

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE I

LITON LANES PILAU SOBRINHO

LUIZ GERALDO DO CARMO GOMES

TEREZA RODRIGUES VIEIRA

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 Napolini - 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

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

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

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

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

Coordenadores: Liton Lanes Pilau Sobrinho; Luiz Geraldo do Carmo Gomes; Tereza Rodrigues Vieira. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-182-0

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

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE I

Apresentação

O VIII Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado entre os dias 25 e 28 de junho de 2025, sob a temática “Direito, Governança e Políticas de Inclusão”, reafirmou seu papel como espaço privilegiado para a promoção do diálogo científico interdisciplinar na área jurídica.

O Grupo de Trabalho 73 – Direito e Saúde I, sob a coordenação dos professores Liton Lanes Pilau Sobrinho (Universidade do Vale do Itajaí), Luiz Geraldo do Carmo Gomes (Universidade Estadual do Norte do Paraná, Universidade Estadual de Maringá, Centro Universitário Cidade Verde) e Tereza Rodrigues Vieira (Universidade Paranaense – UNIPAR), reuniu pesquisadores de diferentes regiões e instituições do país para debater temas atuais e sensíveis que atravessam o campo do Direito e da Saúde.

Com um total de 14 artigos apresentados, o GT demonstrou não apenas a riqueza temática do campo, mas também o compromisso dos pesquisadores com a construção de uma sociedade mais justa, ética e atenta às vulnerabilidades humanas. Os trabalhos discutiram desde as barreiras estruturais no acesso à saúde até questões de bioética, judicialização e os desafios da regulação em tempos de inovação tecnológica e crises sanitárias.

O primeiro artigo, “A (Im)possibilidade de Rescisão Unilateral dos Contratos de Plano de Saúde: Considerações Jurídicas a partir do Dever Legal de Proteção”, escrito por Tatiane Guimarães Lima Cajaiba, Ariel Ribeiro Rêgo e Rita de Cássia Simões Moreira Bonelli, abordou criticamente o desequilíbrio contratual entre usuários e operadoras de saúde, destacando o papel protetivo do Estado diante da vulnerabilidade dos consumidores.

Em seguida, Urá Lobato Martins trouxe uma valiosa contribuição ao discutir, em seu trabalho “Atuação do Estado no Âmbito da Saúde Mental a partir da ADPF nº 635”, os impactos psíquicos sofridos pelos profissionais da segurança pública e a necessária atuação do Estado na proteção da saúde mental como dimensão dos direitos fundamentais.

O artigo “Direito à Saúde e o Ministério Público: Atuação Ministerial em Defesa da Atenção Básica”, de Jaqueline Prazeres de Sena, Gustavo Luis de Moura Chagas e Robert Erik Cutrim Campos, destacou a relevância da atuação ministerial como instrumento de promoção da saúde pública, sobretudo em contextos de negligência estrutural e ineficiência do Estado.

Ariane dos Santos Barreto da Silva e Giovano Eloi de Melo, no trabalho “Imunização e Equidade no SUS: Barreiras ao Acesso à Vacina do HPV para Mulheres Refugiadas no Brasil”, lançaram luzes sobre as intersecções entre saúde, gênero, imigração e vulnerabilidade, revelando lacunas importantes na cobertura vacinal de grupos historicamente excluídos.

No campo da judicialização da saúde, dois trabalhos se destacaram por sua densidade teórica e atualidade. Lilian Benchimol Ferreira, Maria Cristina Almeida Pinheiro de Lemos e Narliane Alves de Souza e Sousa, em “Judicialização da Saúde e Autonomia do Executivo na Gestão do SUS”, abordaram os limites e possibilidades da atuação do Judiciário frente à gestão pública da saúde. Já Francisco Pizzette Nunes e Jorge Miguel Nascimento Guerra, com “Judicialização da Saúde: Uma Análise do Ativismo Judicial Político”, refletiram sobre a politização das demandas judiciais e os riscos à separação dos poderes.

No contexto da pandemia, Bruno Lima Barbalho e William Paiva Marques Júnior analisaram a ADPF nº 709 no trabalho “O Agravamento do Estado de Coisas Inconstitucional em Meio à Crise Sanitária”, destacando o papel do STF frente ao colapso do sistema prisional e a inércia institucional.

Ainda no campo contratual, Marcelo Benacchio, Mikaele dos Santos e Renata Terra Manzan propuseram, em “Obscuridade nas Cláusulas dos Contratos de Assistência à Saúde e a Jurisprudência do STJ”, uma análise crítica dos limites interpretativos e das falhas de transparência nos contratos do setor.

Com sensibilidade e profundidade, Mariana Fernandes Barros Sampaio trouxe à tona a urgência do enfrentamento à violência obstétrica e a importância da formação médica crítica no artigo “Romper o Silêncio: A Violência Obstétrica e o Papel da Educação Superior em Medicina na Construção de Políticas Públicas”.

A interface entre direito, saúde e tecnologia foi tema do trabalho de Isadora Silvestre Coimbra, intitulado “Inteligência Artificial e a Regulação na Área da Saúde”, em que a autora discutiu os desafios regulatórios e os riscos éticos no uso de IA na área da saúde.

Na seara bioética, Edith Maria Barbosa Ramos, Bruna Sousa Mendes Silva e Amailton Rocha Santos exploraram os dilemas do fim da vida no artigo “Ortotanásia e Consentimento

Informado”, enquanto Joel Sousa do Carmo, em “Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e o Acompanhamento Escolar Especializado”, problematizou a responsabilidade do custeio das medidas de inclusão.

A discussão sobre igualdade de gênero e saúde pública foi contemplada no artigo redigido por Marlei Ângela Ribeiro dos Santos e Thais Janaina Wenczenovicz, em “Políticas de Igualdade de Gênero no Direito Administrativo Sanitário”, que apontaram os desafios para a implementação efetiva dessas políticas.

