

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

FRANCIELLE BENINI AGNE TYBUSCH

JANAÍNA MACHADO STURZA

LITON LANES PILAU SOBRINHO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Francielle Benini Agne Tybusch; Janaína Machado Sturza; Liton Lanes Pilau Sobrinho – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-946-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

Esta obra, que faz parte do Grupo de Trabalho de Artigos “Direito e Saúde”, é originada de mais um evento organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que congrega as temáticas e trabalhos desenvolvidos pelos pesquisadores da área do Direito das mais diversas localidades nacionais, e neste evento, de forma virtual. Os resumos são fruto do VII Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Inclusão e Transdisciplinaridade, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2024.

Passa-se a uma breve apresentação dos trabalhos:

No artigo intitulado “JUDICIALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DOMICILIAR (HOME CARE) NA SECRETARIA ESTADUAL DA SAÚDE DO RIO GRANDE DO SUL” de autoria de Marcia Andrea Bühring e Fabio de Freitas Floriano busca-se examinar a jurisprudência pátria, a doutrina, os artigos sobre o tema home care e os dados obtidos pela Assessoria Jurídica (AJ) da SES/RS, realizando-se uma análise crítica sobre a mencionada situação.

Os autores José Adelar de Moraes, Tereza Rodrigues Vieira e Horácio Monteschio no artigo intitulado “TUTELA JURISDICIONAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS RARAS E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS ÓRFÃOS” visam destacar a eficácia da tutela jurisdicional no acesso aos medicamentos órfãos para pessoas portadoras de doenças raras.

No artigo intitulado “O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE APERFEIÇOAMENTO DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MARANHÃO” de autoria de Felipe Costa Camarão, Sérgio Felipe de Melo Silva e Taynah Soares de Souza Camarao tem como objetivo investigar se o processo estrutural é capaz aperfeiçoar a prestação jurisdicional na seara da judicialização da saúde pública.

Os autores Ruan Patrick Teixeira Da Costa e Sandro Nahmias Melo no trabalho intitulado “A BANALIDADE DO MAL E A PANDEMIA DA COVID-19 NA CIDADE DE MANAUS /AM” visam traçar um paralelo entre a banalidade do mal (conceito tratado por Hannah Arendt) existente na sociedade e os desdobramentos da pandemia do novo coronavírus

(covid-19), a qual atingiu praticamente todos os países do globo terrestre, resultando na morte de milhões de pessoas e um colapso nos sistemas de saúde, que não estavam preparados para um evento dessa magnitude.

No artigo intitulado “A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: OS DESAFIOS DA SAÚDE PÚBLICA” os autores Maria Eduarda Granel Copetti e José Francisco Dias Da Costa Lyra visam refletir sobre a concretização do direito fundamental à saúde pelo Estado de Bem-Estar Social, a partir de uma observação da obra “Do mágico ao social”, de autoria de Moacyr Scliar.

As autoras Nair de Fátima Gomes e Tereza Rodrigues Vieira no trabalho intitulado “A TUTELA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO E IGUALDADE PARA PESSOAS OBESAS OU COM SOBREPESO NO BRASIL” tem por objetivo analisar a falta de atenção, os desafios e o apoio aos indivíduos obesos ou com sobrepeso, segundo a perspectiva da dignidade humana como direito fundamental dessas pessoas estereotipadas e estigmatizadas pela sociedade em geral.

No artigo intitulado “DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DECOLONIAL DA INCLUSÃO DE CORPOS TRANSEXUAIS NAS POLÍTICAS DE SAÚDE” as autoras Janaína Machado Sturza, Cláudia Marília França Lima Marques e Gabrielle Scola Dutra tem como objetivo debater sobre o desenho das políticas públicas a partir do pensamento decolonial.

As autoras Maria Eduarda Granel Copetti e Charlise Paula Colet Gimenez no artigo intitulado “A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO PRINCÍPIO DE GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE” visam explorar a exigibilidade do Direito à Saúde a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, em uma tentativa de elaborar ações voltadas ao exercício eficiente da cidadania, possibilitando à sociedade reduzir as desigualdades e garantir o bem-estar da população. Logo, o direito à saúde no Brasil, conforme destaca a Constituição Federal de 1988, é um direito de todos e um dever do Estado, fundamentado no que preza o artigo 196 da Constituição e assegurado por meio de políticas econômicas e sociais que almejam à redução do risco de doença e ao acesso igualitário e universal aos serviços e ações para sua proteção e recuperação.

No artigo intitulado “A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 À LUZ DOS DESAFIOS HISTÓRICOS E DAS DISTORÇÕES

INFORMATIVAS” de autoria de Vera Lúcia Pontes explora os normativos da política de vacinação contra a Covid-19, com análise das distinções entre a pandemia Covid-19 e o evento Revolta da Vacina de 1904.

Os autores Marta Rodrigues Maffei, Wilson Salgado Jr e Vinicius de Paula Pimenta Salgado no trabalho intitulado “CIRURGIA BARIÁTRICA NÃO REGULAMENTADA PELO CFM: LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO” visam analisar as controvérsias jurídicas da responsabilidade civil do médico cirurgião bariátrico em procedimentos não regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

No trabalho intitulado “GORDOFOBIA E PESOCENTRISMO: OS PERCURSOS DA INVISIBILIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA OBESA” de autoria de Tais Martins, Paulo de Tarso de Oliveira Tavares e Robson Luiz Souza visa abordar a obesidade de forma eficaz requer uma compreensão abrangente de todos esses elementos e um enfoque multidisciplinar que envolva não apenas a medicina, mas também a nutrição, a psicologia, a política pública, direito, psicologia e outros campos.

Os autores o trabalho intitulado “GORDOFOBIA, ALIMENTOS ULTRAPROCESSADOS E AS CARÊNCIAS LEGISLATIVAS SOBRE A OBESIDADE” de autoria de Tais Martins, Paulo de Tarso de Oliveira Tavares e Robson Luiz Souza visa analisar a gordofobia e a obesidade, assuntos abrangentes e desafiadores.

No trabalho “JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O EMBATE DOUTRINÁRIO ENTRE O EXCESSO DA INSTITUTO DA JUDICIALIZAÇÃO CONTRA A UTILIZAÇÃO DESTE PARA GARANTIA DA SAÚDE” de autoria de Ana Paula dos Santos Ferreira, Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro tem por objetivo investigar o fenômeno da Judicialização da Saúde, e para tal se utiliza do estudo de duas correntes, as quais posicionam-se de maneira favorável e contrária à Judicialização.

