício de suas atribuições, ajuizou a referida ação civil pública, na qual deduziu pretensão de que o Estado de Minas Gerais adquirisse leitos hospitalares tanto de UTI quanto para o atendimento de emergências e de urgências em que houvesse risco de morte e/ou de dano irreparável à saúde para os pacientes residentes em Governador Valadares (ou em municípios que têm essa cidade como referência de atendimento em razão de pactuações intermunicipais dentro do Sistema Único de Saúde). Quando do julgamento do mérito dessa ação, em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente, para impor, ao Estado de Minas Gerais, a obrigação de transferir, para leito hospitalar destinado a tratamento de alta complexidade, na rede pública – ou, em caso de impossibilidade nesta, para nosocômio particular – em até 48 horas contadas do cadastramento, no sistema SUS Fácil, de cada paciente que esteja em tratamento em Governador Valadares/MG (ou que tenha, como referência de assistência à saúde, esse município) e que apresente quadro de saúde para o qual o tratamento necessário seja de urgência ou de emergência, em decorrência do risco de morte ou de qualquer outro tipo de dano irreparável à saúde, desde que essa circunstância seja atestada em documento médico. Para o caso de descumprimento dessa ordem judicial, a sentença estipulou, relativamente a cada paciente que deixar de ser transferido no prazo fixado, uma multa R\$ 1.000,00 por dia, estabelecendo, como limite máximo dessa medida coercitiva, o valor R\$ 50.000,00. Além disso, esse pronunciamento judicial ressaltou a possibilidade de serem adotadas outras medidas coercitivas, inclusive, extensíveis ao Secretário de Estado da Saúde. No reexame necessário, a obrigação de fazer imposta ao Estado de Minas Gerais foi mantida, mas essa sentença foi parcialmente reformada, para excluir a possibilidade de imposição de medidas coercitivas dirigidas à pessoa ao Secretário de Estado da Saúde com a finalidade de buscar a satisfação da referida obrigação. Note-se que o julgamento dessa ação coletiva impôs ao ente estadual o ônus de arcar com a internação e transferência de todos os pacientes que estejam em tratamento em Governador Valadares/MG, ou que tenham como referência para o tratamento esse município, e que necessitem de internação hospitalar em caráter de urgência ou emergência em serviço de saúde de alta complexidade. Contudo, não foi dado tratamento à questão estrutural que acarretou o litígio, que é a falta de leitos para atendimentos de urgência ou emergência, de alta complexidade em saúde, na macrorregião do SUS de que faz parte o Município de Governador Valadares/MG. (TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0105.12.029104-9/005**. Relator Desembargador Renato Luís Dresch, Quarta Câmara Cível. Diário do Judiciário Eletrônico, 6 nov. 2015. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=1010512029104900520151413355>. Acesso em: 10 abr. 2024)

Portanto, o processo civil estrutural mostra-se como um instrumento mais adequado para que o Poder Judiciário, no exercício de sua atribuição, possa cumprir, de forma mais adequada, o seu dever de assegurar a efetividade dos direitos assegurados na Constituição.

Também pode acontecer de o juiz detectar que há litígio estrutural depois de vir a ser provocado, no âmbito de sua jurisdição, por meio de uma ou mais ações individuais que denotam a ocorrência de fatos jurídicos estruturais que sejam violadores de direitos. Nesse caso, Edilson Vitorelli (2023) sugere, como solução apropriada, que esse magistrado, por força do que dispõe o art. 139, X, do CPC¹¹, remeta informações acerca disso para o Ministério Público e para Defensoria Pública, bem como para outros legitimados coletivos, de forma que estes, cientes da violação de direito de caráter estrutural, possam propor, se for o caso, a ação civil pública relativa ao litígio estrutural visando corrigir e extirpar o modo de funcionamento da estrutura causador da violação.

Vitorelli (2023) entende ser possível que, procedimentalmente, em primeiro grau de jurisdição, os processos estruturais tramitem como ações civis públicas e ações populares e, inclusive, ele admite que possam haver ações civis originárias em tribunais. Além disso, ele ressalta que seria cabível a propositura de processos estruturais por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) cuja competência para processamento, nos termos do art. 102, § 1º, da CRFB/1988, é do Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. (grifo nosso)

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Diante de todo esse cenário, para que seja possível a utilização das ferramentas processuais de caráter estruturante, no intuito de corrigir as falhas ou vícios do sistema envolvido da execução da política pública em saúde, torna-se necessária, em um primeiro momento, a mudança de mentalidade dos sujeitos processuais que podem participar das ações coletivas, já que, segundo Edilson Vitorelli (2023, p. 74), “processos estruturais são evitados por juízes e legitimados coletivos, que preferem, como regra, simplificar e abreviar os casos que lhes são submetidos, limitando-se à abordagem de questões mais prementes”. Esse autor relaciona esse comportamento evitativo à constatação de que “processos estruturais são longos, difíceis, demandam uma conformação representativa intrincada, capaz de dar conta de múltiplos centros de interesses, titularizados por diversos subgrupos, cujos interesses não são congruentes”.

A partir do momento em que houver mudança do paradigma por meio do qual os sujeitos processuais visualizam os conflitos de interesses envolvidos nos litígios relativos ao direito à saúde, mediante a constatação de que ele reflete questões estruturais inerentes à execução das respectivas políticas públicas, poder-se-á vislumbrar o início de uma nova fase da atuação judicial, na qual o Poder Judiciário exerça o seu papel de guardião da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo, tanto em relação à satisfação desse direito fundamental quanto ao respeito ao sistema de tripartição de poderes.