Por fim, o artigo “Vulnerabilidade e Autonomia do Paciente: uma análise da formação do termo de consentimento livre e esclarecido à luz da bioética principialista e da legislação vigente”, produzido por Rivanne Santos Lins e Ana Thereza Meireles Araújo, encerrou o rol de apresentações do grupo, ressaltando a necessidade de reforçar a autonomia e o esclarecimento no processo de decisão terapêutica.

Coordenação do GT – Direito e Saúde I:

Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes

Realizou o terceiro estágio pós-doutoral, financiado pelo CNPq/FA – Fundação Araucária, na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, desenvolvendo pesquisa sobre Democracia das Sexualidades (2023/2024). Concluiu o segundo pós-doutoramento em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (2020/2021) e o Postdoctoral Research Fellowship in Law na School of Law da University of Limerick, Irlanda (2019/2020). É Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP (2014/2018) e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (2012/2014), instituição onde também obteve a graduação em Direito (2007/2011). Professor de Direito na Universidade Estadual de Maringá – UEM onde também atua como pesquisador e editor gerente da Revista de Ciências Jurídicas – UEM (2023 - presente). Atua como coordenador do Centro de Gestão Jurídica e Segurança e da Pós-Graduação na área do Direito, docente e pesquisador bolsista no Centro Universitário Cidade Verde – UniCV (2021 - presente), além de ser professor e editor-chefe da Revista Jurídica Ivaí, do Centro Universitário Fatecie - UniFatecie (2021 - presente). É líder dos grupos de pesquisa "Direito, Estado e Bioética", da UENP, e "Pesquisas Empíricas em Direitos Humanos e Justiça", da UEM. Suas áreas de investigação incluem sexualidades, gênero e direitos. Autor do livro "Famílias no Armário: Parentalidades e Sexualidades Divergentes". E-mail: Lgcarmo@icloud.com

Dra. Tereza Rodrigues Vieira

Pós Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá; Mestra e Doutora em Direito pela PUC-SP/Doutorado Sandwich na Université Paris; Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito na UNIPAR, Universidade Paranaense; E-mail: terezavieira@uol.com.br .

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Estágio pós-doutoral em Direito na Universidade de Sevilha - ES (Espanha). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor titular da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor e pesquisador no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor Colaborador no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI) de Santo Ângelo. Pesquisador Gaúcho (Edital 09/2023). Secretário de Comunicação do CONPEDI. Membro da Comissão de Avaliação Quadrienal da CAPES (2013-2016). Pesquisador com ênfase em Direito Internacional Ambiental, Direito Constitucional, Direito do Consumidor, Governança, Sustentabilidade e Sustentabilidade Humanista. E-mail: litonlanes@gmail.com

O AGRAVAMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM MEIO À CRISE SANITÁRIA: ANÁLISE DA ADPF Nº 709

THE AGGRAVATION OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS AMIDST AN HEALTH CRISIS: ANALYSIS OF ADPF Nº 709

Bruno Lima Barbalho
William Paiva Marques Júnior

Resumo

O SUS atravessou conjuntura periclitante em tempos de Covid-19, frente ao agravamento das falhas de subfinanciamento e das crises institucionais na política sanitária brasileira. Não por acaso, reconhecer tamanha problemática e enfrentá-la estruturalmente é uma solução capaz de situá-la em seu devido patamar sistêmico, porque hábil a identificar que as bases necessárias à sua resolução deve levar em conta a multiplicidade de atos omissivos da União para transpor um Estado de Coisas Inconstitucional. A metodologia aplicada é exploratória, qualitativa, analítica-descritiva baseada na utilização de documentos jurídicos e textos doutrinários, não tendo este trabalho a finalidade de encerrar qualquer controvérsia a respeito do tema. Em arremate, propõe-se fomentar o debate acerca da superação de reiteradas violações a direitos fundamentais, orientado por técnicas inovadoras, na forma da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, sob emprego de um processo dialógico para criação de soluções complexas e articuladas.

Palavras-chave: Crise sanitária, Falhas estruturais, Modelagem brasileira, Estado de coisas inconstitucional, Adpf 709

Abstract/Resumen/Résumé

The SUS went through a precarious situation in times of Covid-19, faced with worsening underfunding failures and institutional crises in Brazilian health policy. It is no coincidence that considering such a problem and structural confrontation is a solution capable of situating it due to its systemic level, because it is capable of identifying that the bases for its resolution must take into account the multiplicity of omitted acts of the Union to convey an Unconstitutional State of Things. The methodology applied is exploratory, qualitative, analytical-descriptive based on the use of legal documents and doctrinal texts, with this work not intended to end any controversy regarding the topic. Finally, it is proposed to encourage debate about overcoming repeated violations of fundamental rights, guided by innovative techniques in the form of the Claim of Noncompliance with Fundamental Precepts 709, using a dialogical process to create complex and articulated solutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health crises, Structural failure, Brazilian modeling, Unconstitutional state of things, Adpf 709

1. Introdução

A trajetória de implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, ao longo de mais de três décadas, ostenta instabilidades de custeio promovida pela União em face de sucessivos redesenhos normativos e restrições interpretativas de mandamentos constitucionais próprias do setor, tanto que uma declaração de “estado de coisas inconstitucional” surge como ferramenta judicial para enfrentar violações generalizadas de direitos fundamentais causadas por falhas estruturais agravadas na gestão da pandemia de Covid-19.

Nesse ímpeto, tendo em vista o panorama de grave comprometimento da capacidade operacional do SUS por insuficiente e inconstante regime jurídico constitucional deslindado em meio à crise sanitária, forçoso avaliar se o núcleo pétreo da Constituição de 1988 (artigo 60, § 4º, IV) pode conviver com reconfigurações normativas, inclusive trazidas desde os artigos 2º, 3º da Emenda n. 86/2015 e do artigo 110 do ADCT, inserido pela Emenda n. 95/2016, que afetaram a garantia fundamental de financiamento suficiente e progressivo, sobretudo, impondo restrições fiscais que constrangeram o piso federal em saúde, a que se refere o artigo 198 da Constituição Federal de 1988.