O autor Douglas Loroza Farias no artigo intitulado “NOVOS CONTORNOS DO DIREITO À SAÚDE E ALTERIDADE INDÍGENA” procura propor a ampliação dos contornos do direito à saúde dos povos indígenas, de modo a abarcar as exigências de tratamento diferenciado impostas pela alteridade.

No artigo “O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E O DIREITO À INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA PARA DECIDIR” de autoria de Daniela Zilio tem como objetivo discorrer sobre o consentimento livre e esclarecido como objeto de exteriorização da autonomia do

paciente, coadunado ao direito à informação na relação médico-paciente, imprescindível na construção da autonomia para decidir.

Os autores Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz e Matheus Luiz Sbardeloto no trabalho intitulado “O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA: UMA ANÁLISE DO USO DO CANABIDIOL E DO TETRAHIDROCANABINOL A PARTIR DAS DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA” tem por objeto a análise do uso dos compostos naturais canabidiol (CBD) e tetrahydrocannabinol (THC) para fins medicinais.

No artigo intitulado “OS IMPACTOS DA AUSTERIDADE NEOLIBERAL NA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE NO BRASIL” de autoria de Luanna da Costa Santos e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury tem como objetivo analisar os impactos da austeridade neoliberal instituída pela Emenda Constitucional 95/2016 na garantia do direito à saúde no Brasil.

Os autores Caroline Regina dos Santos e Nivaldo Dos Santos no trabalho intitulado “PATENTE DE INVENÇÃO NO SETOR FARMACEUTICO E O CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE RISCOS PARA O ACESSO A MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO NO BRASIL” tem como objetivo apresentar conceitos da patente de invenção no setor farmacêutico, o panorama histórico mundial e no Brasil sobre o acesso a medicamentos.

No artigo intitulado “PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DECISÕES AUTOMATIZADAS NA ÁREA DA SAÚDE: DESAFIOS EM RELAÇÃO À TELETRIAGEM MÉDICA” de autoria de José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Vanessa Schmidt Bortolini tem como objetivo analisar os aspectos jurídicos da teletriagem, projetando adaptações legais e tecnológicas necessárias para fortalecer a prática médica remota e garantir a segurança e a privacidade dos pacientes.

Desejamos uma boa leitura!

Francielle Benini Agne Tybusch (Universidade Federal de Santa Maria - UFSM)

Janaína Machado Sturza (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI)

Liton Lanes Pilau Sobrinho (Universidade do Vale do Itajaí/Universidade de Passo Fundo - UPF)

**O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE APERFEIÇOAMENTO
DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE
NO MARANHÃO**

**STRUCTURAL INJUNCTIONS AN INSTRUMENT FOR IMPROVING THE
JUDICIAL POWER'S INTERVENTIONS IN TH JUDICIALIZATION OF
HEALTHCARE IN MARANHÃO**

**Felipe Costa Camarão
Sérgio Felipe de Melo Silva
Taynah Soares de Souza Camarao**

Resumo

O objetivo do presente artigo é investigar se o processo estrutural é capaz aperfeiçoar a prestação jurisdicional na seara da judicialização da saúde pública. Para alcançar esse objetivo, empreendeu-se revisão bibliográfica e documental, de dados atinentes ao direito fundamental à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, da judicialização da saúde no estado do Maranhão e do processo estrutural, extraídos nos sistemas de buscas de periódicos, nos repositório de dissertações e teses, em livros que nestes foram citados e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, capturados e organizados de acordo com o método de análise de conteúdo preconizado por Bardin e raciocinados de modo dedutivo. Obteve-se o seguinte resultado: a ampliação quantitativa e qualitativa de processos instrumentais no âmbito da judicialização da saúde é capaz de aprimorar a prestação jurisdicional nessa matéria e, por consequência, majorar o grau de efetividade do direito à saúde na seara pública, pois certamente atenuaria o subjetivismo, a irracionalidade e a insegurança jurídica, aspectos negativos do atual controle judicial sob o Sistema Único de Saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde, Judicialização da saúde, Processo estrutural, Sistema único de saúde, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this article is to investigate whether structural injunctions is capable of enhancing judicial provision in the field of healthcare judicialization in the state of Maranhão. To achieve this goal, a bibliographic and documentary review was conducted, encompassing data related to the fundamental right to health within the Unified Health System, healthcare judicialization in the state of Maranhão, and structural process. These data were extracted from journal search systems, repositories of dissertations and theses, books cited in these sources, and the jurisprudence of the Supreme Federal Court (STF), the Superior Court of Justice, and the Court of Justice of the State of Maranhão. The information was captured and organized according to the content analysis method advocated by Bardin and reasoned deductively. The following result was obtained: the quantitative and qualitative

expansion of instrumental processes in the realm of healthcare judicialization is capable of improving judicial provision in this matter and, consequently, increasing the degree of effectiveness of the right to health in the public domain. This is because it would undoubtedly mitigate subjectivism, irrationality, and legal uncertainty, which are negative aspects of the current judicial control over the Unified Health System.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Unified health system, Judiciary, Judicialization of health, Structural process

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a saúde foi tornada direito e garantia fundamental social de titularidade de toda a vasta população brasileira bem como dever (igualmente fundamental) inescusável do Estado, a quem o constituinte originário, para conferir densidade normativa à essa prerrogativa fundamental, determinou instituição do Sistema Único de Saúde (SUS) e que através dele a concretizasse em todos os níveis de complexidade, mediante ações capazes de garantir o acesso universal, gratuito e equânime dos seus usuários à políticas públicas de promoção, prevenção, tratamento e mitigação de danos ao estado de completo bem-estar físico, mental e social.

O direito fundamental à saúde é prerrogativa subjetiva e valor-objetivo de complexidade acentuada e ímpar .

Isso, porque, o bem jurídico que tutela é polissêmico e, assim sendo, com elevado grau de imprecisão. Seu âmbito de proteção é vasto e igualmente inexato.

Além disso, o rol de titulares é a quinta maior população nacional do mundo, que reside sob o quinto mais extenso território estatal do planeta, onde os índices de acesso à Justiça bem como a conscientização das pessoas acerca de seus direitos vem crescendo em escala exponencial após promulgação da CRFB e sua amplíssima maioria é de baixíssima renda e vive sob condições precárias demasiadamente prejudiciais à saúde humana.

Ademais, é público e notório que o histórico de promoção de serviços públicos do Estado brasileiro, a quem cumpre as vastas e sobremaneira custosas obrigações que são condição de possibilidade à sua concretização, é marcado por deficiência qualitativa e quantitativa. É, também, um Estado no qual o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, costumeiramente, atuam de modo ineficiente, irracional, subjetivo e pessoal, e a relação entre esses Poderes e os entes federais é bastante beligerante e desarmônica.

