

## **DO PROCESSO À EFETIVIDADE, “PASSANDO PELOS SINOS”: O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

**Resumo:** O presente trabalho objetiva propor a aplicabilidade e testar os benefícios da utilização da teoria dos processos estruturais na concretização isonômica do direito à saúde, em corolário ao que dispõem os artigos 3º, inciso IV, e 196, ambos da Constituição. Adota-se como referenciais teóricos a teoria dos processos estruturais (Edilson Vitorelli) e a Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck). A partir desses referenciais, considerando os impactos da força normativa dos direitos constitucionais e das dificuldades de efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, aborda-se a insuficiência da teoria processual tradicional diante da pretensão transformadora que caracteriza o dirigismo constitucional: promover o bem de todos, sem distinção. Nesse contexto, investiga-se de que modo o tratamento estrutural pode contribuir para o alcance de respostas corretas na concretização do direito à saúde (isto é, adequadas aos ditames dos artigos constitucionais mencionados). Adota-se a abordagem hermenêutico-fenomenológica, avançando-se na pesquisa a partir de compreensões de fenômenos jurídicos: primeiro, a compreensão da força normativa constitucional e de seus impactos na atuação judicial; depois, a compreensão dos impactos desse fenômeno na teoria processual; por último, a compreensão da imbricação entre a teoria dos processos estruturais e a Crítica Hermenêutica do Direito, com o teste da aplicabilidade dos processos estruturais e de seus benefícios na efetivação isonômica do direito à saúde a partir de estudos empíricos e teóricos. O trabalho está dividido em dois capítulos. O primeiro capítulo, contextualizado no cenário novo constitucionalismo (com o reconhecimento da força normativa da Constituição e os respectivos impactos na atuação do Poder Judiciário), volve a discussão ao campo processual. Evidenciando a insuficiência do modelo processual tradicional para o tratamento dos novos litígios identificados com o amadurecimento da tutela coletiva brasileira, é proposta a utilização do tratamento estrutural, que melhor atende ao viés transformador inerente ao dirigismo constitucional e aos desafios da prestação jurisdicional isonômica, evitando o agravamento de vulnerabilidades que se manifestam também no acesso à justiça. Por fim, o segundo capítulo analisa, nos aspectos empírico e teórico, a aplicabilidade (falseando a proposta inicial) e os potenciais benefícios da utilização de processos estruturais para a concretização isonômica do direito à saúde. Após analisar um caso concreto e elencar seus resultados, o estudo analisa o potencial replicador desse tipo de tratamento e testa, pelo método das três perguntas fundamentais da Teoria Hermenêutica do Direito, a compatibilidade e as contribuições dos processos estruturais para a concretização do direito à saúde em conformidade com a Constituição (resposta adequada). Em conclusão, confirma-se, tanto no viés empírico quanto no viés teórico, a aplicabilidade proposta e verifica-se resultados positivos à concretização do direito à saúde em conformidade com os artigos 3º, inciso IV, e 196, da Constituição, decorrentes, principalmente, do caráter dialógico, flexível e prospectivo desse tipo de processo.

**Palavras-chave:** Processos estruturais. Crítica Hermenêutica do Direito. Direitos fundamentais sociais. Direito à saúde. Isonomia. Vulnerabilidades. Acesso à justiça.

### **INTRODUÇÃO**

O título deste trabalho faz referência ao texto “Da democracia à justiça, passando pelos sinos”, de José Saramago (2002). O texto narra a história de um camponês que, em uma aldeia em Florença, por volta do século XVI, fez tocar o sino fúnebre da igreja da aldeia. Quando questionado, por não ser o sineiro da igreja e por não haver notícia de nenhum falecimento, o camponês explicou que tocou a finados a morte da Justiça, pois um conde poderoso e rico estaria a avançar os marcos das extremas de suas terras, reduzindo ainda mais a pequena gleba do camponês. Admitindo pouco conhecer do desfecho dessa história, Saramago, acreditando ter sido essa a primeira vez que um sino tocou a morte da Justiça, conclui que, cada vez que morre, é como se nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado.

A partir disso, o autor elabora a metáfora dos sinos, que são as vozes que defendem e afirmam a possibilidade de implantação de uma justiça companheira dos homens: “houvesse essa justiça e nem um só ser humano mais morreria de fome ou de tantas doenças que são curáveis para uns, mas não para outros”. É sob a inspiração dessa metáfora, que bem ressalta a sensibilidade do tema, que este trabalho propõe a otimização da prestação jurisdicional na concretização isonômica do direito à saúde por meio do tratamento estrutural. Isso porque o tratamento individual que caracteriza a teoria processual tradicional vem demonstrando insuficiências no atendimento aos ditames dirigentes da Constituição, evidenciando a necessidade anunciada por Streck (2016, p. 722) de “olhar o novo com os olhos do novo”.

O desenvolvimento do princípio da efetividade transformou a percepção do papel do direito constitucional na América Latina: antes, por influência francesa, dedicava-se maior atenção ao estudo da parte orgânica da Constituição, que regula as instituições políticas, negligenciando seu papel enquanto “carta de direitos” e instrumento de tutela (BARROSO, 2012, p. 260-261). Nesse novo contexto, o debate constitucional se voltou ao direito processual e à busca por mecanismos de tutela e garantia dos direitos constitucionais no ordenamento jurídico.

Assim, o estudo da compatibilidade do processo com a Constituição deixa de se limitar ao exame de conformidade das normas processuais com as constitucionais e passa a analisar a possibilidade de empregar o processo no exercício da função jurisdicional “com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido” (OLIVEIRA, 2004, p. 121). Diante do conflito entre a plena

eficácia jurídica e a falível eficácia social das normas de direitos fundamentais, notadamente daquelas que impõem um dever positivo ao Estado, é que o Poder Judiciário inafastavelmente intervirá em políticas públicas, conforme já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, em 17 de dezembro de 2013.

Nesse contexto, os processos estruturais se apresentam como instrumento jurídico voltado à reestruturação de cenários de violação cíclica e institucionalizada de determinado direito causada pela ausência de políticas públicas ou pelo funcionamento deficitário das vigentes, assegurando uma concretização mais isonômica do direito em seu aspecto coletivo. Com relação ao direito à saúde, a pandemia da Covid-19 confirmou que não pode ser pensado (e menos ainda concretizado) apenas sob parâmetros individuais. Exemplo disso é o caso das vacinas, cuja importância foi amplamente debatida do ponto de vista populacional: em entrevista prestada à Fiocruz do Estado da Bahia, a biomédica Cláudia Brodskyn, discorrendo sobre o Plano Nacional de Imunizações (PNI) do Brasil, destacou os impactos da vacinação em massa na proteção da população em geral pela redução da circulação do vírus. Trata-se, portanto, de questão policêntrica (que envolve o Sistema Único de Saúde, os profissionais de saúde e cientistas, os institutos responsáveis pela produção das vacinas, a população em geral titular do direito à saúde) cujo tratamento adequado depende de análise coletiva e dialogada (definição de critérios de preferência para a vacinação, análise da possibilidade de quebra de patentes, definição de programas de transferência de renda). A mesma lógica se aplica em outros aspectos da saúde pública.