Há que se perquirir a importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como base axiológica do estado de coisas inconstitucional, realçando seu papel na orientação das políticas públicas e na obrigação do Estado de garantir a efetivação dos respectivos direitos, sob um formato doutrinário de que não há somente uma dimensão subjetiva, que protege os indivíduos contra a arbitrariedade do Estado, mas que impõe o dever estatal de otimizar a realização desses direitos, transcendendo a esfera individual e influenciando a ordem jurídica e as políticas públicas.

É de se notar também que a instabilidade jurídica exasperada pelo acirramento das disputas federativas e pelo franco diagnóstico de insuficiência no custeio do SUS em plena crise sanitária ofenderam imperativos de tutela que amparam e garantem a eficácia dos direitos fundamentais – lesão frontal às cláusulas pétreas não só do direito fundamental à saúde e da garantia de financiamento mínimo, como também do pacto federativo que pressupõe cooperação e solidariedade entre os entes na consecução dos objetivos fundamentais da República brasileira.

Destarte, empregando mecanismos de amparo para fins de abordar situações onde os direitos humanos são sistematicamente violados, busca-se ratificar a existência de um “estado de coisas inconstitucional” na política pública de saúde brasileira, haja vista a mitigação de suas

garantias de financiamento e, por conseguinte, de rateio equilibrado das responsabilidades federativas.

Finalmente, utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, bem como da legislação e da orientação paradigmática do Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa aplicada é de natureza qualitativa com finalidade descritiva, analítica, pós-crítica e exploratória.

2. Estado de Coisas Inconstitucional na política sanitária brasileira

O marco inicial – a partir de onde se desenvolve a trajetória tendente à regressividade do dever federal de gasto mínimo em saúde – remonta ao próprio artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que dispusera a alocação mínima de 30% (trinta por cento) do orçamento da seguridade social para o setor de saúde.

Alusiva proporção nunca foi cumprida de fato no ciclo orçamentário federal. À luz do artigo 2º, II, da Lei nº. 13.978, de 17 de janeiro de 2020, que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro corrente, o comando do artigo 55 do ADCT – se estivesse em vigor – praticamente dobraria o patamar mínimo de gastos da União em saúde, qual seja: cerca de R\$ 271,5 bilhões, ao invés de R\$ 125,234 bilhões (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 356).

O Texto Constitucional originário de 1988 buscou garantir sustentabilidade financeira às ações da seguridade social, por meio da fixação de justo equilíbrio entre a saúde e as demais áreas (previdência e assistência social) na divisão de seu orçamento na mesma proporção da população atendida.

Contudo, referenciada divisão equitativa nunca ocorreu, havendo dois motivos para fragilização estrutural do orçamento da seguridade social e, dentro dele, do dever de financiamento adequado da política pública de saúde pela União. São eles: a desvinculação parcial de receitas (DRU) e segregação das contribuições patronais e laborais para custeio exclusivo da previdência social (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 356).

Desde 1994, o governo federal desvincula parcialmente fontes de receitas vinculadas à seguridade social para custear – direta ou indiretamente – despesas com seu regime próprio de previdência, que obviamente não estão inseridas na sistemática dos artigos 194 a 204 da CF/88.

A “perenização” da DRU se verifica com sua instituição por meio da Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1º de março de 1994, e suas sucessivas prorrogações, por meio de oito emendas ao ADCT, para estender sua vigência até 31 de dezembro de 2032 (Emendas Constitucionais n. 10, de 4 de março de 1996; n. 17, de 22 de novembro de 1997; n. 27, de 21 de março de 2000; n. 42, de 19 de dezembro de 2003; n. 56, de 20 de dezembro de 2007; n. 68, de 21 de dezembro de 2011; n. 93, de 8 de setembro de 2016 e n. 132, de 20 de dezembro de 2023).

A perpetuação da DRU, via ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), vulnera os artigos 167, IV, 195, 196 da CF/88, dando causa à insuficiência de recursos para o custeio constitucionalmente adequado dos direitos sociais (aqui, em especial, o direito à saúde) amparados por diversas formas de vinculação de receita e/ou despesa, em rota de lesão aos princípios da vedação de retrocesso e vedação de proteção insuficiente.

Em acréscimo, quanto à segregação de receitas, em 15 de dezembro de 1998, a Emenda Constitucional n. 20, por meio da alteração do inciso XI do artigo 167, vinculou à previdência social parcela significativa das contribuições sociais (artigo 195, inciso I, “a” e inciso II da CF/88), apartando saúde e assistência do alcance de sua destinação.

As fragilidades trazidas pela DRU e pela segregação de fontes de custeio da EC nº. 20/1998, direta ou indiretamente, deram causa ao processo legislativo que culminou com a edição da Emenda n. 29, em 13 de setembro de 2000, para assegurar vinculação de gasto mínimo para saúde pública brasileira. Como alusiva Emenda delegou à lei complementar a definição dos percentuais de aplicação mínima de recursos públicos em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS), consumou-se mora legislativa de doze anos até a vinda da pertinente regulamentação, enquanto se obedecia ao regime transitório constante do artigo 77 do ADCT (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 357).

Apenas com a Lei Complementar n. 141, de 16 de janeiro de 2012, definiu-se em norma permanente, suscetível de revisão quinquenal, o regime de gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, muito embora, do ponto de vista de distribuição federativa do seu custeio, nada tenha sido alterado em relação ao suscitado dispositivo do ADCT. Ou seja, foram mantidos os patamares de 12% (doze por cento) da receita de impostos e transferências para os Estados, 15% (quinze por cento) para os Municípios e o valor do ano anterior acrescido da variação nominal do produto interno bruto (PIB) para a União.