Assim, a implementação das políticas públicas de saúde pelo SUS requer que um Poder Público desorganizado dê conta de “zerar”, com satisfatório nível de qualidade, imensamente oneroso bem como inesgotável catálogo de demandas, através de recursos finitos. O que, sem mentir, não se pode afirmar ser possível.

Nessa textura fática, a relação entre o Sistema Único de Saúde e seus usuários é árido e belicoso, um terreno fértil à proliferação de conflitos de interesse entre o titular de um largo e denso direito fundamental e a quem compete o efetivar.

Com efeito, amparados no direito à saúde previsto na CRFB, exorbitante contingente de usuários do SUS têm buscado o Poder Judiciário para requerer que os magistrados condenem

o sistema a lhes ofertarem produtos e serviços de saúde, movimento que fez nascer, crescer e se proliferar de modo endêmico nos tribunais do Brasil a judicialização da saúde pública.

Trata-se de fenômeno jurídico-processual com forte repercussão sócio-política, que tem sido responsável por expandir enormemente a quantidade e o grau profundidade da interferência dos juízes pátrios na execução das ações de saúde pública e, portanto, na gestão dos programas e serviços de saúde pública, embora não participem das fases de construção da agenda, da formulação, do processo decisório, da avaliação, das políticas públicas de saúde do SUS, das quais, não raramente, desconhecem por completo seus dados, mas, ainda assim, atuam na fase de implementação na condição de ordenar o imediato cumprimento de prestação consistente em fornecer produto ou serviço de saúde.

Da literatura até aqui empreendida acerca desse fenômeno, infere-se que essa intervenção do judiciário funciona como legítimo, necessário e inafastável instrumento de custódia da saúde individual dos nacionais que logram efetivo acesso à Justiça, todavia, a depender do conteúdo, da forma e do alcance da atividade jurisdicional performada, pode ser causa de acentuada violação do próprio direito à saúde que se quer tutelar.

Estudos de certificada relevância científicas voltados à temática do controle judicial das políticas públicas de saúde demonstram que eventual “endemia” de proliferação massiva de decisões nas quais os magistrados ignoram as normas de organização, procedimento e execução de políticas públicas do SUS e o condenam à prestar serviços e produtos a uma extensa gama de indivíduos, embora pareça alavancar o nível de efetividade do direito à saúde, o viola. O amplo deferimento de prestações individuais sugere que a intervenção do Poder Judiciário contribuiu para majorar a efetividade da atuação do SUS, contudo, na prática, sendo assim a prestação jurisdicional, há sobrecarga do sistema e conseqüente retração do quantitativo de acesso dos usuários às suas ações. Ou seja, há violação do direito à saúde pública que se quer concretizar, conquanto, em casos individuais, tal prerrogativa seja parcialmente efetivada.

Esse paradoxo, inato ao controle judicial das políticas públicas de saúde, suscita indagações acerca dos benefícios e malefícios do controle judicial das políticas públicas de saúde, dentre as quais está a que foi eleita pelos autores do presente estudo a questão-problema que se quer alcançar resposta suficientemente fundamentada, qual seja: o aumento do número dos assim chamados processos estruturais e os priorizar, tanto quanto legalmente possível, em relação aos demais, ira corroborar com o aprimoramento da prestação jurisdicional na judicialização da saúde pública ?

Na busca pela resposta à tal questão, primeiramente, fixou-se a seguinte hipótese, que serviu como marco de subsunção da conclusão alcançada a partir dos dados analisados e a questão-problema do estudo: o avanço, em quantidade e densidade decisória, dos processos estruturais, no campo da judicialização da saúde, certamente irá contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional em sede de controle judicial das políticas públicas de saúde do SUS, porquanto as repercussões lhe inerentes são indispensáveis para que a intervenção judicial nas ações do Sistema Único de Saúde potencialize os níveis de efetividade do direito à saúde no Brasil.

Para aferir a veracidade da hipótese e, conseqüentemente, alcançar solução da questão-problema, o objetivo principal dessa pesquisa, se empreendeu revisão bibliográfica e documental, de dados atinentes ao direito fundamental à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, da judicialização da saúde no estado do Maranhão e do processo estrutural, extraídos nos sistemas de buscas de periódicos, nos repositório de dissertações e teses, em livros que nestes foram citados e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, capturados e organizados de acordo com o método de análise de conteúdo preconizado por Bardin e raciocinados de modo dedutivo.

Os resultado da análise dos dados colhidos está descrito nas páginas a seguir.

1. DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Os direitos fundamentais são todas as “posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integrados ao texto constitucional” (Sarlet, 2015, p. 78).

Tratam-se de direitos subjetivos, individuais ou coletivos, positivos ou negativos, conformadores dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e indispensáveis à concretização dos objetivos fundamentais da RFB (Alexy, 2015).

Conferem, aos seus titulares, a faculdade de exigir, inclusive judicialmente, dos seus destinatários (os entes obrigados a concretizá-los), a efetivação das posições jurídicas que lhes outorga (Sarlet, 2015, p. 160).

Não se restringem à essa função primária de direitos subjetivos. Os direitos fundamentais são, também, “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva (...), com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (Sarlet, 2015, p. 149). Constituem uma ordem objetiva de valores, materialmente coesa às premissas da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, que irradiam diretrizes e impulsos de observância inafastável, para todos os entes públicos e privados (Silva, 2005, p. 42).

Em razão disso, os direitos fundamentais “devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, (...) mas também sob o ponto de vista da sociedade (...), já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar (Sarlet, 2015, p. 151). Em outras palavras, não devem ser considerados “exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem tutelam seja vista como um valor em si, a ser preservado e fomentado” (Mendes e Branco, 2014, p. 167).

Por via oblíqua, o exercício dos direitos subjetivos é absolutamente dependente da sua conexão com os núcleos essenciais dos direitos fundamentais, tanto no que tange a possibilidade de exercê-lo quanto a extensão do exercício (Alexy, 2015).

O rol dos direitos fundamentais é, também, “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente” de concretizá-los e realizá-los, através prestações positivas e negativas (Sarlet, 2015, p. 152).

Mas não só. Os direitos fundamentais estabelecem para o Estado, ainda, o dever de “proteção dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios poderes públicos, provindas de particulares ou de outros Estados” (Mendes e Branco, 2014, p. 168).

Esta tarefa obriga o Estado “adotar medidas positivas das mais diversas naturezas (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais”. Dentre as incumbências daí decorrentes, importante destacar a de constituir normas e instituições vocacionadas à formatação de um sistema “organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção dos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles (Sarlet, 2015, p. 155-156).

