VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

IARA PEREIRA RIBEIRO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

RENATA CAPRIOLLI ZOCATELLI QUEIROZ

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Iara Pereira Ribeiro; Janaína Machado Sturza; Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-732-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

DIREITO E SAÚDE

O VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), o maior encontro da pesquisa e pós-graduação jurídica do país, teve como tema "Direito e Políticas Públicas na era digital". Como de costume, o Encontro Virtual do CONPE-DI promoveu uma ampla integração acadêmica, com a participação de pesquisadores de todas as regiões do país e do exterior.

Neste cenário, o GT Direito e Saúde contou com trabalhos de grande relevância no que concerne às mais diferentes possibilidades de interlocução com as pautas vinculadas à saúde. Foram 24 trabalhos apresentados por pesquisadores de diferentes partes do Brasil – consolidan-do o quê tradicionalmente vem acontecendo neste GT: discussões e reflexões vislumbrando a saúde como direito universal diante de grandes desafios, com desdobramentos, avanços e retro-cessos, em busca de se alcançar um Direito à Saúde mais justo e equitativo.

Para tanto, o GT foi organizado em 4 blocos de apresentação, no sentido de equalizar os debates. No primeiro bloco foram apresentados 6 artigos, dentre os quais: "A SAÚDE PÚBLI-CA FRENTE A FRATERNIDADE E O BIOTERRORISMO: DA GOVERNAMENTALIDADE BIOPOLÍTICA DA POPULAÇÃO AO DISCIPLINAMENTO /CONTROLE DOS CORPOS PELA SOFISTICAÇÃO DA GUERRA", de autoria de Janaína Machado Sturza, Gabrielle Scola Dutra e Mariana Chini, o qual teve objetivo fomentar uma reflexão acerca da compreensão da saúde pública enquanto um bem comum da humanidade, frente a temática do bioterrorismo como tecnologia bélica de poder no âmbito da utilização de armas biológicas como escolha de guer-ra. O segundo artigo, intitulado "SAÚDE E GÊNERO: A DINÂMICA IDENTITÁRIA DAS MULHERES TRANSMIGRANTES SOB AS LENTES TRANSDICIPLINARES DA FRATER-NIDADE", de autoria de Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, o qual buscou anali-sar o fenômeno do acesso à saúde e a feminização das transmigrações que articulam uma diás-pora de precariedade ao longo do percurso transmigratório, fragmentando a potência existencial feminina e cambiando identidades. O próximo trabalho, "A INSEGURANÇA JURÍDICA CAU-SADA NA APLICAÇÃO DO TEMA 793 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", de autoria de José Adelar de Moraes, teve por

objetivo analisar a Competência da União, dos estados e dos Municípios, ante a tese firmada no Tema 793. Já o trabalho “A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL”, de autoria de Horácio Monteschio e João Marcos Lisboa Feliciano, objetivou examinar e estudar as disposições normativas concernentes à saúde como direito fundamental e humano, em especial e prioritariamente para aqueles indivíduos em formação, como as crian-ças e os adolescentes. O penúltimo texto do bloco, “APONTAMENTOS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS NO SUS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA REGULATÓRIA EM PROL DO DIREITO À SAÚDE”, de autoria de Mikaele dos Santos e Ale-jandro Martins Vargas Gomez, buscou demonstrar a viabilidade do uso da atividade privada, a partir de um modelo de regulação estatal levado a sério na terceirização de serviços de especia-lidades médicas no SUS, para a expansão do acesso ao direito à saúde. Por fim, o último texto apresentado neste primeiro bloco, “AS CÂMARAS PÚBLICAS DE CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NA GESTÃO DE CONFLITOS NA ÁREA DA SA-ÚDE”, de autoria de Guilherme Masaiti Hirata Yendo , Aline Ouriques Freire Fernandes e Gus-tavo Erlo analisou o papel desempenhado pelas Câmaras Públicas de Conciliação na resolução consensual de conflitos na área da saúde envolvendo cidadãos e a Administração Pública.

O segundo bloco contou com a discussão de diversos temas atuais e relevantes, iniciou-se pela apresentação do artigo “BIG DATA E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE EM 2022, O ANO EM QUE FINGIMOQUE A PANDEMIA ACABOU, dos autores Carlos Alterto Rohrmann, Bárbara Henriques Marques e Maria Eduarda Padinha Xavier, o qual abordou a aná-lise do uso de big data e o tratamento de dados pessoais de pessoas doentes demonstrando que a criação e o uso da big data é uma importante ferramenta a ser validada pelo direito. Na sequên-cia, foi apresentado o artigo “CÉLULAS-TRONCO A LEI DE BIOSSEGURANÇA: PREJUÍ-ZOS OU BENEF;ICIOS PAR AO FOMENTO DA SAÚDE PÚBLICA?, de autoria de Juliana de Andrade e Ana Soares Guidas, o qual teve como objetivo conhecer o uso das células tronco na saúde pública analisando sua importância, chegando a conclusão que e a pesquisa e uso de célu-las-tronco na saúde pública deve centrar-se na necessidade e legitimidade em prol da vida e da saúde. Em seguida o artigo “CONSEQUÊNCUAS DE O DIREITO À SAUDE SER UM DIREI-TO HUMANO E FUNDAMENTAL”, dos autores Danilo de Oliveira, Carol de Oliveira Abud e Marcelo Lamy apresentou a motivação e justificativa das notas caracterizadoras do direito à saúde como conceitos estruturantes fundamentais concluindo que os preceitos indicativos das notas precisam ser considerados por sua essência originária. Os autores Dandara Trentin Demiranda, Vitor Prestes Olinto e José Ricardo Cartano Costa, autores do artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE? DEBATES SOBRE A SUA EFETIVAÇÃO A PARTIR DA

ANÁLISE DO ORÇAMENTO PÚBLICO, o qual abordou sobre a importância do SUS e compreender de que modo as restrições orçamentárias podem afetar a efetivação do direito fundamental à saú-de. O penúltimo trabalho apresentado neste bloco foi o artigo “DIREITOS HUMANOS, DIREI-TO À VIDA E À SAÚDE. BASES REFLEXIVAS PARA O DEBATE DO CONTROLE SOCIAL FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19”, de autoria Luciano Mamede De Freitas Junior , Cas-sius Guimaraes Chai, que demonstrou que as normas constitucionais e infraconstitucionais são importantes ferramentas jurídicas na garantia da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos na área da saúde, nas quais a partici-pação da sociedade na definição da alocação dos recursos destinados às políticas sociais, prio-rizando o direito social à saúde, configurando-se condição fundamental para a garantia do direi-to à vida. Por fim, o artigo ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO À SA-ÚDE, de autoria de Janaina Mendes Barros De Lima, introduziu uma proposta de solução para um problema complexo que envolve o direito fundamental à saúde, possibilitando uma discus-são em torno do processo do ECI.