Pois bem, no decurso da vigência da Emenda Constitucional n. 29/2000, o piso federal em ASPS não guardou correlação com o comportamento da receita da União – essa progressiva

no transcurso dos longínquos anos -, daí é que redonda grande parte do problema de subfinanciamento crônico da saúde pública brasileira e da regressividade proporcional do gasto federal no setor. Como financiar um setor de custos crescentes com quase sempre os mesmos recursos?

Digno de nota, a partir de 2016, sob o advento da Emenda Constitucional n. 86, de 17 de março de 2015, é que a União passou a ter compromisso de gastar percentual incidente sobre sua receita corrente líquida – RCL. Mesmo assim, houve escalonamento de índices mínimos ditos “progressivos”, para que – em 2020 – fosse, em tese, possível chegar ao patamar de 15% da RCL federal para a política pública de saúde. Em igual medida, deixaram de ser fonte adicional de receita para o SUS os recursos oriundos do pré-sal (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 361-362).

Todo esse contexto de fragilidade jurídica antecedeu e justificou a concessão da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5595, suspendendo a eficácia dos artigos 2º e 3º da Emenda n. 86/2015, para impor à União o dever de progressividade de custeio, conforme proporção equitativa da sua arrecadação (15% da RCL, ao invés de 13,2%).

Após a propositura da ADI 5595, a EC 95/2016 revogou o artigo 2º da EC 86/2015 – que estava *sub judice* no STF – e apenas resguardou correção monetária para as despesas primárias da União, entre as quais, os pisos em saúde e educação, congelando-os em valores reais ao montante aplicado em 2017.

A alteração movida pela EC 95/2016 no debate promovido pela ADI 5595 é a revogação da gradação dos subpisos federais em saúde de 13,2% a 15% da receita corrente líquida entre 2016 e 2020, tendo o “Novo Regime Fiscal” antecipado para 2017 o percentual de 15% como piso federal em saúde e, para os anos seguintes, assegurado apenas a correção desse piso pela inflação (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 363).

Tamanho redesenho normativo e tão gravosa instabilidade de custeio promovidos pela União quanto ao seu gasto mínimo em saúde precisam ser questionados estruturalmente dentro de um “estado de coisas inconstitucional” na política pública de saúde. Somente assim é possível tentar avaliar adequadamente e buscar controlar o conjunto das sucessivas estratégias orçamentário-financeiras e interpretações constitucionais que, historicamente, impuseram retrocesso ao direito à saúde e agrediram suas garantias de financiamento e de arranjo federativo-orgânico no âmbito do SUS (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 369).

É vital que sejam analisadas, em uma ampliada perspectiva sistemática, as oito emendas de perenização da DRU e a emenda de segregação das fontes de custeio da previdência social, ao que devem ser somadas ao fluxo das Emendas n. 29/2000, n. 86/2015 e n. 95/2016. Daí resulta a tendência de regressividade proporcional de custeio pelo governo federal no volume global de recursos públicos vertidos para o Sistema Único de Saúde, que parece revelar o descompasso do constituinte derivado e da Presidência da República com o estágio protetivo concebido desde 1988 para a garantia do direito fundamental social à saúde.

Historicamente o que está em acelerado processo de fragilização é o próprio direito fundamental à saúde e seu arranjo organizacional protetivo, uma vez que o SUS tem sido paulatinamente esvaziado da sua expressão federativa de distribuição equitativa de responsabilidades administrativas e financeiras. Certamente, será adensado o quadro de inadimplemento das pactuações federativas com o congelamento do piso federal em saúde durante o período de 2018 a 2036, quando só a correção monetária lhe foi assegurada anualmente, na forma do artigo 110 do ADCT (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 371).

Por derradeiro, somente com a consciência ampla da sociedade e, em especial, do Judiciário acerca do desequilíbrio na governança federativa do SUS para fins de contenção desse “Estado de Coisas Inconstitucional”, seria possível devidamente ressituar o déficit de eficácia do direito fundamental à saúde na busca da macrojustiça orçamentária atinente à consecução da política pública que o materializa. Considerações jurídicas sobre o direito à saúde destituídas das consequentes considerações econômicas não tornam o direito factível para a população (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 373).

3. A saúde como direito fundamental social

A propósito, não há caminhos para humanidade concretizar a dignidade humana que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais por meio de políticas públicas que oferecem proteção adequada e eficiente, orientadas pelos princípios instrumentais da vedação de retrocesso, do dever de otimização e da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (NASCIMENTO; DI PIETRO; MENDES [Coord.], 2018, p. 814).

Em rigor, os direitos fundamentais consistem na coluna vertebral do Estado Constitucional, que edifica a sua estrutura de ação e inação para que os indivíduos possam fruí-los na maior medida possível.

Os direitos fundamentais encontram-se umbilicalmente ligados aos direitos humanos, desde as suas raízes, na história das ideias políticas, mormente no que diz respeito ao valor imanente dos homens e à igualdade entre eles; consistem, assim, em sua vertente positivada constitucionalmente, mediante atribuição da dimensão normativa da jusfundamentalidade (DUARTE, 2020, p. 33).

Os direitos fundamentais servem de legítimo alicerce à consolidação das democracias contemporâneas, já que sem o seu reconhecimento e proteção, aquelas se inviabilizam. A legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e pela implementação desses direitos por meio de mecanismos de legalidade, erigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais que são plasmados por meio daqueles.

Consoante Paulo Bonavides (2006, p. 562), a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduz ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Os direitos do homem ou da liberdade, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Verdade é que os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos usualmente relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado (e, às vezes, aos próprios particulares), salvaguardando o indivíduo, a coletividade e humanidade (FONTELES, 2022, p. 26).

