



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

EDUARDO CASTRO BARBOSA

**O DIREITO À SAÚDE E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NÃO
NORMATIVAS: VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL COMO UM INSTITUTO LEGÍTIMO E EFICIENTE**

FORTALEZA

2018

EDUARDO CASTRO BARBOSA

O DIREITO À SAÚDE E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NÃO NORMATIVAS:
VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL
COMO UM INSTITUTO LEGÍTIMO E EFICIENTE

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito à obtenção do Título de Bacharel
em Direito. Área de concentração: Direito
Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva
Marques Jr.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B196d Barbosa, Eduardo Castro.

O direito à saúde e as omissões inconstitucionais não normativas : viabilidade de aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional como um instrumento legítimo e eficiente / Eduardo Castro Barbosa. – 2018.
86 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. Saúde. 2. Estado de Coisas Inconstitucional. 3. Viabilidade. I. Título.

CDD 340

EDUARDO CASTRO BARBOSA

O DIREITO À SAÚDE E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NÃO NORMATIVAS:
VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL
COMO UM INSTITUTO LEGÍTIMO E EFICIENTE

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito à obtenção do Título de Bacharel
em Direito. Área de concentração: Direito
Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva
Marques Júnior.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Jr. (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Lia Carolina Vasconcelos Camurça
Universidade Federal do Ceará(UFC)

A Deus.

A meus pais, João Ilo e Cecília.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a Deus, que, sem sombra de dúvidas, me ajudou a chegar até aqui e por ter me mantido forte e íntegro nos momentos bons e ruins.

Agradeço aos meus pais, João Ilo e Cecília, por terem me dado amor, atenção e cuidado ao longo desses 24 anos. Também por serem enormes exemplos de pessoas trabalhadoras e persistentes naquilo que almejam.

À minha irmã, por quem tenho enorme carinho e com quem cresci dividindo grande parte do meu dia-a-dia.

Ao professor William, que, sempre que pôde, cedeu tempo e paciência para me auxiliar na elaboração deste estudo.

À professora Fernanda Cláudia, que gentilmente aceitou fazer parte da presente banca e me auxiliou nos demais preparativos para a apresentar esta pesquisa.

À mestrandia Lia Carolina, que também se mostrou bastante solícita ao aceitar compor a mesa.

Aos meus amigos-irmãos Victor, Messias, Fernando e Leo, que pretendo levar para vida toda e sempre compartilhar as melhores lembranças do tempo de ensino fundamental.

Ao meu grupo do Colégio Christus, os miguxos, composto por amigos verdadeiros, acolhedores e competentes, pelos quais torço eternamente em todas as suas realizações.

Aos meus companheiros de faculdade André e João Rodolfo, meus grandes exemplos de dedicação, aos quais sou eternamente grato por dividir as emoções de ingressar na vida universitária.

Por fim, a meu grande amigo Kaio Feitosa, por seu caráter impar, por seu companheirismo e por todos os ensinamentos me passados nos últimos 3 anos.

Finalmente, mas não menos importante, à Universidade Federal do Ceará, local no qual pude me apaixonar pela ciência do Direito e amadurecer como indivíduo.

“Negar ao povo os seus direitos humanos é pôr em causa a sua humanidade. Impor-lhes uma vida miserável de fome e privação é desumanizá-lo”.(Nelson Mandela)

RESUMO

Estuda-se a maneira como o direito fundamental (e social) à saúde se encontra positivado na Constituição Federal de 1988, em contraste com as inconstitucionalidades fáticas verificadas na sociedade brasileira contemporânea. Procura-se também conceituar as omissões inconstitucionais não normativas e as sentenças judiciais estruturantes como mecanismo para saná-las. Posteriormente, relata-se o histórico do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) como um tipo de sentença judicial estruturante, desde sua origem pela jurisprudência da Corte Colombiana, até a atual questão da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF nº 347) no Brasil, caso em que o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) provocou o Supremo Tribunal Federal (STF) a “importar” o instituto colombiano para resolver a questão nacional da crise carcerária. Analisa-se ainda os pressupostos para, diante de uma possível aplicação, o ECI aplicado pelo STF seja, de fato, legítimo e eficiente, diante de todo o histórico abordado. Por fim, é aberta uma discussão sobre determinadas questões envolvendo a “tradução jurídica” do instituto do ECI para uma possível aplicação no âmbito da saúde pública .

Palavras-chave: Saúde. Estado de Coisas Inconstitucional. Viabilidade.

ABSTRACT

The social health right is one of the main fundamental rights presented in the Federal Constitution of 1988. However, it has a huge contrast with the factual reality seen in Brazil's contemporary society, where the public health system is going through a huge crisis. The purpose of this study is to explain these contrasts, analyzing the non-normative unconstitutional omissions caused by the public authorities and the structural judicial sentences as a mechanism to solve these problems. In this sense, the Unconstitutional State of Affairs (USoA) is conceived as one type of structural judicial sentence, originated by the jurisprudence of the Colombian Court and lately applied in Brazil, in the ADPF n° 347/DF by the Supreme Federal Court (STF), once provoked by the Social and Liberty Political Party (PSOL). Also, some objective factors are studied, as important requirements for a legitimate and efficient use of the USoA. Finally, a discussion about certain questions involving the "legal translation" of the USoA from Colombia to Brazil is opened up for a possible application in the political measures of the health system.

Keywords: Health, Unconstitutional State of Affairs (USoA). Viability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais
CF	Constituição Federal
CNDL	Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
IPTU	Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana
IPVA	Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotivo
ITBI	Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis
ISS	Imposto Sobre Serviços
ITCMD	Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social
LC	Lei Complementar
PLS	Projeto de Lei no Senado
PPA	Plano de Pronta Ação
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
SINPAS	Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
SPC	Sistema de Proteção ao Crédito
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	A SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
2.1	Os Direitos e Garantias Fundamentais e seu tratamento na CRFB/88.....	17
2.2	O direito fundamental (e social) à saúde positivado na CF/88, aspectos formais, materiais e alguns elementos constitucionais com os quais se relaciona.....	22
3	O TRATAMENTO LEGISLATIVO DO DIREITO À SAÚDE E A INEFETIVIDADE DA SUA CONCRETIZAÇÃO: AS DIFICULDADES ENFRENTADAS NO SUS.....	27
3.1	A competência dos entes na efetivação das políticas públicas de saúde, o Sistema Único de Saúde e a preocupação legislativa para o seu devido funcionamento.....	27
3.2	A CF/88 como uma Lei Maior nominativa, as inconstitucionalidades da realidade no âmbito da saúde e o princípio da reserva do possível como justificativa falha das autoridades.....	33
4	AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NÃO-NORMATIVAS, AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA COLÔMBIA.....	38
4.1	As omissões inconstitucionais não normativas e as sentenças judiciais estruturantes.....	38
4.2	O caso <i>Brown vs. Board of Education</i> como <i>leading case</i> marcante para as sentenças judiciais estruturantes	40
4.3	O Estado de Coisas Inconstitucional: surgimento, contexto histórico e pressupostos na sua consolidação como instituto na Colômbia.....	43
5	A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	49
5.1	A Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais como via propícia à aplicação do ECI no ordenamento brasileiro.....	49
5.2	Casos emblemáticos no Brasil antes do ECI: a proteção do mínimo	50

	existencial e a crise do sistema carcerário como tema recorrente na agenda do Supremo Tribunal Federal.....	
5.3	Analisando os pedidos provisórios e definitivos feitos na ADPF nº 347.....	53
6	O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO POSSIBILIDADE DE ATIVISMO JUDICIAL LEGÍTIMO E EFICIENTE.....	61
6.1	A efetivação entre o Estado de Coisas Inconstitucional, a judicialização da política e o ativismo judicial nas políticas públicas.....	62
6.2	As críticas recorrentes contra o ativismo judicial e a possibilidade de ECI como uma prática ativista legítima.....	65
6.3	Os pressupostos objetivos para um ativismo judicial legítimo e eficiente.....	69
7	A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL.....	72
7.1	A possibilidade de aplicação do ECI no âmbito do SUS a partir dos casos estudados.....	72
7.2	A questão do “apelo democrático” para declaração do ECI no ordenamento brasileiro, a influência desse requisito em uma possível aplicação do instituto na saúde pública e o projeto nº 736/2015.....	75
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Gráfico do número de pessoas presas do Brasil.....	55
Gráfico 2 – Gráfico de nível de ocupação do sistema carcerário	55
Gráfico 3 – Dados gerais sobre o sistema carcerário.....	56

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, sabe-se que os direitos fundamentais são representados como o centro do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a Constituição Federal de 1988 sofreu grande influência do neoconstitucionalismo, após a época da Ditadura, em que vários direitos foram suprimidos.

Historicamente, por muito tempo, os direitos fundamentais eram vistos apenas como limites à atuação do Estado, de forma a garantir as liberdades individuais.

Contudo, nas últimas décadas, os sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais adotaram a concepção de que os direitos fundamentais compreendem não apenas meras barreiras à atuação do Estado, mas também prestações positivas das autoridades públicas para garantir o bem estar da população.

Esse fenômeno culminou no surgimento dos chamados direitos sociais nas Constituições atuais, os quais exigem a realização de políticas públicas estatais.

Nesse contexto, a Constituição brasileira, menciona, por exemplo, o direito à saúde, à educação, à transporte, ao trabalho digno, dentre outros.

É cediço que a concretização dos direitos sociais é de suma importância para que a população administrada possa garantir, pelo menos, um mínimo existencial.

Entretanto, apesar do reconhecimento dos direitos sociais nos textos constitucionais, verifica-se também o fenômeno das omissões inconstitucionais não normativas, caracterizadas pela inércia ou má atuação das políticas públicas estatais para efetivar esses direitos em um determinado âmbito social.

Nesse sentido, as políticas públicas de saúde têm apresentado uma grande crise, uma vez que a demora de atendimento ou as péssimas condições de equipamentos implicam na piora ou o no falecimento de inúmeros pacientes.

Além disso, comumente são descobertos escândalos de corrupção e descaso perante as políticas públicas desse setor.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário, em diversos países, tem proferido decisões conhecidas por sentenças judiciais estruturantes, as quais intentam superar os entraves institucionais na efetivação de determinados direitos fundamentais. Assim, possibilitam a intervenção das instâncias judiciais no âmbito das políticas públicas.

Surgido a partir da jurisprudência da Corte Colombiana, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um tipo de sentença estrutural, aplicado quando se verificam

violações graves, reiteradas e institucionalizadas aos direitos fundamentais em um determinado segmento, em virtude da inércia ou insuficiência das políticas públicas (omissões inconstitucionais não normativas).

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado pelo Partido Socialismo e Liberdade, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em face da situação precária da infraestrutura sistema carcerário e da má condição de vida dos presidiários.

O partido pleiteou uma série de medidas a serem realizadas pelo Poder Executivo, passando a fiscalização, e até mesmo posterior complementação, do Judiciário, o que concederia ampla possibilidade de intervenção a esse Poder no âmbito de competências do Executivo.

Apesar de a ADPF nº 347 não ter sido totalmente julgada ainda, é, relevante observar os pleitos já concedidos em caráter cautelar, bem como os requerimentos finais do autor da ação.

Essa análise permite analisar qual postura o STF deve adotar na aplicação do ECI, diante da ADPF nº 347, para também obter êxito em possíveis aplicações futuras em outros segmentos, como o da saúde.

Também é importante refletir sobre esse instituto no que tange às discussões sobre a judicialização da política e o ativismo judicial. Nesse contexto, é muito comum o STF ser criticado por uma suposta violação à separação de poderes e à democracia, diante de certas decisões consideradas ativistas.

Além disso, cumpre destacar alguns pressupostos a serem adotados pelo Supremo, quando da aplicação desse instituto, para que ele incorra em um ativismo judicial legítimo e eficiente, ao interferir nas políticas públicas dos Poderes Executivo e Legislativo.

Outrossim, analisa-se se a situação das políticas públicas de saúde se enquadra como um ECI, haja vista que essa área também apresenta elevado grau de violação aos direitos fundamentais, bem como outras similaridades.

Para isso, resta imprescindível a leitura sistêmica de bibliografia, compreendendo doutrinas específicas, trabalhos de conclusão de curso, dissertações de mestrado e de teses de doutorado relacionados ao tema em estudo, com o fito de melhor compreender o surgimento e o desenvolvimento do instituto colombiano, bem como para fixar os pressupostos objetivos adequados a uma atuação legítima e eficiente do STF na superação do ECI na ADPF nº 347 e, especificamente, em uma eventual aplicação nas seara da saúde pública.

Ademais, tem-se a pesquisa jurisprudencial, com o exame das decisões do

Supremo Tribunal Federal. Serão também observados julgados paradigmáticos da Corte Constitucional Colombiana, nos quais aplicou-se o instituto do ECI.

Por fim, é necessária a pesquisa legislativa, com a consulta à Constituição Federal de 1988, à legislação infraconstitucional pertinente ao tema, e à legislação estrangeira, para melhor compreender os institutos jurídicos analisados.

2 A SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para que se torne possível compreender a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional na área da saúde pública, é indispensável estudar, previamente, o que é exatamente o direito à saúde e a forma em que é retratado no ordenamento jurídico.

Assim, deve-se abordar previamente a maneira como a saúde está positivada na Carta Magna de 1988.

Atualmente, direito à saúde está previsto como um dos Direitos Fundamentais, o que nos leva a analisar o histórico dessa categoria e o papel que apresentam no neoconstitucionalismo instituído na CRFB/88, bem como o valor que eles agregam no Estado Democrático de Direito no qual vivemos.

2.1 Os Direitos e Garantias Fundamentais e seu tratamento na CRFB/88

Historicamente, existe certa divergência quanto à origem histórica dos direitos fundamentais. Segundo Ingo Sarlet¹, alguns doutrinadores apontam como marcos para sua origem a Magna Carta de 1215, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, uma vez que asseguravam direitos aos cidadãos ingleses.

Por outro lado, outros estudiosos mencionam a Revolução Francesa como marco histórico desses direitos, com a Declaração dos Direitos do Homem em 1789, ou as declarações de direitos formuladas pelos Estados Americanos, ao firmarem sua independência em relação à Inglaterra (*Virginia Bill of Rights*, em 1679).

Inicialmente, faz-se necessário distinguir os direitos e garantias fundamentais dos direitos humanos.

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet² afirmam que a locução “direitos humanos” é voltada para reivindicações de respeito a condições essenciais do homem. São baseados em postulados jusnaturalistas. Além disso, são dotados de um teor filosófico e não apresentam o objetivo básico de serem positivados numa ordem jurídica específica. O autor ressalta ainda que essa locução é voltada para uma vocação universalista, supranacional.

1 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Florianópolis: Livraria do Advogado, 2006, p 44.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Brasília Jurídica Ltda, 2000, p.66.

Por sua vez, os chamados “direitos fundamentais” estão reservados a posições básicas das pessoas, regidas pelos diplomas normativos de cada Estado. Estes são direitos vigentes num determinado ordenamento jurídico concreto, e, por isso, são garantidos e limitados no espaço e no tempo.

Ramos³ explica que essas expressões são apenas tradicionalmente separadas pela doutrina. Nesse sentido, os “direitos humanos” definiam os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto os “direitos fundamentais” delimitariam aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico.

Além disso, esses termos também eram diferenciados de maneira que os direitos humanos não seriam sempre exigíveis internamente, justamente pela sua matriz internacional, tendo então uma inspiração jusnaturalista sem maiores consequências; já os direitos fundamentais seriam aqueles positivados internamente e por isso passíveis de cobrança judicial, pois teriam matriz constitucional.

Apesar dessa diferenciação tradicional, o autor afirma que essa distinção está ultrapassada por dois fatores: uma maior penetração dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, com a possibilidade de terem a mesma força normativa de emenda constitucional (art. 5º, § 3º da CF/88)⁴; bem como a força vinculante dos direitos humanos no direito interno nacional, haja vista o reconhecimento da jurisdição de órgãos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De qualquer maneira, atualmente, é certo que os direitos fundamentais devem ser assegurados na medida em que cada Estado os consagra.

Também urge ressaltar que autores costumam distinguir os conceitos de direito e garantia, afirmando que direito é um bem jurídico imaterial que deve ser assegurado a um indivíduo, enquanto uma garantia é um mecanismo jurídico para assegurar que haja o cumprimento desse direito. Por exemplo: a Constituição Federal prevê o direito à liberdade de locomoção, enquanto o *habeas data* é uma garantia para assegurá-lo.

No entanto, para fins deste estudo, todos esses vocábulos são empregados como sinônimos, para uma melhor compreensão.

3 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46-48.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

Na Constituição Federal de 1988, tem-se que os direitos fundamentais estão presentes em seu Título II, que compreende cinco capítulos, do art. 5º ao 17º.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que os direitos fundamentais representam o centro do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque são básicos para assegurar a dignidade humana.

Esta consiste um fundamento da própria Lei Maior, exaltado já no art. 1º, III da mesma, *in verbis*: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”⁵.

Ademais, os direitos fundamentais também são classificados como cláusulas pétreas, segundo rol exposto pelo art. 60⁶ da CF/88. Ou seja, não poderão ser suprimidos por modificações supervenientes no Texto Constitucional.

A relevância prática dos direitos fundamentais implicou em diferentes teorias e classificações elaboradas por estudiosos do Direito.