Com base nessa premissa, a doutrina chegou à conclusão de que os direitos fundamentais dispensam a seus titulares direitos à organização e procedimento, que lhe dá direito, por exemplo, “à criação de determinadas normas procedimentais”; à “determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais”; à “proteção jurídica efetiva”; etc. (Alexy, 2015, p. 470 e ss.).

No mais, os direitos fundamentais também são fundamento de validade e vetor hermenêutico dos princípios e regras infraconstitucionais (Alexy, 2015). As normas que os instituem “constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (Canotilho, 2003, p. 349).

Em que pese a potente eficácia dos direitos fundamentais, estes não são absolutos, são restringíveis. Contudo, não são como qualquer um dos outros desprovidos de fundamentalidade. Em que pese sejam restringíveis, não estão à mercê do livre convencimento dos poderes públicos e dos entes privados quanto sua efetivação (Sarlet, 2015).

Os direitos fundamentais somente podem ser restringidos em razão de ordem emanada por outra norma constitucional (restrição diretamente constitucional) ou por ato normativo infraconstitucional cuja edição deu-se em obediência à regra ou princípio constitucional (restrição indiretamente constitucional). Em ambas as hipóteses, é imprescindível que a restrição dê-se conforme as regras de competência, procedimento e forma cabíveis ao caso (Alexy, 2015).

Eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. Sob perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico, no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte representam atos de autovinculação fundamental-democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No que diz respeito à perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes (Sarlet, 2015, p. 413).

Quanto a extensão da restrição, conquanto não haja unanimidade a respeito, doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal adota como limite aos limites dos direitos fundamentais o seu núcleo essencial. Sartlet (2015), Alexy (2015), por exemplo, posicionam-se nesse sentido. Assim como o STF, que diversos julgados adotou essa tese como razão de decidir.

O núcleo essencial do direito fundamental à previdência social é imprescritível, irrenunciável e indisponível, motivo pelo qual pode ser exercido a qualquer tempo, sem prejuízo do beneficiário ou segurado que se quedou inerte (STF, ADI 6096/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 14.06.2021).

Os direitos e garantias individuais foram alçados à condição de cláusula pétrea pela primeira vez na Constituição da República de 1988. O art. 60, §4º, IV, protege o texto constitucional de emendas que atinjam o núcleo essencial desses direitos ou tendam a aboli-los (STF, ADI 5935/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22.05.2020).

A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial (STF, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12.11.2009)

A omissão dos réus em oferecer condições de saúde digna aos portadores de transtornos mentais exigiu a intervenção do Judiciário, tal como solicitado pela União para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades locais no tocante a esse tema, ainda mais quando demonstrados os repasses do executivo federal para a concessão desse mister (STF, ACO 1472, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01.09.2017).

Em termos gerais, o núcleo essencial do direito fundamental é “a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como direito fundamental” (Sarlet, 2015, p. 420). Para quem adere a teoria absoluta do núcleo essencial, este é “unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa”. Por outro lado, os signatários da teoria relativa sustentam que o núcleo essencial é a parcela “mínima insuscetível de restrição ou redução” do direito fundamental que resiste ao processo de ponderação no caso concreto de colisão entre direitos fundamentais (Mendes e Branco, 2014, p. 213).

Com efeito, independente da corrente teórica que se tome como paradigma de definição do núcleo essencial:

a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostos - inclusive diretamente a particulares (...). Mesma quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos (Sarlet, 2015, p. 420).

No tocante ao conteúdo do direito à saúde, preambularmente mister acentuar que, neste estudo, adota-se como paradigma semântico de saúde humana, o bem da vida tutelado pelo direito fundamental em estudo, o conceito assinado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), pois, além da notória credibilidade científica da instituição à nível mundial no campo

da medicina, sua definição de saúde tem ampla aceitação na literatura especializada, assim como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹.

Sob tal enfoque, saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças e enfermidades.

O “chamado direito à saúde, deve ser compreendido como posição jurídica objetiva”, isto é, “um direito à proteção da saúde como correlativo da obrigação” dos poderes públicos (nacionais e supranacionais) “de impedir condutas de pessoas (naturais ou jurídicas, públicas ou privadas) “aptas a prejudicarem a saúde de seus titulares, bem como na perspectiva de que governos devem atuar no sentido de implementar as diretrizes traçadas” para realização do citado direito fundamental em todas as suas dimensões (Ramos, 2014, p. 125).

Ainda, no tocante a tais diretrizes, sabe-se que “todas essas diretrizes do SUS, estabelecidas na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde, são importantes marcos para a concretização do direito à saúde, vale dizer, para, diante da sua complexidade e multiplicidade de prestações, especificar o seu âmbito de abrangência, ou, pelo menos, aquilo que o direito à saúde não comporta” (Ramos e Diniz, 2017, p. 180). Contudo, à luz dos objetivos da pesquisa, a seguir serão sublinhadas apenas as diretrizes consideradas mais relevantes à questão posta.

Posto isso; lembra-se: nos termos da Constituição vigente, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” - art. 196, da CRFB.

Do texto constitucional depreende-se que o direito à saúde é: “direito de todos”, isto é, prerrogativa subjetiva de titularidade de todo e qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no país.

Mas também, “dever do Estado”; ou seja, incumbe ao poder público em geral, corporificado pelos três Poderes de cada um dos entes federais assim como pelas entidades privadas que executam ministérios de natureza pública mediante concessão ou permissão estatal, fomentar o direito à saúde, nos limites da sua competência. Mas não só. Pois, ainda que não esteja expresso no texto constitucional, aos particulares também recai tal incumbência. Prova disso nos é dada por tipos penais que impõem o respeito à saúde de outrem, a exemplo da lesão corporal; como também por aqueles que impõem intervenção positiva no sentido de

¹ Prova disso nos é dada pelo conteúdo dos Acórdãos promulgados pelo Supremo Tribunal Federal, em: ADPF n. 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 31.07.08; STF, ADI n. 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 29.05.08; STF, Agr/RE n. 271.2868/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

proteger a saúde de terceiro, como, p.ex., o tipo penal capitulado no art. 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente..

Que será “garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas”, o mesmo é dizer, fomentado a partir de políticas públicas formuladas no âmbito da administração pública, necessariamente fiéis ao império da lei e da Constituição, sob supervisão do Poder Judiciário e dos tribunais de conta (corpo de fiscalização auxiliar do Poder Legislativo).

A esse respeito, Edith e Diniz (2017, p. 174) advertem que,

preceituar que a saúde deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, abandonou o entendimento puramente biológico da saúde que dominava as ações estatais na área, mais voltadas, até então, para a prevenção e o tratamento das doenças contagiosas.