Com esteio no Estado Social, a análise do Texto Constitucional de 1988 revela várias facetas do direito à saúde: (1) encontra-se disposto no rol exemplificativo dos direitos fundamentais sociais do Art. 6º; (2) o Art. 23, inciso II revela a competência comum dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência; (3) o Art. 30, inciso VII determina a competência dos Municípios para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; (4) para o Art. 196 a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação; (5) preleciona o Art. 197 que, são de

relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado; (6) por seu turno, determina o Art. 198 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo, II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e III - participação da comunidade; (7) as competências do Sistema Único de Saúde encontram-se no Art. 200 da CF/88.

Nesse ímpeto, somente com a constituição vigente, é que se disciplinou um direito fundamental à saúde, tanto que fora disciplinado, com múltiplos alcances, no Título VIII (Da Ordem Social), no Capítulo II (Da Seguridade Social) e na Seção II (Da Saúde), via artigos 196 a 200. O artigo 198, cuja redação original possuía parágrafo único, teve acrescentados os §§ 1º a 6º, por força das Emendas Constitucionais n. 29/2000 e n. 51/2006. Já os §§ 2º, 3º e 5º, do artigo 200, a despeito de sua recente vigência, bem como o seu inciso V, tiveram suas redações alteradas pelas Emendas Constitucionais n. 63/2010 e n. 86/2015 (NOBRE JUNIOR, 2022, p. 124-125).

Com o artigo 196 se tem o enunciado de características e balizas sobre aludido direito, passando o artigo 197 a dispor sobre a competência do Poder Público na regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, enquanto que nos artigos 198 e 200 se disciplinou o Sistema Único de Saúde, remanescendo o artigo 199 para estatuir sobre assistência à saúde no âmbito da iniciativa privada (NOBRE JUNIOR, 2022, p. 125).

Todavia, no caso do direito fundamental à saúde, é inadiável o diagnóstico do Estado de Coisas Inconstitucional quanto à fragilidade e à descontinuidade das políticas públicas que deveriam lhe assegurar efetividade, até para que se evidenciem impasses e omissões históricas na federação brasileira, bem como para que sejam adotadas rotas de pactuação intergovernamental que não sejam preteridas, relativizadas ou simplesmente descumpridas.

Sem o reconhecimento da omissão estrutural da União quanto ao arranjo federativo do SUS e ao seu financiamento adequado, não se viabilizará alternativa possível para fazer face ao “quadro de violação massiva e persistente” do direito fundamental à saúde, “decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária” (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 377).

A maturidade do debate culmina com o agravamento do “estado de coisas inconstitucional” no SUS, cujo regime pós Emenda Constitucional n. 95/2016, assegura, a partir de 2016 e até 2036, que o financiamento do direito à saúde será a mera correção monetária das despesas efetivamente pagas.

A doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional, portanto, é apresentada como um exemplo de como o Direito Constitucional pode se adaptar para enfrentar violações de direitos em larga escala, mas também como um campo onde as fronteiras entre os poderes judiciário e executivo podem se tornar excepcionalmente fluidas, havendo alguns fatores para sua identificação: I) a violação massiva de vários direitos constitucionais, a afetar um número significativo de pessoas; II) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos fundamentais; III) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais necessárias para evitar a violação de tais direitos fundamentais; IV) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, que requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recurso que demanda um esforço adicional orçamentário importante; V) a probabilidade de enorme congestionamento judicial, caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizassem ação de tutela para obter a proteção de seus direitos fundamentais (PÁEZ, 2012, p. 249).

De mais a mais, o Estado de Coisas Inconstitucional não pressupõe a anulação da capacidade institucional dos Poderes Executivo e Legislativo; tampouco ofende o espaço legítimo de deliberação democrática. Sua própria sistemática de solução de litígios estruturais aponta para a adoção de técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e na cooperação entre os diversos poderes estatais. Parte, sobretudo, de um contexto muito maior de releitura do princípio da separação dos Poderes que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, abandona muito de seu conteúdo mais clássico e absoluto (SANTOS; PEREIRA, 2016, p. 73-74).

Aludido instituto no âmbito do SUS implica lesão frontal às cláusulas pétreas, não só do direito fundamental à saúde e da garantia do seu financiamento mínimo, como também do pacto federativo, que pressupõe cooperação e solidariedade entre os entes na consecução dos objetivos fundamentais da República brasileira (MENDES; SANTANA; AFONSO [Coord.], 2020, p. 389). Nesse contexto, a judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil é um fenômeno relativamente recente com fortes repercussões sociais que transformou-se em

amálgama da função inclusiva do Poder Judiciário no Século XXI (MARQUES JÚNIOR, 2015).

É preciso, pois, viabilizar o enfrentamento das causas sistêmicas da judicialização da saúde, ao invés de remediar seus sintomas, controlando a fragilidade estrutural da política pública em seu arranjo federativo insatisfatoriamente pactuado e em seu financiamento cada vez mais regressivo, sob pena de risco de colapso generalizado.

4. Modelagem paradigmática do Direito Sanitário em tempo de crise: análise da ADPF n. 709

A crise sanitária representou um desafio inédito e substancial com o afloramento de embates governamentais, redundando em variadas decisões no Supremo Tribunal Federal, dado que o Poder Executivo no Brasil manteve uma posição ambígua em relação à Covid-19, minimizando sua importância e, conseqüentemente, as medidas necessárias para enfrentá-la, de modo que os entes subnacionais foram pressionados a tomar providências, e estas, em muitas ocasiões, conflitaram com o direcionamento da União.