O terceiro bloco foi iniciada com a análise do caso concreto do Estado da Bahia, “GAS-TOS COM SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA 2015-2019: DIREITO SOCIAL AMEAÇADO”, dos autores Bruno Gil de Carvalho Lima , Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, o qual con-cluiu que a saúde não ficou imune a contingenciamentos e desvinculações de rubricas, que o investimento por habitante não cresceu na proporção das necessidades, que tem havido uma prevalência dos repasses a prestadores privados à custa do sacrifício dos serviços próprios, com metas e objetivos não atingidos nos planos e pactos de saúde. Na sequência o artigo "GORDO-FOBIA- OS CORPOS OBESOS E UMA HERMENÊUTICA ATENDA AOS DIREITOS FUN-DAMENTAIS”, dos autores Tais Martins , Andréa Arruda Vaz , Sérgio Czajkowski Jr, apontou que a obesidade e a saúde são temas de estudo e pesquisa instigantes em diversas searas herme-nêuticas. A saúde e o bem-estar devem corporificar a centralidade dos debates. A proteção dos dados pessoais não ficou de fora da discussão do GT, o artigo “LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA MEDICINA VETERINÁRIA”, das autoras deixou claro que é necessário que os profissionais da Medicina Veterinária adotem medidas técnicas e organizacionais para garantir a segurança dos dados, como a criptografia e o controle de acesso e que, nos casos de vazamen-to, o profissional deve comunicar imediatamente as autoridades competentes e os titulares dos dados afetados. O trabalho seguinte, “MARCOS JURÍDICOS E CONCEITUAIS DA SAÚDE: SAÚDE INDIVIDUAL, SAÚDE SOCIAL, SAÚDE AMBIENTAL E SAÚDE SOCIOAMBIEN-TAL”, dos autores Carol de Oliveira Abud , Danilo de Oliveira , Marcelo Lamy, evidenciou que ao conceituar saúde não se evidencia uma distinção radical entre os conceitos estabelecidos em cada tempo histórico. O combate à COVID 19 foi o assunto

abordado pelos Antonio Ricardo Surita dos Santos , Victor Hugo Tejerina Velázquez no artigo intitulado “O COMBATE À CO-VID-19 NAS VISÕES DO UTILITARISMO E DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS”, que demonstrou que o Utilitarismo e a Teoria de Justiça de John Rawls (justiça como equidade) apresentam respostas distintas para tal conflito, o primeiro privilegiando a satisfação da maio-ria em detrimento da minoria e a segunda destacando a importância dos interesses da minoria mais desprotegida. Finalizando, o último artigo do bloco três, “O DIREITO DIGITAL E O ACESSO À SAÚDE”, dos autores Joice Cristina de Paula , Lara Paulina Cedro Fraga , Thiago Silva Da Fonseca ressaltou a relevância da abordagem desta temática para melhor reflexão so-bre a relevância da utilização dos meus tecnológicos para efetivação do direito à saúde junta-mente com a necessidade de proteção dos dados dos usuários.

Por fim, no quarto e último bloco, o artigo “O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚ-DE E OS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5595”, de Urá Lo-bato Martins, os impactos do julgamento pelo STF da ADI 5.595 que teve como a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade de dois artigos da EC 86/15, o artigo 2º e o 3º que trataram sobre critérios para as alocações de recurso orçamentários. No artigo “O NECESSÁ-RIO IMPLEMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAR O DIREITO À SAÚDE EM MOÇAMBIQUE”, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Augusto Checue Chaimite se debruçam sobre as dificuldades e complexidades que envolvem a criação, promoção, imple-mentação, proteção e execução de políticas públicas de saúde em um país periférico e de mo-dernidade tardia como Moçambique. O artigo “OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS, A JU-DICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O APELO MIDIÁTICO” de Janaina Mendes Bar-ros De Lima e Ranivia Maria Albuquerque Araújo enfatiza a necessidade de concretização do direito ao acesso à saúde e à vida, principalmente no que se refere aos pacientes que são porta-dores de deficiência grave e necessitam de medicamentos de alto custo. O autor Orlando Oli-veira Da Nóbrega Junior no artigo “OS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DOS PLANOS DE SAÚDE: OS PARÂMETROS PARA A FUNDAMENTAÇÃO LEGÍ-TIMA DA COBERTURA EM FACE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA DEMANDA” analisa a jurisprudência baiana que sistematicamente tem negado o tratamento em reprodução assistida com fundamento apenas no Recurso repetitivo do STJ e no Enunciado 20 do TJ/BA. A atuação do profissional médico em redes sociais de forma não individualizada tema do artigo “RES-PONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO AMBIENTE DIGITAL: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DIVULGAÇÃO PÚBLICA DE ORIENTAÇÕES DE SAÚDE NO AMBIENTE DIGITAL” de Camila Braga da Cunha que se detém na distinção entre conteúdo educativo e indicação de procedimento terapêutica para identificar a ilicitude de conduta que enseja res-ponsabilidade civil. O dever da administração pública de publicizar dados epidemiológicos

foi demonstrado no artigo “SINDEMIA DE SARS-COV-2, TRANSPARÊNCIA E DEMOCRACIA: CONSTITUCIONALISMO COMPROMISSÓRIO E SOCIAL NAS ADPFS 690, 691 E 69”2 de Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro e Leandro Cavalcante Lima.

Portanto, é possível perceber que o GT Direito e Saúde vêm contribuindo não somente para os debates acadêmicos à partir de suas diferentes abordagens, mas também representa uma grande possibilidade de contribuição para a consolidação e efetivação do direito à saúde como um direito universal e equitativo.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Iara Pereira Ribeiro – USP

Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Faculdades Londrina

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO À SAÚDE

UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN THE RIGHT TO HEALTH

Janaina Mendes Barros De Lima

Resumo

Este trabalho tem o intuito de introduzir um estudo do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no direito à saúde. Dessa forma, é analisado se o ECI pode ser aplicado na área da saúde no Brasil, uma vez que se discutem diversas violações ao esse direito, garantido pela Constituição Federal. Para o desenvolvimento da pesquisa, foi realizada uma revisão bibliográfica, jurisprudencial, levantamento de textos legais, documentos nacionais e estrangeiros, principalmente a doutrina e jurisprudência colombiana. Assim, discute-se o procedimento do ECI aplicado na saúde, analisando a declaração e monitoramento do ECI, bem como o plano de ação. Ademais, debate-se o procedimento na forma dialógica, explicando o sistema de coordenação entre os órgãos capazes de desburocratizar o sistema e articular a implantação de políticas públicas com o intuito de sair da situação de ECI. Portanto, esta pesquisa introduziu uma proposta de solução para um problema complexo que envolve o direito fundamental à saúde, possibilitando uma discussão em torno do processo do ECI.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional, Direitos fundamentais, Direito à saúde, Políticas públicas, Dialógica