Nunes Jr.⁷ relata que o professor alemão Georg Jellinek, ao final do século XIX, criou a teoria dos quatro *status*, que consiste em uma classificação baseada nas posições nas quais os direitos fundamentais colocam o indivíduo em face do Estado, quais sejam: a) *status passivo*, pelo qual o indivíduo se encontra subordinado ao poder público, devendo cumprir deveres fundamentais; b) *status negativo*, que exalta a autodeterminação do indivíduo e a não ingerência do Estado nas suas liberdades; c) *status positivo*, que exige do Estado uma atuação positiva para garantir o bem-estar do indivíduo; d) *status ativo*, que permite ao indivíduo exercer os seus direitos políticos, possibilitando a sua participação na formação da vontade estatal.

Uma outra classificação, feita inicialmente pela doutrina tradicional, costumava, ainda, atribuir aos direitos fundamentais uma classificação cronológica por gerações, que ressalta não apenas a ordem de seu surgimento na História, mas também a forma de atuação dos direitos fundamentais nas sociedades existentes.

5 BRASIL. Constituição Federal de 1988 – BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2018.

6 Art. 60 (...), § 4º, Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

7 NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 753.

Contudo, na atualidade, prefere-se substituir essa classificação em dimensões, substituindo a nomenclatura “gerações”, visando a evitar a ideia de que, conforme fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra, o que não ocorre.

Segundo essa classificação cronológica, há: os direitos fundamentais de primeira dimensão, surgidos no final do século XVIII, onde decaíram os Estados absolutistas e surgiam os Estados Liberais. Tais direitos representam a defesa das liberdades individuais como um limitador da ingerência do Estado na vida privada.

Por sua vez, os de segunda dimensão representam liberdades positivas, reais ou concretas. Constituem prestações positivas que o poder público deve realizar para satisfazer o bem-estar da população. Tais direitos ficaram conhecidos como direitos sociais. Aqui se enquadra o direito à saúde, que será mais explicado com mais detalhes posteriormente. Outros exemplos: educação, transporte, assistência social, previdência.

Já a terceira dimensão representa os direitos fundamentais difusos, ou seja, aqueles cujos titulares não são um grupo definido (uma coletividade geral impossível de ser determinada, ou a sociedade como um todo). Exemplos: direito ao meio ambiente e à improbidade administrativa.

Além dessa separação por ordem cronológica, a teoria dos direitos fundamentais ensina ainda que estes podem ser enxergados a partir de duas perspectivas: as dimensões subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva diz respeito tanto aos direitos negativos de proteção do indivíduo em relação ao Estado, como os direitos positivos de exigir prestações do poder público, por meio de serviços à população.

Por outro lado, a dimensão objetiva compreende os direitos fundamentais como um conjunto de valores objetivos básicos, que servem como diretrizes norteadoras para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e ainda para as relações privadas, com o fito de efetivar o Estado Democrático de Direito.

É possível afirmar que a feição objetiva apresenta uma eficácia irradiante, haja vista sua capacidade de alcançar até mesmo os poderes públicos e orientar o exercício de suas atividades.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet⁸ assim explicam essa eficácia irradiante:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da

8 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153.

essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

No que tange às características dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes⁹ ressalta a sua relatividade.

Em outras palavras, não podem ser invocados por seus titulares de maneira absoluta e incontestável em um caso concreto. Isso porque não são ilimitados, de maneira que cada direito fundamental encontra seu limite em outro direito fundamental igualmente consagrado pela Constituição Federal.

Um exemplo bastante comum é a liberdade de expressão e o direito à intimidade. Diversas vezes existem casos, nos quais os direitos fundamentais entram em conflito. Contudo, a predominância de um em relação ao outro é decidida caso a caso pelo aplicador da lei. Portanto, nenhum desses direitos será, sempre, absoluto. Fala-se, então, na relatividade dos direitos fundamentais.

Além da relatividade, merecem destaque ainda sua imprescritibilidade, vez que não desaparecem pelo decurso do tempo; inalienabilidade, não havendo possibilidade de transferência a outrem; e a irrenunciabilidade, posto que, em regra, não podem ser objeto de renúncia.

Outrossim, uma característica muito importante dos direitos fundamentais diz respeito à sua aplicabilidade. O art. 5º. §1º¹⁰ classifica de maneira expressa e incontroversa os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata.

Ou seja, a partir do momento que a Constituição Federal os positiva, devem tais dispositivos ser assegurados pelo Estado, e, caso algum indivíduo seja lesado pela inércia ou descumprimento poder público, torna-se legitimado a o exigir, por meio do Poder Judiciário.

Por fim, urge mencionar quem são os titulares dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a Lei Maior é clara em seu art. 5º, *caput*, onde afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Caso interpretado literalmente, a leitura deste artigo poderia significar que estrangeiros não residentes no Brasil não fariam jus a qualquer direito fundamental. Contudo,

9 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.45.

10 Art. 5º, [...] § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

a doutrina e a jurisprudência contemporâneas não admitem tal restrição, afirmando outra característica dos direitos fundamentais: a universalidade. Assim, até mesmo os estrangeiros transeuntes no território brasileiro precisam ter essas garantias asseguradas.

Desse modo, explanados alguns conceitos e o tratamento básico dos direitos fundamentais, passa-se a analisar, mais detalhadamente, a saúde como um deles.

2.2 O direito fundamental (e social) à saúde positivado na CF/88, aspectos formais, materiais e alguns elementos constitucionais com os quais se relaciona

Historicamente, a trajetória da saúde pública no Brasil iniciou no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa. A chegada da família de Dom Joao VI trouxe com ela uma preocupação crescente sobre a instalação de uma estrutura sanitária mínima no Rio de Janeiro, local da nova capital do Império Português.

Durante o reinado de D. Pedro I, a única menção jurídica ao direito da saúde constava no art. 179, inciso XXIV da Constituição de 1824¹¹. A negligência a essa área era tamanha, que a mesma é mencionada brevemente, relacionada a questões trabalhistas, culturais, industriais e comerciais.

Posteriormente, com a Proclamação da República, surge uma forma de organização jurídico-política do estado capitalista, onde, naturalmente, emerge a preocupação de um modelo sanitário para o país como todo, já que sua ausência deixava várias cidades brasileiras sujeitas a epidemias.

Na era do Estado Novo, por sua vez, houve pouco investimento no setor da saúde. Em 1930 foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, com a desintegração do Departamento Nacional de Saúde Pública (vinculado ao Ministério da Justiça). Já em 1953, criou-se o Ministério da Saúde, que nada mais foi do que um desmembramento do antigo Ministério da Saúde e Educação.

Inicialmente, no período da ditadura militar, em virtude do aumento da miséria e de uma certa mudança de ênfase nos investimentos, notou-se certa deterioração das condições da saúde na população. Apenas em 1975 houve a primeira tentativa de organizar um sistema nacional, com a criação do Sistema Nacional de Saúde pela Lei nº 6.229/75. Em seguida, foi

11 Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: [...] XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

elaborado o Plano de Pronta Ação (PPA), que promoveu a normatização e a expansão da produção de serviços assistenciais no ramo.

Ainda no regime militarista, em 1978, foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), que passou a abranger todos os órgãos de assistência médica do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), juntamente com todos os órgãos de aposentadorias e pensões do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Finalmente, a década de 1980 foi marcada por uma grande evolução político-institucional no país, acarretando numa transição democrática conflituosa durante a queda do poder militar. Em 1987 começaram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, visando elaborar a Carta Magna atualmente vigente.

No exterior, o cenário mundial também encerrava uma época violenta e conturbada. O século XX, em geral, foi um período marcado por inúmeras guerras e conflitos em todo o mundo, como as Duas Grandes Guerras, a Guerra do Vietnã, a repartição da Alemanha juntamente à construção do muro de Berlim, dentre outros episódios.

Várias dessas tragédias foram realizadas em nome da lei, o que levou juristas do mundo todo a questionar a real finalidade protetiva dos bens jurídicos pelo ordenamento dos Estados.

Nesse contexto, Miranda¹² descreve o século XX como uma época de convulsões bélicas, mudanças culturais e crises econômicas, que ocasionariam uma grande transformação no Direito público.

Portanto, não só o Brasil, mas o mundo todo passou por uma transformação jurídica, da qual resultou a preocupação com os direitos fundamentais, abordadas no tópico anterior do presente trabalho.

Segundo Costa¹³, o esforço de construção da democracia ganhou ímpeto, quando da elaboração da Constituição de 1988, havendo a pretensão de alargar o conceito de cidadania.

Diante da degradação da vida humana, todo esse período culminou no advento de um novo modelo de Estado: o Estado Social de Direito.

12 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000, p. 88.

13 COSTA, Eder Dion de Paula. Povo e cidadania no estado democrático de direito. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v.38, p.120, 2003. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1763/1460>>. Acesso em: 22. ago. 2018.

Nesse contexto, a Carta Magna atual exaltou não somente os direitos fundamentais, como também abrangeu o conceito de um estado democrático, que se funda nos princípios do constitucionalismo, na divisão dos poderes, na justiça social, na segurança jurídica e na qualidade de vida.

A Lei Maior vigente é a primeira carta política a mencionar a saúde como direito de todos os residentes do país, e como dever do Estado.

A CF/88, ao apresentar o art. 6º¹⁴, prevê de maneira genérica os direitos sociais, estando a saúde entre eles. Enquanto isso, os arts. 196 a 200 tratam do assunto de maneira pormenorizada.

O art. 196 define e caracteriza o direito à saúde, enquanto os demais dispositivos pretendem detalhar o Sistema Único de Saúde, que será abordado no tópico seguinte.

Assim, o art. 196 aduz que “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”.

Em uma análise geral do referido dispositivo, Schwarz¹⁵ destaca que a intenção primária do constituinte foi instaurar um processo sistêmico, que busca a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa a uma melhor qualidade de vida, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e como pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.

Por sua vez, Sarlet¹⁶ observa que o direito à saúde comunga, no ordenamento brasileiro, uma dupla fundamentabilidade.

Para o autor, a fundamentabilidade formal se vincula ao direito constitucional positivo, e se desdobra como três elementos: a) como parte integrante da Constituição Federal, assumindo superioridade hierárquica sobre os demais dispositivos legais, b) submete-se aos limites impostos às reformas constitucionais, como as cláusulas pétreas e as limitações formais das emendas constitucionais, e c) assim como as outras normas definidoras dos

14 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

15 SCHWARZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n.4, dez. 2006, p. 3. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf >. Acesso em: 29 de ago. 2018.

direitos e garantias fundamentais, possui como característica a sua aplicabilidade direta e imediata, vinculando as entidades estatais e os particulares. Ou seja, uma vez previsto, não existe uma dependência posterior para que o legislador infraconstitucional possa concretizar esse direito, mas tão logo deve tomar providências para a plenitude de seus efeitos.

Por sua vez, a fundamentabilidade em sentido material se liga à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional. Nesse ponto, é possível afirmar que o direito fundamental à saúde é um dos (se não o mais importante) principais direitos que devem ser garantidos pelo Estado.

Isso porque a saúde está intimamente ligada à vida humana, mais do que qualquer outra necessidade básica. Trata-se tão somente do básico para possibilitar a dignidade de um cidadão. É possível até aduzir que qualquer outro serviço oferecido pelo Estado só chegará ao seu destinatário, e será efetivamente usufruído por ele, quando o mesmo tiver sua saúde assegurada.

No mesmo sentido da fundamentabilidade material, José Cretella¹⁷ salienta que:

[...] nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem - estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência d indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para a corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Ademais, Sarlet¹⁸ analisa a saúde não apenas em sua dimensão positiva, pela qual o Estado deve prestar um serviço, assumindo sua feição de direito social, mas também como também em sua dimensão negativa, pois a garantia de saúde também compreende uma obrigação de não fazer, qual seja a ausência de agressões de terceiros ou do próprio Estado.

Por sua vez, Gilmar Mendes¹⁹, ao observar o art. 196, relata que se trata de um direito assegurado a todos, em função do princípio da universalidade, a ser realizado pelo Estado como um dever seu. Nesse sentido, o trecho “garantido mediante políticas sociais e econômicas” remete a necessidade de formulação de políticas públicas, bem como a

17 CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1989, p. 4331.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n.4, dez. 2006, p. 1-22. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf >. Acesso em: 29 de ago.2018

19 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 598.

necessidade de distribuição dos recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, e a evolução da medicina como parte do próprio viés programático da norma constitucional.

No que tange ainda à importância material do direito à saúde, é possível identificar três grandes elementos da *Lex Magna*, com os quais ele se relaciona.

O primeiro deles é o fundamento da Dignidade Humana, já brevemente citado neste trabalho, encontrado no art. 1º, IV da CF/88. Assim, a República Federativa do Brasil se compromete proporcionar a seus cidadãos uma vida digna, por meio da garantia dos seus direitos.

O segundo é a teoria do mínimo existencial, que, embora não esteja expressamente positivada, decorre da dignidade humana e está tipicamente atrelada aos direitos sociais, pois é uma consequência da sua efetivação. Esse postulado será mais detalhado em tópico posterior.

Finalmente, o terceiro elemento é teoria da máxima efetividade. Segundo esta, a atuação estatal na realização dos direitos fundamentais sociais deve orientar-se pela máxima Efetividade do Texto Constitucional, optando-se pela interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

Após abordar o direito à saúde positivado e os diferentes elementos constitucionais com os quais o mesmo se relaciona, é necessário destacar que o constituinte estabeleceu ainda um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, reforçando a responsabilidade solidária entre os entes da Federação.

3 O TRATAMENTO LEGISLATIVO DO DIREITO À SAÚDE E A INEFETIVIDADE DA SUA CONCRETIZAÇÃO: AS DIFICULDADES ENFRENTADAS NO SUS

Após uma explanação sobre o direito à saúde e a forma como está exposto na Carta Magna brasileira, passa-se a analisar a maneira que o Sistema Único de Saúde está positivado, haja vista ser esse a via de acesso pela qual o cidadão tem assegurado esse direito.

3.1 A competência dos entes na efetivação das políticas públicas de saúde, o Sistema único de Saúde e a preocupação legislativa para o seu devido funcionamento

Do ponto de vista federativo, quando se fala em competência legislativa, a Constituição atribuiu competência concorrente à União, aos Estados e aos Municípios. À União cabe o estabelecimento de normas gerais, enquanto aos Estados cabe suplementar a legislação federal. Por fim, os municípios podem legislar sobre assuntos de interesse local.

Quanto ao aspecto administrativo para formular e executar políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios. Nesse ponto, é imprescindível a cooperação entre os entes.

Com o fito de efetivar esse direito, e fazendo jus à cooperação promovida entre os entes, o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde pela população, conhecido como Sistema Único de Saúde (SUS).

É evidente que, tanto no plano constitucional, como no plano das leis, as autoridades legislativas não mediram esforços para viabilizar o seu funcionamento.

Apesar de permitir a prestação de serviços de saúde pela seara privada, a Lei Maior enfatizou diversas previsões acerca do SUS, que pode ser caracterizado como a grande via de acesso gratuito a esse direito fundamental, dos quais inúmeros cidadãos dependem, atualmente, no cenário brasileiro.

Nesse sentido, o art. 197²⁰ da CF/88 estabelece que a regulamentação, a fiscalização e o controle na área da saúde compete ao poder público.

Já o art. 198²¹, *caput* e incisos, I, II e III caracterizam o SUS como uma rede regionalizada e hierarquizada, cujas diretrizes norteadoras são a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

20 Art. 197. 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.

A expressão “rede regionalizada” se refere à preocupação do constituinte em considerar as diferenças regionais do País, quando da implementação e atuação do sistema único.

Já o termo “rede hierarquizada” não se refere a uma escala de superioridade entre as esferas de governo. Pelo contrário, é promovido que cada âmbito do Poder Executivo atue de maneira independente dentro do Sistema, mas sempre com uma postura cooperativa.

Além dessas diretrizes e características mencionadas na Constituição, a Lei nº 8.080/90 estabelece princípios pelos quais a atuação do SUS deve se orientar.

Dentre estes, o princípio da universalidade garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis.

Em outras palavras, o princípio da universalidade se reporta à ideia de igualdade, que por sua vez está ligada à ideia de justiça social, introduzindo ao SUS o caráter de amplitude do programa para todos²².

Há também o princípio da equidade, que objetiva se contrapor às desigualdades, tanto socioeconômicas entre as pessoas, como também as desigualdades entre os quadros de saúde daqueles que buscam o SUS. Ou seja, almeja igualdade por meio de uma distribuição heterogênea de serviços, priorizando aqueles que se encontram em estado de saúde mais grave, independente de classe econômica.

Por fim, o princípio da integralidade procura considerar a pessoa como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Isso engloba não só ações para tratar doenças e enfermos, mas também a sua prevenção e a sua reabilitação.

Diante desse cenário, passa-se a abordar o financiamento do Sistema Único de Saúde.

Abrucio²³ comenta que a República Federativa do Brasil adotou a sistemática preconizada pelo federalismo, em que os entes federativos, inspirados pelos compromissos de bem-estar social, devem buscar a isonomia material e atuação conjunta. Para tanto, foi dado

21 Art. 198. 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; III - participação da comunidade.

22 FERREIRA, Mayana Soares; VASCONCELOS FILHO, Roosevelt Furtado. A Inefetividade dos Preceitos Constitucionais Relativos ao Direito à Saúde:: A Inconstitucionalidade da Negativa de Atendimento de Pacientes Advindos de Outros Estados. **Revista de Direito Uninovafapi**, Piauí, v. 1, n. 1, p.13-15, jun. 2016. Disponível em: <<https://revistainterdisciplinar.uninovafapi.edu.br/index.php/revinterdireito/article/view/781>>. Acesso em: 30 de ago. 2018

23 ABRUCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. **Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro**. São Paulo: Konrad-adenauer-stiftung, 1998, p. 38.

destaque à distribuição de receitas pelo produto arrecadado e ampliada participação de estados e municípios na renda tributária.