A partir dessa concepção, considerando: (i) que o Poder Judiciário, pelo dever prestacional imposto ao Estado em relação aos direitos fundamentais sociais e pela inafastabilidade da jurisdição, inevitavelmente intervém em políticas públicas por meio de demandas judiciais (judicialização da saúde), sejam elas coletivas ou individuais; (ii) que o direito à saúde é um direito fundamental que deve ser efetivado mediante políticas públicas e sociais que forneçam o necessário à existência digna de todos, indistintamente, em tempo razoável (artigos 3º, inciso IV, e 196, da Constituição); (iii) que a resolução de disfunções em políticas públicas de saúde que geram a violação massiva desse direito não pode se dar de forma suficientemente satisfatória nos ditames bilaterais do processo tradicional/não estrutural, é que se pretende propor a aplicabilidade e testar os potenciais benefícios da utilização da teoria dos processos estruturais na concretização do direito à saúde.

Será utilizada a abordagem hermenêutico-fenomenológica. Partindo da compreensão dos impactos do novo constitucionalismo no direito constitucional material, essa compreensão se voltará à seara processual, abordando a insuficiência do modelo processual posto para o atingimento de objetivos dirigentes elencados pela Constituição. Com base nessas compreensões iniciais, será feita uma análise qualitativa da prestação jurisdicional com base na teoria dos processos estruturais, investigando as potenciais contribuições dessa teoria para a concretização do direito à saúde em conformidade com os objetivos constitucionais (promover o bem de todos indistintamente e assegurar a todos o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas).

Serão adotadas como referenciais teóricos a teoria dos processos estruturais e a Crítica Hermenêutica do Direito, referenciadas, respectivamente, pelas produções acadêmicas de Edilson Vitorelli e Lenio Streck. O estudo teórico utilizará o procedimento de pesquisa bibliográfico. O estudo empírico utilizará como procedimento análise documental e estudo de caso, ou seja, coleta e registro de dados para análise com o objetivo de propor uma transformação (CHIZZOTTI, 2000, p. 102) na compreensão do processo aplicado à concretização isonômica de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, especialmente do direito à saúde. Como técnica de pesquisa, serão utilizados fichamentos e resumos.

O estudo será dividido em dois capítulos. Inicialmente, passando pela virada paradigmática que atribuiu à Constituição força normativa, será abordada a necessidade de os mecanismos processuais se adequarem a essa nova realidade jurídica. Partindo da classificação de litígios proposta por Edilson Vitorelli (2022), será analisada a insuficiência do modelo liberal-bipolar para a concretização isonômica de direitos prestacionais (efetivados por políticas públicas) em sua dimensão coletiva, alocando o campo de aplicabilidade dos processos estruturais proposto neste trabalho.

No segundo capítulo, será feita uma análise empírica das ações civis públicas nº 0705516-41.2017.8.07.0018, proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal, e nº 1014588-19.2017.4.01.3400, proposta pela Defensoria Pública da União e pela Defensoria Pública do Distrito Federal. Ambas as ações pretendiam a regularização do sistema de assistência oncológica do Distrito Federal de modo a atender ao prazo de sessenta dias previsto na Lei nº 12.732/2012 e culminaram na homologação judicial de uma transação celebrada entre representantes do Executivo e das funções essenciais à justiça. A análise

buscará identificar aspectos estruturais no tratamento do litígio, verificando os resultados alcançados no caso concreto. Por fim, retornando às contribuições teóricas com o objetivo de alcançar conclusões mais amplas, será feita uma releitura das três perguntas fundamentais propostas por Lenio Streck para o alcance de respostas constitucionalmente adequadas à luz da teoria dos processos estruturais e do direito à saúde.

## **1 PROCESSOS ESTRUTURAIS: APLICABILIDADE, CONDUÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS**

De Canotilho, em “Metodologia fuzzy e ‘camaleões normativos’” (apud CANOTILHO, 2015), a Barroso (2022), com a doutrina brasileira da efetividade, a baixa eficácia social das normas que preconizam direitos fundamentais prestacionais é denúncia constante entre constitucionalistas brasileiros e estrangeiros, notadamente no cenário constitucional desenhado após as duas grandes guerras do século XX. Essa “insinceridade normativa” (BARROSO, 2022, p. 5), além de ir de encontro ao impulso transformador pretendido pelo dirigismo constitucional, gera a (legítima) descrença no Direito perante seu destinatário primeiro que é a pessoa humana.

Ao lado da descredibilidade do Direito material, e a ela se somando, está a inoperabilidade do sistema de justiça, que denuncia, senão a ineficiência do sistema processual posto, por certo sua insuficiência para instrumentalizar o comando do artigo 3º, inciso IV, da Constituição, que elenca como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos indistintamente. Isso porque o modelo bilateral de processo remonta ao ideal individualista-burguês que marcava a política global na gênese do Estado Liberal pós Revolução Francesa, quando a relação tese-antítese-síntese se mostrava suficiente para a solução dos litígios que chegavam aos tribunais (RUDINIKI NETO, 2018).

Essa suficiência, contudo, foi colocada em xeque na segunda metade do século XX com os novos direitos reconhecidos pós Segunda Guerra Mundial, e, no Brasil, notadamente após 1988, em reflexo ao modelo dirigente adotado pela Constituição Cidadã. Foi o Código do Consumidor que, em 1990, ao trazer os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, iniciou a expansão da teoria processual para permitir o alcance da tutela nos casos de violação a direitos cujos titulares não eram perfeitamente determinados (VITORELLI, 2022).

Não se questiona que a classificação tradicional de litígios coletivos constante no

Código do Consumidor carrega inegável valor histórico na tutela de direitos coletivos. No entanto, justamente por datar de período em que ainda não havia nenhuma experiência na judicialização de conflitos envolvendo direitos dessa natureza, tal classificação objetivou mais estabelecer a possibilidade de se tutelar direitos difusos pela via judicial do que efetivamente dar operatividade a essa judicialização (VITORELLI, 2022).

Edilson Vitorelli (2022) elenca alguns fatores que contribuíram para a baixa operatividade. Primeiro, cita a desfuncionalidade da diferenciação entre direitos coletivos e individuais, que deixou de considerar que, na verdade, os indivíduos que integram uma coletividade são também afetados individualmente (dupla dimensão dos direitos). Segundo, menciona a dificuldade em se diferenciar direitos difusos e coletivos, o que gera decisões contraditórias, violando a não discriminação positivada no artigo 3º, inciso IV, da Constituição. Por fim, conclui que, superada que está a possibilidade de se tutelar direitos coletivamente pela via da jurisdição, não há maiores utilidades para se manter aplicando essa classificação, que empiricamente vem sendo aplicada para mitigar o acesso à justiça, afetando a inafastabilidade da jurisdição positivada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

A partir disso, Vitorelli (2015 e 2022) sugeriu uma nova classificação para os litígios coletivos: globais, locais e irradiados. A divisão leva em conta critérios de conflituosidade e complexidade. Conflituosidade representa o grau de conflito entre os integrantes do grupo, que tende a ser proporcional à gravidade do litígio (quanto mais afetados forem os integrantes, maior será a tendência de divergência), podendo aumentar ou reduzir conforme os integrantes tenham ou não algum grau de solidariedade ou visão de mundo em comum.