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to introduce a study of the unconstitutional State of Affairs (ECI) in the right to health. In this way, it is analyzed whether the ECI can be applied in the health area in Brazil, since several violations of this right, guaranteed by the Federal Constitution, are discussed. For the development of the research, a bibliographical and jurisprudential review was carried out, as well as a survey of legal texts, national and foreign documents, mainly Colombian doctrine and jurisprudence. Thus, the ECI procedure applied in health is discussed, analyzing the declaration and monitoring of the ECI, as well as the action plan. Furthermore, the procedure is debated in a dialogical way, explaining the coordination system between the bodies capable of reducing bureaucracy in the system and articulating the implementation of public policies with the aim of leaving the ECI situation. Therefore, this research introduced a proposal for a solution to a complex problem that involves the fundamental right to health, enabling a discussion around the ECI process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unconstitutional state of affairs, Fundamental rights, Right to health, Public policy, Dialogic

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental social formal presente no artigo 6º e 196 da Constituição Federal de 1998 (CF/88), sendo também um direito materialmente fundamental pela inerência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Além da CF/88, a saúde está presente em diversos dispositivos de normas internacionais e amplamente disposta em normas infralegais.

Apesar de a saúde apresentar ampla normatização e íntima ligação com a sobrevivência humana, há ocorrências de graves lesões a esse direito. Para conter esses danos ou a omissão do Estado, é necessário, na maioria das vezes, buscar o Judiciário para requerer aquilo que deveria ser concedido espontaneamente pelo Poder Público.

Apesar de nossa Constituição optar por conceder o direito à saúde de maneira universal e integral, reconhece que é necessária uma intervenção estatal rigorosa, tanto financeira quanto de outros aparatos dificilmente atingíveis. Assim, nesta pesquisa, leva-se em consideração duas perspectivas diferentes: a proteção de um direito fundamental e seu respectivo custo.

Aparentemente, pela dificuldade da universalidade do direito à saúde, com grande frequência, há a ocorrência de lesão massiva de direitos fundamentais, podendo causar excesso de judicialização em relação à saúde. A intervenção judicial nessas causas individuais, apesar de essencial, em razão, muitas vezes, da inexistência de outro meio, não resolve os problemas estruturais de gestão e políticas públicas.

Nessa perspectiva, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é uma teoria colombiana que foi introduzida na jurisprudência brasileira pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, com o objetivo de superar a situação de crise do sistema carcerário brasileiro. Por meio dessa experiência, avalia-se o aprimoramento da teoria para problemas estruturais específicos e localizados.

Nesse sentido, o objetivo deste estudo consiste a possibilidade de utilização do ECI em controvérsias relativas à saúde. Para tanto, a metodologia da pesquisa se apresenta de forma dialética, desenvolvendo-se, fundamentalmente, em revisão bibliográfica e jurisprudencial, nacionais e estrangeiras, bem como levantamento de textos legais, documentos e dados estatísticos. A pesquisa apresentada relacionou dados qualitativos para uma análise da situação da saúde pública.

Este trabalho é de grande relevância teórica e, principalmente, prática, uma vez que o ECI tem o enfoque de enfrentar os problemas estruturais complexos e de difícil solução, nos moldes que existem no Brasil. Assim, o estudo tem o intuito de buscar alternativas para

melhorar as políticas públicas de saúde no Brasil, logo, esta investigação intenta abordar as questões práticas e mais relevantes nesta área.

1 SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E OS CUSTOS DESSES DIREITOS

Este tópico discute a complexidade que norteia os direitos fundamentais sociais à saúde. A concessão desses direitos não consiste em tarefa fácil, pois, de um lado, tem-se uma população vulnerável e, do outro, direitos que custam dinheiro, associado ao Estado com limitações.

As hipóteses dos direitos fundamentais da CF/88 – o Capítulo II – englobam os direitos econômicos, sociais, culturais e, dentre eles, de segunda geração, tem-se a saúde, no artigo 6º. Por serem direitos sociais constantes no Título II, são normas fundamentais no sentido formal, apesar de serem materialmente fundamentais, haja vista estarem diretamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No âmbito global, a saúde é tratada como um direito humano fundamental e indispensável. Logo, toda pessoa tem direito de desfrutar do mais alto nível possível de saúde, para que possa viver dignamente, nos termos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Nota-se que o constituinte deu extrema importância à saúde, prevendo-a no rol de direitos fundamentais, bem como foi minucioso ao descrever as primeiras linhas de deveres, proteção e promoções do Estado. Quanto à existência de obrigação estatal, exigem-se normas que produzam efeitos imediatos. Como norma infraconstitucional, o legislador aprovou a Lei do Sistema Único de Saúde (SUS), nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação, abordando ainda a organização e o funcionamento dos serviços de saúde.

Conforme abordagem descrita acima, o direito social à saúde possui aplicabilidade direta, portanto, apresenta eficácia jurídica, podendo ser invocado para fundamentar ações judiciais ou decisões em que esteja em jogo a tutela da saúde. De acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pode-se dizer que são amplas as possibilidades de concretização judicial desses direitos.

George Marmelstein (2015) aponta o reconhecimento da possibilidade de surgirem direitos subjetivos diretamente da CF/88, o que ocasiona profunda mudança de paradigma no modo de compreender a Constituição, permitindo que os agentes públicos extraiam diretamente

da norma constitucional o fundamento jurídico de suas ações. Nesse contexto, não se pode colocar em dúvida a tutela direta pelo Judiciário.

Esses direitos subjetivos, também chamados de dimensão subjetiva, são possibilidades de os direitos fundamentais gerarem pretensões e poderem ser exigíveis pelo Poder Judiciário. Já a dimensão positiva explica que podem ser outorgados os direitos na máxima efetividade e eficácia, abrangendo qualquer tipo de prestação. Dessa maneira, a saúde engloba, em sentido *lato sensu*, todos os serviços e prestações pertinentes a uma vida com dignidade.

A interferência do Judiciário em busca de efetivação dos direitos fundamentais é legítima, porque nada adiantaria se o Estado pudesse desrespeitá-los, sem sofrer qualquer repreensão. Nesse sentido, quando houver qualquer afronte às prestações sociais constitucionais, o Judiciário poderá controlar os atos da Administração.

Contudo, os direitos só podem ser protegidos e concedidos com aporte financeiro. Estima-se que as despesas com a saúde representam 10% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019). Diante do alto custo que envolve esse direito fundamental, o Estado precisa ter cautela ao investir, pois a maneira como se emprega o dinheiro público reflete no bem coletivo e na própria necessidade de mais investimentos em saúde – a necessidade em investir em saúde pode ser infinita.

Observa-se que a tomada de decisão, pelo Judiciário, em garantir direitos para o indivíduo, muitas vezes, não observa os próprios programas já existentes na administração, muito menos observa as consequências da decisão a longo prazo. Silva (2008, p. 595-596), ao estudar a relação das consequências das decisões pelo Judiciário, constatou que:

> Ao distribuir tratamentos médicos de forma individual (i.e., sem considerar as políticas governamentais na área), os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área da saúde (ou em outras áreas), mesmo que eles consigam 'resolver' alguns casos isolados. Isso porque, em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais.