Como resultado, tem-se que essas políticas públicas devem visar “à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Cuida-se, portanto, de direito cuja dimensão teleológica tutelar é tanto preventiva quanto restauradora.

Ainda, o constituinte determinou que essas políticas de “promoção, proteção e recuperação da saúde”, regem-se, dentre outros mandamentos implícitos, pelo princípio do acesso universal e igualitário. O mesmo é dizer que “o direito à saúde se estende a toda população, financiada pelos impostos pagos ao Estado” (Ramos, 2014, p. 215). Todavia, “o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia” (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), como também ao “princípio da proporcionalidade (de modo a permitir a ponderação concreta dos interesses em jogo)” (Sarlet, 2013, p. 1936-1937).

Por conseguinte, a universalidade e a integralidade não são irrestringíveis. Nesse sentido, em homenagem aos princípios da prevenção, da precaução e economicidade, assim como à reserva do possível, o acesso aos insumos e serviços inerentes ao direito à saúde, esbarra em questões de ordem técnica, científica e/ou financeira. Não convém, p.ex., salvo raríssimas exceções substancialmente fundamentadas, constranger o Estado a prestar serviço de saúde ainda não consagrado pela ciência médica, sobretudo quando isso requer significativo esforço financeiro (Sarlet, 2013, p. 1937). Não se pode ignorar a que “a escassez de recursos determina que alguns tratamentos não podem ser financiados pelo Estado” (Ramos, 2014, p. 200).

Em síntese, cuida-se de um valor jurídico-objetivo que outorga aos seus titulares a faculdade de exigir, em face do SUS, obrigações positivas e negativas inacusáveis, imprescindíveis à integral efetivação do estado de completo bem estar físico, mental e social.

2. DIAGNÓSTICO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Na atual quadra da história, o Brasil experiencia acentuada crise de representatividade, marcada pelo esvaziamento da força política dos Poderes Executivo e Legislativo em relação ao Judiciário (Abranches, 2022).

“Questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, e não pelo executivo e o legislativo, instâncias decisórias ordinárias de matérias essencialmente políticas (Barroso, 2014, p. 04).

O legislativo teve diminuída a competência de estabelecer rumos ao país, conforme as escolhas de cada geração, substituindo-se a soberania popular ligada ao processo legislativo ordinário”, pelas sentenças e acórdãos prolatados por juízes e tribunais” (Coura e Paula, 2018, p. 76).

Foi o Supremo Tribunal Federal, e não o Congresso Nacional, quem liderou a implementação de uma série de decisões fundamentalmente políticas, como, por exemplo: a descriminalização do aborto de feto anencefálico (STF, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12.04.12); a vedação da prática do nepotismo no interior do poder público (STF, ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 20.08.08); a licitude das pesquisas envolvendo células tronco (STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 29.05.08); a autorização do casamento homoafetivo (STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05.05.2011); a criminalização da homofobia (STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13.06.19).

O Poder Executivo, por sua vez, tem perdido, para o Poder Judiciário, o protagonismo na execução das políticas públicas. “Sob a justificativa de controlar políticas públicas, o Poder Judiciário hoje tem atuado com a desenvoltura de um agente definidor e executor de políticas públicas” (Quintas, 2016, p. 46-47). Além disso, é crescente, em quantidade e profundidade, a intervenção Judicial na atividade administrativo-política do Executivo, através do controle de constitucionalidade dos atos administrativos, inclusive os (amplamente) discricionários (Ribas e Castro, 2015). tais como escolha de ministros e concessão de indulto e graça. Por meio de decisões monocráticas, o STF desautorizou a nomeação de ministros de estado (STF. M.C

no MS 34.070/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 18.03.16.; STF, M.C na Rec. 29.508, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08.02.18; STF, M.C no MS 37.097/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 29.04.20). Recentemente, em decisão colegiada do pleno do tribunal, também anulou decreto presidencial de concessão de graça (STF, ADPF 964, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 10.05.23).

Tem-se, no atual cenário brasileiro da separação dos poderes, juízes e tribunais fortemente empoderados, que, em último grau, regem os rumos da República Federativa do Brasil, através de extenso e variado catálogo de sentenças e acórdãos, por meio dos quais definiram - e continuam a definir - largo e denso rol de questões-problema de ampla repercussão social (Barroso, 2012, p. 25).

O Poder Judiciário, depositário de enormes responsabilidades na implementação do texto constitucional, também não se deixou paralisar. Assumiu o papel de calibração do sistema constitucional sem contrariar opções políticas fundamentais de coalizões políticas consistentes. Vem atuando como guardião dos elementos fundamentais do sistema constitucional e dos mecanismos habilitadores para a tomada de decisão democrática. O exercício dessa função não o colocou em posição contramajoritária, característica de cortes constitucionais que zelam por constituições liberais. Responsável por preservar uma constituição dirigente, o Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, é uma instância legitimadora das mudanças induzidas pelo legislador e pelo executivo na implementação da constituição. Isso não significa, no entanto, que em circunstâncias específicas tenha abdicado de exercer uma função de legislador negativo (Vieira et. al., 2013, p. 22).

Nos últimos vinte anos, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como a principal instância decisória do país, a que emana, em caráter incorrigível, diretrizes e impulsos vinculante aos demais poderes e à população (Vieira, 2008). Até mesmo através de decisões monocráticas de seus membros, a corte vem sobrepondo suas decisões às dos demais poderes (Arguelhes e Ribeiro, 2018).

Prova disso nos é dada por Dantas (2020), estudo no qual, através de vasta e densa pesquisa empírica, a autora comprova que por meio das Ações Originárias Cíveis (ACO's), o Supremo Tribunal Federal tem moldado o pacto federativo brasileiro, tanto no tocante a distribuição dos recursos quanto em relação às competências materiais dos membros da federação pátria.

Nesse cenário, tem sido comum: 1. aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 2. a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

Constituição; 3. imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (Barroso, 2014, p. 04).

Nessa direção, não raras vezes, a atuação proativa do Poder Judiciário traduz-se em “insidiosa incursão sobre o núcleo de atuação dos demais poderes”, através do desvio de finalidade de prerrogativas funcionais, tais como o livre convencimento motivado e a competência para julgar titulares de cargos eletivos (Lima et. al., 2023, p. 214). Assim como para blindar-se e/ou subjugar o Executivo e o Legislativo (Estorildo e Benvido, 2017, p. 176).

