

# O estado de coisas inconstitucional da saúde e o necessário diálogo institucional entre as funções estatais<sup>1</sup>

Rodrigo de Luna Lima<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo discorre sobre a possível existência do Estado de Coisas Inconstitucional na saúde pública do Brasil. Para tanto, apresenta o conceito de direito fundamental e o analisa sob a ótica de suas dimensões objetiva e subjetiva, discute sobre a discrepância entre previsão normativa e realidade fática como espécie de inconstitucionalidade, discorre sobre aspectos da titularidade do direito à saúde, apresenta o conceito e requisitos do Estado de Coisas Inconstitucional e discute a possível existência dessa inconstitucionalidade na saúde pública do Brasil. Por fim, pondera a necessidade dos Diálogos Institucionais com o objetivo de solucionar omissões estatais e deficiências nas políticas públicas em saúde. Para tanto, este trabalho sustenta-se numa pesquisa exploratória, utilizando-se a abordagem qualitativa para evidenciar a análise valorativa acerca do objeto de pesquisa. Para subsidiar o corpus teórico para discussão da temática, lançou-se mão da pesquisa bibliográfica, em artigos, sites jurídicos, livros e outros.

**Palavras-chave:** *Direito à saúde. Estado de Coisas Inconstitucional. Diálogos Institucionais.*

<sup>1</sup> Data de recebimento: 29/07/2018. Data de aceite: 21/09/2018.

<sup>2</sup> Técnico Ministerial do Ministério Público do Estado do Ceará, lotado na Secretaria-Executiva das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde Pública de Fortaleza. Graduado em Direito pela Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza - FAMETRO. E-mail: rodrigolima06@yahoo.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

Revelam-se fatos notórios e corriqueiros os problemas na saúde pública do Brasil. A título de exemplo, no Ceará, no ano de 2017, mais de dezoito mil pessoas estavam em fila de espera de procedimentos cirúrgicos, dentre estas, quase oito mil pacientes no aguardo de cirurgias oculares, cerca de quatro mil esperando a realização de cirurgias no aparelho digestivo, e quase mil e setecentos pacientes aguardando a realização de cirurgias osteomusculares (G1 CE, 2017). Em consequência a essa conjuntura, usuários do Sistema Único de Saúde buscam o Poder Judiciário como alternativa para garantirem o acesso de suas demandas de saúde, o que eleva, exponencialmente, o número de lides judiciais individuais. Contudo, será que uma sentença ou uma concessão de liminar estaria apta a garantir o real acesso à saúde ou, pelo contrário, tal fenômeno não poderia estar criando uma espécie de acesso desigual ao “furar filas”, já que algumas vezes podem não levar em consideração que existem pacientes que aguardam a mais tempo na fila do que aquele que ingressou com a demanda judicial?

Em decorrência a essa indagação, o presente artigo, de forma sintética, coaduna as seguintes pretensões na sua operacionalização: analisar o direito à saúde à luz das características dos direitos fundamentais, e refletir sobre o descompasso entre previsão normativa e realidade fática como espécie de inconstitucionalidade; questionar aspectos da titularidade judicial do direito à saúde; apresentar o Estado de Coisas Inconstitucional e o ativismo judicial baseado no diálogo, e na mudança estrutural como ferramenta para superação do possível Estado de Coisas Inconstitucional da saúde pública.

Em relação à finalidade metodológica, este trabalho se propõe a ser uma pesquisa básica estratégica, porquanto busca apresentar o Diálogo Institucional como uma possível alternativa para as problemáticas do direito à saúde. A pesquisa possui cunho bibliográfico,

tendo em vista que se fundamenta em doutrina jurídica, periódicos científicos, dissertações e teses, sites jurídicos, entre outros que estejam relacionados ao tema, tendo como base autores como Carlos Alexandre de Azevedo Campos, George Marmelstein, Vanessa Gomes Leite, Élide Graziane Pinto e Camila Andrade Pacheco de Borba.