Nesse contexto, o caráter hierarquizado reflete no modo de financiamento previsto pela Lei Maior, de maneira que as verbas públicas devem ser repartidas entre os entes estatais.

Esse financiamento é previsto no art. 198, §1º, que estabelece que esse “será viabilizado por meio de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes”. O art.55 da ADCT complementa ainda que “até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”.

Em 2000, a Emenda Constitucional nº 29 continuou determinando o financiamento da saúde por meio de cada ente federativo, porém atribuiu a lei complementar a regulamentação dos percentuais, dos critérios de rateio e das normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

A Lei Complementar criada foi a LC nº 141, de janeiro de 2012. Uma de suas previsões importantes, em seu art. 5º, *caput*²⁴, é a imposição de que “anualmente, a União aplicará em ações e serviços públicos de saúde o correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto”.

A mesma estabelece ainda, em seu art. 6º²⁵ que os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar à saúde, no mínimo, 12% da receita arrecadada com o ITCMD, ICMS e IPVA.

Outrossim, no que tange ao repasse de recursos da União para os Estados e Distrito Federal, em suas atribuições estaduais, existem várias imposições.

Primeiramente, determina que 12% dos recursos do art. 157 da CF/88 vão também para a saúde.

O art. 157 da CF/88, em seu inciso I, prevê que a União destine aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do Imposto de Renda e proventos de qualquer

24 Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

25 Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, a suas autarquias pelas fundações que instituírem ou mantiverem.

Já o inciso II do mesmo prevê que a União deve destinar 20% aos Estados e ao Distrito Federal sobre a receita arrecadada com a criação de impostos por meio da sua competência residual, por meio de lei complementar.

A LC nº 141/2012 também impõe que 12% dos recursos do art. 159, I, alínea *a* da CF/88 sejam vinculados à saúde, bem como 12% do art. 159, II.

O art. 159, I, alínea *a* prevê que a União entregará aos Estados e ao Distrito Federal 21,5% do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados.

Já o art. 159, II, indica que a União entregará aos Estados e ao Distrito Federal 10% do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

Por sua vez, o art. 8º²⁶ da LC 141 determina que, no mínimo, 15% da arrecadação do IPTU, ITBI e ISS devem ser destinados à saúde.

Já no que concerne ao repasse de verbas da União para os municípios, e para o Distrito Federal, em suas atribuições municipais, existem também previsões.

Nesse sentido, 15% dos recursos do art. 158, do art. 159, § 3º e do art. 159, I, b, da CF/88 devem ser destinados à saúde.

O art. 158 da CF/88, em seu inciso I, prevê que a União destine aos municípios o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.

Já o inciso II do mesmo prevê que a União destina os municípios 50% do produto da arrecadação do ITR, relativamente, subindo essa porcentagem para 100% na hipótese do art. 153, § 4º, III²⁷.

Por sua vez, o art. 159, § 3º determina que os Estados devem repassar aos municípios 25% dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

26 Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

27 Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] VI - propriedade territorial rural; [...] § 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*: [...] III - será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.

Já o art. 159, I, b aduz que a União deve repassar aos municípios 22,5% do produto arrecadado com os impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados.

A LC nº 141/2012 afirma ainda, em seu art. 12, que os recursos para serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde, bem como às demais unidades orçamentárias que compõem o Ministério da Saúde. Preceitua também que o rateio dos recursos da União serão transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde dos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde (art. 17).

O art. 19 afirma que o rateio dos recursos dos Estados transferidos aos municípios seguirá, por sua vez, o critério de necessidades de saúde da população e levará em consideração as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica e espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais.

Por fim, a legislação complementar invoca ainda algumas excludentes, de modo que as mesmas não podem ser computadas pelos gestores públicos como gastos em serviços de saúde, para atingir os patamares percentuais mínimos de investimento. Nessa perspectiva, a lei, em seu art. 2º, III, aduz que não podem ser computadas “despesas relacionadas com outras políticas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população”.

São excluídos ainda do cálculo das despesas com a saúde, conforme o art. 4º²⁸ da LC 141, o pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde, programas de merenda escolar, ações de saneamento básico, limpeza e remoção de resíduos, ações de assistência social, obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar, direta ou indiretamente, a rede de saúde; dentre outras circunstâncias.

28 Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde; II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área; III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º; V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; VI - limpeza urbana e remoção de resíduos; VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; VIII - ações de assistência social; IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Além de ditar a repartição de recursos entre os entes, a Constituição Federal também elenca as fontes de recursos obtidos para serem investidos na seguridade social, que compreende a saúde, a assistência social e a previdência social.

O art. 195²⁹, combinado com outros preceitos³⁰, destacam diversos tributos que financiam o sistema de seguridade, como as contribuições cobradas dos empregadores e das empresa, recebendo destaque o PIS, a COFINS, a contribuição social sobre o lucro líquido. Vale ainda mencionar os tributos transitórios criados excepcionalmente para o custeio da saúde, como a CPMF.

Procurou-se demonstrar, neste tópico, a quantidade de disposições normativas, visando o financiamento do SUS e das demais políticas públicas da saúde.

Destarte, percebe-se que, pelo menos no mundo abstrato das normas, a Constituição, bem como a legislação infraconstitucional, prezaram por um sistema de saúde público, priorizando uma repartição de finanças cooperativa entre os entes e zelando por

29 Art. 195 - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o Art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. § 1º - 12 As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União. § 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos. § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no Art. 154, I. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. § 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no Art. 150, III, (b). § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. § 8º - O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. § 9º - As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. § 10 - A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. § 11 - vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, (a), e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não cumulativas. § 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento

percentuais detalhados, bem como excludentes formais do que deve ser considerado ou não um investimento na saúde, que exercem influência direta na atuação dos gestores públicos.

3.2 A CF/88 como uma Lei Maior nominativa, as inconstitucionalidades da realidade no âmbito da saúde e o princípio da reserva do possível como justificativa falha das autoridades

No tópico prévio, demonstrou-se que a Constituição Federal de 1988 apresenta caráter analítico, haja vista os inúmeros dispositivos que tentam institucionalizar uma rede de saúde pública minuciosamente financiada, que se norteia por princípios de elevado cunho social.

No entanto, infelizmente, o cenário brasileiro não condiz com a Lei Maior, posto que o Estado apresenta, há anos, uma grave crise no SUS, incapaz de cumprir seus objetivos. Tal fato se mostra como uma adversidade gravíssima àqueles que utilizam a rede pública, por não conseguir arcar com planos privados de saúde.

É por esse e outros fatores que a doutrina costuma classificar a Carta Magna como uma Constituição nominativa, tendo em vista que a mesma não consegue concretizar os objetivos aos quais almeja.

Nesse cenário, em parceria com o Ibope, buscando investigar o impacto dos gastos com saúde no orçamento do consumidor brasileiro, um estudo realizado pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), em 2018, com 1.500 consumidores das capitais do país revela que 70% dos brasileiros não possuem plano de saúde particular, seja ele individual ou empresarial³¹.

É aí que surge o seguinte questionamento: se tantas pessoas dependem da rede pública de saúde, bem como há vasta previsão legislativa sobre a destinação de recursos, porque há essa crise no Sistema Público de Saúde?

Para responder essa indagação, é cediço que o SUS enfrenta problemas como a má distribuição de médicos em todo o Brasil, bem como há uma grande demanda de ações judiciais pleiteando medicamentos e tratamentos que não são cobertos pela rede pública.

Contudo, apesar desses problemas, é possível apontar a corrupção e a falta de investimento como grande causa da má atuação dessa rede.

31 No Brasil, 70% não têm plano de saúde particular, apontam SPC e CNDL. **G1 Economia**. 21. Feb. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/no-brasil-70-nao-tem-plano-de-saude-particular-apontam-spc-e-cndl.ghml>>. Acesso em: 14 de set. 2018.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em maio de 2017, revelou que, em todo o mundo, a porcentagem média de destinação do orçamento público à saúde é de 11,6% do total de receita adquirida.

No Brasil, esse dado era de apenas 4,1% no ano de 2000. Em 2010, subiu para 9,9%, mas acabou sendo reduzida para 8,2% em 2011 e 7% em 2013. Essa porcentagem atingiu 6,8% em 2014, o último ano disponível pela contabilidade da OMS³².

Dentro desse percentual, um estudo conjunto da Controladoria-Geral da União (CGU), em parceria com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, revelou que as áreas de saúde e educação foram alvo de quase 70% dos esquemas de corrupção e fraude, desvendados em operações policiais e de fiscalização do uso de verba federal pelos municípios nos últimos 13 anos³³.

Para a obtenção desses dados, a CGU analisou as transferências de verbas da União até as unidades municipais, selecionando aleatoriamente vários municípios brasileiros como grupo de pesquisa. A cada sorteio era escolhido um grupo de 60 entes municipais com menos de 500 mil habitantes.

No processo, foram publicadas auditorias contendo informações sobre as irregularidades encontradas, relacionadas a fraudes em compras, desvio de recursos públicos para ganhos privados e superfaturamento de bens e serviços.

Nesse sentido, os professores da Fundação Getúlio Vargas (FGV), George Avelino e Ciro Biderman, em 2014, utilizaram esses estudos para construir um indicador de corrupção por município, tendo como parâmetro a mortalidade em hospitais públicos.

Em sua obra “A doença da corrupção: o desvio de fundos e a saúde pública nos municípios brasileiros”³⁴, os professores alegam que a corrupção influencia diretamente os padrões de saúde relacionados com a mortalidade em hospitais e estabelecimentos de saúde.

Além disso, os mesmos professores afirmam que o setor da saúde, se com parado com outras áreas, é bastante vulnerável a atos ilícitos por natureza, uma vez que relaciona uma grande quantidade de órgãos e autoridades, de maneira que as verbas públicas “passam por muitas mãos”, quando são repassadas a partir da União.

32Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1&ua=1>> . Acesso em: 14 de set. 2018

33 AFFONSO, Julia; BURGARELLI, Rodrigo. 70% dos desvios nas cidades afetam a saúde e a educação. **Estadão**, 25. Dez. 2016. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/70-dos-desvios-nas-cidades-afetam-a-saude-e-a-educacao/>>. Acesso em: 15 de set. 2018

34 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/apgvpesquisa/article/viewFile/58357/56830>> Acesso em: 15 de set. 2018

Por fim, apontam que as enfermidades dos dependentes do SUS nem sempre podem ser previstas com exatidão. Não se sabe precisamente quem adoecerá, quando, que tipo de tratamento será necessário ou quão eficiente o tratamento será; bem como envolve a participação de inúmeros órgãos públicos para sua efetivação. Portanto, é imprescindível um maior cuidado com essa área, a fim de manter o seu bom funcionamento.

Em suma, frequentemente, os estados e municípios possuem grandes responsabilidades em relação aos atendimentos em seu território, porém, muitas vezes, acabam não efetivando a garantia desse direito.

O resultado desse cenário é uma infraestrutura precária e a indisponibilidade de material.

Não é difícil verificar postos e hospitais em condições lastimáveis, sem a devida manutenção preventiva e/ou corretiva, funcionando muitas vezes em prédios com instalações elétricas, sanitárias e hidráulicas improvisadas e inadequados.

Há também falta de equipamentos, médicos, mobílias, exame laboratoriais e até mesmo de medicamentos básicos para diabetes, hipertensão, vermífugos ou antibióticos.

Consequentemente, essa dificuldade de acesso à rede pública se tornou caracterizada pela superlotação dos locais públicos de atendimento, onde há deficiência no número de leitos e, como resultado, milhares de brasileiros padecem nas filas.

Em 2014, o Tribunal de Contas da União elaborou um relatório sistêmico de fiscalização, onde técnicos visitaram 116 hospitais e prontos-socorros do país, constatando que 64% destes se encontravam superlotados. Os outros 36% também apresentavam esse problema, porém com menor frequência³⁵.

A auditoria também relatou que 77% dos hospitais observados mantêm leitos desativados porque não há equipamentos mínimos. Ademais, 45% dos mesmos apresentaram equipamentos sem uso porque faltam contratos de manutenção. Esse mesmo grupo analisado demonstrou que 48% dos locais observados sofriam com deficiência de instrumentos e móveis básicos para prestação dos serviços. Por fim, em 80% dos hospitais fiscalizados, faltavam médicos, assim como quase a metade desses hospitais tem leitos fechados, exatamente pela falta de profissionais³⁶.

35BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Relatório Sistêmico de Fiscalização**. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E08D405014E0D3A7C6E3D97>>. Acesso em: 15 de set. 2018

36 MAIS de 60% dos hospitais públicos estão sempre superlotados. **Portal G1**, 27. Mar. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/03/mais-de-60-dos-hospitais-publicos-estao-sempre-superlotados.html>>. Acesso em: 15 de set. 2018

Nesse contexto, muitas vezes questionadas, as autoridades políticas costumam invocar a teoria jurídica da reserva do possível, para justificar a situação crítica do SUS.

Relacionado com os direitos sociais, esse princípio foi assimilado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o mesmo, os recursos dos quais dispõe o Estado são finitos e a harmonização disso com a responsabilidade estatal irá determinar, em cada caso concreto, se há falha estatal ou não, diante da má execução de uma política pública.

Schwarz e Teixeira³⁷ explicam que a reserva do possível ganha fôlego com a tese da escassez de recursos. O argumento afirma que, enquanto as necessidades a serem satisfeitas são ilimitadas, os recursos – orçamentários – são finitos.

Contudo, essa teoria não é absoluta, pois as autoridades públicas precisam comprovar objetivamente a escassez de seus recursos, a fim de validar sua justificativa, o que geralmente não ocorre.

Outrossim, a reserva do possível encontra óbice em outra teoria igualmente atrelada aos direitos sociais: a teoria do o mínimo existencial.

Conforme o nome já revela, essa premissa preza para que, pelo menos um mínimo para a sobrevivência da população deva ser assegurado pelo Estado, em virtude da relevância dos direitos fundamentais exaltados pela Constituição Federal.

O próprio STF, na ADPF n° 45, já consolidou o entendimento de que as autoridades públicas não podem alegar a reserva do possível como justificativa para não garantir o mínimo existencial, caso este que será abordado em tópico específico.

Para Schwarz³⁸, exclusivamente no âmbito da saúde, ainda que, quando questionadas, as autoridades comprovem a ausência de recursos, a aplicação da reserva do possível, nessa área, esbarraria em uma questão maior: a impossibilidade de limitação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Ocorre que o cidadão já possui esses direitos como parte de sua fundamentabilidade, e o ordenamento jurídico não pode negá-los, sob pena de retrocesso social.

Em suma, no caso da má atuação da saúde pública no Brasil, vê-se que a vida e a integridade física de muitos indivíduos se encontram à mercê do acaso.

Não se trata de um caso concreto esporádico, mas de uma problemática institucional e sistematizada, de maneira que o mínimo existencial, de maneira geral, não é assegurado.

37 SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como fábria à sua efetivação. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 11, n. 1, p.47, jan. 2010.

38 Idem, ibidem, p.60.

Portanto, essa má gestão, indiscutivelmente, fere a dignidade do povo, configurando grave afronta àquilo que a Constituição Federal preconiza.

Ante o exposto, é fácil observar que, apesar de todo o cuidado legislativo da Constituição Federal de 1988, oriunda de uma evolução político-jurídica e preocupada com os direitos fundamentais e a dignidade humana, o Estado Federativo do Brasil, no âmbito do SUS, ainda enfrenta bastante dificuldade para concretizar tais previsões e garantir aos seus nacionais um mínimo existencial.

4 AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NÃO NORMATIVAS, AS SENTENÇAS JUDICIAIS ESTRUTURANTES E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA COLÔMBIA

Após retratar o direito à saúde e a falha prática das políticas públicas em concretizá-lo, no que tange aos problemas identificados no SUS, passa-se a analisar essa situação como uma omissão constitucional não normativa, explanando seu significado e o posicionamento da doutrina.

Além disso, o presente estudo irá relacionar essas omissões com as sentenças judiciais estruturantes, a fim de otimizar a compreensão do Estado de Coisa Inconstitucional como instituto.

4.1 As omissões constitucionais não normativas e as sentenças judiciais estruturantes

No tópico 2.3, foram apontados dados que relatam verdadeiras inconstitucionalidades sobre o descumprimento do direito material à saúde.

Verifica-se que, na prática, o SUS não obtém êxito ao concretizar, de maneira eficiente, aquilo que a Carta Magna preconiza, por causa da inércia ou atuação insuficiente das autoridades públicas, os quais, muitas vezes, em vez de gerar benefícios, acabam praticando atos de improbidade administrativa e corrupção.

Inicialmente, quando se fala em omissão das autoridades públicas, que acarretam na violação de um direito constitucionalmente garantido, é sabido que a Constituição Federal dispõe de dois mecanismos tradicionais para que o indivíduo lesionado possa recorrer ao Poder Judiciário.