Ante as deficiências no acesso à saúde, os cidadãos acabam tendo a necessidade de ingressar com demandas judiciais, ante a missão institucional do Poder Judiciário de efetivação dos direitos fundamentais. Os fundamentos axiológicos e constitucionais para a execução de políticas públicas da saúde pelo Poder Judiciário são o respeito à vida e a dignidade da pessoa humana. A sociedade brasileira em geral é vítima da omissão estatal na efetividade do direito à saúde, o que implica no ajuizamento de demandas individuais ou coletivas, especialmente em tempos de crise sanitária.

Entre as diferentes e complexas problemáticas geradas e/ou notabilizadas pela pandemia, e que merecem análise, vale esmiuçar as que se seguem: 1) inefetividade das democracias tradicionais em matéria de formulação, implementação e execução de políticas públicas, com o subsequente declínio da confiança da população nos governos, por um lado; e as tensões causadas pela crise de representatividade expressa por presidentes da República que dividem a sociedade entre “o povo indefeso” e as “elites corruptas e corruptoras”, acirrando com isso a polarização ideológica, a radicalização partidária e o nacionalismo populista, por outro lado; 2) inefetividade, em tempos de exceção, de direitos e instituições que foram concebidas para tempos normais e as dificuldades enfrentadas pelos tribunais para atuar nos conflitos jurídicos envolvendo as cadeias globais de valor e fornecimento; 3) tensão entre

liberdade extrema de mercado (que é excludente, dissemina uma cultura individualista, aprofunda desigualdades, torna descartáveis os chamados “hipossuficientes” e, no limite, culmina num darwinismo social) e democracia, que é igualitária por natureza e implica um rol mínimo de direitos sociais; 4) impacto da pandemia em três itens que presidentes da República populistas tendem a desprezar: o saber especializado, lideranças e gestões compartilhadas na formulação e implementação de políticas de saúde em países com regime federativo; 5) tentativa de implementar as chamadas democracias iliberais, nas quais regras democráticas são utilizadas por políticos e grupos autoritários com o objetivo de reduzir as mediações institucionais, minar garantias fundamentais, corroer liberdades públicas e liquidar com os direitos das minorias, aproveitando a pandemia para conceder mais prerrogativas aos seus dirigentes, justificadas como medidas de emergência que, passada a crise, não serão suspensas; 6) constatação de que pequenas mudanças podem se converter em transformações massivas, com riscos encadeados, de tal modo que várias coisas ruins podem acontecer simultaneamente, o que leva ao desafio de pensar a pandemia em termos de “complexidade sistêmica”; 7) constatação de que os governos que adotaram políticas de distanciamento social generalizado e medidas keynesianas para atenuar os efeitos da queda do nível de atividade econômica obtiveram resultados melhores; e, também, de que os governos neoliberais que optaram por estratégias negacionistas ou foram hostis a medidas como *lockdown* não conseguiram frear a propagação da Covid-19 (FARIA, 2022, p. 20-22).

Ao lado de tamanhos revezes, há quatro casos emblemáticos brasileiros no período em sede da (I) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341, reverberando a competência concorrente dos entes federativos para a tomada de providências normativas e administrativas em relação à pandemia; (II) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672, averiguando a prática tanto de atos comissivos quanto omissivos praticados pelo Governo Federal na condução das medidas de enfrentamento do coronavírus, que refutam diversos preceitos fundamentais do diploma constitucional, como direito à saúde, o direito à vida, a federação, a autonomia e a independência entre os Poderes. As violações referenciadas decorreriam de uma concreta atuação do Poder Público federal – especialmente do então Chefe do Executivo Federal – contrária aos protocolos e medidas de vigilância epidemiológica reconhecidos por organismos internacionais e pelo próprio Ministério da Saúde como adequados no combate à pandemia e adotados amplamente por Estados-membros e Municípios, bem como em virtude de uma insuficiente proteção aos setores econômicos atingidos pelos efeitos da COVID-19 sobre a atividade econômica, imperando a competência dos Estados-

membros e Municípios para adoção nos seus respectivos territórios de medidas restritivas legalmente permitidas em razão da pandemia, tais como o isolamento social, a quarentena, a suspensão e a restrição ao funcionamento de determinadas atividades, independentemente da superveniência de ato federal em sentido contrário; (III) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6343, fixando, especificamente no que toca às medidas de restrição de circulação, que, embora os três entes federativos tenham competência para limitar a circulação de pessoas, esta atuação deve respeitar a esfera de interesses envolvidos e, acima de tudo, deve ser precedida de análise técnica e fundamentada do respectivo órgão de vigilância sanitária (PAULA, 2021, p. 191-296).

Não por acaso, outro episódio paradigmático de judicialização com implementação de um estado novo de coisa veio na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709 motivada pelo abandono e perigo pelos quais os povos indígenas passaram durante a pandemia, conforme abalizado no teor do julgamento a seguir:

Ementa: Direitos fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. 1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias. 2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial. Premissas da decisão 3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção. 4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil. 5. A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas. Pedidos formulados 6. Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19. 7. Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes. Decisão cautelar Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente 8. Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 9. Determinação de instalação da Sala de Situação, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão. Quanto aos povos

indígenas em geral 10. A retirada de invasores das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, fica determinado, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato. 11. Determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas terras estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral. 12. Determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão. 13. Voto pela ratificação da cautelar parcialmente deferida. (STF - ADPF 709. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data do julgamento: 05/08/2020. Data da publicação: 07/10/2020¹)

De fato, no que tange à ADPF nº. 709, verifica-se uma situação de ilegalidade contínua e permanente, é dizer, um problema estrutural decorrente do quadro que descreve os povos indígenas no Brasil, um grupo marcado por violações sociais e históricas, havendo um cenário de inconstitucionalidade que precisava ser reorganizado.

À guisa disso, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional na área da saúde pública brasileira possibilita a superação de falhas estruturais, a partir de uma atuação coordenada de todos os Poderes e segmentos envolvidos. O instituto traz um novo paradigma de judicialização da saúde, que parte do diálogo entre as instituições e da busca conjunta por soluções coordenadas e, portanto, mais eficientes e razoáveis (SANTOS; PEREIRA, 2016, p. 80).