A conflituosidade leva em conta aspectos subjetivos dos integrantes do grupo, rompendo com a ideia de tratamento da coletividade como se fosse um indivíduo com pensamento único. A partir dessa concepção é que se pode concluir que o litígio não é indivisível, pois a tutela de direito material obtida impactará de modo diverso os integrantes do grupo, de acordo com suas posições em relação à lesão. A complexidade leva em conta a relação do litígio com a tutela a ser oferecida. Quanto maior o número de “tutelas possíveis”, maior será a complexidade da decisão, pois maior será a baliza da dúvida.

Considerando a classificação posta por Vitorelli (2015 e 2022), os litígios de maior relevância no âmbito de estudo deste trabalho são os coletivos de difusão irradiada, que são

aqueles em que os integrantes da sociedade<sup>1</sup> lesada são atingidos e lesados de modos qualitativa e quantitativamente distintos. Isso faz com que se formem subgrupos, fragilizando as relações de solidariedade e gerando litígios mutáveis<sup>2</sup> e multipolares, já que o titular do direito, além de se opor ao réu, também pode se opor a outros titulares<sup>3</sup>.

Esses casos têm conflituosidade elevada, pois a lesão é grave e se manifesta de forma distinta em relação aos lesados (por exemplo, no caso de um desastre ambiental, serão atingidos trabalhadores do local onde ocorreu o desastre, moradores das proximidades, vítimas de lesões físicas, familiares de vítimas que vieram a óbito), de modo que a tutela pretendida não será a mesma para todos. Diante da divergência, a tutela deverá priorizar aqueles que foram mais lesados, partindo, progressivamente, para os que foram lesados em menor grau (VITORELLI, 2015; VITORELLI, 2022).

O litígio estrutural é espécie do gênero litígio irradiado. Caracteriza-se pela origem da violação do direito, que decorre não de um fato isolado (como geralmente se identificam os atos ilícitos na esfera civil), mas de todo o funcionamento de uma estrutura, de modo que a solução do litígio em sua dimensão coletiva exige a reestruturação desse funcionamento (VITORELLI, 2022). Didier Jr., Zaneti Jr. e Alexandria (2020) preferem o termo “problema estrutural”<sup>4</sup>, contudo, o conceito apresentado é compatível e complementar, designando um estado de coisas que não corresponde ao ideal por impedir ou dificultar o exercício de direitos.

É o que geralmente ocorre quando há falhas na materialização de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, que envolvem a elaboração e a manutenção de políticas públicas. Daí o porquê de sustentar que o sistema processual brasileiro é insuficiente para instrumentalizar a concretização do direito à saúde em conformidade com os comandos dos artigos 3º, inciso IV, e 196 da Constituição.

O primeiro indicativo de insuficiência é que o sistema de processo civil coletivo

---

<sup>1</sup> Nesse contexto, conforme esclarecimento do próprio autor (VITORELLI, 2022), utiliza-se o conceito de sociedade como criação, em seu aspecto elástico, verificada pela própria relação entre os indivíduos a partir do evento comum, podendo ser representada graficamente por um círculo em que, quanto mais próximo do centro, maior será a intensidade da lesão experimentada.

<sup>2</sup> Mutáveis porque, ao longo do processo, podem surgir novos litígios envolvendo fatos supervenientes, alterando os subgrupos, que deixam de concordar entre si.

<sup>3</sup> Esse tipo de litígio geralmente é verificado nos casos de grandes obras que impactam o meio ambiente e a dinâmica social local, como a construção de uma usina, ou ainda nos casos de grandes desastres ambientais como Mariana e Brumadinho.

<sup>4</sup> Edilson Vitorelli (2022, p. 68) entende que o termo problema gera dificuldades interpretativas, pois, ao contrário de litígio, não pode ser identificado como uma categoria processual. Alexandria, Didier Jr. e Zaneti Jr (2020, p. 107-108), por sua vez, não trazem maiores discussões envolvendo aspectos terminológicos, equiparando a problema estrutural “um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada”.

brasileiro marcha para a reparação, ou seja, a restituição do *status quo* (VITORELLI, 2015), não se prestando ao ideal dirigente do constitucionalismo brasileiro, que impõe ao Judiciário postura ativa na promoção do bem de todos, indistintamente. Isso ocorre porque todo o aparato processual foi pensado para atender a uma relação bipolar em que o autor pede algo ao réu, encontrando resistência nessa pretensão. A lógica polarizada se repete mesmo nos casos em que se admite a intervenção de terceiros, visto que estes, quando não são integrantes de um dos polos, são implicitamente relacionados a um deles (ARENHART, 2013).

É importante fazer a ressalva, nesse ponto, de que este trabalho não pretende, como tampouco poderia, sugerir que litígios estruturais apenas podem ser tratados em processos estruturais. A doutrina neoconstitucionalista compreende os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos<sup>5</sup>, de modo que, como leciona Vitorelli (2022), a inafastabilidade da jurisdição não permite que se negue ao indivíduo que teve seu direito violado a prestação jurisdicional individual, que, inclusive, provavelmente será mais célere, já que não pretende resolver a causa do problema e tem como espectro único o direito subjetivo do autor, e não o direito social a ser assegurado à coletividade de modo universal e indistinto. Assim, a complexidade do litígio será reduzida, pois a tutela será a concessão da prestação que pretende o autor (como a concessão de um remédio ou a realização de uma cirurgia), não se avaliando o grande catálogo de possibilidades de soluções diferentes que surge quando se pensa no aspecto coletivo, que envolve a reestruturação de uma política pública.

Além disso, este trabalho parte da premissa de que a dignidade da pessoa humana compõe o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse ponto, adotando o conceito kantiano de dignidade, não há como se sujeitar a subjetividade individual à coletividade, como se cada ser humano fosse apenas parte de um todo, não tendo valor em si mesmo. Com efeito, se cada pessoa deve ser valorada “sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio” (KANT, apud SCHERER, 2010, p. 21), o elemento dignidade se contrapõe aos elementos valor ou preço, de modo que a dignidade humana não pode ser protelada por questões utilitaristas. Assim, mesmo quando se trata de direitos fundamentais sociais, que têm uma dimensão universal (como é o caso do direito à saúde, objeto deste trabalho a ser melhor explorado adiante), não se pode desprezar a dimensão individual que

---

<sup>5</sup> A esse respeito, Barroso (2022) ensina que a doutrina da efetividade (em corolário à força normativa da Constituição) volveu ao campo constitucional do conceito de direito subjetivo, originário da teoria geral do direito mas tradicionalmente apropriado pelo direito civil.

também decorre do reconhecimento do direito em seu caráter subjetivo (FARIA, 2019).