É o que se tem chamado de constitucionalismo abusivo judicial (Lima et. al., 2023; Estorildo e Benvido, 2017; Barboza e Robl Filho, 2019). Fenômeno sócio-jurídico constitucional que consiste na utilização de mecanismos de alteração e aplicação das normas constitucionais, bem como de substituição da Constituição, para torná-la instrumento consecução de fins particulares, dando-lhes aparência de legitimidade (Landau, 2013). Ou ainda: quando utiliza-se os instrumentos do Direito Constitucional positivo para fortalecer-se politicamente perante eventuais opositores (Lima et. al., 2023, p. 211-212).

Uma das principais questões da teoria constitucional contemporânea é a instrumentalização das constituições como mecanismo de efetivação da “vontade” dos seus interpretes e aplicadores, ao invés de servi-lhes como paradigma material vinculante dos seus atos, em razão, sobretudo, da rigidez seletiva das constituições e a amplíssima maleabilidade das normas constitucionais (Landau, 2013, p. 189).

Pesquisadores apontam que em Estados “aparentemente constitucionais, democráticos e de Direito”, tem-se lançado mão de “mecanismos, instrumentos e formas constitucionais para enfraquecer os controles e mecanismos de *accountability*, criando ao mesmo tempo novos modelos de autoritarismo do século XXI e formas de ataque à democracia constitucional” (Barboza e Robl Filho, 2019, p. 83).

Há o constitucionalismo abusivo por emenda, quando abusividade é praticada mediante alteração do texto constitucional. E também o por substituição, quando o constitucionalismo abusivo é perpetrado através da mudança da Constituição (Landau, 2013, p. 203-211).

Ele também pode ser episódico ou estrutural. Entende-se que o constitucionalismo abusivo é episódico quando acontece apenas ocasionalmente, tão somente para minar instituições e mecanismos democráticos, enfraquecendo-se o Estado Constitucional de Direito em menor grau. No estrutural, vai-se além, usa-se de modo incisivo as emendas à Constituição para alcançar objetivos ilegítimos ou a substitui para atingi-los. (Lima et. al., 2023, p. 211-212).

Na literatura há diversos exemplos de constitucionalismo abusivo ligados à dominação política perpetrada por certos grupos nacionais, que apropriam-se da Constituição e a tornam um mecanismo de (tentativa) de manutenção, expansão e perpetuação no Poder. Em Posada-Carbó (2011), Bernal (2013 e Landau (2013), por exemplo, narra-se os constitucionalismos abusivos empreendidos através de emendas às constituições e por substituição da Constituição, praticados respectivamente na Colômbia e na Venezuela.

Em síntese, o constitucionalismo abusivo consiste na utilização da Constituição como instrumento de satisfação de interesse particular, individual ou coletivo, mediante esvaziamento, extinção ou redefinição de instrumentos jurídicos-normativos ou instituições públicas (Dixon e Landau, 2011), através de emendas, formais e informais, ao texto constitucional ou sua substituição (Epstein e Shvetsova, 2001, p. 120).

Inicialmente, a compreensão literária acerca do constitucionalismo abusivo ficou restrito às condutas antidemocráticas perpetradas por chefes do Poder Executivo, contudo, pesquisas recentes ampliaram o campo de análise do fenômeno e observaram que juízes e tribunais também têm lançado mão da modulação do texto constitucional para alcançar objetivos próprios (Estorilo e Benvindo, 2017).

Lima et. al. (2023, P. 215), p.ex., sustenta que “em muitas situações, são as mais altas Cortes judiciais que têm se utilizado de procedimentos, institutos e medidas próprias do Direito Constitucional para minar ou restringir a democracia” (Lima et. al. 2023, p. 215).

Para Magalhães e Ferreira (2022, p. 2164), “o conceito de constitucionalismo abusivo está inserido dentro de um contexto mais amplo de crise da democracia constitucional” (...). A abusividade pode ser posta em prática pelo Poder Judiciário em ação solitária, quando a corte suprema aplica critérios interpretativos cambiantes capazes de afetar a política e quando, por meio de seu poder de pauta, catalisam controvérsias políticas de forma indireta”. De acordo com Estorilo e Benvindo (2017, p. 176), através da sincronidade² e do uso seletivo da subsunção³, o Judiciário consegue modular de forma estratégica o texto constitucional para “favorecer agenciadores de interesses”.

² “De acordo com Carl Jung, *sincronicidade* é o conjunto irracional de eventos que podem envolver uma relação de causalidade oculta.. *Sincronicidade* trata da relação entre fatos determinados pelas memórias, pela natureza ou pelos arquétipos e que não podem ser compreendidos mediante o princípio da causalidade na física. Com isso, o elemento central da sincronidade é visualizar uma relação distante, porém coordenada, entre dois eventos que não exija uma explicação de causa e efeito, ao contrário do tradicionalmente esperado de tais relações. O conceito, embora originário de estudos da psicanálise e voltados para situações diversas de um debate institucional, permite extrair lições relevantes para o possível encontro de relações de causa e efeito implícitos em circunstâncias típicas de constitucionalismo abusivo” (Estorilo e Benvindo, 2017, p. 181).

³ Em Estorilo e Benvindo (2017, p. 183-185), o uso seletivo da subsunção consiste no emprego das normas jurídicas conforme os interesses que quer-se alcançar, e não de forma objetiva, racional, linear e independente dos interesses que envolvem a causa.

Portanto, a relação entre os poderes é belicosa e desequilibrada.

É nesse cenário que, apoiados no direito à saúde prescrito no art. 196 da CRFB, elevadíssimo quantitativo de brasileiros têm buscado através do Poder Judiciário obrigar o Sistema Único de Saúde (SUS) a fornecer-lhes medicamentos, próteses, órteses, bem como tratamentos médico-hospitalares dos mais variados tipos (SOUZA e GOMES, 2019, p. 219-221).

Com efeito, os magistrados brasileiros passaram a protagonizar a gestão das políticas públicas de saúde, chefiando, em larga medida, a execução das ações do SUS, tendo sido tornados juízes-administradores (QUINTAS, 2016, p. 32 e ss.).

Sob a literatura até aqui empreendida acerca do controle judicial que tem sido empreendido sob as políticas públicas de saúde, entende-se que a intervenção dos juízes e tribunais, até certo ponto, é positiva à efetivação do direito à saúde. Tem sido fundamental para proteger cidadãos das omissões e falhas do Estado em relação à tarefa de garantir a efetiva custódia do estado de completo bem-estar físico, mental e social (Faria e Marchetto, 2020, p. 169).

Contudo, não raras vezes, operam como fator de erosão do Sistema Único de Saúde, quando sua atuação destoa das regras e princípios que devem reger a execução das políticas públicas de saúde, como ocorre, por exemplo, quando há elevado índice de condenações nas quais determina-se que o SUS forneça produtos e serviços que não constam no rol de suas obrigações ordinárias, porquanto, assim, inviabiliza-se a gestão do sistema e, por via oblíqua, impossibilita que o mesmo alcance a máxima efetivação do direito à saúde, em perspectiva coletiva (Matta e Marques, 2014, p. 443 e ss.).