O primeiro deles, o mandado de injunção, serve para quando determinado indivíduo tiver um direito fundamental subjetivo violado em um caso concreto, em virtude de não haver uma norma regulamentadora que torne viável o exercício desse direito. Ou seja, a Constituição Federal prevê determinado direito, impondo que este seja posteriormente regulamentado por lei. No entanto, as autoridades legislativas não elaboram tal diploma normativo, e, por causa disso, resta inviável o exercício desse direito no caso concreto³⁹.

Outro mecanismo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pela qual o legitimado objetiva sanar uma omissão legislativa em geral. Ou seja, não há um caso

39 NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1003.

concreto, nem um indivíduo especificamente prejudicado, mas sim as autoridades legislativas se omitiram a criar uma lei que a Constituição impôs.

Como se pode verificar, no entanto, ambas as ações supramencionadas se reportam a uma omissão do ato de legislar.

As omissões inconstitucionais não normativas se diferem dessas situações, pois, como o nome já diz, não são ocasionadas por uma inércia na atuação legiferante das autoridades públicas, mas sim na própria execução das políticas públicas que já estão regulamentadas por leis.

Portanto, essas inconstitucionalidades não normativas são o que, em grande parte, marcam o Estado brasileiro, onde há uma Constituição Federal analítica e preocupada em estabelecer a criação de leis, mas que não consegue, de fato, assegurar o cumprimento de políticas públicas.

É válido mencionar ainda a ação popular, que pode ser invocada contra eventual ato inconstitucional executado autoridade pública. Contudo, esta pode ser proposta por qualquer cidadão apenas em face de um caso concreto, um ato único. Logo, não serve para sanar tais omissões, caracterizadas pela inércia e insuficiência das políticas públicas de maneira geral.

Destarte, verifica-se que a Constituição de 1988 não positivou mecanismos diretos para proteger o cidadão das e políticas públicas ineficazes, graves, generalizadas, e sistematizadas, como ocorre na área da saúde e em tantos outros contextos.

Em verdade, há certa controvérsia no que tange à existência dessas omissões, visto que existe uma corrente doutrinária clássica que considera que as omissões inconstitucionais se originam apenas da ausência de leis e de ou outros atos normativos do poder público. Essa linha se baseia na classificação tradicional das normas constitucionais por José Afonso da Silva⁴⁰, de maneira que apenas as normas de eficácia limitada, se não complementadas, podem dar origem a uma omissão inconstitucional.

Entretanto, esse pensamento vem sendo superado. Segundo Marmelstein⁴¹, as omissões inconstitucionais podem decorrer até mesmo de normas constitucionais de eficácia plena, desde que as políticas públicas nas quais se baseiam não estejam sendo realizadas de maneira eficaz. Isso ocorre porque a Constituição Federal estabeleceu prestações positivas a serem cumpridas pelo Estado, a fim de assegurar os direitos fundamentais.

40SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 81.

41 MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica na Uni7**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p.1-25, 30 jun. 2015.

Portanto, defende Marmelstein que, ao contrário do que é reproduzido pela dogmática constitucional, não são apenas as normas de eficácia limitada que podem originar as omissões inconstitucionais. Assim, salienta (MARMELSTEIN, 2015):

Sempre que a pretensão normativa da Constituição é frustrada por uma inação estatal tem-se um caso de omissão inconstitucional. Logo, o parâmetro normativo para verificar se há ou não uma inconstitucionalidade por omissão está nas **normas constitucionais** que impõem **deveres de ação**, inclusive as assim denominadas normas de eficácia plena ou contida. (grifou-se)

Conclui-se, então, que a inefetivação dos preceitos constitucionais está relacionada não só à falta de regulamentação normativa, como também à inércia do poder público em realizar atos infralegais e executar as políticas públicas.

É justamente nesse segundo caso que surgem as sentenças judiciais estruturantes como forma de combater essas adversidades.

Essas sentenças tem sido aplicadas nos últimos anos por diversas Cortes Constitucionais, diante da inexistência de mecanismos jurídicos para sanar as omissões inconstitucionais não normativas.

Basicamente, consiste em uma decisão na qual a autoridade do Poder Judiciário determina uma obrigação às autoridades do poder executivo ou do legislativo, intervindo na execução de políticas públicas.

Contudo, para que se entendam as sentenças judiciais estruturantes, é preciso compreender seu histórico, bem como demais questões que geram divergências entre os estudiosos.

4.2 O caso *Brown v. Board of Education* como *leading case* marcante para as sentenças judiciais estruturantes

Segundo Pinho e Cortês⁴², o instituto das sentenças judiciais estruturantes surgiu nos Estados Unidos, com o nome de *structural reform*.

O sistema de *Common Law* foi um ambiente favorável para o surgimento desse instituto, pois consiste em um sistema de ordenamento jurídico no qual as decisões dos juízes são pautadas em grande parte em decisões anteriormente prolatadas. Portanto, diverge do

42 PINHO, Humberto dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 19, p.229-258, mar. 2018.

sistema romano-germânico (*Civil Law*), adotado no Brasil e em países da Europa, onde predomina a codificação do direito em fontes normativas escritas e detalhadas.

Dentre os *leading cases* mais importantes da Suprema Corte Americana onde houve a aplicação das sentenças estruturantes, destaca-se o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, decidido em 1954 pela Corte de Warren.

Esse caso é emblemático pois ele acabou com o entendimento de uma decisão anterior, conhecida como o caso *Plessy v. Ferguson*.

O caso *Plessy v. Ferguson* se trata de uma situação, na qual um menino negro, Homer Plessy, no Estado de Louisiana, adentrou em um vagão de uso exclusivo a pessoas de cor branca.

Nesse período, nos Estados Unidos, as políticas públicas se baseavam no conjunto de leis *Jim Crow*, que tornavam possíveis a delimitação de locais separados para que negros e brancos exercessem os seus direitos. Assim, os serviços públicos tinham áreas específicas para serem usufruídos por brancos e negros, como transportes públicos, hospitais, escolas, prisões, dentre outras instituições.

Especificamente no caso *Plessy v. Ferguson*, estava vigente a *Louisiana's Separate Car Act*, uma lei que legitimava essa segregação em transportes públicos, entendendo-a compatível com a Constituição da época.

Essa e outras várias ocorrências consolidavam, na época, a doutrina do *separate but equal*, que instauravam uma igualdade entre raças meramente formal, mas que, na prática, impunha uma discriminação racial constitucionalizada.

Após 58 anos de predominância do entendimento aplicado no caso *Plessy v. Ferguson*, o caso *Brown v. Board of Education* apresentou um julgado contrário a essa segregação, de maneira que não apenas decidia um caso concreto, mas determinava a erradicação da cultura do “*separate but equal*”, interpretando como inconstitucionais todas as leis nacionais e locais que autorizavam a segregação racial.

Nesse sentido, Fiss⁴³ comenta que, apesar de as escolas públicas tenham sido o cerne envolvendo o caso *Brown v. Board of Education*, essa decisão deu início para uma reforma estrutural que se estendeu à polícia, às prisões, hospitais de saúde, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos, agências de serviços sociais, bem como outras localidades.

43 FISS, Owen. “Two models of adjudication”. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761

Portanto, o referido *decisum* foi além de um mero julgamento de um caso, mas sim uma virada jurisprudencial sobre a constitucionalidade de diversas normas, que afetou as políticas públicas educacionais e raciais americanas.

Nesse episódio, evidenciou-se inconstitucionalidade tanto por ação como por omissão, pois não somente as normas segregacionistas passaram a estar em desacordo com o princípio constitucional da desigualdade, como também percebem-se violações reiteradas e institucionalizadas aos direitos da comunidade negra, oriundos de políticas públicas inadequadas.

Infelizmente, apesar da postura progressista do referido *decisum*, a Suprema Corte americana não atentou para solucionar o cerne do problema: a realidade social do país.

Isso porque, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade das leis racistas na época, a sentença estruturante do caso *Brown v. Board of Education* não focou em determinar em medidas que, efetivamente, revertissem as políticas públicas segregacionistas predominantes.

O objetivo de tal sentença pretendia não somente fazer um reconhecimento jurídico, mas sim reformar uma cultura na realidade social do país. Para isso, todo o contexto social, econômico e político precisaria ser observados, de maneira a adotar novas políticas públicas, o que não ocorreu.

Ora, os sentimentos arraigados em uma sociedade não se transformam com o estalar de dedos dos chefes do Poder Judiciário. Portanto, apesar da sentença estruturante ter sido proferida, o que ocorreu foi o chamado efeito *Backlash*.

É possível conceituar o efeito *Backlash* como uma forma de reação a uma decisão judicial, a qual, além de dispor de forte teor político, envolve temas considerados polêmicos, que não usufruem de uma opinião política consolidada entre a população.

Sunstein⁴⁴ define o referido efeito como a intensa e contínua desaprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão, buscando retirar sua força jurídica.

Por sua vez, Marmelstein⁴⁵ descreve detalhadamente o fenômeno, enumerando suas características:

36. SUNSTEIN, Cass R. *Backlash's Travels*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, março 2007, p. 4.

45 MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisducao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 06 out. 2018

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Portanto, vê-se que o caso *Brown v. Board of Education* apresentou significativa importância por ser um dos *leading cases* quando se fala em sentenças judiciais estruturantes. No entanto, não é possível afirmar que ele obteve completo êxito, no que tange à eficácia da sua proposta.

4.3 O Estado de Coisas Inconstitucional: surgimento, contexto histórico e pressupostos na sua consolidação como instituto na Colômbia

Uma vez compreendidas as omissões inconstitucionais não normativas, bem como as sentenças judiciais estruturantes como mecanismo para combatê-las, sendo o caso *v. Board of Education* um exemplo histórico delas, passa-se a analisar o Estado de Coisas Inconstitucional.

O Estado de Coisa Inconstitucional pode ser entendido como um tipo de sentença judicial estruturante, caracterizando também uma atuação do Poder Judiciário que, ao julgar determinado caso, busca meios para interferir nas políticas públicas, propondo mudanças estruturais para sanar suas inconstitucionalidades.

Historicamente, esse instituto surgiu a partir da Corte Constitucional Colombiana, devido a omissões estatais que estavam gerando violações generalizadas, sistemáticas e institucionalizadas aos direitos fundamentais.

Em verdade, fala-se em uma construção jurisprudencial da referida Corte, porque não há nenhuma previsão da Constituição colombiana a respeito.

O primeiro caso em que esse instituto foi aplicado, foi a *Sentença de Unificación SU. 559/97*, em um caso envolvendo professores e as autoridades municipais das cidades colombianas de *Zambrano* e *Maira de La Baja*.

Durante vários anos, para fins de previdência social, os docentes desses municípios haviam contribuído para o Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério com parte dos seus subsídios, a fim de receberem futuramente uma contraprestação. No entanto, não houve tal retorno.

Nesse contexto, recorreram ao Poder Judiciário, quando a autoridades municipais dessas localidades realizaram uma distribuição irregular das verbas do fundo em questão⁴⁶.

Inicialmente, naquela época, o instrumento processual do ordenamento colombiano mais viável utilizado pelos indivíduos prejudicados foi a ação de tutela. No entanto, esse tipo de *actio* servia apenas para pleitear os direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva, e não a dimensão objetiva.

Mendes e Branco⁴⁷ explicam que dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se caracteriza por ensejar uma pretensão de que se exija um dado comportamento de outrem ou por produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Por sua vez, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste em considerá-los como uma ordem de princípios e valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, servindo como norte para a ação de todos os poderes constituídos.

A Constituição colombiana dispunha acerca da ação de tutela, de forma que sua sentença gerava apenas coisa julgada *inter partes*, bem como o dispositivo deveria conter uma ordem judicial de imediato cumprimento⁴⁸. Além disso, as ações de tutela não admitiam modalidade coletiva, devendo cada professor ingressar em juízo individualmente, e consequentemente, superlotando o Poder Judiciário.

46 GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico Esmpu**, Brasília, p.79-11, 1, jan. 2017.

47 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.167 - 168.

48 Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Portanto, a Corte Colombiana criou a corrente teórica do Estado de Coisa Inconstitucional a partir de uma interpretação extensiva da ação de tutela, percebendo que se tratava de uma omissão estatal institucionalizada, que prejudicava inúmeros indivíduos com falhas estruturais.

Conforme Hernandez⁴⁹, dois argumentos foram utilizados para essa interpretação extensiva. O primeiro foi o artigo 113 da Constituição colombiana, que consagra o dever de colaboração harmônica entre os diversos ramos do poder público, no sentido de que é obrigação da Corte notificar às demais autoridades a existência de uma situação vulnerável à Constituição colombiana. O segundo foi a vantagem econômica que o instituto proporcionaria, no sentido de caracterizar maior celeridade ao Poder Judiciário, por meio de um pronunciamento que abarcaria situações múltiplas semelhantes, evitando que cada cidadão ajuizasse uma ação diferente de tutela.

Assim, inaugurava-se o ECI como uma sentença estruturante para sanar omissões inconstitucionais não normativas, de maneira que sua sentença possui eficácia *erga omnes*, bem como outras diversas características a serem posteriormente detalhadas.

Nesse contexto, a Corte Colombiana garantiu aos demandantes a contraprestação que pleiteavam, bem como determinou que os municípios que estivessem em situação similar sanassem a omissão inconstitucional em prazo razoável.

Outro caso simbólico no qual esse instituto foi declarado ocorreu em 1998, na chamada decisão T-153. Esse caso se revela mais importante na presente análise, pois ele versou sobre a mesma adversidade social que a ADPF nº 347, atualmente em andamento no Brasil: a crise do sistema carcerário.

A Colômbia apresentava, na época, centros de reclusão em condições impróprias para habitação, constituindo numa verdadeira violação em massa dos presidiários. Assim como o primeiro caso abordado, a *Sentença de Unificación SU. 559/97*, diversas ações de tutela foram propostas, alegando violações generalizadas aos direitos fundamentais dos presidiários pelas próprias instituições do estado.

Inicialmente, a Corte Colombiana recebeu ações envolvendo os *Carceles Nacionales* de Bogotá e Bellavista⁵⁰. No entanto, por meio de documentos e pesquisas em volta dos casos, os julgadores verificaram que o problema se manifestava em todo o território nacional.

49 HERNANDEZ, Clara Inés Vargas. **La garantía de la dimension objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucionales"**. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 1, n. 1, p.214, 2003.

50 Idem, ibidem, p.217.

Diante disso, a Corte Colombiana estabeleceu exigências a serem atendidas em todas as instituições prisionais do país, a fim de reverter o quadro e garantir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais violados dos detentos. Dentre tais medidas, buscava-se a reorganização das políticas públicas penitenciárias e modificações na utilização de verbas. Destacava-se a obrigação de que o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (Inpec), o Departamento Nacional de Planejamento e o Ministério da Justiça deviam elaborar, em um prazo de três meses, a contar de suas notificações, um plano para a construção e renovação de presídios, de forma a garantir aos presos condições dignas de vida, bem como a obrigação de a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação exercerem o monitoramento da implementação.

Contudo, apesar dos esforços, a decisão T-153 não obteve muitos resultados. Isso porque a Corte Constitucional teria determinado a construção de novos presídios como forma de superação do Estado de Coisas Inconstitucional, mas sem ter enfrentado as reais causas de hiperencarceramento, como a edição de leis penais mais rígidas e o excesso de decretação de prisões preventivas.

Outrossim, a atuação da Corte Colombiana se deu de maneira unilateral, sem estabelecer um diálogo com as instituições dos outros Poderes.

Por fim, o Tribunal colombiano não procurou monitorar a implementação das medidas exigidas, bem como não promoveu diálogo com os demais poderes políticos, a fim de realizar discussões sobre o real cerne da crise carcerária.

É interessante notar que a T-153 se assemelha um pouco com o caso americano *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Em ambos os casos, o Poder Judiciário não obteve êxito em suas atuações, pois as sentenças estruturantes estabeleceram medidas sem atentar para os reais cerne das questões, e sem adotar meios para fiscalizar para o cumprimento das exigências judiciais.

Apesar dessa semelhança, é importante ressaltar que a natureza de ambos não se confundem. O caso *Brown v. Board of Education* é um caso emblemático de sentença judicial estruturante em que houve uma reinterpretação pela Corte de Warren sobre as leis segregacionistas (mutação constitucional), culminando numa interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas segregacionistas locais. Já a T-153 é um caso onde houve a declaração de um ECI, que é um tipo de sentença judicial estruturante, caracterizado por uma interferência mais direta do Poder Judiciário. Nesse caso, é possível a participação do Judiciário na própria elaboração e execução das políticas públicas.

Por fim, o último caso simbólico no contexto histórico do ECI é a T-25, também proferida pela Corte Colombiana em 22 de janeiro de 2004. Trata-se do problema dos chamados *desplazados* (deslocados), que caracteriza uma grande adversidade social na Colômbia até hoje.

A *Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento*⁵¹ (Codhes), organização colombiana sem fins lucrativos que promove a defesa dos direitos humanos, em 2010, elaborou o relatório “¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010”. A consulta revelou que, no período de 1985 a 2010, pelo menos cinco milhões de pessoas precisaram se deslocar na Colômbia por motivos de violência. Isso significa que 11,42% do total da população colombiana (aproximadamente 12 em cada 100 colombianos) foi obrigada a se deslocar, em razão de ameaça à vida ou integridade física.