Aí reside a pedra angular da aplicabilidade dos processos estruturais em litígios que envolvam a concretização de direitos fundamentais sociais. Para que a proposta do tratamento estrutural não gere efeitos às avessas dos pretendidos, limitando o caráter subjetivo dos direitos, é preciso reconhecer que há uma dupla dimensão, uma individual e outra coletiva, sendo ambas passíveis de tutela. Quando um indivíduo tem negado o acesso a medicamento ou tratamento médico de que necessita para viver com dignidade pelo mau funcionamento de uma política pública, ele pode pleitear judicialmente a concessão desse medicamento ou tratamento, que em tese deverá ser concedido ainda que desorganize o sistema de saúde pública, pois o direito à saúde tem uma dimensão individual e não pode o indivíduo ser prejudicado pela ineficiência dos Poderes em cumprir com a clara incumbência imposta pelo artigo 196 da Constituição (FARIA, 2019)<sup>6</sup>.

Em contrapartida, se o constitucionalismo dirigente estabelece a promoção do bem de todos indiscriminadamente como um dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º, inciso IV, Constituição) e impõe ao Estado o dever de garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas com acesso universal e igualitário (artigo 196, Constituição), é certo que a inexistência ou ineficiência dessas políticas não pode ser suprida apenas por demandas individuais. A uma, porque nem todas as pessoas que tiveram o seu direito lesado buscarão a judicialização, pois, como explica Vitorelli (2022), o acesso à justiça é um bem mais escasso que, por exemplo, o acesso ao posto de saúde<sup>7</sup>. A duas, porque, em demandas individuais, não se discutirá a problemática do mau funcionamento da política pública, de modo que, mesmo que todo o grupo afetado pela ineficiência judicialize a questão (o que é improvável, conforme argumento anterior) e tenha seus pedidos julgados procedentes, ainda assim haverá uma política pública falha e, bem por isso, o acesso universal e igualitário à saúde pretendido pelo constituinte não estará sendo concretizado.

Desse modo, os processos estruturais são adequados para a condução de litígios que envolvam direitos fundamentais sociais em seu aspecto coletivo, constituindo instrumento de

---

<sup>6</sup> Diferente seria a hipótese de haver uma política pública em funcionamento que concedesse o medicamento ou o tratamento pretendido a todos em tempo razoável, caso em que o indivíduo poderia ser compelido a aguardar o acesso na fila existente, de modo a evitar tratamento desigual em relação aos demais usuários do sistema de saúde. Nesse caso, contudo, não havendo reestruturação a ser efetivada, sequer se estaria diante de um litígio estrutural.

<sup>7</sup> Por esse motivo é que Vitorelli (2022) conclui que, quando o critério de acesso à política pública, em razão da sua própria ineficiência, é substituído pelo critério de acesso à justiça, se está entregando mais a quem já tem mais, ou seja, agravando vulnerabilidades.

concretização isonômica, evitando que vulnerabilidades que afetam o acesso à justiça impeçam o exercício do direito material. As demandas estruturais geralmente são veiculadas por meio de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública com o objetivo de compelir o ente federado a tomar as providências necessárias para a efetivação do direito em sede administrativa, elencando os fatores que geram a ineficiência (e, conseqüentemente, a judicialização individual) e pretendendo o estabelecimento de planos de reestruturação.

O objetivo, nesses casos, será prospectivo: melhorar a política pública cuja ineficiência vem lesando direitos de uma comunidade de forma repetida, de tal modo que, conforme os objetivos do processo estrutural forem atingidos, a redução das demandas individuais será uma consequência. Com isso, normas programáticas poderão ser concretizadas de forma mais semelhante à que previu o constituinte, buscando-se a adaptação constante dos serviços públicos (efeitos universais) para assim reduzir a necessidade de se acionar o Poder Judiciário em demandas individuais para ver concretizado um direito fundamental, sobretudo aqueles inerentes à dignidade da pessoa humana (necessidade que, por si só, já indica a inefetividade desse direito).

Para instrumentalizar tal intento, o diálogo institucional (trabalhado à extensão por Conrado Hubner Mendes em sua tese de doutoramento), é um dos grandes pilares da legitimidade dos processos estruturais, pois evita o equívoco leviano de atribuir apenas ou primordialmente ao Poder Judiciário a guarda de direitos fundamentais. Em um Estado Democrático de Direito, todos os Poderes públicos devem buscar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em construção contínua e controle recíproco<sup>8</sup>, não cabendo a nenhum deles a última palavra, pois todas as decisões são passíveis de revisão, desde que com vistas à maximização da eficácia, e jamais ao retrocesso social (e respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, que são, em si mesmos, direitos fundamentais).

Nesse sentido, o diálogo parte da premissa de falibilidade das instituições e a

---

<sup>8</sup> Introduzindo a relevância do diálogo, Conrado Hubner Mendes (2008, p. 95-96) menciona os possíveis cenários de “um legislador egoísta e venal, dedicado exclusivamente ao alpinismo político, à expansão e perpetuação de seu poder, contra um heroico e impassível juiz defensor de direitos, líder do debate moral e consciência crítica e educadora da democracia” ou então de “um juiz verborrágico, legalista e ideológico contra um legislador virtuoso e de espírito público”, questiona: “Uma teoria está condenada ao ônus da escolha entre as versões degeneradas e idealistas de juiz e legislador?”. Nesse sentido, o diálogo se mostra como um possível instrumento de proteção dos direitos fundamentais em face de arbitrariedades de qualquer dos Poderes por evitar atribuir a qualquer deles a última palavra.

“combina com um ambicioso projeto normativo que leve em conta as vantagens comparativas” entre os Poderes (MENDES, C., 2008, p. 96). A partir do diálogo, as decisões tornam-se apenas provisoriamente definitivas, estando sempre sujeitas à revisão, para que a tutela dos direitos fundamentais possa sempre evoluir. É nesse sentido que se propõe o processo estrutural (dialógico e prospectivo) como instrumento adequado para o alcance da máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais em um constitucionalismo dirigente (em constante construção), observados os necessários critérios de isonomia (artigo 3º, inciso IV, Constituição).

## **2 DA TEORIA À PRÁTICA E DA PRÁTICA À TEORIA: POSSIBILIDADES DE USO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Até aqui foram estudados aspectos materiais e processuais do novo constitucionalismo, evidenciando a necessidade de se “olhar o novo com os olhos do novo” (STRECK, 2016, p. 722), ou seja, adequar o ordenamento para melhor atender ao novo paradigma constitucional. Defender que a Constituição tem força normativa significa admitir que, quando verificada incongruência entre a realidade fática e a pretensão constitucional, deve-se transformar a realidade para atender à Constituição, e não limitar sua normatividade.

Nesse contexto, foi estudada a teoria dos processos estruturais, que se apresenta como uma alternativa de adequação da teoria tradicional do processo (liberal-individual) às demandas dirigentes da Constituição, notadamente quando os objetivos constitucionais não estiverem sendo alcançados em razão do modo como uma estrutura (geralmente uma política pública) opera. Servindo o processo como instrumento de reforma dessa estrutura, evita-se, pelos resultados prospectivos e universais, tanto o desgaste do titular na busca pela solução judicial individualizada quanto o agravamento de vulnerabilidades, já que estas também se projetam no acesso à justiça.