Os direitos fundamentais são exigíveis, no entanto, é necessário analisar criteriosamente ao tutelar os direitos à saúde, devendo ser realizada ponderação de valores. Entende-se que as normas devem ser aplicadas, mas é imprescindível abranger todas as circunstâncias que norteiam os fatos da vida, considerando diversos fatores para tomar as decisões justas.

Muitos estudos na área de saúde apontam para a necessidade de investimentos financeiros na atenção primária, para promoção da saúde e prevenção de doenças (BRASIL, 2019). Esse tipo de investimento público beneficia toda a população e contribui para o Produto Nacional Bruto (PNB), diferente do que ocorre nas tutelas dos direitos individuais concedidos

pelo Judiciário. Entende-se, assim, que o investimento correto na saúde pode aumentar a força de trabalho e, consequentemente, a base tributável (HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

A saúde tem um caráter prestacional do Estado. Os direitos, nesse sentido, dependem do governo para serem efetivados, havendo uma conexão lógica entre eles e seus custos. Direitos não podem ser protegidos ou efetivados sem que haja financiamento e aprovação do Poder Público, pois tanto os direitos de cunho social quanto individuais acarretam custos ao Estado (HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

Acredita-se que todos os direitos, em maior ou menor medida, exigem recursos públicos. "No geral, o nível de proteção que os direitos de bem-estar recebem é determinado por via política e não judicial" (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 98). Para a manutenção de todos os direitos e garantias essenciais, são necessárias fontes de custeio públicas, privadas ou híbridas, logo, não apenas o direito à saúde carece de investimento, mas todas as áreas da vida humana.

Partindo da ideia de que a CF/88 prevê uma vasta lista de direitos, destacam-se os direitos sociais referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. A finalidade dos direitos sociais é a melhoria das condições de vida de toda a população.

Nesse contexto, esse rol de direitos é positivo, e isso implica no fato de que nenhum direito é absoluto, podendo, portanto, ser preterido, em razão da tutela de um outro direito considerado mais importante, naquele determinado momento histórico (GALDINO, 2005). O reconhecimento de que direitos têm custos leva à conclusão de que o mesmo orçamento limitado é utilizado para a proteção de todos os direitos. Assim, nada que custe dinheiro pode ser absoluto (HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

Partindo do pressuposto de que o orçamento público é finito e escasso, impõe-se que cada escolha estatal seja feita com cuidado, os riscos sejam medidos e a eficiência se torne comprovada – por isso, exige-se cautela na aplicação do dinheiro público. Considerando que todos os direitos demandam dinheiro, os investimentos públicos devem se basear em resultados, e a administração estatal deve ser controlada e responsabilizada por eles (GIACOMONI, 2018).

Dessa forma, esta pesquisa aborda o estudo do problema complexo da saúde pública que, de um lado, estão os milhões de necessitados, dos mais diversos serviços de saúde, e, do outro, um Estado obrigado a prestar os direitos sociais. Além disso, há a escassez do dinheiro público, compreende um problema de difícil solução, já que o Estado apresenta aportes limitados. Nesse sentido, explica-se a reserva do possível como princípio que tenta ponderar os fatos relacionados principalmente aos direitos fundamentais prestacionais.

A reserva do possível consiste na ponderação da razoabilidade entre o que está sendo exigido do Poder Público e aquilo que o Estado tem efetivamente condições de oferecer à coletividade, baseado principalmente em seus recursos financeiros. Levanta-se a discussão da reserva do possível, no Brasil, por reconhecer a limitação do Estado em efetivar os direitos sociais fundamentais que, ao serem prestacionais, são excessivamente onerosos e dependem de gestão eficiente para direcionar acertadamente as políticas públicas.

As normas fundamentais têm a possibilidade de serem exigíveis forçadamente pelo Judiciário, consistente na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, paradoxalmente, há questões difíceis, a partir da possibilidade da reserva do possível. Sarmento (2006, p. 19) menciona que:

> Desdobra a ideia de reserva do possível em dois componentes: um fático e outro jurídico. O componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se a existência de autorização orçamentária para o estado incorrer nos respectivos custos.

Atrelada à ideia de existência efetiva dos recursos financeiros, tem-se que desdobrar a possibilidade jurídica de aplicar o orçamento, já que o Estado precisa de autorização legislativa para alocar os recursos nas mais diversas áreas.

Entretanto, o Judiciário não pode se limitar a analisar as questões envolvendo a Administração Pública sob a égide, apenas, de recursos financeiros e previsão orçamentária, uma vez que poderia acarretar a falência da exigibilidade dos direitos fundamentais que, diante da comprovação da falta de recursos financeiros, o Executivo pode se escusar, em qualquer situação, em conceder os direitos fundamentais. Na verdade, o que se pretende discutir nos próximos tópicos é a possibilidade de conceder o direito à saúde de maneira mais eficiente e com observância das possíveis consequências.

Esta pesquisa pretende levantar as discussões em relação às dificuldades fáticas da Administração Pública, em contraste com a ideia de universalidade dos direitos fundamentais, que ficam comprometidos por não haver possibilidade de realizar o bem tutelado. Assim, entende-se a necessidade de buscar políticas públicas mais acertadas e, para isso, busca-se uma forma de abordar o problema como um todo, e não de forma individual.

Além da onerosidade excessiva para a realização das prestações sociais à saúde, tem-se a Lei Orçamentária Anual (LOA), constante da CF/88, no artigo 167, incisos I e II. Esse dispositivo trata das vedações de programas ou projetos, bem como realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, a transposição, o remanejamento ou a transferência de

recursos de uma categoria de programação para outra, ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

Contudo, a atuação do Judiciário não pode ser limitada aos orçamentos da administração para a prestação dos direitos essenciais à existência humana, sob a égide da teoria da reserva do possível. É preciso considerar requisitos e elementos para a tomada de decisões, dependendo de casos concretos e análises de abrangência coletiva. O contexto que aborda a reserva do possível é uma situação jurídica com alto grau de dificuldade em ser balanceado, pois, de um lado, está o órgão público limitado para atuar na concessão dos direitos e, do outro, a própria vida humana.

Tendo em vista a temática de responsabilizar o Estado em prestações sociais constitucionais, o Ministro Roberto Barroso, em julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário nº 566471/RN, levantou importante discussão sobre a obrigatoriedade estatal em fornecer medicamento incorporado pelo SUS. No julgamento, o Ministro reconheceu que o Estado é obrigado a fornecer medicamentos quando existente na política de saúde e caberia ao Judiciário apenas efetivá-las. Entretanto, no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, em geral, o Estado é responsabilizado em fornecê-lo. Discute-se a importância de ponderar os valores, antes de concedê-lo. Ainda de acordo com o Ministro Barroso:

> [...] não há sistema de saúde que resista a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública (BRASIL, 2014).