Além disso, a maioria das pessoas deslocadas vive entre a indigência e a pobreza. Das pessoas inscritas no Registro Único da População Deslocada (RUPD), 97,6% vivem abaixo da linha de pobreza.

Esses deslocados internos normalmente precisam abandonar o local onde vivem em virtude de conflitos armados, muitas vezes entre grupos de guerrilha e as forças militares nacionais.

Pois bem, em 2004, a Corte Colombiana considerou que as políticas públicas então vigentes eram incapazes de superar a situação de miséria em que viviam os deslocados, tanto pela insuficiência de recursos públicos como pela má atuação das instituições estatais envolvidas.

Na época, era crescente o número de ações de tutela ajuizadas contra o Estado colombiano.

De plano, a decisão T-25 distingue-se do caso anterior principalmente porque detalhou o ECI, sistematizando dez pressupostos para que o mesmo seja aplicado pela Corte. São eles:

A) Inobservância reiterada e geral das liberdades e direitos essenciais pelos poderes públicos. B) Adoção de práticas constitucionais por ditos poderes. C) A omissão dos órgãos competentes em matéria de defesa de direitos. D) A manutenção de normativas transitórias e provisionais em matéria de direitos fundamentais, como o da autonomia e independência do poder judicial e seu regime disciplinar. E) O ativismo judicial. F) A temporariedade de juízes. G) O funcionamento deficiente e o

51 CONSULTORIA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES). ¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fb3e9c4f-9ea0-4948-8dc5-19cf6e877993/CODHES%20informe%202010%20-consolidacion%20de%20qu%C3%A9-.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

desempenho insuficiente dos organismos judiciais e de defesa e proteção dos direitos fundamentais. H) O exercício de delegação legislativa ilimitada pelo poder executivo. I) A impunidade em delitos de corrupção e contra os direitos humanos. J) A substituição dos mecanismos formais de reforma constitucional e do poder constituinte pela justiça constitucional.⁵²

A decisão T-25 também recebe destaque porque, em seu conteúdo, não foram fixadas unilateralmente pelo Judiciário as políticas públicas a serem adotadas pelos outros poderes políticos, mas houve um maior diálogo entre as instituições públicas envolvidas.

Também merece atenção o fato de que, dessa vez, a Corte constitucional prezou pela fiscalização das políticas públicas a serem adotadas no cumprimento das determinações da sentença.

Garavito e Franco ⁵³ elogiam a atuação Corte Constitucional nessa decisão, afirmando que a mesma não se limitou apenas a fixar os pormenores das medidas que as autoridades públicas deveriam adotar para atender à população deslocada, mas também expediu ordens de procedimentos que envolviam a sua fiscalização, bem como a colaboração entre o Estado e a sociedade civil na elaboração e aplicação de políticas públicas.

Nesse contexto, a Corte convocou audiências públicas para buscar um consenso quanto às providências a serem executadas, proporcionando um procedimento participativo e gradual de implementação.

A participação na primeira audiência contou com a presença de ministros, do diretor de Departamento Nacional de Planejamento (DNP), de procuradores e de defensores. Mais vinte audiências públicas foram realizadas nos dez anos seguintes, contanto com a participação também de membros da sociedade civil.

A junção desse tipo de sentença estruturante com mecanismos de participação pública criou um espaço de deliberação, que pôde oferecer alternativas novas para a atuação judicial na tutela dos direitos fundamentais, em exercício pleno da democracia.

Em suma, a T-25 representou uma evolução na consolidação do ECI, comparadas com a T-153 e, até mesmo, com a sentença estruturante *Brown VS. Board of Education*, como instituto, na medida em que definiu seus pressupostos, preocupou-se em reconhecer o real cerne da problemática enfrentada, bem como primou pela fiscalização das medidas adotadas e, por fim, promoveu uma maior abertura dialogal entre instituições públicas e a sociedade.

⁵² CORREDOR, Róman J. Duque. **Estado de Derecho y Justicia: desviaciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional**, Provincia Especial, 2006, p. 343 – 344. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55509817>>. Acesso em: 21 out. 2018.

⁵³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010, p.133. Disponível em: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018

O resultado disso foi uma atuação legítima e eficiente, com os cuidados necessários a serem tomados pelas Cortes Constitucionais, ao aplicar o ECI.

5 A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Uma vez estudadas as omissões inconstitucionais não normativas, as sentenças estruturantes e os casos que contextualizam historicamente o ECI, passa-se a expor a sua aplicação no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Preceitos Fundamentais nº 347, a qual inaugurou a importação desse instituto.

Analisando a ADPF nº 347, será possível analisar melhor o seu conceito e seus pressupostos, em face do ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) como via propícia à aplicação do ECI no ordenamento brasileiro

Primeiramente, é preciso atentar para o fato de que esse instituto foi aplicado pelo STF em uma ADPF. Nesse contexto, é importante afirmar que, no direito brasileiro positivado, esse é o tipo de ação mais propício para que o ECI seja utilizado.

A ADPF é um dos tipos de ações utilizadas no controle concentrado de constitucionalidade, junto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação Direta de Constitucionalidade (ADC). Em âmbito nacional, apenas o STF tem competência para julgar tais ações.

Contudo, a ADPF se difere das demais ações de controle concentrado por causa do seu caráter residual, conforme a Constituição Federal de 1988⁵⁴ e a lei 9.882/99⁵⁵.

Nesse contexto, as omissões inconstitucionais não normativas normalmente são causadas pela inércia ou má atuação das autoridades estatais nas políticas públicas, ou seja, em nível infralegal.

Conforme a Constituição Federal, somente é admitida a proposição de ADI ou ADO para combater apenas atos normativos primários, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos; bem como leis federais e estaduais em face à CF/88.

Contudo, diversos atos do Poder Público, causadores das inconstitucionalidades não normativas aqui estudadas, ocorrem por meio de atos administrativos, como decretos regulamentares, portarias, alvarás. Ademais, há atos jurídicos, que, mesmo sendo normativos,

54 Art. 102, §2º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei

55 Art. 4º, §1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

não podem ser objetos de ADI e ADO, com o os atos normativos pré-constitucionais, ou até mesmo leis municipais em face da CF/88.

Em outras palavras, muitas violações a direitos fundamentais podem ocorrer pela ausência da devida prática de propostas de governo ou planos do Poder Executivo, e não porque determinado ato normativo deixou de ser redigido. É justamente por isso que, sob um ponto de vista constitucional, o combate essa inércia do poder público se torna mais viável se feito por meio de ADPF.

Por fim, é necessário esclarecer que a Constituição Federal ou nenhuma lei explica o que seriam os preceitos fundamentais descumpridos, objetos da ADPF. Porém, o STF, no julgamento de medida cautelar na ADPF nº33 estabeleceu um rol exemplificativo dentre os dispositivos constitucionais, consagrando como preceitos fundamentais, por exemplo, os princípios fundamentais dos arts. 1º ao 4, os direitos e garantias fundamentais dos arts 5º a 17, os princípios sensíveis do art. 34, IV; os princípios da Administração Pública do art. 37, caput; e as cláusulas pétras do art. 60 , §4º.

Desse modo, verifica-se que, no sistema brasileiro, a ADPF é o meio mais propício para que questões venham a ser abordadas pelo ECI, a fim de sanar omissões inconstitucionais não normativas que violem direitos fundamentais, por meio de uma atuação do STF.

5.2 A jurisprudência do STF sobre a proteção do mínimo existencial e a crise do sistema carcerário como tema recorrente na agenda do Supremo Tribunal Federal

Conforme abordado no tópico anterior, o ECI foi aplicado no Brasil pela primeira vez na ADPF nº 347. Essa ação se assemelha bastante em conteúdo, se comparada à T-53 aplicada pela Corte Colombiana, pois ambas versam sobre a crise do sistema carcerário.

Porém, antes de abordar a ação de controle de constitucionalidade em si, é importante ressaltar que decisões envolvendo tanto a proteção do mínimo existencial como a crise do sistema carcerário já constavam na agenda do Supremo há certo tempo.

Nesse sentido, a ADPF nº 45 consiste em um verdadeiro parâmetro jurisprudencial pátrio contra o argumento da reserva do possível, constantemente alegado pelas autoridades públicas, diante de políticas insuficientes.

No caso, firmou-se o entendimento de que a Corte Constitucional poderia determinar medidas para o Executivo, quando o mínimo existencial dos detentos fosse violado.

Em seu voto, o relator Ministro Celso de Mello explica:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)⁵⁶. (Grifou-se)

Moreira⁵⁷ explana que foi essa decisão que inaugurou o entendimento de que, por serem imediatamente exigíveis do Estado, não é possível opor o argumento da reserva do possível à realização dos direitos sociais.

A ADPF nº 45 parece estar em consonância com os ensinamentos da Marques Jr⁵⁸, que explana o devido papel do Judiciário diante das teorias: reserva do possível, mínimo existencial e, ainda, da máxima efetividade.

Para o autor, o Poder Judiciário, ao julgar casos que possam concretizar a implementação de direitos sociais, deve estabelecer uma relação simbiótica de complementaridade e interpenetração entre essas teorias, mas não sua exclusão pura e simples uma sobre a outra.

Portanto, antes mesmo de o ECI ser cogitado no Brasil, o STF já havia consolidado entendimento de que o Judiciário poderia intervir na realização de políticas públicas.

Já o Recurso Extraordinário nº 580.252/MS com repercussão geral, de relatoria do ministro Teori Zavascki, trouxe à tona uma discussão se o Estado deveria indenizar com

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

57 MOREIRA, Lucas Pessoa. **O Estado de Coisas Inconstitucionais e seus perigos**. p.25. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>. Acesso em 25. Out. 2018

58 MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do Neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos Direitos Fundamentais Sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Máxima Efetividade. In: Terezinha de Oliveira Domingos; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas** I. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01, p. 371-400.

reparações pecuniárias aos presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em estabelecimentos com condições precárias. Em seu voto, o relator se mostrou a favor da responsabilidade estatal, sendo acompanhado no Ministro Gilmar Mendes.

Por sua vez, em voto-vista, o Ministro Luís Roberto Barroso também assentou o dever estatal de indenizar. No entanto, apontou para a possibilidade de remição de dias de pena, em vez de pagamento em pecúnia aos detentos. Esse exame foi interrompido por pedido de vista da Ministra Rosa Weber⁵⁹.

Por fim, apenas há dois meses antes de julgar as medidas cautelares pleiteadas na inicial da ADPF nº 347, o plenário julgou o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, proferindo a seguinte decisão⁶⁰:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: “**É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes**”. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015. (grifou-se)

Nesse caso concreto, o Ministério Público havia ajuizado uma ação civil pública contra o Estado do Rio Grande do Sul, exigindo uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana. No entanto, ao julgar o caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pedido do Ministério Público, fundamentando que não cabe ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimento prisional, sob pena de uma intervenção apropriada no seu juízo de administração e uma violação da separação dos poderes⁶¹.

59 CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador. Juspodivm, 2016, p. 283-284.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>> Acesso em: 25. Out. 2018.

61 MOREIRA, Lucas Pessoa. **O Estado de Coisas Inconstitucionais e seus perigos**. p.6. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf> . Acesso em 25. Out. 2018

Contudo, a Suprema Corte reformou o acórdão, apontando que o sistema carcerário mostrava sinais de total falência, o que comprometeria a efetividade do sistema como instrumento de reabilitação social.

Assim, considerou que era viável o Poder Judiciário intervir para que o conteúdo do sistema prisional fosse assegurado. O julgado também remete à inafastabilidade da jurisdição, e ainda acrescentou o poder geral de cautela dos juízes, mediante o qual lhes seria permitido adotar medidas atípicas, em prol de assegurar a efetividade jurisdição.

O julgado acrescentou ainda que tais intervenções do Judiciário só seriam legítimas quando se verificasse uma atuação omissiva ou um “não fazer” comissivo por parte das autoridades estatais, que colocasse em risco, massivamente, os direitos dos jurisdicionados⁶².

Desse modo, vê-se que a ADPF nº 347 não inaugurou um entendimento novo, mas sim caracterizou um ápice para que uma situação de crise, que vinha trazendo diversas demandas a serem apreciadas pelo Judiciário.

5.3 Analisando os pedidos provisórios e definitivos feitos na ADPF nº 347

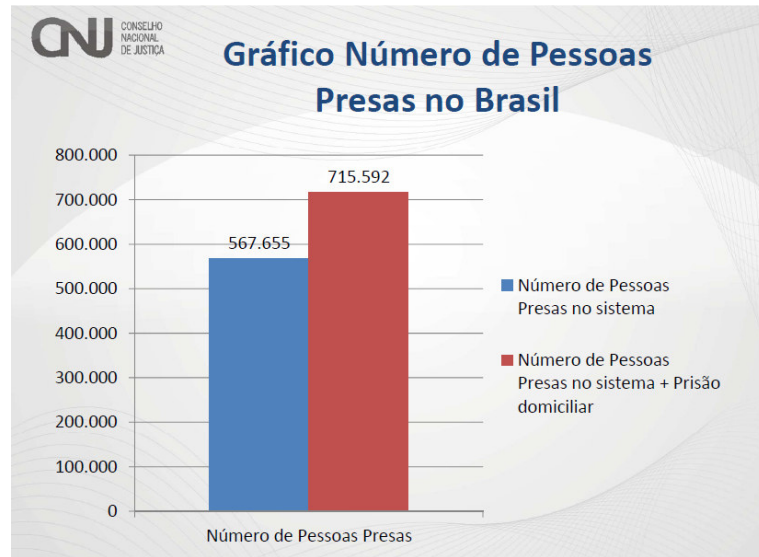
O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), partido político com representação nacional, foi o autor da ADPF nº 347, procurando, junto ao reconhecimento da crise carcerária como ECI, diversos pedidos cautelares e provimentos finais a serem impostas pelo STF.

O partido utilizou argumentos fáticos para embasar o seu interesse de agir, como conhecimento público e notório sobre a superlotação dos presídios e a situação precária na qual se encontram.

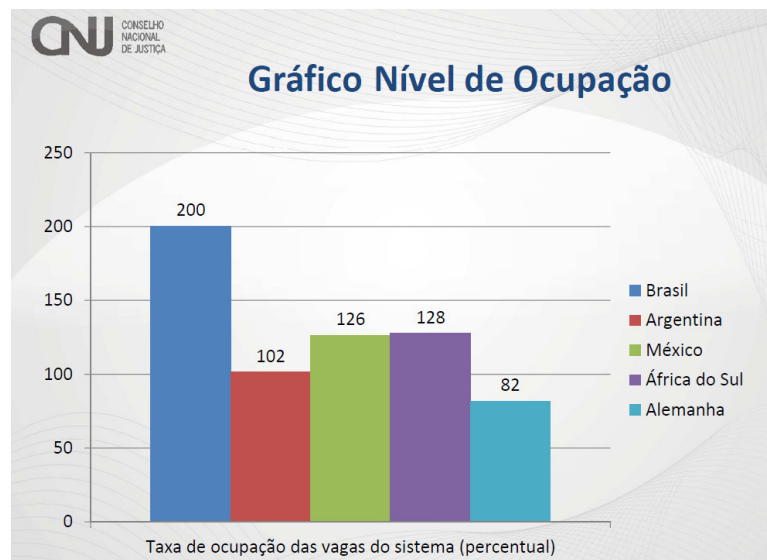
Nesse contexto, em 2014, o Conselho Nacional de Justiça já havia apresentado dados de que o Brasil é o quarto país com maior população prisional no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia, veja-se⁶³:

62 COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, nº 138, abr/jun. 1998. p.43.

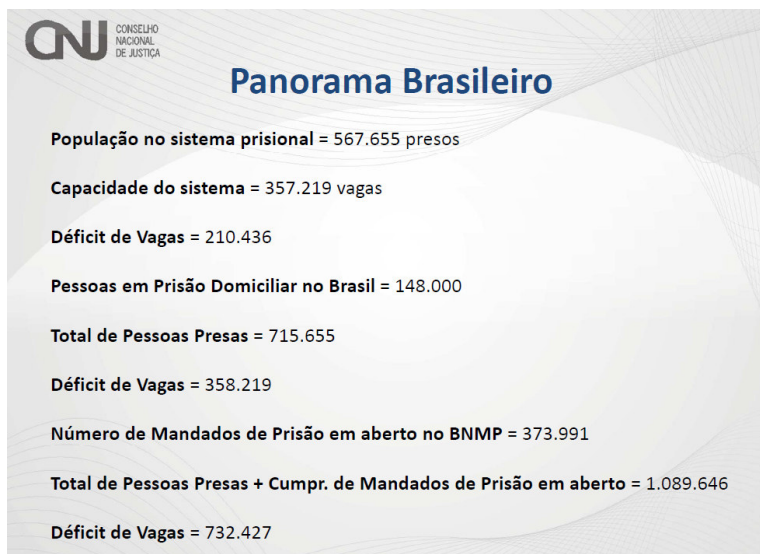
63 Gráficos disponíveis em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em 01. Nov. 2018



Fonte: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf



Fonte: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf



Fonte: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf

Os gráficos mostram que em 2014, havia aproximadamente 570 mil presos em cadeias (excluindo prisão domiciliar). Especificamente em junho do mesmo ano, 567.655 detentos, ao passo que o sistema carcerário comportava, no máximo, 357.219 pessoas.

Assim, o país apresentava o dado percentual de 200% de ocupação do seu sistema prisional, comportando o dobro da sua capacidade original. Nesse sentido, calculou-se um déficit prisional de 210.436 pessoas.