Neste capítulo, serão analisadas as potenciais contribuições da teoria dos processos estruturais para a otimização da prestação jurisdicional em matéria de direito à saúde, confirmando a proposta inicial (de aplicabilidade do tratamento estrutural nesses casos) e verificando seus potenciais benefícios na concretização universal e isonômica do direito à saúde. A análise terá uma fase empírica e uma fase teórica. Na fase empírica, serão examinados os aspectos estruturais identificados nos pedidos e na condução das ações civis

públicas nº 0705516-41.2017.8.07.0018 e nº 1014588-19.2017.4.01.3400, que tratam do sistema público de atendimento oncológico de Brasília, bem como os respectivos resultados e a possibilidade de se aplicar tratamento similar em casos diversos.

A escolha do caso, dentre outros possíveis que envolveram o tratamento estrutural em matéria de saúde pública<sup>9</sup>, levou em conta o fato de não terem sido identificadas, no momento da elaboração da pesquisa, outras produções acadêmicas que tivessem como objeto o caso escolhido. Além disso, o caso estudado não mencionou expressamente o fato de se estar diante de um litígio estrutural (ou que o tratamento seria estrutural), o que demonstra que a adoção de elementos da teoria dos processos estruturais na concretização do direito à saúde é ainda mais comum do que a identificação dos termos chave da teoria nos processos, corroborando a replicabilidade e facilitando o alcance de conclusões mais amplas a partir do empirismo. Os processos correram em publicidade, o que permitiu a pesquisa por consulta pública nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Na fase teórica, os benefícios identificados empiricamente serão submetidos ao método das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito proposta por Streck (2017). Isso porque o método direciona a construção de respostas adequadas à Constituição. Como, em matéria de direitos fundamentais em geral, a resposta adequada à Constituição é aquela que concretiza o direito (máxima efetividade) sem qualquer discriminação (artigo 3º, inciso IV, Constituição) – e, em matéria de direito à saúde em específico, aquela que assegura o direito a todos (artigo 196, Constituição) –, a utilização do método serve ao objetivo deste trabalho.

A ação civil pública nº 0705516-41.2017.8.07.0018 foi ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal em face do Distrito Federal diante do não cumprimento da Lei nº 12.732/2012, que dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna. O órgão ministerial narrou que a Câmara de Revisão do Ministério Público Federal havia solicitado à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal que liberasse o acesso ao Sistema de Informação do Câncer (SISCAN) a todos os municípios que oferecessem tratamento oncológico, a fim de gerenciar o início do tratamento, de modo a cumprir com o

---

<sup>9</sup> A citar: ação civil pública nº 0002012-48.2006.4.05.8100, objeto da dissertação de mestrado em Direito de Priscila Teixeira de Faria (2019); ação civil pública nº 0800068-49.2018.4.05.8102 e ação ordinária nº 0801501-31.2017.4.05.8100, analisadas em artigos científicos publicados por Fabrício de Lima Borges (2022a, 2022b), entre outros.

prazo de sessenta dias previsto na Lei.

Narrou ainda que, diante do não cumprimento da primeira solicitação, foram expedidas as Recomendações nº 24/2015 (à Secretaria de Estado de Saúde) e nº 25/2015 (ao Ministério da Saúde), a fim de que passassem a alimentar o Sistema de Informação do Câncer, dando cumprimento ao prazo legal. Apesar desses esforços extrajudiciais, e da implantação do Sistema em junho de 2015, os dados não vinham sendo cadastrados, o que esvaziava sua funcionalidade, qual seja, o controle do prazo para início do tratamento. Apreciada a minuta, foi deferido pelo juízo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Em paralelo, a ação civil pública nº 1014588-19.2017.4.01.3400 foi proposta em 25 de outubro de 2017 pela Defensoria Pública da União e pela Defensoria Pública do Distrito Federal em desfavor da União e do Distrito Federal com o objetivo de serem implantadas medidas concretas e eficazes para assegurar a ampliação dos serviços de radioterapia no Distrito Federal, de modo a cumprir o previsto no artigo 196 da Constituição, suprindo a demanda, no prazo da Lei 12.732/2012, para casos existentes e futuros.

O processo correu perante a 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Distrito Federal. Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, considerando que as possíveis soluções (como construção de novo hospital, contratação de pessoal e melhoria dos equipamentos), caso concretizadas, somente produziriam efeitos práticos a médio e longo prazo, sendo determinado que os entes demandados passassem a respeitar o prazo previsto na Lei nº 12.732/2012, podendo, para tanto, utilizar a requisição administrativa prevista no artigo 15, inciso XIII, da Lei nº 8.080/90.

Em ambos os casos, a questão era multipolar e afetava grupos diversos, em intensidade diversa (os gestores públicos; os profissionais de saúde; a população que necessitava do atendimento; a população em geral, titular do direito à saúde), além de envolver importante interesse público. Caso o Poder Judiciário, demandado, ficasse alheio a essa realidade fática, poderia decidir de forma ativista (fazendo escolhas que competiriam a outros Poderes), gerando déficit democrático sob a ótica procedimental. Além disso, caso a construção da decisão não se desse de modo dialogado, focando na identificação dos pontos problemáticos da política pública e das respectivas soluções, o seu comando poderia ser inexecutável (como a decisão que reconhece o direito ao tratamento, mas que não soluciona o tempo excessivo de espera na fila), já que o magistrado, em regra, não tem conhecimento prático sobre o funcionamento administrativo, gerando déficit democrático sob a ótica substancial.

Os pedidos formulados pelas Defensorias Públicas e pelo Ministério Público eram prospectivos e envolviam a reestruturação do sistema de saúde pública local, notadamente a fim de solucionar o problema da demora excessiva para a efetivação dos tratamentos oncológicos, agravado pela falta de publicidade (já que o sistema de dados não era alimentado), o que dificultava o controle e a gestão. Assim, a partir do que foi estudado no capítulo anterior, os casos comportavam o tratamento estrutural. E a condução, de fato, foi estrutural, apesar de tal nomenclatura não ter sido utilizada nas decisões. Isso porque ambos os processos foram pautados no diálogo institucional, efetivado em diversas audiências, com o objetivo de buscar soluções junto ao Executivo sem mitigar o direito fundamental social à saúde, a ser assegurado e defendido por todos os envolvidos, em especial pelos representantes das funções essenciais à justiça.

Em razão da visão prospectiva e dialogada inerente aos processos estruturais é que foi possível a celebração de transação envolvendo o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; o Ministério Público Federal; o Distrito Federal, por meio de sua Secretaria de Saúde; a Defensoria Pública do Distrito Federal; a Defensoria Pública da União; o Instituto de Gestão Estratégica de Saúde do Distrito Federal e o Hospital Universitário de Brasília. A transação, celebrada em 07 de junho de 2021, tinha por objeto ambas as ações mencionadas: a ação civil pública nº 0705516-41.2017.8.07.0018, então em fase de cumprimento de sentença; e a ação civil pública nº 1014588-19.2017.4.01.3400, que estava em fase de instrução (diálogo). A homologação foi efetivada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no âmbito da ação civil pública nº 0705516-41.2017.8.07.0018, que foi ajuizada perante a justiça estadual, com anuência da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

A minuta da transação contém vinte e três cláusulas por meio das quais as partes se comprometem a cumprir com os prazos contidos na Lei nº 12.732/2012 (trinta dias para a realização de exames e sessenta dias para o início do tratamento) mediante metas específicas. A distribuição das obrigações observa a função típica de cada ente/órgão envolvido, cabendo aos membros do Executivo (Secretaria de Saúde) a execução e às funções essenciais à Justiça (Ministério Público e Defensoria Pública) a fiscalização e eventual judicialização. Por se tratar de título executivo judicial, o cumprimento tramita perante o juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, onde foi proposta a ação civil pública pelo Ministério Público.