O citado RE nº 566471, julgado pelo STF em 2017, analisou a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos não contemplados na lista do SUS a pacientes que comprovem necessidade. A decisão foi favorável aos pacientes, reconhecendo que o direito à saúde é fundamental e que o Estado tem responsabilidade em garantir o acesso a medicamentos necessários ao tratamento de doenças graves, ainda que não estejam na supramencionada lista.

Considerando a própria limitação inerente aos órgãos públicos, devem ser balanceadas algumas questões de ordem técnica, jurídica e orçamentária que guardam relação com a abordagem da exigibilidade dos direitos sociais fundamentais, pois o fornecimento de medicamentos não contemplados na lista SUS pode ultrapassar o orçamento estatal de maneira insustentável. Assim, na visão de Barroso (2007, p. 4):

> Há um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Ainda nesse sentido, a ideia de Sarlet (2007, p. 14) corrobora, ao afirmar que:

> [...] a solução está na busca do caso concreto, ou seja, em busca da harmonização dos bens jurídicos em jogo, observar os direitos e princípios conflitantes, realizando uma compatibilização e interpretação sistemática pautada na hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer os bens mais relevantes e observando os parâmetros da proporcionalidade.

O Poder Executivo vivencia o conflito de precariedade e limitação orçamentária, principalmente na destinação dos recursos e tomada de decisões acertadas. Sobre o tema, Sarmento (2006, p. 3) assevera que:

> A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras 'escolhas trágicas', pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Portanto, é sustentado pelos constitucionalistas que os direitos sociais, tal como a saúde mesmo sendo direito subjetivo, se sujeita a um exame de ponderação no caso concreto.

Mesmo como a atuação legítima do Judiciário**,** deve-se adequar as decisões conforme a necessidade, proporcionalidade e possibilidades da Administração, pois isso assegurará a eficácia e o diálogo entre os três poderes. Para a concretização dos direitos fundamentais, os órgãos precisam estar em sintonia, tendo objetivos comuns e respeitando a separação dos poderes, garantindo, assim, o maior grau de efetividade aos direitos fundamentais.

Nesse caso, é importante considerar os dois lados, e o Judiciário deve fazer uma análise de ponderação, pois existe excesso de demandas judiciais e *déficit* de políticas de saúde pública, em contraste à escassez de orçamento. Esta pesquisa defende a prevalência das políticas públicas que visam a promoção coletiva dos direitos sociais, senão, "Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal" (BARROSO, 2007, p. 4).

Não há consenso na doutrina e jurisprudência acerca de um critério objetivo para resolver os impasses do cabimento da reserva do possível frente aos direitos fundamentais, mas deve haver um diálogo entre os poderes, almejando a otimização dos recursos orçamentários e humanos, propiciando políticas públicas, de forma coordenada e estrutural, capazes de satisfazer as necessidades coletivas, avaliando o impacto desse investimento a longo prazo.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Neste segundo momento, aborda-se o instituto do ECI como experiência da jurisprudência da Corte Colombiana, apontando os aspectos mais relevantes que já foram implantados no Brasil e que ainda podem ser aproveitados na jurisprudência brasileira.

O ECI consiste na atuação do Judiciário, diferente daqueles meios tradicionais de jurisdição, ou seja, trata-se de uma intervenção judicial em demanda estrutural de grande complexidade. Assim, é um instrumento judicial que aborda as demandas que causam lesões, generalizadas e de difícil solução, aos direitos fundamentais, mas que prioriza um meio capaz de abranger toda a problemática.

Fazendo uma breve análise comparativa do ECI e demanda estrutural, pode-se explicar que a segunda consiste na busca por mudanças sistêmicas ou estruturais no sistema legal ou político. Essas demandas são voltadas para a garantia dos direitos fundamentais e da justiça social – por exemplo, pode ser uma ação que busca a melhoria na qualidade do sistema de saúde pública. Assim, as demandas estruturais têm como objetivo fazer com que os direitos fundamentais sejam respeitados de forma ampla e duradoura, beneficiando não apenas a parte autora da ação, mas toda a sociedade.

Por outro lado, o ECI se refere a uma situação em que há uma violação generalizada e sistêmica dos direitos fundamentais por parte do Estado, que não está cumprindo suas obrigações constitucionais. Portanto, a diferença entre ambos é que a demanda estrutural é uma busca por mudanças profundas e duradouras no sistema, enquanto o ECI se refere à situação de crise, quando os direitos fundamentais estão sendo sistematicamente violados.

A demanda estrutural pode ser uma forma de prevenir um ECI, uma vez que busca criar as condições necessárias para garantir o respeito aos direitos fundamentais. Nesse âmbito, o instituto do ECI nasceu pela necessidade dos fatos da vida real que não tinham possibilidade de solução.

A corte colombiana, com o propósito de resolver os problemas graves e persistentes, decretou o ECI para afirmar a existência de um problema complexo e de grande amplitude que deveria ser debatido. A dificuldade de implantação do ECI é porque apresenta resolução complexa e precisa da mobilização de vários órgãos, tanto do poder público quanto do Judiciário e outros legitimados, que podem ser afetados direta ou indiretamente com a situação.

A sentença decretada no ECI é de grande amplitude, uma vez que os direitos fundamentais lesionados são graves e atingem uma quantidade significativa e indeterminada de

pessoas. Tudo isso é possível em um processo longo e contínuo, denominado por Rodriguez e Franco (2010, p. 16) como "litígio estructural".

A legitimidade da participação no processo estrutural é mais abrangente do que ocorre na judicialização. Na demanda estrutural, há a participação de diversos órgãos, vez que o objetivo da teoria do ECI é viabilizar um processo democrático, público e participativo, abrangendo todas as pessoas que podem ser afetadas direta e indiretamente com a situação.

Esse processo judicial é chamado dialógico, pois busca uma conversa com todas as partes interessadas na demanda estrutural, isto é, aqueles afetados pela violação dos direitos fundamentais – diferente do que acontece na judicialização ordinária, em que apenas as partes, em regra, possuem legitimidade processual.

Para a superação da situação de crise, estima-se a longa duração do processo, porque a implementação das medidas para a resolução do problema estrutural é gradual e sistemática. Dessa forma, requer-se um processo de monitoramento capaz de avaliar os resultados, aplicar metas e discutir as medidas adotadas para superar o dilema.

Outra característica marcante do ECI decorre de suas decisões, pois, diferentemente do que ocorre com a judicialização tradicional, a sentença do ECI não detalha as medidas a serem adotadas pelos órgãos responsabilizados. Na verdade, o próprio Estado apresenta as propostas para a superação da crise e o órgão judicial monitora o processo, podendo, contudo, dar ordens de procedimento.

As ordens de prosseguimento proferidas pelo Judiciário objetivam desburocratizar eventuais entraves que impossibilitem a implantação de alguma medida pelo Estado. Observa-se, assim, que a decisão constitui um auxílio à gestão pública, na tentativa de ajudá-la na superação do ECI.