É o que ocorre, por exemplo, quando há “excesso de decisões favoráveis ao autor, baseadas em solicitações individuais e concedidas sem consideração das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo”, que impõem “aos gestores dificuldades na operação do sistema de saúde e pode resultar na produção de maiores desigualdades de acesso a bens e a serviços de saúde no país” (VIERA, 2020, p. 55).

Em Almeida (2021), percebe-se que, no Maranhão, em relação ao Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA), há vultuosa quantidade de decisões judiciais, proferidas em ações em curso na cidade de São Luís, condenando-o a: 1. fornecer órteses, próteses e outros materiais e equipamentos médicos não incluídos na tabela SUS; 2. internar, compulsoriamente, em hospital da rede pública ou particular, dentro ou fora do Estado, paciente para tratamento cirúrgico, independente da existência de lista de espera ou de

normas de referência e contra referência; 3. fornecer medicamentos não contemplados pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

De Silveira (2019), outro estudo empírico realizado em torno da judicialização da saúde pública em face do HUUFMA, depreende-se, também, que, comumente, os deixando de observar as regras e princípios que devem reger a execução das políticas públicas de saúde do SUS, condenam-o à efetivar prestações positivas de altíssimo custo.

A irracionalidade e o subjetivismo decisório em ações atinentes à judicialização da saúde pública ficam ainda mais evidentes em Neves e Pacheco (2019). Neste estudo, colheu-se depoimentos de magistrados que atuam em processos atinentes à judicialização da saúde pública e, nestes, restou clara a subjetividade e a irracionalidade decisória, se não de todos, da maioria. Eis alguns exemplos:

“Você fica naquele dilema se concede ou não concede um a liminar. Na dúvida, eu pensei: Quer saber de uma coisa? Melhor conceder porque se esse cara morrer eu não vou ficar com esse peso na consciência’. São demandas difíceis, é importante dizer. Nós, do Judiciário, às vezes ficamos em uma situação delicada, de saber se estamos tomando a decisão correta, pois é uma demanda emocional, além de ser jurídica, tem todo um envolvimento emocional por envolver questões de saúde” (Neves e Pacheco, 2019, p. 758).

“Então, geralmente lidamos com liminares. E, nessas liminares, [...] se tem um juízo quase superficial, mas só que saúde é um caso exauriente porque é ou não é, se negar pode morrer. Ele tem que ser certo, mesmo que, na eventualidade esteja-se cometendo um erro, um exagero, uma precipitação diante do alarme de caso concreto. É melhor dar mais garantia para o cidadão [...], porque pode ser irreversível uma negação (Neves e Pacheco, 760).

Há comprovada elevada influência de sentimentos particulares, notadamente o de não tornar-se responsável por eventual óbito. Trata-se, portanto, de uma atuação fortemente subjetiva e irracional.

Além disso, há expressivo individualismo nas demandas.

Na Vara de Saúde Pública da Comarca da Ilha de São Luís, órgão do primeiro grau da justiça estadual do Maranhão, competente para processar e julgar as demandas envolvendo judicialização da saúde pública da capital e cidades vizinhas, desde sua instauração, em 2020, foram protocoladas 2.336 ações, todas individuais. Há onze mandados de segurança, todos individuais. Há, ainda, 15 ações civis públicas, contudo, todas, também, individuais (fonte: pje).

No STJ, pesquisando-se no repositório de jurisprudência, através dos termos “SUS”, “Sistema Único de Saúde” e “direito à saúde”, encontra-se somente seis processos oriundos do Maranhão. Destes, nenhum é coletivo.

No STF, empreendendo-se o mesmo esforço de investigação, alcança-se, apenas, quatro processos. Nenhum deles é coletivo.

Portanto, no contexto do modelo tradicional de processo civil, marcado pela beligerância entre as partes e excesso de individualismo nas demandas, a atuação do Poder Judiciário na judicialização da saúde, no Maranhão, reproduz praticas decisórias nocivas à máxima efetivação do direito à saúde no âmbito do SUS.

3. PROCESSO ESTRUTURAL: conceito e finalidade

A Constituição delinea a organização do Estado, delimita as funções deste e de seus órgãos, além de explicitar os valores que orientam e restringem suas ações. Em situações conflitantes, surge a necessidade de conferir significado específico a esses valores constitucionais, por meio de uma clara definição de seus conteúdos operacionais. Quando a resolução de um conflito exige a reconfiguração de uma instituição pública para o correto alinhamento desses valores constitucionais valorizados em uma sociedade, estamos diante de uma reforma estrutural (Fiss, 1979).

Nesta senda, a reforma estrutural abordada por Fiss (2004), no contexto do processo judicial refere-se a uma abordagem abrangente de reforma do sistema de justiça civil ou criminal em um país.

Essa reforma busca remodelar e modernizar a estrutura, os procedimentos e os princípios que norteiam o sistema legal, com o objetivo de torná-lo mais eficiente, acessível, ágil e justo. Nesse contexto, a reforma estrutural pode variar de acordo com o sistema jurídico de cada país. Comumente, tem por objetivo a simplificação e a desburocratização dos processos. Isso pode incluir a redução da papelada, a digitalização de documentos e procedimentos, bem como uma simplificação das regras e regulamentações, tornando o sistema mais acessível e compreensível para o público em geral. Uma reforma estrutural no sistema de processo judicial representa uma abordagem inovadora e abrangente para aprimorar o funcionamento da justiça. Esse novo modelo tem sido adotado por muitos países como resposta aos desafios e às deficiências identificadas nos sistemas judiciais tradicionais (Fiss, 2004).

Um dos mecanismos de substancial reestruturação de um sistema jurídico-processual estatal é a massificação dos assim chamados processos estruturais (Tanizawa, 2021, p. 50).

Em Serafim, França e Nóbrega (2021, p. 155), processo estrutural são os “processos coletivos estruturais de interesse público, os quais podem ser compreendidos como um conjunto ordenado de atos jurídicos destinados a obter uma tutela judicial coletiva, capaz de transformar, gradualmente, um estado de coisas”.

Lima (2018, p. 341), assim o define: “processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (Lima, 2018, p. 341).

Para Leite (2021, p. 112), “o processo estrutural é uma técnica ou modelo processual adotado sempre que se identifica um problema estrutural, caracterizado por uma lesão, restrição ou ameaça ao direito que decorra de um estado de desconformidade com o que foi definido pelo direito, a fim de promover uma transição para um estado de conformidade”.