O objetivo deste estudo empírico não é analisar especificamente as metas

estabelecidas em relação à assistência oncológica no Distrito Federal, mas sim exemplificar de que modo o tratamento estrutural pode contribuir para a efetivação do direito à saúde. Com vistas a este fim é que serão brevemente analisadas algumas qualificações ocorridas na política pública após a transação<sup>10</sup>, identificadas após pesquisa na imprensa local.

As primeiras cláusulas da minuta de transação envolvem metas voltadas à otimização dos serviços de radioterapia, como a ampliação do período de atendimento para 15 horas diárias no Hospital Regional de Taguatinga (HRT). A esse respeito, em setembro de 2021 foi noticiado o início de obras de manutenção predial e ampliação do setor de radioterapia e do ambulatório no Hospital, com pretensão de dobrar a capacidade de atendimentos nas primeiras consultas na unidade de oncologia (RODRIGUES, 2021).

Em notícia posterior, no mesmo mês, foi informado que a fila dos centros de radioterapia distritais estava zerada, que o número de atendimentos havia aumentado 30% em comparação com o mesmo período de 2020, e que a prioridade atual do Hospital era expandir o atendimento para os períodos vespertino e noturno, com vistas a alcançar ainda mais pacientes (POLÍTICA DISTRITAL, 2021). Vale ressaltar que, na data de concessão da tutela de urgência na ação movida pelas Defensorias, aproximadamente 800 pessoas aguardavam na fila o início do tratamento por radioterapia, conforme mencionado na decisão interlocutória, referenciada por links que direcionam para os endereços eletrônicos onde os dados foram noticiados.

A cláusula décima primeira estabeleceu que o Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia do Hospital de Base deveria iniciar a oferta do exame PetScan, que assegura maior precisão no diagnóstico de doenças. Em outubro de 2021, foi noticiada a inauguração do equipamento no Hospital, com a perspectiva de realização de 10 a 12 exames por dia (FERREIRA JÚNIOR, 2021). A disponibilização do exame representou um importante avanço, já que, conforme observado pelo magistrado na mesma decisão interlocutória, uma das principais causas para o funcionamento deficitário da política pública era a falta de manutenção dos equipamentos, que eram os mesmos desde a década de 1980.

Desse modo, foi possível identificar alguns avanços na política pública de assistência oncológica do Distrito Federal após a celebração da transação, o que potencialmente guarda relação com o compromisso assumido por todos os envolvidos. Ademais, caso descumpridas as obrigações pelo Executivo, poderão as funções essenciais à justiça requerer o cumprimento

---

<sup>10</sup> Considerando também os impactos da antecipação dos efeitos da tutela, deferida em ambos os processos.

do título diretamente no juízo de cumprimento de sentença com maior celeridade, o que é possível em razão dos efeitos prospectivos do tratamento estrutural.

Também é possível que se celebre novas transações estabelecendo outras metas a fim de solucionar novos problemas que forem surgindo, o que atende ao caráter prospectivo desse tipo de tratamento e é possível em razão da flexibilidade procedimental (pautada no diálogo) antes estudada<sup>11</sup>. Como a flexibilidade procedimental e o diálogo interinstitucional cuidam de adequar o processo a cada caso concreto, tratamentos como o estudado são facilmente replicáveis<sup>12</sup>.

Por envolver todo o sistema de saúde pública, as melhorias implementadas favoreceram todos os usuários do Sistema Único de Saúde local, alcançando resultados mais compatíveis com o que dispõem os artigos 3º, inciso IV, e 196 da Constituição quando comparado com uma ação individual, já que o direito à saúde é universal e deve ser assegurado por políticas sociais e econômicas que beneficiem a todos. Essa constatação é relevante, pois o paradigma procedimental dialógico e flexível deve ser aplicado para promover o controle da decisão, evitando ativismos, e não, ao revés, para fragilizar a força normativa da Constituição.

É nesse contexto que se insere a importância de proteger o direito à saúde de influências externas como a política, a moral e a economia, pois esse tipo de análise puramente ideológica enfraquece a força normativa da Constituição, fragilizando direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, a autonomia do Direito (STRECK, 2017). Streck, em sua *Crítica Hermenêutica do Direito* (2017), propõe que, para evitar decisões ativistas e oferecer uma resposta constitucionalmente adequada, um juiz ou tribunal deve observar três perguntas fundamentais: (i) há um direito fundamental exigível?; (ii) o atendimento a esse pedido pode ser universalizado?; (iii) o atendimento do direito demanda uma transferência ilegal ou inconstitucional de recursos, de modo a ferir a igualdade ou a isonomia? Se a resposta para qualquer das perguntas for positiva, haverá fortes indícios de ativismo.

---

<sup>11</sup> Edilson Vitorelli (2022) denomina esse fenômeno “decisões em cascata”.

<sup>12</sup> A fim de exemplificar a replicabilidade do tratamento estrutural em matéria de saúde pública, é possível citar a ação civil pública nº 0014807-32.2018.8.27.2729 (que envolvia uma série de contingencionamentos ilegais e inconstitucionais no sistema de saúde pública do Estado do Tocantins) e o Projeto SER Saúde (Soluções Extrajudiciais Resolutivas), de iniciativa da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, em Santa Maria/RS, por meio do qual foi celebrado acordo de cooperação com o objetivo de viabilizar soluções extrajudiciais na concessão de medicamentos e insumos farmacêuticos aos usuários do Sistema Único de Saúde. Entende-se que esses exemplos, justamente por guardarem baixa semelhança com o caso estudado, possam melhor demonstrar o potencial replicador do tratamento estrutural em matéria de direito à saúde.

Em vista disso, após (i) discorrer sobre a força normativa dos direitos constitucionais e apresentar a teoria dos processos estruturais como proposta de adequação do procedimento à isonomia pretendida pelo constituinte ao elencar direitos materiais subjetivos de cunho prestacional; e (ii) demonstrar empiricamente (em casos divergentes entre si, conforme exemplos apresentados em nota de rodapé) a aplicabilidade desta teoria em relação ao direito fundamental social à saúde, nos próximos parágrafos, será feita a última análise deste trabalho: a filtragem hermenêutica.