Nesse contexto, o partido ajuizou a ADPF como única via eficaz para promover o reconhecimento do ECI pelo STF. Além disso, em seus pedidos, procurou apostar no caráter dialógico do controle de constitucionalidade, apontando para a violação massiva dos direitos fundamentais, em virtude do elevado número de presidiários existentes.

O PSOL criticou o elevado grau de burocracia e rigidez da União para a liberação de verbas do fundo aos demais entes federativos, prejudicando a cooperação entre as esferas de governo.

Diante desse cenário, é interessante abordar alguns dos pedidos cautelares formulados e definitivos, sem adentrar minuciosamente em questões específicas da ADPF nº 347, mas a fim de obter o conhecimento necessário para uma possível aplicação de um ECI âmbito da saúde.

O partido realizou diversos pedidos em medida cautelar, quais sejam:

- a) determinar que os juízes motivem a decisão de manter o encarceramento em detrimento a adoção de medidas cautelares; b) reconhecer a aplicabilidade em 90 (noventa) dias dos artigos 9, 3, 1ª parte do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7, 5, 1ª parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, de modo a

viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão; c) determinar aos juízes e tribunais brasileiros que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, buscando sempre aplicar no que for viável penas alternativas à prisão, bem como no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução; d) determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a revisão dos processos que envolvam pena privativa de liberdade; f) imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vedação à União Federal de 204 realização de novos contingenciamentos, até a superação do ‘estado de coisas inconstitucional’ do sistema prisional brasileiro.⁶⁴

Diante desses pedidos provisórios, o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, determinou que juízes e tribunais:

1) lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicavam medidas alternativas à privação de liberdade; 2) realizassem audiências de custódia, em até 90 dias, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; 3) considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; 4) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; 5) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos⁶⁵.

No que tange, especificamente, ao descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), a determinação do Ministro em sede de cautelar gerou bastante discussão.

O contingenciamento de despesas pela Administração Pública está previsto no art. 9º da Lei Complementar nº 101/2000. Este consiste no fato de o Poder Público gastar menos daquilo que fora planejado no orçamento, devido à arrecadação insuficiente de receita pelo governo, quando se verifica um elevado grau de despesas ou eventual crise econômica vivenciada pelo país.

No entanto, não é toda e qualquer despesa que pode ser contingenciada pelo Poder Público, pois o art. 9º, §2º da Lei Complementar nº 101/2000 exclui da contingência as

64TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. **Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba.** Área: Constituição e Democracia II, p. 204-205. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6klEjiBDgCyA.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2018.

65VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). p. 19. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 24 de out. 2018.

despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

Nesse contexto, o FUNPEN foi criado pela Lei Complementar nº 79/94, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994, cuja função seria servir de recursos destinados ao financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro.

O promovente criticou o contingenciamento de recursos pela União, tendo em vista que o fundo possuía, em 2013, o equivalente a R\$ 2,2 bilhões, bem como apenas 20% desse valor teria sido usado nesse ano.

Segundo a Organização Não Governamental Contas Abertas, em 2016, o fundo continha R\$ 3,3 bilhões disponíveis. No entanto, a dotação orçamentária do mesmo ano foi apenas 682,7 milhões, e no mês de outubro do referido ano apenas 270,6 milhões haviam sido utilizados⁶⁶.

Já em 2017, a ONG estipulou que haveria no montante R\$ 2,5 milhões “parados”, com a finalidade única de causar um superávit primário⁶⁷.

Diante de toda essa situação, Serafim⁶⁸ explica que o pedido de tutela antecipada para o descontingenciamento imediato é legítimo por dois argumentos.

O primeiro seria que a falta de investimentos no sistema prisional representa o grande cerne da sua deterioração.

O segundo seria que o pedido, na ADPF nº 347, tão somente pretende conferir maior eficácia a um fundo existente, cuja finalidade se encontra prevista em lei, mas que até então não vem cumprindo com seu propósito. Na ação, o PSOL não procurou estabelecer a criação de um novo fundo, tampouco pleiteou uma nova dotação orçamentária que não estivesse prevista em lei.

Quanto a esse último argumento, alguns poderiam tentar rebatê-lo, invocando para isso os art. 73 da Lei nº 4.320/64 e o art. 8º, parágrafo único da Lei Complementar nº 101, os

66 CONTAS ABERTAS. Descaso: governo tem R\$ 3,3 bi “parados” para reforma e ampliação de presídios. Contas Abertas, Goiânia, 28 out. 2016. Disponível em : [HTTP://WWW.contasabertas.com.br/site/noticias/descaso-governo-tem-r-33-bi-parados-para-reforma-e-ampliao-de-presidios](http://www.contasabertas.com.br/site/noticias/descaso-governo-tem-r-33-bi-parados-para-reforma-e-ampliao-de-presidios). Acesso em: 10.nov. 2018

67 CONTAS ABERTAS. Superlotação: governo tem R\$ 2,5 bilhões parados para presídios. 2017. Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/site/orcamento/superlotacao-governo-tem-r-25-bilhoes-parados-para-presidios>> Acesso em: 10 nov. 2018

68 SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a busca por uma jurisdição constitucional legítima e eficiente: uma análise da adoção do instituto colombiano na ADPF nº 347/DF**. 2018. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018, p. 65.

quais afirmam que o saldo apurado no balanço patrimonial do fundo poderá ser transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo, salvo se a lei instituidora estabelecer o contrário.

No entanto, se o STF acatasse esse argumento contrário, acabaria incorrendo em uma contradição jurisprudencial, pois a Corte Maior sempre entendeu que a alegação de reserva do possível pela Administração Pública jamais pode ser invocada como obstáculo para a garantia do mínimo existencial. Até mesmo porque, no caso do FUNPEN, existem recursos orçamentários disponíveis, de maneira que o mínimo existencial, que está sendo gravemente violado nas prisões, não pode ser ignorado por simples juízo de discricionariedade da Administração Pública.

Nessa questão, as discussões da ADPF n° 347 ainda não foram completamente resolvidas, mas já geraram algumas consequências.

Alguns políticos, em oposição ao contingenciamento do fundo, também argumentaram que seria viável um possível descontingenciamento a partir do Poder Legislativo, e não do Executivo.

Nesse contexto, a Senadora Ana Amélia, do Rio Grande do Sul apresentou Projeto de Lei Complementar n° 25/2014, que procurava determinar a obrigatoriedade do descontingenciamento do FUNPEN, mas o mesmo ainda não foi julgado.

Além disso, foi elaborada também a Medida Provisória n° 755/2016, que foi revogada posteriormente pela Medida Provisória n° 781/2017. Esta última gerou polêmica por causar um suposto desvio de finalidade sobre o uso das verbas do FUNPEN, pois a mesma prevê a autorização de recursos do fundo para atividades preventivas, como a inteligência policial e atribuições das Forças Armadas, bem como preveu outras alterações.

De todo modo, além de conhecer os pedidos de tutela provisória cautelares e antecipados formulados, também torna-se relevante conhecer os pedidos definitivos abordados pelo PSOL.

Uma vez analisados os pedidos provisórios cautelares da ADPF n° 347, apresentando questões mais específicas sobre os gastos envolvendo o sistema carcerário, é importante analisar também os provimentos finais pleiteados pelo PSOL, e o que restou decidido pela Suprema Corte. Assim, adquire-se maior conhecimento sobre uma possível aplicação semelhante na área da saúde.

Em sua petição inicial, o partido político exigiu os seguintes provimentos:

- a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b)

Confirmar as medidas cautelares aludidas acima; **c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos;** d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; **e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional.** Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de 72 Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça. **f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos.** Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas. **g)** Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF. **h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão.** Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça. **i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.**⁶⁹ (Grifou-se)

Primeiramente, um dos pedidos que chamam atenção é a elaboração pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal de planos, visando à superação do quadro de crise carcerária, que depois seria submetido a aprovação do STF.

Em seu pedido, o partido especificou que os planos devem conter propostas e metas específicas para a superação da violação dos direitos fundamentais dos presos, especialmente no que toca à “(i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e

⁶⁹Petição inicial da ADPF nº 347/DF. p. 70-73. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560&ad=s#>>. Acesso em: 26 de out. 2018.

reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT”.

Até aqui, vê-se que o pedido apresenta relevantes pontos a serem abrangidos, bem como se encontram em harmonia com os antecedentes jurisprudenciais do STF, no que tange à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas do Executivo, para assegurar aos direitos fundamentais.

Contudo, o PSOL requereu a elaboração desse plano no período máximo de 3 meses, bem como sua execução no período máximo de 3 anos.

A estipulação de um prazo para a realização de tais planos se mostra de suma importância, a fim de evitar que o reconhecimento do ECI não simplesmente declare a existência de uma situação jurídica, mas também sejam adotadas providências para reverter a situação, característica típica das sentenças estruturantes.

No entanto, é possível afirmar que o prazo pleiteado exigido pelo partido se apresenta demasiadamente curto.

Ora, não é possível elaborar um plano com tantas metas e propostas específicas, considerando ainda todos os pontos pleiteados pelo partido, em apenas três meses. Até porque se trata de um problema generalizado, sistematizado, institucional e presente há décadas no Brasil.

A diminuição do caos no sistema carcerário não pressupõe a simples reforma das prisões, pois isso não reduz, de fato, a criminalidade. Não devem ser adotadas medidas somente em curto prazo e médio, mas também a longo prazo.

A redução da quantidade de presos requer, também, o aumento dos investimentos em educação, a reinserção do detento na sociedade, melhoria das instituições que coordenam

essas políticas públicas no âmbito do Poder Executivo, e uma atuação conjunta das instituições auxiliares da justiça.

Essa adversidade é ainda acentuada em um país fortemente assolado pela corrupção, pelo crime organizado (que afeta o interior dos presídios) e pela crise econômica (que limita a destinação de recursos).

Portanto, o prazo de 3 meses pleiteado na inicial é claramente insuficiente.

Outro ponto que merece ressalva é o pleito para que o plano federal e dos Estados sejam homologados ou complementados pelo próprio STF.

Aqui, entra em destaque uma grande questão sobre os limites entre a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e o princípio da separação dos poderes, que merece ser abordado necessariamente no capítulo posterior, antes de finalizar sua possível aplicação no âmbito da saúde.

6 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO POSSIBILIDADE DE ATIVISMO JUDICIAL LEGÍTIMO E EFICIENTE

Até aqui, foi observado que as sentenças judiciais estruturantes são caracterizadas por conterem uma influência do Poder Judiciário nas políticas públicas, a fim de sanar uma omissão constitucional não normativa, sendo o ECI um dos tipos principais de sentenças judiciais estruturantes.

Antes de analisar a sua aplicação no âmbito da saúde, é necessário sanar uma questão que circunda o ECI. Uma discussão pelo qual esse instituto constituiria um ativismo judicial que a afronta o princípio da separação de poderes e, até mesmo, a democracia.

Essa crítica se torna relevante nesse contexto, porque na ADPF nº 347, além de o PSOL ter pleiteado a elaboração de planos nacionais e estaduais no prazo curto de 3 meses, requereu ainda que, após a elaboração destes, os mesmos deveriam se submeter a uma homologação pelo STF.

Após essa análise, será possível reconhecer a aplicação de um ECI, no Brasil, como uma manifestação de ativismo judicial legítimo, bem como serão estipulados pressupostos objetivos para a atuação eficiente deste instituto.

Por fim, serão relacionados o instituto e o direito social à saúde, explanando sobre a viabilidade e as discussões originadas dessa reflexão.

6.1 A relação entre o Estado de Coisa Inconstitucional, a judicialização da política e o ativismo judicial nas políticas públicas

O ECI representa uma interferência da Corte Constitucional em um âmbito próprio dos poderes Legislativo e Executivo: a elaboração e implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, não é qualquer intervenção judicial que merece ser vista como uma invasão ou usurpação de competências de outros poderes. Para isso, é imprescindível tecer alguns argumentos contrários a esse pensamento.

Primeiramente, faz-se necessário lembrar que, no sistema jurídico brasileiro, os três poderes, pilares da Constituição, não se confundem, mas também não estão distantes e separados uns dos outros. Pelo contrário, são harmônicos entre si.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu pretensões transformativas e inclusivas, que requerem um modelo dinâmico, dialógico e cooperativo. Assim o é porque a finalidade da Carta Maior é o seu núcleo axiológico e normativo: os direitos fundamentais.

Nesse sentido, Bonavides⁷⁰ afirma que a CRFB/88 instaurou a época constitucional dos direitos fundamentais, a qual sucede a época da separação dos poderes.

Assim, o ECI e as sentenças estruturantes podem ser uma oportunidade para que, uma vez instaurado esse cooperativismo, o Judiciário possa cumprir uma função de reforçar a responsabilidade dos outros poderes.

Garavito⁷¹ aduz que a declaração do ECI tem o fim prático fundamental de impulsionar o aparato estatal para que este desenhe, implemente, financie e evolua as políticas públicas. Tudo isso para implicar mudanças necessárias, com o fito de cessar uma violação massiva dos direitos fundamentais.

Na ADPF n° 347, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio ressalta essa circunstância, apontando que a atuação interventiva do STF sobre as políticas públicas no sistema carcerário encontra legitimidade: a) na omissão desastrosa dos outros poderes e b) na consequência negativa dessas falhas estruturais em relação à efetividade dos direitos fundamentais⁷²:

[...] No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso. (grifou-se)

Portanto, o ECI não consiste uma ameaça à separação dos poderes, mas um meio de cooperação para que os poderes, atuando em conjunto, sejam eficientes em finalidade máxima.

70 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados** n° 51. São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, 2004, p. 127

71 GARAVITO, César Rodríguez. **Cuando cesa El estado de cosas inconstitucional Del deslocamento? Más Allá Del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional**: Políticas, Derechos y Superación Del desplazamiento forzado em Colombia, p. 438.

72 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Marco Aurélio na ADPF n° 347/DF. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> >. Acesso em: 28 de out. 2018.

Diante do exposto, é possível afirmar que, ao se falar em ECI, está-se diante de uma manifestação ativismo judicial.

É interessante, neste ponto, diferenciar ativismo judicial e judicialização da política, em que pese ambos os fenômenos decorreram do Neoconstitucionalismo e são juridicamente aceitos pelo ordenamento brasileiro.

A judicialização da política decorre da Constituição, que apresenta elevado conteúdo principiológico, político e programático.

Por causa disso, a Carta Maior permite que uma questão de ampla repercussão política e social, que normalmente seria decidida pelos poderes Executivos ou Legislativo, possa ser levada ao Poder Judiciário, por aqueles que se sentirem violados.

Carvalho⁷³ aponta que a judicialização da política envolve tanto a supremacia da Constituição sobre os atos do parlamento e do Executivo, como também uma preocupação com o ambiente político-institucional e as relações sociais.

Por sua vez, Barroso⁷⁴ aponta três fatores a que justificam judicialização da política. São eles, 1- A redemocratização do país; 2- O constitucionalismo abrangente, que elevou ao patamar constitucional diversas matérias, inclusive políticas, de maneira que as tais matérias passam a ser objetos de pretensões jurídicas a serem pleiteadas em pretensões judiciais ; e 3- O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que dá legitimidade ao Poder Judiciário para impugnar leis ou omissões legislativas contrárias à Carta Maior.

Portanto, a judicialização da política não depende do Poder Judiciário. Esta consiste em uma possível transferência da tomada de decisões do setor administrativo/político para o setor judicial, decorrendo diretamente do modelo constitucional adotado.

Em outras palavras, a própria Constituição Federal delega ao Poder Judiciário a possibilidade de julgar essas questões, como parte de sua função.

Não se deve confundir com o ativismo judicial, pois este se manifesta de outra forma.

Em algumas situações decorrentes da judicialização da política, onde a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário a competência de decidir algo no âmbito político/administrativo, o tribunal pode optar por adotar um postura mas contida ou mais interventiva.

73 CARVALHO, E. R. de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, n. 23, p. 118, nov. 2004.

74 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. P 03-04. Artigo disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf> . Acesso em: 29 de out. 2018.

Quando a Corte, nessa oportunidade, profere uma decisão com um viés mais interventivo, resta configurado o ativismo judicial.

Nesse sentido, Barroso⁷⁵ aqui o explana como uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Portanto, enquanto a judicialização da política é legitimada pela própria Constituição Federal, o ativismo judicial parte do próprio tribunal.

Assim, o ECI pode ser visto como uma manifestação de ativismo judicial, visto que adotam uma postura mais proativa em face das omissões estatais, naquelas situações nas quais a judicialização da política lhes dá a oportunidade para agir.

Apesar dessa separação, surge o questionamento: o STF estaria fazendo um ativismo judicial legítimo por meio do ECI?

6.2 As críticas recorrentes contra o ativismo judicial e a possibilidade do ECI como uma prática ativista legítima

Inicialmente, é preciso ressaltar, para fins deste estudo, que o ativismo judicial aqui abordado é aquele manifestado na intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, por meio da declaração do ECI. Portanto, é um ativismo judicial chamado de estruturante.

Apesar de uma atuação ativista do Poder Judiciário poder trazer diversos benefícios à cooperação dos três poderes, é preciso tomar cuidado para que esse ativismo seja, de fato, legítimo, atendendo certos limites.

Nesse sentido, é possível extrair alguns pressupostos objetivos que garantem uma postura ativista legítima e eficiente por parte do STF.