Nesses termos, a pandemia explicitou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) em relação à saúde indígena e demonstrou que o Estado não foi capaz de produzir a transformação para adequação da situação na celeridade necessária. (OSOEGAWA; LISBOA; NOGUEIRA, 2021, p. 256).

Com acerto, o Plenário do STF, em 05/08/2020, ratificou o julgado acautelatório, sob relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de fixar algumas medidas importantes para a proteção dos grupos indígenas, quais sejam: criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros nos territórios dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC); criação de sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento; necessidade de elaboração e monitoramento de um Plano de

¹ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>> Acesso em: 15 de janeiro de 2025.

Enfrentamento da Covid-19 para os grupos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades vulneráveis (DA CUNHA FRANÇA; SERAFIM; ALBUQUERQUE, 2021, p. 49).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar o agravamento da crise pandêmica entre os indígenas, o que poderia resultar no próprio genocídio do grupo, balizou a realização das seguintes medidas: estabelecimento de barreiras sanitárias bloqueando o acesso aos territórios indígenas para evitar o contato e a contaminação, constituição de uma “sala de situação”, integrada por representantes dos órgãos governamentais envolvidos, de membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, para o monitoramento da questão, assim como a retirada progressiva de invasores das terras indígenas, criando uma infraestrutura operacional para isso.

Essa abordagem judicial dialógica e colaborativa, que enfatiza a deliberação entre as partes interessadas na construção de soluções consensuais, o monitoramento e revisão contínua do desempenho dos entes responsáveis e a transparência, ao mesmo tempo em que respeita a legitimidade democrática dos demais poderes constituídos, instrumentaliza o constitucionalismo transformador, possibilitando a desestabilização e abertura de instituições e políticas públicas em mau funcionamento, que, de alguma forma, se encontram imunes aos mecanismos políticos convencionais de correção. Justamente por isso, esse tipo de intervenção judicial estrutural, na jurisdição constitucional brasileira, ainda enfrenta resistências de ordem política e institucional, para além dos obstáculos decorrentes da falta de coordenação e capacidade técnica dos entes envolvidos (LOPES OLSEN; VAN DER BROOKE, 2021, p. 572-573).

Adotando-se a delimitação conceitual de Owen Fiss (2025, *online*) são estruturantes as decisões judiciais nas quais, a partir de um litígio que transcende o interesse individual e privado e, portanto, é de interesse público, se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes.

Importante consignar que uma prática bem empregada neste caso fora a da sala de situação, instrumento utilizado pelo Poder Executivo para monitoramento, controle e discussão de políticas públicas. A medida foi instalada por decisão judicial, de forma equiparada ao uso instituído sob larga escala pelo Governo Federal, quando do contexto da intensa migração venezuelana para o Brasil, entre 2018 e 2020, tanto é que no âmbito da saúde frente às populações indígenas, o Governo Federal regulamentou dita sala de situação, via Portaria

Conjunta n. 4.094, de 20 de dezembro de 2018 (ZANETI JÚNIOR; NUNES; GONÇALVES FILHO; GOMES, 2024, p. 323).

Em rigor, tem-se um regime misto de controle judicial, onde se vê a formulação e implementação da modelagem de políticas públicas junto ao STF, que, ao mesmo tempo, deixa certa liberdade para Administração Pública empreender outros aspectos determinados no modelo decisório *supra* plasmado.

Realmente, o dever jurídico de formular e implementar a política pública existe desde a promulgação da Constituição. Se é certo que não é possível estabelecer uma data precisa para o inadimplemento em formular, é certo que o Poder Público já está em mora com as políticas públicas desde há muito. Já se passou todo o tempo razoável para o poder público formular e implementar políticas públicas. O argumento da ausência de tempo hábil para se estruturar não é um argumento razoável, assim. É claro que novas políticas públicas podem surgir, novas legislações expandindo a política pública ou, então, novas reinterpretações para o direito de base da política pública; e, neste caso, será necessário tempo para a (re)formulação e implementação da política pública. O Judiciário, quando provocado a expandir o direito fundamental, acaba, se provendo a ação, por determinar alguma remodelação nas políticas públicas (RECK, 2023, p. 292).

É bem possível que todo esse aprendizado se consolide em boas práticas para além da crise sanitária, incluindo o uso dos precedentes normativos formalmente vinculantes formados no período como normas válidas e universalizáveis para outros casos de processos estruturais decorrentes de desastres naturais ou humanos (DIDIER JUNIOR; ZANETI JÚNIOR; PEIXOTO, 2022, p. 215-227).

O embate travado entre o Poder Executivo e o Supremo Tribunal Federal enquadrrou-se no diagnóstico de Yuval Noah Harari (2020) conforme o qual, neste momento de crise, a batalha crucial está sendo travada dentro da própria humanidade. Se a epidemia criar mais desunião e desconfiança entre os seres humanos, o vírus terá obtido sua maior vitória. Quando os humanos brigam, os vírus se duplicam. Em troca, se a epidemia produzir uma maior cooperação mundial, essa será uma vitória não só contra o coronavírus, mas contra todos os futuros agentes patogênicos.

Por fim, a crise sanitária revelou um destacamento judicial que buscou prestigiar articulações dialógicas em linhas com as necessidades do país, inclusive ao tornar explícita, no campo pedagógico, a competência concorrente de todos entes federados para tratar dos assuntos relacionados aos cuidados que a pandemia exigiu, sendo mais uma demonstração de como os

desafios para uma comunicação interinstitucional harmônica e otimizada são significativos e de como ainda não passa de um sonho a ideia de uma coordenação útil nas políticas públicas de bem-estar social com a promoção da dignidade humana e da cidadania.