Para isso, desenvolve-se um diálogo institucional capaz de sincronizar todos os envolvidos, dando suporte fático às sistematizações das medidas. Para Campos (2015, *online*), "Não é possível alcançar esses objetivos, necessário para superação do quadro de inconstitucionalidades, por meio dos instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional".

Para Rodriguez e Franco (2010), há estudos avançados em busca de uma fase engrandecedora do ECI, estabelecendo o ativismo dialógico, em que a principal função da corte é coordenar um processo de mudança comportamental institucional, por meio da emissão de ordens de "desbloqueio", que costumam emperrar a burocracia estatal, e de um processo de monitoramento contínuo sobre as medidas adotadas pelo Poder Público.

Essa característica marcante do ECI foi aprimorada principalmente na *sentencia* T-025 da Corte Colombiana, que desenvolveu métodos de monitoramento da decisão capazes de

controlar as medidas implementadas pelos órgãos, intervindo, quando necessário, para implantar as medidas de superação de crise.

Portanto, esta pesquisa aborda a aplicabilidade do ECI na área da saúde no Brasil, uma vez que há diversas violações dos direitos sociais e da saúde, garantidos pela CF/88, podendo incluir falta de acesso a serviços de saúde adequados, demora no atendimento, falta de disponibilidade de medicamentos e equipamentos, entre outras situações que caracterizam a falta de efetividade do sistema de saúde.

3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO À SAÚDE

Este tópico aborda como se desenvolve o cabimento da teoria do ECI nos problemas estruturais da saúde pública. Assim, são discutidas as principais abordagens para o enfrentamento do problema estrutural, mostrando os pontos mais relevantes para realizar um diagnóstico do problema, explorando o diálogo institucional, plano de ação e as ferramentas de monitoramento, bem como as audiências públicas.

O diagnóstico retrata a realidade do caso estrutural, sendo uma caracterização para o conhecimento da situação concreta, a qual precisa ser avaliada e discutida visando apontar as possíveis soluções. Esse ponto de partida poderá indicar uma situação de crise e apresentar as bases do problema estrutural, para que se busque uma melhor solução.

No caso da ADPF nº 347, que discutiu a crise das penitenciárias brasileiras, houve diligências para avaliar a situação. Inicialmente, em 2008, foram realizados mutirões carcerários, em presídios de todas as unidades da federação, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Após esses esforços, restou diagnosticada, em relatórios, a existência de graves violações aos direitos fundamentais dos presos.

No ECI colombiano, decorrente da *sentencia* T-025, também houve um diagnóstico da situação caótica das pessoas que migravam dentro do país, haja vista a violência provocada por conflitos armados. De acordo com Rodriguez e Franco (2010, p. 13), a referida sentença enfatizou que “En ella declaró que la dramática situación de los más de tres millones de personas desplazadas por la violencia en Colombia — la segunda cifra más alta en el mundo después de Sudán”.

Na mesma deliberação, a Corte colombiana constatou que as graves violações aos direitos fundamentais dos refugiados internos decorriam, dentre outros motivos, de falhas estruturais causadas pela omissão estatal (ausência de medidas administrativas eficientes). O Judiciário observou ainda que, em todas as falhas estruturais, houve a falta de coordenação

entre as instituições estatais. Sobre o assunto, Rodriguez e Franco (2010, p. 45) pontuam que:

> La Corte advirtió un vacío estructural común a todos ellos: la falta de coordinación entre un sinnúmero de entidades estatales que tenían roles y programas que se sobreponían y que difuminaban la responsabilidade y la eficiencia de las políticas públicas sobre el tema.

Para a declaração de um ECI da saúde pública, deve-se, do mesmo modo que ocorreu em outras experiências em demandas estruturais, realizar um diagnóstico da situação. Para identificar o panorama, avaliam-se as lesões dos direitos fundamentais dos usuários do SUS.

Constantemente, há publicações midiáticas denunciando a realidade da saúde brasileira. Entretanto, para a existência de um diagnóstico capaz de iniciar um processo de demanda estrutural, deve-se ir além dos fatos relatados rotineiramente. O diagnóstico requer uma apuração profunda da situação, podendo ser elaborado em conjunto com órgãos de investigação e auditorias capacitadas na área.

Do mesmo modo, pode-se ter o auxílio dos órgãos de defesa da saúde que, como já relatado, promovem investigações rotineiras no setor. Vale lembrar que os órgãos técnicos da área da saúde realizam, anualmente, a partir de auditorias espontâneas e denúncias, relatórios de constatação referentes ao serviço.

Nesse sentido, Marmelstein (2015, p. 258) sugere um procedimento para auxiliar na elaboração de um amplo diagnóstico:

> Ouvindo-se especialistas, vítimas, agentes estatais e todos aqueles que, de algum modo, podem fornecer informações relevantes para o esclarecimento dos fatos. A realização de inspeções judiciais também pode ser uma ferramenta importante para que o julgador 'veja com os próprios olhos' a situação a ser enfrentada.

Ressalta-se, por fim, que o Judiciário, ao se deparar com a demanda complexa, analisa o diagnóstico da situação e solicita informações aos órgãos administrativos responsáveis. Sendo constatado o problema de natureza estrutural e preenchidos os requisitos, pode-se optar pela declaração do ECI. Nesse caso, a macrosentença que decreta o ECI apresenta efeitos imediatos aos órgãos responsáveis pela violação dos direitos fundamentais, pois o juiz comunica todas as autoridades estatais e pessoas envolvidas.

Em uma situação de crise, na qual não se concedem os direitos fundamentais, o Judiciário se torna o veículo de demandas para a assistência. No entanto, no ECI, o papel deste Poder não é promover ou criar políticas públicas, mas contornar o meio menos burocrático e articulado para tentar efetivar as políticas criadas pelo gestor público. Essa teoria é perfeitamente cabível na saúde pública do Brasil, uma vez que o Judiciário não é capaz de mensurar a complexidade deste setor e, muito menos, conceder a resposta menos lesiva.

No ECI, as demandas são estruturais, ou seja, tratam-se de demandas complexas que envolvem muitos órgãos e pessoas, o que pode ensejar entraves burocráticos e orçamentários. Portanto, no diálogo institucional, o Judiciário objetiva englobar todos os órgãos envolvidos em um sistema coordenado, com o propósito de desburocratizar o sistema, por meio de ordem de desbloqueios.

A experiência do ECI colombiano é o instituto mais eficiente e conhecido internacionalmente de estratégias de judicialização dialógica. O diálogo institucional é capaz de atuar em demandas estruturais de difícil solução, envolvendo todos os órgãos responsáveis. Assim, é conhecido mundialmente por ser uma experiência bem-sucedida e "[...] já está sendo citado por tribunais latino americanos, por meio de intervenção em problemas estruturais" (COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS 2008 *apud* RODRIGUEZ; FRANCO, 2010, p. 15).