Para possibilitar a melhor compreensão desses pressupostos, no entanto, é interessante analisar, antes, duas principais críticas comumente feitas à prática de ativismo judicial.

A primeira crítica, seria que o ativismo judicial violaria o princípio da separação de poderes.

75 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RDF – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Atualidades Jurídicas(Brasília), 2011, p. 9.

A segunda crítica é que o ativismo judicial violaria a democracia, fundamentando que os juízes não são representantes do povo, e, portanto, não teriam legitimidade para intervir nas políticas públicas daqueles que foram eleitos democraticamente.

Contudo, tais críticas não merecem prosperar.

No que tange à separação dos poderes, é cediço que os três poderes que compõem o sistema pátrio não são absolutos, mas estão repletos de funções típicas e atípicas.

Além disso, apesar de são serem eleitos diretamente, a Carta Magna determina que a atuação do juiz lhe confere legitimidade, quando este passa a exercer sua jurisdição, devendo os juízes e os tribunais fundamentar todas as suas decisões, conforme o seu art. 93⁷⁶.

Essa legitimidade no exercício da jurisdição ganha ainda mais força no caso do STF, cujas decisões podem vincular a Administração Pública e todo o Poder Judiciário.

A Constituição Federal também se preocupa em estabelecer vários critérios para que alguém seja indicado a ministro do STF, inclusive um deles é ser indicado pelo Presidente da República, o qual, por sua vez, é diretamente eleito pelo povo.

Outrossim, ao observar o rol de competências do STF, vê-se que o mesmo, não decide apenas litígios, mas mantém uma relação próxima com questões de cunho político.

Nesse contexto, é válido citar as ações do controle de constitucionalidade, que, não deixam de ser decisões jurídicas, mas apresentam elevado impacto político, pois nada mais são do que uma espécie de controle sobre as normas editadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Apesar de tudo isso, ainda pode persistir a dúvida: será que o STF teria realmente legitimidade para intervir em questões políticas no ECI, como, por exemplo, participar na elaboração de quais políticas públicas devem ser utilizadas para assegurar a efetividade dos direitos sociais?

A resposta para isso é positiva.

É necessário lembrar que a própria Carta Magna possibilita a judicialização da política, conforme explanado no tópico anterior. Ou seja, naturalmente o ordenamento jurídico aceita que algumas questões político-administrativas possam ser tomadas pelos tribunais, e, em casos mais relevantes, pelo STF. Isso sem ofender a tripartição dos poderes. Daí, fica a critério do Supremo Tribunal Federal definir, em suas decisões, uma postura mais

76 Art. 93 [...], X: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

ativista ou mais contida. Desse modo, o ativismo judicial é uma consequência da judicialização da política.

Segundo Barroso⁷⁷, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Nesse sentido, o jurista afirma que o ativismo judicial legitimamente exercido é aquele que “...procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos”.

Ou seja, o ativismo judicial teria uma feição positiva quando o Judiciário buscar atender demandas sociais que não foram satisfeitas pelos demais poderes.

Segundo Moreira⁷⁸, a crescente atuação do Poder Judiciário na mediação das relações sociais, políticas, culturais e econômicas, com a finalidade de garantir direitos à sociedade, é um dos fatores que fomentaram o surgimento do fenômeno da judicialização adotada pela Constituição Federal.

Grinover, Luco e Watanabe⁷⁹ registram que o Judiciário brasileiro, há muito tempo, deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída (resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial) para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Lei Maior.

Além disso, conforme a teoria dos poderes implícitos, se a Constituição outorgou ao STF a guarda da Constituição, bem como a competência para julgar a atuação dos poderes políticos na concretização dos direitos fundamentais, outorgou-lhe também os poderes necessários para realizar essas finalidades.

Nesse sentido, segundo Bonavides⁸⁰, a teoria dos poderes implícitos afirma que, uma vez estabelecidas as competências e as atribuições de um órgão estatal, não existe

77 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 09, março/abril/maio, 2007, p. 8.

78 MOREIRA, Lucas Pessoa. O Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>. Acesso em: 8 nov 2018.

79 GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WATANABE, Kazuo. **Projeto de Lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controlre-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em: 30. Out. 2018.

80 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 206. P. 483 – 485.

necessidade de uma norma explícita autorizando o órgão a utilizar os meios necessários para exercer suas competências, pois essa autorização é implícita.

Serafim⁸¹ comenta que, se a Constituição Federal, originada a partir da soberania popular, estabelece a maneira pela qual os ministros do STF serão indicados, bem como possibilita que a jurisdição seja aplicada no âmbito de matérias políticas (que podem ser levadas até o Supremo); afirmar que esses julgadores não possuem legitimidade de investidura seria o mesmo que negar, em certo grau, a legitimidade a eles conferida pela própria Carta Magna.

Há quem não concorde com a possibilidade de judicialização da política, adotada pelo ordenamento brasileiro. Contudo, é inegável que, a partir do momento em que alguém é investido como ministro do STF, a sua atuação passa a ser reconhecida e legitimada pela vontade do Constituinte Originário, consubstanciada na Constituição Federal.

Vontade essa que prima pela efetividade de todo o Texto Constitucional, especialmente a tutela dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, que podem acabar sendo violados em face das ações e omissões do Poder Público.

Portanto, não existe ofensa à separação de poderes quando a própria Constituição Federal possibilita a judicialização da política em situações, nas quais as o STF é provocado a decidir causas envolvendo direitos fundamentais não cumpridos pelo Estado.

Já no que tange ao argumento de uma suposta violação à democracia, surge a dúvida: o STF teria realmente legitimidade para atuar na realização das políticas públicas, típicas do Poder Executivo, estando esse amparado pela vontade da maioria que o elegeu?

Em resposta a esse crítica, é necessário lembrar que, apesar da vontade da maioria representar um fator importante, o Estado Democrático de Direito não deve ser unicamente dirigido por esse fundamento.

Isso porque a vontade da maioria encontra os direitos fundamentais positivados como uma limitação, bem como na necessidade de respeito aos direitos das minorias.

Nesse contexto, Alexy⁸² relata que os direitos fundamentais apresentam um *status* especial, de tal forma que não se encontram sob o arbítrio da maioria. Esses direitos possuem o objetivo principal de resguardar aqueles que, em algum momento histórico, constituíram uma minoria.

81 SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a busca por uma jurisdição constitucional legítima e eficiente: uma análise da adoção do instituto colombiano na ADPF nº 347/DF**. 2018. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

82 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. P. 446.

A democracia não pode ser reduzida ao “regime de governo da maioria”. Pelo contrário, a Constituição Federal limita o princípio majoritário, para que este não viole os direitos e garantias das minorias.

Segundo Campagnoli e Mandalozzo⁸³ a *Lex Magna* pode ser entendida como a lei do mais fraco, uma vez que, ao mesmo tempo em que institui um regime democrático, resguarda um conjunto de direitos e garantias que não podem ser destruídos pela maioria.

Portanto, ante o exposto, o ativismo judicial do ECI na seara das políticas públicas não é, por si só, ilegítimo. Pelo contrário, essa prática pode ser realizada de forma legítima e harmônica com a separação de poderes, bem como pode fortalecer a democracia, que não se reune à vontade da maioria.

6.3 Os pressupostos objetivos para um ativismo judicial legítimo e eficiente

Superadas essas críticas, uma vez comprovada possibilidade de aplicação do ECI pelo STF como manifestação ativista legítima, é preciso atentar para o fato de que sua atuação precisa ser também eficiente.

Anteriormente, explicou-se o caso *Brown vs. Board of Education*, emblemático no contexto histórico das sentenças judiciais estruturantes. Além disso, mencionou-se também três exemplos de aplicação do ECI pela Corte Colombiana, e a ADPF nº 347.

A partir desses casos, é possível estabelecer pressupostos para garantir que a aplicação do ECI possa, realmente, apresentar alguma eficiência.

O primeiro pressuposto, no que tange à atuação do Judiciário, é que esse não deve se preocupar em adotar unilateralmente as modificações nas políticas públicas, ao decretar o ECI.

No tópico anterior, defendeu-se que o STF pode ter legitimidade para atuar de maneira ativista por meio do ECI, participando da elaboração de novas políticas. Contudo, não necessariamente este deve ditar unilateralmente as mudanças a serem realizadas, mas sim fomentar um diálogo entre os poderes e suas instituições.

No julgamento da T-153 pela Corte Colombiana, envolvendo também o sistema carcerário, observou-se que, dentre outras falhas cometidas pela Corte, o tribunal determinou

83 CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento de controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*, p 50, 2014.

medidas de maneira solipsista, sem qualquer diálogo com os Poderes Executivo e Legislativo. Nesse contexto, poucas das determinações do Judiciário acabaram sendo cumpridas.

Já na ADPF nº 347, o PSOL requereu que o STF complementasse e homologasse os planos elaborados pelo Poder Executivo, o que não parece ser exatamente uma cooperação dialógica, mas sim uma superioridade do Judiciário.

Nesse caso, é possível afirmar que, aí sim, haveria uma violação da separação dos poderes.

Campos⁸⁴ explica que o ECI revela um ativismo de natureza predominantemente estrutural. Nesse contexto, o fato de ser um ativismo estrutural não lhe confere, automaticamente, ilegitimidade. Pelo contrário, abordou-se no tópico anterior diversas justificativas para provar o contrário.

No entanto, o autor afirma que existe um ativismo judicial estruturante que é, sem sombra de dúvidas, ilegítimo: o ativismo antidialógico.

Portanto, é imprescindível, ao declarar o ECI, que o STF estabeleça uma postura dialógica entre Poderes e suas instituições. Antes de ser um idealizador de políticas públicas, impondo-as de maneira unilateral, o Judiciário deve ser uma força motriz para tirar a Administração Pública da inércia.

O segundo pressuposto é que o Judiciário, ao declarar o ECI, precisa se atentar para as reais causas do problema enfrentado.

Não adianta que o Supremo Tribunal Federal determine providências políticas para remediar o cerne do problema a curto prazo.

Nesse contexto, na sentença T-153, a Corte Colombiana, a fim de reduzir a superlotação do sistema carcerário, priorizou tão somente a construção de novos presídios como forma de superação do ECI, mas sem ter enfrentado as reais causas de hiperencarceramento.

Logo, não é recomendada a adoção de medidas meramente paliativas, diante de um ECI.

Além disso, na ADPF nº347, chamou atenção o prazo curtíssimo de 3 meses, pleiteado pelo PSOL, para que os Governos Federal e Estadual elaborassem novos planos para melhorar o sistema carcerário do Brasil.

Desse modo, as medidas também precisam ter prazo razoável para serem elaboradas e implementadas, a fim de reverter o quadro de crise com eficiência máxima.

84 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 244

O terceiro pressuposto consiste em, uma vez tomadas as providências para aprimorar as políticas públicas deficientes, elaborar mecanismos de fiscalização para assegurar o cumprimento dessas sentenças judiciais estruturantes.

Sobre a decisão T-25 da Corte Colombiana, abordada anteriormente neste trabalho no caso dos refugiados, Vieira e Bezerra⁸⁵ comentam que a mesma obteve êxito por ter mantido a jurisdição da corte para supervisionar a própria execução de suas ordens. A Corte também fez questão de atuar como mediadora na promoção de reestruturação do Estado para atuar de forma integrada, articulada, coordenada e eficaz na construção e na implementação compartilhada de políticas públicas.

Portanto, quando da declaração de um ECI, todos os esforços em prol de uma modificação real e eficiente merecem a sua devida fiscalização, com o fito de que sejam, de fato, cumpridos.

Em suma, um ativismo judicial eficiente por meio do ECI se configura com esses três pressupostos objetivos: a necessidade de um diálogo institucional entre os três poderes, a adoção de medidas que se preocupam, de fato, para o cerne da questão, buscando resolvê-lo a curto e longo prazo; bem como mecanismos que permitam a fiscalização do cumprimento dessas medidas.

85 VIEIRA, J.R.; BEZERRA, R. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T-25 e a ADPF 347/DF. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 215.

7 A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE DO BRASIL

No segundo capítulo deste estudo, realizou-se uma exposição sobre os direitos humanos, em especial o direito à saúde, bem como também foi abordado o Sistema Único de Saúde, sua forma de financiamento disposta na constituição e os dados que revelam a sua má atuação ao tentar garantir saúde para a população.

No quarto capítulo procurou-se abordar o Estado de Coisa Inconstitucional. Para isso, foi preciso, antes, apresentar outros conceitos, como as omissões inconstitucionais não normativas e as sentenças judiciais estruturantes. Somente então foram mencionados os casos práticos que consolidaram o ECI como instituto.

No capítulo anterior, este estudo apresentou uma reflexão sobre o ECI como manifestação de ativismo judicial legítimo, bem como também mencionou os pressupostos necessários para que o ECI seja aplicado com eficiência máxima.

Neste capítulo, busca-se relacionar os capítulos anteriores, a partir do conhecimento adquirido na produção desta obra, com o fito de concluir a viabilidade de aplicar o ECI no sistema público de saúde brasileiro.

7.1 A possibilidade de aplicação do ECI no âmbito do SUS a partir dos casos estudados

Uma vez estudado que o ECI consiste em uma forma válida de ativismo judicial, passa-se, finalmente, a analisar uma possível aplicação desse instituto no âmbito da saúde.

Após analisar a ADPF nº 347 e atentando para os casos anteriores da Corte Colombiana, Campos⁸⁶, foi além dos pressupostos estabelecidos na sentença T-25 e elencou as condições necessárias para declarar o reconhecimento do ECI pelo STF no território brasileiro, diante de uma situação crítica.

Portanto, é interessante vislumbrar se essas condições se aplicam na área da saúde pública.

O primeiro requisito indicado pelo autor é uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais.

86 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271

O autor relata que a superlotação carcerária e a precariedade das instalações de delegacias e presídios constituem um tratamento desumano, degradante, cruel e indigno. Nesse contexto, afirma que os presos se tornam “lixo digno” do pior tratamento possível.

No âmbito da saúde, percebe-se que a maneira que os usuários do SUS esperam em filas, não recebem medicamentos, ou são internadas em condições precárias não difere muito da situação dos presos, no que tange ao grau de violação dos seus direitos.

Conforme afirmado no primeiro capítulo desta obra, não é raro encontrar falta de leitos e pessoas em corredores esperando para ser atendidas. Em muitos casos, tamanha é a espera que acaba agravando a situação do paciente, ou até mesmo ocasionando a sua morte.

Nesse contexto, muitas pessoas precisam esperar meses para ser atendidas, ou até mesmo para fazer cirurgias essenciais, como transplantes.

Em alguns hospitais públicos, os equipamentos se encontram em condições precárias, bem como diversos pacientes estão expostos a complicações patogênicas por não serem atendidos com o equipamento adequado.

No segundo capítulo, mencionou-se que, em 2014, a OMS constatou que apenas 6,8% das verbas públicas arrecadadas no Brasil são destinadas ao setor da saúde. Esse dado se encontrava abaixo da média na África, que é de 9,9%.

Além disso, 70% dos brasileiros dependem do SUS⁸⁷, enquanto quase 70% dos esquemas de corrupção e fraude, desvendados em operações policiais e de fiscalização, ocorreu por desvio de verba federal destinada aos municípios nas áreas de saúde e de educação⁸⁸.

Também afirmou-se que a Constituição Federal de 1988 elencou diversos direitos. Dentre eles, arrolou os direitos fundamentais sociais, inclusive, reconhecendo, pela primeira vez, o direito à saúde.

Contudo, é imprescindível destacar que, quando se fala em saúde, não se está discutindo apenas mais um direito social a ser garantido.

A saúde está abraçada aos bens mais importantes do ser humano: a vida, a integridade física e a dignidade. Trata-se, portanto, de um dos bens máximos do homem.

87 No Brasil, 70% não têm plano de saúde particular, apontam SPC e CNDL. **G1 Economia**. 21. Feb. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/no-brasil-70-nao-tem-plano-de-saude-particular-apontam-spc-e-cndl.ghtml>>. Acesso em: 05. Nov. 2018.

88 AFFONSO, Julia; BURGARELLI, Rodrigo. 70% dos desvios nas cidades afetam a saúde e a educação. **Estadão**, 25. Dez. 2016. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/70-dos-desvios-nas-cidades-afetam-a-saude-e-a-educacao/>>. Acesso em: 05 de nov. 2018

Quando se fala em dignidade humana, pressupõe a garantia não de saúde, mas de direitos como a educação, o trabalho digno, a moradia, a segurança, e o transporte, dentre outros direitos.

Acontece que a saúde é apenas a base para que o cidadão consiga ter acesso a esses outros, pois o indivíduo que não a tem está impossibilitado de usufruir de todo o resto.

Portanto, é possível afirmar que a precariedade dos hospitais públicos podem ser equiparadas a situação decadente do sistema prisional. Ambos possuem elevado grau de violação massiva dos direitos fundamentais (e sociais).

O segundo pressuposto é uma omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos. Nesse ponto, fala-se de omissões ocasionadas por falhas estruturais.

Campos⁸⁹ comenta que, apesar da legislação infraconstitucional, existe um quadro generalizado de deficiência na proteção dos presos do sistema carcerário. Isso significa que não é apenas uma autoridade pública ou ente federativo que incorre na violação dos direitos dos presidiários.