6 CONCLUSÃO

É inegável que há inúmeros desafios no entorno da efetivação do direito fundamental à saúde. Também é possível se reconhecer que muito já se avançou em relação a essa matéria desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988. Entretanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que o Sistema Único de Saúde atenda precipuamente: ao princípio da universalidade de acesso das pessoas aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência do sistema; ao princípio da integralidade de assistência às pessoas, independentemente do nível de complexidade do atendimento, incluindo ações individuais e coletivas, tanto de caráter preventivo quanto curativo; e ao princípio da igualdade da assistência à saúde ou equidade, segundo o qual não haverá preconceitos ou privilégios de nenhuma espécie nos serviços de saúde que fazem parte do sistema.

Discutiu-se, neste trabalho, que a intervenção judicial em matéria de saúde, mediante adoção de medidas indutivas, coercitivas e mandamentais, com a finalidade de satisfazer obrigações impostas ao poder público para atendimento de interesses individuais ou coletivos, em determinadas circunstâncias, notadamente quando o litígio decorre de falhas sistêmicas,

pode caracterizar-se como ilegítima do ponto de vista do princípio da separação dos poderes e pode acarretar desequilíbrio administrativo na execução da respectiva política pública.

Dúvidas não há de que, ao juiz, não é facultado se eximir de decidir, ao fundamento de que há lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico, consoante dispõe o art. 140 do CPC. Portanto, uma vez provocado, o magistrado deve responder, dizendo o direito a ser aplicado, dentro dos limites da provocação jurisdicional que lhe foi feita, independentemente de se tratar de tutela de direitos individuais ou dos coletivos.

Diante desse contexto, é essencial que os membros do Poder Judiciário, quando instados a decidir questões inerentes às políticas públicas em saúde, seja em ações judiciais individuais ou coletivas, decidam de forma ponderada, a partir de uma visão consequencialista, atentando-se tanto para as violações do direito à saúde que fundamentam os pedidos que lhe são apresentados quanto para os impactos que sua decisão pode trazer para todo o sistema.

Todavia, em se tratando do direito fundamental à saúde, a prestação jurisdicional pode contribuir para o aprimoramento do funcionamento do sistema, se a provocação se der por meio de ações judiciais de natureza coletiva estrutural. Para tanto, os legitimados ativos para propositura de ações coletivas, dentre os quais merecem destaque o Ministério Público e a Defensoria Pública, se não obtiverem êxito em solucionar as questões sistêmicas em âmbito administrativo, mediante interlocução com os poderes Legislativo e Executivo dentro da esfera de atuação de cada um deles em relação à política pública em saúde, podem propor ações coletivas estruturais que visem estabelecer a interlocução setorial para modificar a estrutura inerente à política pública em saúde que esteja a desrespeitar esse direito.

A utilização do processo coletivo estrutural, aliada a uma abordagem consequencialista, por parte do Poder Judiciário, pode oferecer um caminho promissor para se enfrentar os desafios complexos da judicialização da saúde no Brasil e pode contribuir, de forma equitativa e sustentável, para dar efetividade ao direito à saúde que, de acordo com a nossa Constituição, é direito de todos e dever do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Cynthia Pereira de; LÓPES, Éder Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos Junqueira. **Judicialização da Saúde: Saúde Pública e Outras Questões**. 2. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020. E-book. 451p. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B08WFLBN4R>. Acesso em: 10 mar. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista dos Tribunais Online: 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024.

BAUERMAN, Desirê. Structural injunctions no Direito Norte-Americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 279-301.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 451p.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388> . Acesso em: 31 dez. 2023

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 mar 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2023.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em: 04 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm. Acesso em: 04 mar. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.058 de 2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1284947&filename=Avulso+-PL+8058/2014. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. In: **Revista de Sociologia e Política**, publicação trimestral do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/N7mbY9C3VmBv7866K974jfp/>. Acesso em 26 dez. 2023.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Painel da Judicialização da Saúde**. Brasília, DF: CNJ. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel;> Acesso em: 04 mar. 2024

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, jan./mar. 2020. p. 101-136. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 04 de mar. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. Ed. Salvador: JusPodivm, 2011. 592p.

FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise Econômica do Direito e Judicialização da Saúde: mínimo existencial versus reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2021. 160p.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na jurisdição constitucional: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito

Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, 23 nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77648/74311> Acesso em 23 mar. 2024.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, 23 nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em 23 mar. 2024.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do Legislativo e a insuficiência do Judiciário. In: **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502916> . Acesso em: 23 jun. 2023.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **O processo estrutural no controle jurisdicional de políticas públicas**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03052021-003309/>. Acesso em: 12 mar. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 320p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 928p.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ED em Recurso Extraordinário nº 855.178/CE**. Relatora Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 09 abr. 2024

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.854.842/CE**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Diário da Justiça Eletrônico, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 10 mar. 2024

SUPREMA CORTE AMERICANA. **Brown vs. Board of Education of Topeka 347 US 483 (1954)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 24 fev. 2024

SUPREMA CORTE AMERICANA. **Plessy v. Ferguson, 163 US 537 (1896)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em 24 fev. 2024.

TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0105.12.029104-9/005**. Relator Desembargador Renato Luís Dresch, Quarta Câmara Cível. Diário do Judiciário Eletrônico, 6 nov. 2015. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=1010512029104900520151413355>. Acesso em: 10 abr. 2024

VILELA, Leonardo Moura; MOLITERNO, Marcella Parpinelli; SANTOS, Alethele de Oliveira. Judicialização da Saúde: um fenômeno a ser compreendido. In: **Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da Saúde**. Alethele de Oliveira Santos, Luciana Tolêdo Lopes (Org.). Brasília, DF: CONASS, 2018. p. 309-319. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/dilemas-do-fenomeno-da-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 04 mar. 2024.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 4. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2023. 624p.