Com o objetivo de alcançar respostas mais amplas sobre a viabilidade do uso dos processos estruturais para alcançar uma resposta adequada à Constituição em matéria de direito à saúde (o que se equipara à sua concretização universal e isonômica), serão analisadas as três perguntas fundamentais de Streck. A primeira pergunta é facilmente superada, pois o direito à saúde está previsto no Título II da Constituição, que elenca direitos e garantias fundamentais. A esse respeito, ainda que não haja prejuízo ao reconhecimento de outros não expressamente previstos, não se pode olvidar que o rol expresso é baliza mínima, ou seja, citando Sarlet (informação verbal), se estão previstos no Título II, então inequivocamente "são fundamentais e vinculam".<sup>13</sup>

A segunda pergunta é muito relevante quando se analisa casos que envolvem o direito à saúde, pois se trata de direito que deve ser concedido a todos por expressa previsão do artigo 196 (e por conclusão lógica do artigo 3º, inciso IV) da Constituição. Disso resulta a dupla dimensão do direito já mencionada, que leva à conclusão primeira de que o direito pode ser concedido individualmente, pois o indivíduo não pode ser prejudicado pelo mau funcionamento da política pública, ainda mais dado o caráter urgente que geralmente caracteriza os casos de judicialização da saúde. Há que se reconhecer, contudo, que esse não é o cenário ideal de concretização do direito.

A esse respeito, Secchi (apud NEVES, p. 141) leciona que as políticas públicas nascem na distinção entre as pretensões governamentais e a realidade fática (problema público), pois a partir desse descompasso é que se elabora uma ação governamental de enfrentamento com o objetivo de adequar o *status quo* ao cenário almejado, orientado pela Constituição. A concretização de direitos com caráter de universalidade se dá pelo adequado funcionamento das políticas públicas (ao mesmo tempo em que preserva o indivíduo de precisar se socorrer no Judiciário).

---

<sup>13</sup> Entrevista ao *podcast* Salvo Melhor Juízo, em maio de 2019.

É exatamente isso que se pretende alcançar com os processos estruturais, que são pautados na reforma de uma estrutura burocrática que inviabiliza ou dificulta de maneira irrazoável o exercício do direito. Desse modo, a teoria dos processos estruturais é compatível com a segunda pergunta fundamental de Streck, o que tem especial relevância no caso do direito à saúde, pois a Constituição prevê que a efetivação deve atender a todos (critério de universalidade e não distinção) e se dar mediante políticas sociais e econômicas.

Por fim, a terceira pergunta fundamental envolve a questão da alocação de recursos. A essa altura, já foi possível verificar que as perguntas propostas pela Crítica Hermenêutica de Streck estão indissociavelmente relacionadas entre si (assim como o estão com toda a base teórica estudada neste trabalho). Isso porque a força subjetiva dos direitos fundamentais sociais se relaciona com o direito de participar de algo comum, o que passa pela análise de critérios de igualdade/isonomia que envolvem também a defesa de uma justiça distributiva no orçamento público (NEVES, 2022).

Nesse sentido, a terceira pergunta adquire uma nova roupagem quando analisada à luz da teoria dos processos estruturais, já que não apenas o Judiciário, mas também o Executivo pode fazer alocações ilegais ou inconstitucionais de recursos, fragilizando a isonomia e a concretização de direitos fundamentais em seu aspecto coletivo. Também por isso é interessante que se cultive uma cultura processual pautada no diálogo entre os Poderes, o que favorece o controle recíproco.

Se as escolhas feitas pelo Executivo (a quem compete, tipicamente, escolher, inclusive com base em questões políticas) não respeitarem a proteção constitucional conferida ao direito à saúde (por exemplo, reduzirem seu âmbito de incidência, negando seu caráter universal), caberá ao Judiciário e às funções essenciais à Justiça defender a integridade do Direito pela concretização do artigo 196 da Constituição nos ditames do artigo 3º, inciso IV. Em contrapartida, a participação mais ampla do Executivo contribui para a adequada construção da decisão pelo controle mútuo entre os Poderes e por promover a exequibilidade e o caráter prospectivo das decisões, o que facilita o alcance de resultados significativos em direitos de caráter universal, evitando decisões contraditórias e/ou solipsistas, e, assim, o tratamento desigual entre titulares do mesmo direito.

Nessa toada, aplicado o método de Streck para o alcance de decisões constitucionalmente adequadas à luz da abordagem deste trabalho (processos estruturais e direito à saúde), foi possível concluir que os processos estruturais apresentam potencial para

auxiliar na concretização do direito fundamental social à saúde, evitando ativismos judiciais sem deixar a integridade do direito à mercê de qualquer dos Poderes, pois, havendo uma condução dialogada, não há preponderância de um sobre o outro. Com isso, o Poder Judiciário consegue exercer sua tarefa contramajoritária sem agravar desigualdades (que se refletem também no acesso à justiça) e sem ignorar parte do problema por delimitação da lide (como no exemplo de decisões que concedem o tratamento, mas não resolvem o problema da fila de espera, gerando tratamento desigual). Quando o tratamento é estrutural, o problema do subjetivismo judicial (típico de decisões ativistas) é atenuado. Como as medidas são prospectivas, promove-se o bem de todos e uma maior segurança jurídica é alcançada.

Streck (2020) leciona que o ativismo é *behaviorista* e, por isso, não gera nenhuma garantia ao destinatário, de modo que, se não se pode confiar no ativismo, então é necessário algo mais estrutural, como a judicialização. Neves (2022, p. 139), que estudou as três perguntas fundamentais em sua tese de doutoramento sob orientação de Streck, apontou para a necessidade de aprimoramento dos processos jurídico-institucionais (ou seja, jurídicos e técnicos), objetivando “um salto qualitativo na prestação dos serviços públicos e a adoção de medidas estratégicas para uma nova racionalidade democrática, que seja permeada pela transparência e pelo uso inteligente dos recursos com alcance social”. Isso porque os países em desenvolvimento devem “articular ações para a ruptura de estruturas que reproduzem desigualdade, a fim de que a ideia de igualdade não seja deslocada da concepção de democracia” (NEVES, 2022, p. 139-140), como bem pretendeu o inciso IV do artigo 3º da Constituição. É o que este trabalho propõe com relação ao direito à saúde.

Se a judicialização é consequência do compromisso constitucional, o processo estrutural, que se mostrou compatível com as perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica, pode se apresentar como instrumento adequado para o alcance de respostas constitucionalmente adequadas na tutela da dimensão coletiva do direito à saúde. Em outras palavras, os processos estruturais, quando adequadamente conduzidos, instrumentalizam o filtro hermenêutico proposto pelas três perguntas fundamentais de Streck, pois, ao promover planos de reestruturação de políticas públicas, analisam critérios de universalidade e legalidade/constitucionalidade da transferência de recursos, contribuindo para o alcance de uma resposta adequada aos artigos 3º, inciso IV, e 196 da Constituição.

## CONCLUSÃO

Este trabalho buscou propor a aplicabilidade e testar os potenciais benefícios da utilização da teoria dos processos estruturais na obtenção de respostas adequadas à Constituição na concretização do direito fundamental social à saúde, notadamente a partir dos ditames dos artigos 3º, inciso IV, e 196. Partindo da premissa de que o paradigma material dirigente da Constituição de 1988, por seu viés inerentemente transformador, demandava uma adequação da teoria do processo, foi apresentada a teoria dos processos estruturais.