A intervenção judicial baseada em diálogo pode ser a alternativa mais viável para o enfrentamento das demandas estruturais nas questões de direitos fundamentais sociais, na medida em que pode harmonizar, coordenar e articular as instituições públicas responsáveis pela implementação de políticas públicas. Além disso, a coordenação dos três poderes possibilita o suporte às estratégias de governo.

O diálogo institucional é uma teoria que se contrapõe à judicialização atual realizada na saúde. As intervenções na saúde apresentam decisões detalhadas sobre como o Poder Público deve proceder e "[...] questionam a legitimidade democrática e a utilidade prática das sentenças por conter ordens muitos detalhadas que deixam poucas manobras aos gestores de políticas públicas" (RODRIGUEZ; FRANCO, 2010, p. 18).

Souza Neto e Sarmento (2008) realizaram um estudo de caso em 2004 envolvendo pedidos de concessão de remédios para o tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Humana (AIDS) no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Constataram que, em 85% dos casos, os autores dos pedidos recebiam os medicamentos que requeriam, porém, em 93% das decisões, os julgadores consideraram o direito à saúde como individual. Ademais, concluíram que os juízes não se preocuparam com a eventual existência de uma política pública já colocada em prática pelo governo.

As ações foram bem-sucedidas para os autores, pois o pleito de receber medicamentos foi realizado e o direito social concedido, mas o judiciário considerou, nesse caso, que uma situação individual não colabora com a política pública de saúde elaborada pelos gestores e profissionais da área. Assim, esse estudo realizado envolvendo medicamentos, aborda que as decisões individuais de concessão de medicamentos podem ir contra as políticas públicas já

existentes no SUS se elas não estiverem em conformidade com os protocolos clínicos e terapêuticos adotados pelo sistema de saúde e, muito menos, com a lei orçamentária.

Entende-se que a concessão de tutela individual, sem diálogo, pode colocar em risco a própria continuidade das políticas públicas em saúde, desorganizando a gestão administrativa e dificultando o direcionamento planejado dos recursos públicos existentes. As demandas judiciais individuais urgentes são atendidas e, na maioria das vezes, sem qualquer ponderação.

Os impactos decorrentes das decisões que concedem direitos individuais em demandas estruturais são limitados e provisórios. Esses efeitos são consistentes em uma política de inexistência de harmonização entre os poderes Judiciário e Executivo. Os recursos precisam atender de forma universal à comunidade, porém, deve-se buscar o diálogo institucional, na tentativa de atender toda a população.

Discute-se a necessidade de diálogo entre as três esferas dos poderes estatais, e entre os próprios órgãos do Executivo. Nesse tocante, percebe-se a descoordenação entre os setores, dificultando a solução da controvérsia. Assim, a judicialização, nos moldes que a jurisprudência brasileira aborda nas demandas administrativas de assistência à saúde, incorre em um ciclo vicioso de erros, revestida de cunho coercitivo.

A revista eletrônica Consultor Jurídico do dia 8 de junho de 2013 aponta que os médicos da central de regulação da rede pública hospitalar do Rio de Janeiro denunciam, junto ao Conselho Regional de Medicina, casos de abuso de autoridades, isso porque os representantes do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro vêm exigindo que os médicos encontrem vagas para os pacientes (CONSULTOR JURÍDICO, 2013). Além disso, os médicos são pressionados a transferir pacientes em estado grave para leitos de Unidades de Terapia Intensiva (UTI), mesmo quando não há vagas disponíveis na rede pública. Na denúncia, há relatos que os profissionais são coagidos, na iminência de serem presos (CONSULTOR JURÍDICO, 2013).

O “ativismo judicial despreparado”, termo empregado por Souza Neto e Sarmento (2008), sintetiza a judicialização com pouca efetividade. Essa intervenção judicial tutela direitos, sem diálogos, e não avalia os direitos fundamentais sociais como coletivos. É importante esclarecer que não se defende uma contenção judicial, mas os juízes devem, antes de tomar qualquer decisão, intervir, na perspectiva de uma administração pública em continuidade, dialogando com os administradores.

Este trabalho analisa a necessidade de se observar as consequências das decisões judiciais para todos os âmbitos, inclusive o econômico. Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sobretudo nos artigos 20, 21 e 22, estabelece que as decisões judiciais devem levar em conta as consequências sociais, econômicas e jurídicas

decorrentes da sua aplicação.

Em relação à análise econômica das decisões envolvendo o Poder Público, deve-se avaliar o impacto das decisões, utilizando a economia como parâmetro a ser considerado na interpretação e aplicação do Direito. As consequências econômicas de uma decisão, para o Estado, devem orientar as deliberações judiciais, em casos que envolvam questões econômicas. Assim, os artigos supracitados da LINDB destacam a importância de se avaliar os resultados práticos de uma ação ou decisão na sociedade, bem como a necessidade de considerar aspectos econômicos em questões jurídicas.

Nesse contexto, o ECI pode dar andamento às políticas públicas existentes e àquelas que ainda serão implantadas, conforme a Colômbia, na decisão T-025, da qual se implantou, nas palavras de Rodriguez e Franco (2010), o desbloqueio dos "labirintos burocráticos" da instituição pública nas demandas estruturais – quando o Judiciário tenta desbloquear, na forma da lei, tudo aquilo que impede ou dificulta a implantação de alguma medida administrativa.

Com a doutrina do ECI, podem ocorrer", como dito por Rodriguez e Franco (2010, p. 130), as "desestabilizações dos entraves e das burocracias institucionais para atacar a passividade estatal e melhorar os aparatos dos órgãos, buscando a solução do problema. Além disso, ajuda a esclarecer as competências institucionais, comprometimento dos funcionários e facilita a coordenação entres os órgãos envolvidos.

Ainda de acordo com Rodriguez e Franco (2010, p. 133), ocorre um reenvio de problema, pelo poder Judiciário, ao Executivo, com o intuito de desbloquear o processo de gestão, sem interferência na definição dos detalhes das políticas públicas.

A judicialização dialógica não consiste em definir as políticas públicas dos órgãos estatais. Na verdade, ela objetiva coordenar e monitorar, demandando suporte e articulação para que os gestores as realizem. Nesse sentido, o desbloqueio promove diversos efeitos diretos, indiretos e imediatos, que consistem na possibilidade de execução de programas urgentes de contingência do problema, na implantação de políticas existentes e no planejamento de novas políticas.

Considerando a doutrina do diálogo, o Judiciário promove um processo aberto, participativo e desburocratizado, discutindo alternativas de realização das políticas públicas em saúde. Nesse modelo, os detalhes das políticas tendem a surgir durante o processo de implementação e monitoramento.