5. Considerações Finais

No Brasil, para que os conflitos sistêmicos sejam dirimidos é substancial a recomposição estrutural das instituições que estão ocasionando a violação de direitos, bem como que essa reorganização ocorra não somente visando corrigir fatos pretéritos, mas principalmente superar um estado de coisas inconstitucional e tornejear futuros problemas.

Sob essa tônica, o STF na ADPF nº. 709 plasmou um processo estruturante característico na medida em que as determinações ali estabelecidas atingem e se dirigem a uma variedade de atores sociais, bem como almejam superar violações a direitos fundamentais sob ordens de caráter complexo e que exigem uma articulação colaborativa e dialógica, em matizes que transcendem a lógica processual tradicional.

Assim, o levantamento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na política sanitária caracteriza um processo gradual e reformador importantíssimo frente aos poderes e à sociedade com mudanças na forma de (I) agir do Poder Executivo, visando tecer políticas públicas capazes de atender às necessidades preexistentes sob adoção de critérios mais transparentes; (II) formular normas jurídicas mais eficazes pelo Poder Legislativo diante do contexto fático; (III) buscar soluções decisórias pelo Poder Judiciário capazes de atender a macrojustiça nos direitos humanos a partir de uma intervenção dialógica e reconstrutiva, tudo no sentido de impregnar também uma agenda fiscalizatória global de controle a fim de ultrapassar impasses estruturais, sendo um dos maiores desafios atuais à efetividade dos referenciados direitos, basilarmente em face das necessidades de saúde da população que deveriam perfazer, a cada ciclo de planejamento sanitário e orçamentário, as suas metas de atendimento universal e integral.

Finalmente, infere-se que as técnicas desenvolvidas estabeleceram um legado importante para futuras e ulteriores problemáticas estruturais, tanto que a experiência adquirida merece ser aplicada em outros panoramas de crise, viabilizando a proteção dos direitos de grupos vulneráveis de maneira mais eficaz e humanitária, para além de servir como um modelo de boas práticas, cujas lições podem ser extrapoladas para uma gama de situações complexas e desafiadoras, contribuindo para a evolução e proteção dos direitos fundamentais, em especial da saúde como elemento imanente da dignidade humana.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>> Acesso em: 15 de janeiro de 2025.

DA CUNHA FRANÇA, Eduarda Peixoto; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Processos Estruturais e Covid-19: A efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia*. 2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Matheus-Serafim-2/publication/350374981_PROCESSOS_ESTRUTURAIS_E_COVID-19_-_EFETIVACAO_DO_DIREITO_A_SAUDE_EM_TEMPOS_DE_PANDEMIA/links/60b64194a6fdcc476bdcd6b0/PROCESSOS-ESTRUTURAIS-E-COVID-19-EFETIVACAO-DO-DIREITO-A-SAUDE-EM-TEMPOS-DE-PANDEMIA.pdf>. Acesso em: 15 de janeiro 2025.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEIXOTO, Ravi. *Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da Covid-19*. 2022. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/89844480/REVISTA_BRASILEIRA_DE_DIREITO_PROCESSUAL_3_-libre.pdf?1660780491=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DPrecedentes_em_tempos_de_crise_uma_anali.pdf&Expires=1736696730&Signature=Km2XQ9qm7bKYsc4UZMEkmJRMbB8zB1GdVkQh1C0LvtofBgMmnGbIyflVmQm26a4-S1ULB63kQbZQeBmu8d2mUqcbxp8Zxo~G9xpMr8hGWuK8IAxSZ1JHNY6161GO6TamnLs2t-L7GjpWt34YoC-fhDBPUyQkNLnZT3JjmvKIEwAGxzmEh~VDj0ZJY~dOu9AlAZPN0qBZcRUbI6BIUqFWF5M4eYJYBLnaEcVJlQHPQ5IvCQJdNYuZr0bp2qL9PDz5OuP1QiNi9F1WoB~gbm0q7CS1m7E4eUXQib1Rb9VmkhHzSHO7b~7SE3enPeplsXAvIOAJaZKd0uQjx3jiXfnolw_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em: 15 de janeiro de 2025.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FARIA, José Eduardo. *Direitos, política e ciência em tempos de pandemia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/The_Forms_of_Justice.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2025.

FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Tradução: Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

LOPES OLSEN, Ana Carolina; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. *Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL*. 2021. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7790>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2025.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Análise da experiência brasileira na primazia do Poder Judiciário na execução de políticas públicas de acesso ao direito social à saúde. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 17, p. 459-478, 2015.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Modulação de políticas públicas sanitárias do Poder Executivo pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo Coronavírus (Covid-19): enfrentamento de paradoxos. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*, v. 6, p. 76-100, 2020.

MENDES, Gilmar; SANTANA, Hadassah Laís S.; AFONSO, José Roberto (Coord.). *Governance 4.0 para covid-19 no Brasil: proposta para gestão pública e para políticas sociais e econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Ativismo judicial e direitos sociais*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

OSOEGAWA, Diego Ken; LISBOA, Gabriel Esperança; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. *Covid-19 e povos indígenas em contexto urbano: Violações aos direitos da saúde indígena e ações autônomas no enfrentamento da pandemia em Manaus*. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/46495>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2025.

PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n. 1, p. 243-264, 2012.

PAULA, Rodrigo Francisco de. (Coord.). *A experiência dos Estados no enfrentamento da pandemia da COVID-19*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SANTOS, Gabriel Faustino; PEREIRA, Camilla Martins Mendes. *Em busca de alternativas para a judicialização da saúde: O Estado de Coisas Inconstitucional na saúde pública brasileira*. 2016. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/544>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2025.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; NUNES, Leonardo Silva; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; GOMES, Kessler Cotta. *Enfrentando o vírus no tribunal: a litigância estrutural pelas lentes do processo na ADPF 709*. 2024. Disponível em: <<https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/367>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2025.