Galdino (2019, p. 133), sustenta que o “é um ato jurídico complexo que tem por ato final uma transição não imediata entre estados de coisa”; que “serve para produção de normas-princípio e normas-regra, estabelecendo os fins e os meios para alcance da transição que tem por objeto”; e “gera uma relação jurídica como uma relação jurídica com uma tendência ao fenômeno da multipolaridade”.

De acordo com Didier Jr. et. al. (2022, p. 465), trata-se do processo “em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (Didier Jr. et. al., 2022, p. 465).

Os “litígios são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro (Lima, 2018, p. 340).

Eles “são caracterizados por uma interligação de interesses particulares em um mosaico complexo, de forma que só é possível atender ao interesse particular depois de determinar o quadro geral dos interesses envolvidos”(Serafm, França e Nóbrega , 2021).

Do quadro conceitual acima desenhado, depreende-se que “o processo estrutural surge como um modelo processual para resolução de litígios que demandam uma reestruturação de um ente, um sistema ou uma organização, envolvendo a sociedade e o Estado, para que sejam cumpridos mandamentos previstos no texto constitucional (Santos, 2020, p. 07).

O principal objetivo do processo estrutural é “modificar uma prática danosa institucionalizada”. Assim, seu fim-último é a reestruturação do modelo processual, para dele afastar condutas nocivas à concretização das normas constitucionais no bojo do processo (Nunes et. al., 2019, 1061).

CONCLUSÃO

Inferese dos dados analisados que a hipótese originalmente formulada é verídica. Os dados amealhados nessa pesquisa indicam que a ampliação, em quantidade e densidade decisória, dos processos estruturais no âmbito do controle judicial das políticas públicas de saúde, irá corroborar para que a intervenção do Poder Judiciário potencialize os níveis de efetivação do direito à saúde no Brasil, porquanto atenuaria o subjetivismo, a irracionalidade e a tutela hiperbólica monocular da dimensão individual à saúde em detrimento da proteção da perspectiva coletiva dessa prerrogativa fundamental, aspectos que, em regra, causam a redução dos níveis de efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, S. As vias tortuosas da democracia e a crise da representação no Brasil. **Revista USP**, [S. l.], n. 134, p. 59-74, 2022.

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2015.
- ALMEIDA, Natalie Maria de Oliveira de. **Judicialização, Saúde e Justiça: uma análise a partir do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA) no período de 2014 a 2019**. 2020. 116 f. Dissertação(Programa de Pós-Graduação em Direito/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012.
- BARROSO, Luiz Roberto. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA. **Migalhas**, p. 01-50, 2014.
- BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **International journal of constitutional law**, v. 11, n. 2, p. 339-357, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 349.
- COURA, A. C.; PAULA, Q. C. DE. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 116, 29 jun. 2018.
- DANTAS, A. DE Q.. O STF como árbitro da federação: uma análise empírica dos conflitos federativos em sede de ACO. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, p. e1964, 2020.
- DE SOUZA, J. C.; GOMES, M. F. A JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE E A FRONTEIRA ENTRE O INDIVIDUAL E O COLETIVO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE SUSTENTÁVEL. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 24, n. 1, p. 216–242, 2019.
- DIDIER JR et. al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4. ed., São Paulo: JusPodvim, 2022.
- DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive judicial review: courts against democracy. **Davis Law Review**, Davis, n. 53, 2019, p. 01-75.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. **Law and Society review**, p. 117-164, 2001.
- ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, vol. 18, n. 1, p. 173-192, 2017.
- FARIA, O.L. e MARCHETTO, P. B. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: atores e contexto de um fenômeno crescente. **Rev. Dt. Bra.**, v. 16, n. 10, p. 161-177, Mai./Ago., 2020.
- FISS, Owen. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1, nov. 1979.

FISS. O. **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade.** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *Davis Law Review*, vol. 47, n. 1, p. 189-260, 2013.

LEITE. E. M. **CONFLITOS ESTRUTURAIS ENVOLVENDO DIREITO À SAÚDE: análise processual para definição de um modelo que previna decisões estruturantes.** Dissertação (Mestrado em Direito) - IDP, Brasília, 2021

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

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Valeska Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. / With how many strokes does a constitutional crisis take place in Brazil? Abusive constitutionalism, Constitutional stress and constitutional legality. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 13, n. 4, p. 2158–2197, 2022.

MATTA, J.L.J e MARQUES, G. L. A prestação jurisdicional excessiva como risco ao princípio da universalidade do SUS: pela naturalização do diálogo entre direito e saúde. **Rev. Jur. Pres.**, v. 16, n. 109, jun-set, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.9.ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Pilar Bacellar Palhano; PACHECO, Marcos Antônio Barbosa. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do maranhão. **Revista Direito Gv**, [S.L.], v. 13, n. 3, p. 749-768, dez. 2017. FapUNIFESP (SciELO).

NUNES et. al. DOS LITÍGIOS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: pressupostos e fundamentos. **RJLB**, ano 05, n. 05, p. 1051-1076, 2019.

POSADA-CARBÓ, Eduardo. Latin America: Colombia After Uribe. **Journal of Democracy**, v. 22, n. 1, p. 137-151, 2011.

QUINTAS. F.L. Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. **RIL**, a. 53, n. 209, jan-jul, p. 31-51, 2016.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Universalidade do Direito à Saúde.** – São Luís: EDUFMA, 2014.

RIBAS, C. L.; CASTRO, G. A. P. de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **RDA**, v. 268, p. 83-116, jan-abr., 2015.

SANTOS. C. P. Y. M. dos. **PROCESSO ESTRUTURAL NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. Dissertação (Mestrado em Direito), USP, 2020.

SARLET et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SERAFIM, M. C.G; FRANÇA, E. P. da C.; NÓBREGA, F. F. B. PROCESSOS ESTRUTURAIS E DIREITO À MORADIA NO SUL GLOBAL: contribuições das experiências sul-africana e colombiana. **Rev. Opinião Jurídica**, V. 19, n. 32, 2021.

SILVEIRA, Jémina Gláucia Serra Araujo da. **Judicialização da saúde nos Juizados Especiais Federais: uma análise dos fundamentos utilizados nas decisões dos JEFs de São Luís-MA**. 2019. 193 folhas. Dissertação(Programa de Pós-Graduação em Direito/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2019.

TANIZAWA, P. H. G. **A execução no processo coletivo estrutural: proposta de sistematização**. Tese (Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2021.

VIEIRA et. al. **Resiliência Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

VIEIRA, F.S. Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. **Texto para discussão**. Brasília: IPEA, março de 2020.

VIEIRA, O. V. **Supremocracia**. Revista Direito GV , v. 4, p. 441-459, 2008.