Os poderes, órgãos, entidades federais e estaduais, em conjunto, mantêm-se incapazes e manifestam verdadeira falta de vontade política para superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

Não se trata, portanto, de falta de legislação, mas sim de inércia ou má execução das políticas realizadas pelas autoridades públicas. Isso caracteriza justamente as omissões inconstitucionais não normativas, as quais são normalmente combatidas pelas sentenças judiciais estruturantes, sendo o ECI uma delas.

Na prática o direito inúmeras vezes deixa de ser assegurado, pois as políticas públicas são insuficientes.

É possível afirmar que a condição da saúde pública brasileira também se enquadra nesse segundo ponto.

Por sua vez, o terceiro pressuposto possui natureza quantitativa, se referindo à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, causando um grave congestionamento da máquina judiciária.

O autor comenta que a situação carcerária dá origem a uma enxurrada de demandas judiciais. Esse fenômeno, conforme visto, também é comumente visualizado no cenário brasileiro atual.

89 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 273

Sem sombra de dúvidas existem centenas de demandas judiciais nas instâncias brasileiras envolvendo demandas requerendo o devido acesso à saúde. Muitas vezes pleiteia-se o fornecimento de algum medicamento, a realização de algum procedimento de maneira gratuita, a urgência de um atendimento, ou até mesmo a reparação em pecúnia por um atendimento feito equivocadamente.

Nessas ações, há bastante divergência sobre a cobertura de serviços e medicações do sistema público, e, com certeza, essas *actios* são responsáveis por uma parcela considerável do congestionamento do Poder Judiciário.

Por fim, o quarto e ultimo pressuposto indicado pelo autor é o alcance orgânico do conjunto de medidas necessárias à superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais.

Ou seja, a superação dessa situação só resta possibilitada com a atuação conjunta de diversos órgãos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Trata-se de um litígio estrutural, sendo necessárias novas políticas públicas, correção de políticas defeituosas, realocação de recursos orçamentários, novas interpretações e aplicações das leis, ajustes nos arranjos institucionais, dentre outras medidas.

Em suma, a mudança não pode ser atribuída a autoridades e entidades isoladas, mas de maneira geral.

Aqui também se encaixa, assim como os presídios, o problema da saúde; haja vista a percepção do problema em todo o país, e também porque as políticas públicas dessa área decorrem da cooperação dos entes, tendo em vista as características federalistas do Estado.

Portanto, à primeira vista, seria cabível sim a aplicação do ECI no âmbito das políticas públicas de saúde. Contudo, existe um determinado ponto que precisa ser mencionado.

7.2 A questão do “apelo democrático” para declaração do ECI no ordenamento brasileiro, a influência desse requisito em uma possível aplicação do instituto na saúde pública e o Projeto de Lei nº 736/2015

No tópico anterior, abordou-se que, a violação de direitos causada pelas políticas públicas insuficientes na área da saúde, aparentemente, assemelha-se com a crise carcerária, quando do enquadramento dos pressupostos objetivos elencados por Campos.

No entanto, é imprescindível ressaltar um ponto, que pode provar o contrário.

Ao mencionar os quatro pressupostos, o autor também trouxe à tona que o ECI se mostra muito importante no caso da ADPF nº 347 porque a população carcerária configura uma minoria desprezada, sem representatividade política.

Em outras palavras, a impopularidade dos presidiários, somada à falta de representatividade política dessa classe, são mais um fator que tornaram esse ponto um dos motivos para ser declarado o ECI no sistema carcerário.

Nesse contexto, praticamente não há, por parte de deputados, senadores, chefes do Executivo, tampouco por parte da população em geral, a intenção de restaurar a crise do sistema carcerário.

Essa questão se torna relevante porque, na Colômbia, a sentença T-25, conhecida por ter, pela primeira vez, detalhado os requisitos para declaração do ECI, não fez menção a essa condição.

Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio, em plena concordância com Campos, dispôs em seu voto na ADPF nº 347, para fins de concessão das medidas liminares pleiteadas pelo PSOL, indicando que a questão da crise carcerária carece de vontade política, ao contrário de outras áreas, como a da saúde. Veja-se⁹⁰:

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.

Note-se que o Ministro, ao proferir sua decisão, realiza um comparativo entre a situação da crise penitenciária e a situação da saúde pública, objeto deste estudo.

Como se vê, é possível afirmar que Campos e o Ministro Marco Aurélio embutiram um requisito a mais para a configuração do ECI no Brasil: uma suposta necessidade de uma situação “negligenciada” pela sociedade, ou a falta de “apelo democrático”.

É interessante destacar esse ponto porque, especificamente nessa ponderação, há uma divergência entre a crise carcerária e a crise na saúde, posto que há nitidamente um

90 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>> .Acesso em 04 de nov. 2018.

interesse geral significativamente maior em ver uma melhoria neste último setor, ao contrário da situação da ADPF nº 347.

A partir dessa divergência, surge uma nova indagação: seria viável que o STF, quando “importasse” o ECI da Corte Colombiana, estabelecesse esse requisito a mais?

Esse ponto pode gerar bastante controvérsia, incitando uma discussão relevante para as futuras aplicações desse instituto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por um lado, pode-se defender que, por mais que exista maior “apelo democrático” para aprimorar a saúde pública, se comparada ao sistema carcerário, é inegável que a rede pública de saúde urge por uma melhora em todo o país, configurando uma violação massiva do direito à vida e à dignidade humana.

Assim, o fato de haver maior vontade geral de otimizar o sistema da saúde não deixa de caracterizar uma situação crítica no país, a qual persiste há anos.

Se existe vontade política para aprimorar o SUS, esta simplesmente não se concretizou desde a criação da Constituição Federal, há 20 anos, perdurando como uma enorme causa de omissão inconstitucional não normativa e urgindo por uma medida cooperativa entre os Poderes para sanar esse quadro.

Nesse sentido, Oliveira e Schneider⁹¹ se posicionam contrariamente a essa suposta exigência de “apelo democrático”, afirmando que a população dependente do SUS continua vivendo um período hostil de omissão estatal.

Em oposição a esse pensamento, é possível pensar no fato de que a “importação” do ECI como instituto, da Colômbia para o Brasil, pode exigir alguns requisitos a mais.

Isso porque, ao transferir um instituto jurídico de um ordenamento para o outro, é necessário que este sofra alterações para se adaptar à realidade fática brasileira.

Nesse sentido, o jurista alemão Hirsch⁹² afirma que conjuntos abstratos de concepções jurídicas, pensamentos e ideias envolvendo um dispositivo legal ou um instituto, precisam ser filtrados, remodelados e reenquadrados de maneira compatível em um novo ordenamento jurídico.

91 OLIVEIRA, Juliana de; SCHNEIDER, Yuri. Efetivação do direito social à saúde: estamos diante de um Estado de Coisas Inconstitucional? In: **XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, 27., 2016, Brasília. *Anais...*. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 147 - 167.

92 HIRSCH, *Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht (1954)*, Reprinted in: *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie*, 1966, 106 (ebd.).

Da mesma maneira, Foljanty⁹³ afirma que o procedimento de tradução de leis e institutos é bastante complicado, de forma que não se deve focar na obtenção de um resultado, mas sim se preocupar com o procedimento dessa tradução em si.

Nesse sentido, o instituto traduzido representa uma criação nova no ordenamento que o recebe. Esse instituto novo tão somente se assemelha ao original, mas é algo diferente por estar inserido em uma sociedade distinta.

Assim, a necessidade desse fator pode, até mesmo, reabrir a discussão sobre o ECI como uma forma de ativismo judicial legítimo e eficiente, anteriormente abordada nesse estudo.

Ou seja, será que, no Brasil, a ausência desse “apelo democrático” seria necessária como um requisito a mais para que o ECI só então se consolidasse como uma maneira de ativismo judicial legítimo e eficiente?

É possível argumentar que essa exigência funcionaria como um mecanismo para evitar uma banalização do ECI em diversas áreas, já que o Brasil passa por uma nítida crise em diversos setores.

Assim, esse requisito a mais poderia servir como filtro, impedindo que o Supremo Tribunal Federal passasse a intervir em diversas áreas sociais, e acabasse participando de maneira exagerada em inúmeras questões.

Apesar do Judiciário precisar ser acionado, diante das omissões inconstitucionais não normativas, também é interessante que esse fenômeno ocorra apenas em ocasiões específicas, no intuito de ceder espaço para que as instituições do Legislativo e Executivo possam “resolver seus próprios problemas”, exercendo suas atribuições normais.

Esse argumento é ainda reforçado pelo exercício da democracia, haja vista que o próprio povo, insatisfeito com as políticas de seus representantes, já tem o poder de, periodicamente, eleger novos candidatos.

Portanto, não se pode afirmar com certeza se o ECI é plenamente aplicável na área da saúde pública, porque a questão da ausência de vontade política (ausência de “apelo democrático”) das autoridades públicas e da população ainda precisa ser melhor desenvolvida.

Tendo isso em vista, é válido mencionar que, em 2015, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou, o Projeto de Lei nº 736/2015.

93 FOLJANTY, Lena, **Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor** (October 26, 2015). *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 2 / 2015, S. 89-107 (Der Beitrag ist hier auf Deutsch erschienen: Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung. Zur Tragweite einer Metapher) ; Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2015-09. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2682465>>. Acesso em: 12 de nov. 2018

Dentre outras questões, art. 2º do projeto⁹⁴ almeja positivar na Lei nº 9.882/99 dispositivos que fixem pressupostos objetivos a serem observados pelo STF para que seja reconhecido o ECI no Brasil.

A criação desse projeto se mostra como uma excelente oportunidade para ampliar as discussões sobre a necessidade desse requisito.

Portanto, é fato que existe uma situação crítica no sistema público de saúde que urge por mudanças, haja vista se tratar do direito social que mexe diretamente com a vida.

Apesar disso, um debate sobre a falta de representação política dos violados no ECI foi trazido à tona como um requisito a mais para a aplicação desse instituto no Brasil.

Sem dúvidas, essa questão precisa ser esclarecida, antes da declaração e aplicação de um eventual novo ECI.

94 Projeto de Lei nº 736/2015. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010> > . Acesso em: 13 nov. 2018

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível afirmar que a saúde consiste um dos mais importantes direitos sociais, além de ter apresentado uma grande evolução na maneira em que está positivada atualmente, se comparado com as Constituições anteriores.

Essa evolução se deve ao neoconstitucionalismo, que impulsionou a preocupação do sistema jurídico pátrio à garantia desses direitos.

Verificou-se que a Carta Magna de 1988 apresenta uma grande preocupação em dispor não apenas sobre o direito à saúde, como também sobre o Sistema Único de Saúde. Além disso, também há leis vigentes, como a Lei Complementar 141 e a Lei nº 8080/90, responsáveis por normatizar esse âmbito no nível infraconstitucional.

No entanto, apesar dessa significativa legislação, percebe-se que, na prática, a concretização das políticas públicas de saúde vem apresentando diversas falhas, o que acaba ocasionando uma violação massiva de direitos, principalmente à vida e à dignidade humana daqueles que dependem do SUS.

Diante desse cenário, evidencia-se a importância das omissões inconstitucionais não normativas. O conceito dessas omissões vai contra a doutrina tradicional de que as omissões de autoridades públicas se caracterizam tão somente pela inércia legislativa.

Assim, é possível que haja também uma inconstitucionalidade por omissão das autoridades públicas ao formular políticas públicas falhas, insuficientes e inertes. Nesse sentido, não basta apenas previsão legislativa para garantir determinados direitos, mas sim a efetivação dessas políticas públicas.

Diante desse cenário, aponta-se que as vias constitucionais tradicionais para evitar omissões de autoridades públicas são o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, esses instrumentos servem tão somente para sanar omissões inconstitucionais legislativas.

Desse modo, as sentenças judiciais estruturantes se mostram como um instituto viável para que o Poder Judiciário tenha uma ingerência maior no âmbito de atuação dos outros dois Poderes, a fim de que essas omissões constitucionais não normativas sejam, enfim, sanadas. Uma das sentenças judiciais marcantes internacionalmente foi o caso *Brown vs. Board of Education*.

Uma vez analisadas as sentenças judiciais estruturantes, tem-se que o ECI é uma espécie dessas sentenças, que teve sua origem e construção na jurisprudência da Corte

Colombiana e, recentemente, foi “importado” pelo STF, uma vez provocado pelo PSOL, para decidir a ADPF nº 347, na seara do sistema prisional brasileiro.

O ECI se mostra como uma manifestação de ativismo judicial legítima, desde que adote alguns cuidados, a fim de evitar uma supremacia do Judiciário. Também é necessário que o mesmo determine a realização de medidas eficientes, colaborando harmonicamente com o Executivo, o Legislativo e com a sociedade, com o fito de obter êxito em sua finalidade.

Verifica-se que, semelhante ao sistema carcerário, o sistema de saúde pública também incorre em uma violação a nível nacional, de maneira sistemática, institucional e massiva aos direitos daqueles que dependem do mesmo. Ademais, são a causa de inúmeras demandas judiciais que superlotam as instancias jurídicas

A solução para isso depende de uma reformulação de orçamentos, reformas institucionais e fiscalização do exercício dessas políticas pelas autoridades. Tudo isso em uma atuação coordenada dos Poderes, tendo o Judiciário como mediador, e mantendo o diálogo entre os entes e a sociedade.

Diante de tudo isso, a primeira vista, vislumbra-se que é possível aplicar o ECI nas políticas públicas de saúde.

Contudo, comparando com o caso da ADPF nº 347, Carlos Alexandre Campos e o Ministro Marco Aurélio comentam a ausência de vontade política (“apelo democrático”) como um requisito a mais para a declaração desse instituto.

Nesse ponto, surge uma nova discussão que ainda precisa ser bastante debatida, visando delimitar, para casos futuros, ocasiões mais precisas a serem aplicadas o ECI.

Há quem possa defender a ausência de necessidade desse último fator, haja vista que a situação precária de hospitais e postos públicos continuam dando espaço a uma situação hostil para aqueles que não conseguem arcar com a saúde privada.

Contudo, é preciso ter em mente que a aplicação desse instituto no Brasil pode requerer modificações para se adaptar à realidade brasileira, a fim de evitar a banalização desse instituto em território nacional.

Nesse cenário, a elaboração do Projeto de Lei nº 736/2015 surge como um momento propício para o alongamento dessa discussão.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. **Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro**. São Paulo: Konrad-adenauer-stiftung, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Artigo disponível em: http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf Acesso em: 29 Out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Atualidades Jurídicas(Brasília), 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados** n° 51. São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1988 – BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2018.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 21 de ago. 2018.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 mar. 1994. Seção 1, p. 2.745. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 04 de nov. 2018.

BRASIL. Lei Complementar 141, de 13 e janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo;.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 mai. 2000. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 04 de nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 25

de out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Distrito Federal, 09 de janeiro de 2015. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 de out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>>. Acesso em: 28 de out. 2018.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **Uma análise do princípio contramajoritário como elemento de controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito**. Revista da Ajuris, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador. Juspodivm, 2016

CARVALHO, E. R. de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia Política. Curitiba, n. 23, nov. 2004.

COSTA, Eder Dion de Paula. Povo e cidadania no estado democrático de direito. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v.38, p.101-121, 2003. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1763/1460>>. Acesso em: 22.ago. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, nº 138, abr/jun. 1998

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, jan. 2017

FERREIRA, Mayana Soares; VASCONCELOS FILHO, Roosevelt Furtado. A Inefetividade dos Preceitos Constitucionais Relativos ao Direito à Saúde:: A Inconstitucionalidade da Negativa de Atendimento de Pacientes Advindos de Outros Estados. **Revista de Direito Uninovafapi**, Piauí, v. 1, n. 1, jun. 2016.

FISS, Owen. "Two models of adjudication". In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008.

GARAVITO, César Rodríguez. **Cuando cesa El estado de cosas inconstitucional Del deslocamento? Más Allá Del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional**: Políticas, Derechos y Superación Del desplazamiento forzado em Colombia. Op. Cit.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico Esmpu**, Brasília, 1, jan. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WATANABE, Kazuo. **Projeto de Lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>. Acesso em: 30 de Out. 2018.

Hirsch, Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht (1954), Reprinted in: Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie, 1966, p. 106

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do Neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos Direitos Fundamentais Sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Máxima Efetividade. In: Terezinha de Oliveira Domingos; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Brasília Jurídica Ltda, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Lucas Pessoa. **O Estado de Coisas Inconstitucionais e seus perigos**. p.6

MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica na Uni7**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p.1-25, 30 jun. 2015

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Juliana de; SCHNEIDER, Yuri. Efetivação do direito social à saúde: estamos diante de um Estado de Coisas Inconstitucional? In: **XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, 27., 2016, Brasília. **Anais...** . Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 147 - 167.

PINHO, Humberto dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 19, p.229-258, mar. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Florianópolis: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n.4, dez. 2006, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 29/08/2018

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a busca por uma jurisdição constitucional legítima e eficiente: uma análise da adoção do instituto colombiano na ADPF nº 347/DF**. 2018. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1988

SCHWARZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação¹. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 11, n. 1, jan. 2010.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a busca por uma jurisdição constitucional legítima e eficiente: uma análise da adoção do instituto colombiano na ADPF nº 347/DF**. 2018. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, março 2007, p. 4

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. **XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba**. Área: Constituição e Democracia II

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). p. 19. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

VIEIRA, J.R.; BEZERRA, R. **Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentença T-25 e a ADPF 347/DF**. In: VIEIRA, José Ribas;