A partir dos estudos teóricos e empíricos narrados, foi possível extrair conclusões amplas sobre a potencial contribuição da teoria dos processos estruturais para a concretização do direito à saúde em maior conformidade com os ditames constitucionais tanto no aspecto procedimental (separação de poderes) quanto no aspecto substancial (concretização do direito). Em termos procedimentais porque a condução é dialógica e pautada na construção coletiva de soluções, o que evita ativismos ou a preponderação de um Poder sobre o outro. Em termos substanciais porque é assegurada a integridade do direito, já que o artigo 196 da Constituição estabelece que o direito à saúde deve alcançar todos de forma universal por meio de políticas sociais e econômicas, não podendo ser tolerado que cada indivíduo precise se submeter ao Judiciário para ver seu direito concretizado, o que agravaria vulnerabilidades, ao arrepio da norma constitucional.

Disso não decorre, contudo, a conclusão de que o direito à saúde sempre deverá ser efetivado mediante processos estruturais, pois a tutela da dimensão coletiva não prejudica a tutela da dimensão individual do direito, igualmente importante, pois atrelada à dignidade humana, tendo cada indivíduo valor suficiente em si mesmo (“cada vez que [a Justiça] morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado”). Assim, a redução da judicialização deve ser consequência da correta reestruturação das políticas públicas, e inclusive uma forma de testar sua efetividade, que deve ser sempre voltada a ampliar o acesso à justiça e a assegurar a universalidade dos serviços e a gestão republicana dos recursos públicos. Em última análise, retomando ao ponto de partida deste trabalho, o que se pretendeu foi propor uma, entre tantas formas possíveis, de otimizar a prestação jurisdicional em matéria de direitos fundamentais sociais para que não se precise lutar para receber da Justiça o que dela todos temos o direito de esperar: “justiça, simplesmente justiça” (SARAMAGO, 2002).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**, v. 225, 2013, p. 389-410.
- BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 712 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 285.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 2 jan. 2021.
- BRASIL. 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Distrito Federal. **Ação civil pública nº 1014588-19.2017.4.01.3400**. Autores: Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Distrito Federal. Réus: União Federal e Distrito Federal. Brasília, 25 de outubro de 2017. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=5cdd86c6acfb2c07576f9e9cb89fca4294aa7a4fdb40927>. Acesso em: 15 de jun. de 2023.
- CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- CORRALES, Eluane de Lima; BERTONCINI, Carla. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Justiça Restaurativa a partir do pensamento de Immanuel Kant. **Direitos humanos e democracia**, n. 14, jul./set. 2019, p. 258.
- CUNHA, Thiago Dias da. O valor do Judiciário. [Portal da] **Ajuris**. [S. l], 2023. Disponível em: <https://ajuris.org.br/o-valor-do-judiciario-por-thiago-dias-da-cunha/#:~:text=Segundo%20a%20edi%C3%A7%C3%A3o%20de%202022,estimados%20por%20pessoa%20ao%20ano>. Acesso em: 23 maio 2023.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020, p. 101-136.
- DISTRITO FEDERAL. 1ª Vara da Fazenda Pública. **Ação civil pública nº 0705516-41.2017.8.07.0018**. Autor: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Réu: Distrito Federal. Brasília, 05 de junho de 2017. Disponível em: <https://pje-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=b3a4ac9ca0241f0edceab939ec98a4fa14e735cbbbace4fd>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- FARIA, Priscila Teixeira de. **Litígios estruturais e o direito à saúde: o caso da fila das cirurgias ortopédicas de alta complexidade do Estado do Ceará**. 2019. 130 p. Dissertação (Mestre em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2019.

FERREIRA JÚNIOR, Hédio. **Supertomógrafo é inaugurado no Hospital de Base**. Distrito Federal: Agência Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2021/10/28/supertomografo-e-inaugurado-no-hospital-de-base/>. Acesso em: 15 de jun. de 2023.

HERMENÊUTICA E DIREITO ADMINISTRATIVO: Gadamer e a Hermenêutica Filosófica, para uma decisão jurídica pela Administração Pública Concretista de Direitos Fundamentais. Locução de: Sandro Dezan. [S. l.]: Hermenêutica e Direito Administrativo, 19 nov. 2022. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/5ndZQW8LGtu9PhBnrNIA5E>. Acesso em: 23 maio 2023.

INSTITUTO GONÇALO MONIZ FIOCRUZ BAHIA. **Somente cobertura vacinal pode garantir imunidade de rebanho contra a Covid-19, afirma pesquisadora**. Bahia: Fiocruz, 2021. Disponível em: <https://www.bahia.fiocruz.br/somente-cobertura-vacinal-pode-garantir-imunidade-de-rebanho-contra-a-covid-19-afirma-pesquisadora/#:~:text=Somente%20cobertura%20vacinal%20pode%20garantir,afirma%20pesquisadora%20%E2%80%93%20Instituto%20Gon%C3%A7alo%20Moniz>. Acesso em: 16 jun. 2023.

MATHIEU, Bertrand. Os direitos e as liberdades fundamentais na Constituição brasileira, com alguns ecos no debate constitucional francês. *In*: AGRA, Walber; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e delibação**. 2008. 219 p. Tese (doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NEVES, Isadora Ferreira. **As três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil**. 2022. 254 p. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2022.

ONZE SUPREMOS: diálogos institucionais. Entrevistado: Conrado Hubner. Entrevistador: David Sobreira. [S. l.]: Onze Supremos, 10 jun. 2022. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4Sk7uaOQIjNIRcqJMCWzfp?si=UiaK3pJvS4Gtt6azfhKbh>. Acesso em: 15 maio 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SaraivaJur, 2018. 473 p.

POLÍTICA DISTRITAL. **GDF zera fila nos centros de radioterapia**. DF: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.politicadistrital.com.br/2021/09/19/gdf-zera-fila-nos-centros-de-radioterapia/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

RODRIGUES, Rosualdo. **HRT vai dobrar atendimentos oncológicos**. Distrito Federal: Agência Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2021/09/07/hrt-vai-dobrar-atendimentos-oncologicos/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

SARAMAGO, José. Da democracia à Justiça, passando pelos sinos. *In*: Fórum Social Mundial, 2002, Porto Alegre. Disponível em: <https://culturaemercado.com.br/da-justica-a-democracia-passando-pelos-sinos/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

SCHAFER, Camila. Projeto da Defensoria Pública do Estado com Secretaria de Saúde, Famurs e Cosems visa à redução da judicialização em saúde. **[Portal da] Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/projeto-da-defensoria-publica-do-estado-com-secretaria-de-saude-famurs-e-cosems-visa-a-reducao-da-judicializacao-em-saude>. Acesso em: 16 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais**. *In*: CANOTILHO, José Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Direitos fundamentais sociais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 680 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987497.

TOCANTINS. Vara de Execuções Fiscais e Saúde de Palmas. **Ação Civil Pública nº 0014807-32.2018.8.27.2729**. Autores: Defensoria Pública do Estado do Tocantins e Ministério Público do Estado do Tocantins. Réu: Estado do Tocantins. Palmas, 03 de mai. de 2018. Disponível em: [https://eproc1.tjto.jus.br/consulta\\_publica/2G/processo/00148073220188272729/eventos](https://eproc1.tjto.jus.br/consulta_publica/2G/processo/00148073220188272729/eventos). Acesso em: 15 jun. 2023

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: JusPodivum, 2022. 592 p.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 715 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.