O plano de ação é um procedimento elaborado pelo Poder Público, exigido pelo Judiciário, com prazo fixado, após declarar o ECI de uma situação de violação de direitos fundamentais. Consiste, assim, em planejamento e estratégias de enfrentamento do problema

estrutural. Nesse tocante, o ECI é uma medida que requer o plano de ação. O plano de metas e estratégias é capaz de atacar o problema estrutural com o objetivo de superar o ECI, prevendo medidas objetivas, políticas públicas detalhadas e prazos determinados. Elaborado pelos órgãos responsáveis com a participação de todas as pessoas afetadas direta e indiretamente, este plano objetiva conceder suporte técnico para uma melhor gestão da situação.

O modelo do ECI se destaca pelo monitoramento público, participativo e periódico do processo. Esse acompanhamento é uma fase de extrema importância, pois é um artificio para identificação dos problemas, vícios e erros que causam a ineficácia das políticas públicas. Do mesmo modo, o monitoramento promove controle judicial gradual de cumprimento das medidas pelos órgãos competentes, identificando-se o avanço do processo, podendo acarretar em coleta de mais informações e facilitando o reajuste do plano.

As experiências do ECI colombiano na *sentencia* T-025 demonstram algumas fases de monitoramento. Precipuamente, verificou-se a necessidade de documentação e sistematização dos problemas e de fortalecer as políticas públicas existentes, com ênfase em suas dificuldades e causas. No segundo momento, foi possível a avaliação e medição dos avanços, indicadores de progresso, ocorrência de estancamento ou retrocesso. Posteriormente, houve a possibilidade de vigilância mais próxima do Estado, tendo acesso às evidências de falhas persistentes que impediam a continuidade das políticas públicas e implantação de novas ações (RODRIGUEZ; FRANCO, 2010).

As demandas estruturais requerem um processo de monitoramento em médio e longo prazos, propiciando a implantação do plano de ação – diferentemente da judicialização, que exige a produção de efeitos imediatos. Como exemplo de monitoramento malsucedido, tem-se o caso da *sentencia* T-153/1998 das penitenciárias colombianas, que produziram efeitos limitados e temporários. Aponta-se como causa desse resultado a ausência de mecanismos de monitoramento e ordens diretas e minuciosas (RODRIGUEZ; FRANCO, 2010).

Do mesmo modo, existem as experiências da judicialização nos Estados Unidos, com decisões ambiciosas e controversas que ordenaram reformas estruturais de grande porte na educação, prisões e habitações, mas que não produziram os efeitos desejados, em razão das ordens detalhadas, rígidas e sem estabelecer mecanismos viáveis e eficazes de monitoramento (ARCIDIÁCONO; YAKSIC; GARAVITO, 2010).

Trata-se, portanto, de um instrumento de acompanhamento do processo do ECI, possibilitando a ampla discussão sobre o problema estrutural em ambientes de debates entre todos os afetados. É uma oportunidade de diálogo direto e democrático entre os poderes e as pessoas físicas e jurídicas com interesse no processo.

Nesse sentido, o diálogo público é o principal mecanismo de participação entre as pessoas legitimadas e um meio eficaz para a promoção de processos amplos e públicos. As audiências são um dos efeitos mais importantes do ativismo dialógico, em sede judicial, inspiradas na democracia deliberativa, criando um espaço de discussão social e político (RODRIGUEZ; FRANCO, 2010).

Ademais, a transparência nas audiências confere maior credibilidade ao processo. Conforme entrevista realizada na Colômbia sobre o processo do ECI dos refugiados internos, a *sentencia* ganhou grande legitimidade nacional e internacional por seus resultados e pelo que se avançou em processo de participação e debate (RODRIGUEZ; FRANCO, 2010).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa esteve centrada no estudo sobre o ECI, mais especificamente discutindo a possibilidade de sua utilização em controvérsias relativas à saúde. Assim, teve-se como escopo introduzir uma proposta de solução para um problema complexo que envolve o direito fundamental à saúde, possibilitando uma discussão em torno do processo do ECI.

O ECI é uma proposta audaciosa e com alto grau de complexidade. Nesse contexto, o modelo do ECI, proposto neste trabalho, requer a união de esforços das esferas de governo, para que seja instaurado pelo Judiciário.

O modelo do ECI não adota, de plano, medidas coercitivas, tornando-se difícil a eficácia do processo. Precisa-se, de dos *players* envolvidos para solucionar os problemas, necessitando, portanto, de uma mudança na forma de pensar das pessoas e da gestão pública.

Apesar de não adotar medidas gravosas para forçar o cumprimento das decisões, o processo do ECI prevê instrumentos de monitoramento que podem ser eficazes. Ademais, mesmo sendo um processo de difícil implantação, esses desafios não podem ser usados para enfraquecer a tentativa de resolver o problema, uma vez que são direitos que não podem, sob hipótese alguma, ser negligenciados.

O debate é inicial, mas viabiliza uma reflexão sobre o direito fundamental à saúde, o qual tem um modelo judicial de solução de conflito que precisa ser revisto. Trata-se, assim, de um trabalho científico de relevância, já que retrata uma situação para um problema social fundamental. Acredita-se que é um estudo que pode ter continuidade e aperfeiçoamento para a real implementação pela jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ARCIDIÁCONO, Pilar; ESPEJO YAKSIC, Nicolás; GARAVITO, César Rodríguez. **Derechos sociales:** justicia, política y economia en América Latina. Bogotá: Siglo de Hombre Editores y LAEHR, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov., 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/38245. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Ministério da Saúde investirá mais R$ 233,6 milhões na Atenção Primária.** Brasília: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2019/julho/ministerio-da-saude-investira-r-233-6-milhoes-para-ampliar-atencao-primaria. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**. Brasília, 09/09/2015. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 566471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**. Brasília, 03/09/2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078. Acesso em: 10 mar. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional" e Litígio Estrutural. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: http://www.conjur. com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural. Acesso em: 10 mar. 2023.

CONSULTOR JURÍDICO. **Judicialização da saúde**: médicos denunciam abusos da Justiça do RJ. 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/medicos-regulam-vagas-leitos-denunciam-abuso-justica-rj. Acesso em: 10 mar. 2023.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights.** Why liberty depend on taxes, New York: Norton & Company, 1999.

MARMELSTEIN, George. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica. *In:*

OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org.). **Diálogos jurídicos Luso-Brasileiros:** perspectivas atuais de direito público: o direito em tempos de crise. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 241-264.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025 de 2004**. Bogotá, 2004. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153 de 1998**. Bogotá, 1998. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

RODRIGUEZ, César Garavito; FRANCO, Diana Rodriguez. **Cortes y Cambio Social**: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 1-17, set./nov., 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=233. Acesso em: 10 mar. 2023.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/17340701/A_Prote%C3%A7%C3%A3o_Judicial_dos_Direitos_Sociais_Par%C3%A2metros_%C3%89tico_Constitucionais. Acesso em: 10 mar. 2023.

SILVA, José Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais:** fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **OMS:** custos com saúde já representam 10% do PIB mundial. 2019. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660781. Acesso em: 10 mar. 2023.