## **2 DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, CLASSIFICAÇÕES E DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL**

Marmelstein (2008) distingue os direitos do homem dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Para o autor, os direitos do homem apesar de serem denominados como direitos, com estes não se confundiriam, pois surgiriam antes mesmo da ideia de Direito, mas como justificativa deste. Já os direitos humanos seriam as proteções asseguradas aos indivíduos que são positivadas no âmbito do direito internacional por meio de tratados e convenções, por exemplo. Por fim, o autor afirma que os direitos fundamentais são: “[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2008, p. 20).

Após a 2ª Guerra Mundial, houve a necessidade de observância da dignidade da pessoa humana como fundamento para dar validade ao ordenamento jurídico vigente. Se antes o positivismo puro de Kelsen era usado para legitimar sistemas jurídicos autoritários e para lhes dar validade, depois de 1945, essa teoria, da forma como era interpretada, já não bastava diante da realidade fática. Foi necessário estabelecer uma nova interpretação do direito, sem negar o positivismo de Kelsen, mas lhe observando sobre uma nova ótica. A legitimidade dos instrumentos jurídicos deveria ser baseada, não

apenas na lei, mas nos princípios que permeiam o ordenamento jurídico. Dessa forma, fica claro que positivar uma norma não é simplesmente adicionar letras frias a textos de leis, mas observar que toda norma deve, prioritariamente, fundar-se em direitos fundamentais para ter legitimidade (MARMELSTEIN, 2008). Portanto, os direitos fundamentais servem tanto para limitar a atuação estatal quanto para dar efetividade à dignidade dos indivíduos. No caso do Brasil, a Constituição de 1988 assegura os direitos fundamentais no seu Título II, que compreende os artigos 5º ao 17º, bem como ao longo de seu texto constitucional, seja de forma explícita, ou como decorrência de interpretação sistêmica.

Marmelstein (2008), em determinado momento, categoriza os direitos fundamentais segundo suas dimensões. Para o autor, em relação à dimensão subjetiva, os direitos fundamentais gerariam o direito de pretensão ao indivíduo titular de tal garantia, podendo até mesmo se valer do Poder Judiciário para assegurar sua efetivação. Já em relação à dimensão objetiva, os direitos fundamentais são a razão de ser de todo o ordenamento jurídico. Campos (2016, p. 77) corrobora que os “[...] direitos fundamentais, na dimensão objetiva, vinculam as ações de todas as esferas de poder – a criação, a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico [...]”. Nesse sentido, o autor assevera que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi desenvolvimento teórico do Tribunal Constitucional Alemão, nos anos 50, o qual ressaltou que as garantias fundamentais dariam aos indivíduos não apenas o direito destes exigirem do Estado uma abstenção, mas também o direito de exigirem do Estado uma atuação objetiva na proteção -dever de proteção-, aos direitos fundamentais diante de todo o ordenamento jurídico, até mesmo nas relações privadas. Nessa perspectiva, surge o fenômeno denominado eficácia irradiante dos direitos fundamentais, uma vez que caberia ao Estado assegurar a proteção aos direitos fundamentais, não apenas nas relações entre Estado-indivíduo, mas também nas

relações entre particulares. Dessa forma, Campos (2016, p. 81) aduz que: “O dever de proteção inclui, portanto, a obrigação geral de o Estado criar, mediante lei, as condições e os meios indispensáveis para serem os direitos fundamentais protegidos e assegurados na maior amplitude possível diante de toda a sorte de limitações fático-jurídicas presentes”. (grifo original).

Isto posto, Campos (2016) conclui que, diante do dever de proteção, o Estado estaria obrigado a não apenas elaborar leis e criar políticas públicas para a proteção e promoção de direitos fundamentais, mas também fazer que essas medidas sejam suficientemente eficazes e capazes de garantir a efetividade do ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, mesmo existindo uma lei ou uma política pública voltada para proteção de um direito fundamental, mas que não fosse efetiva, haveria, portanto, uma omissão inconstitucional.

### **3 DESARMONIA ENTRE PREVISÃO NORMATIVA E REALIDADE FÁTICA COMO ESPÉCIE DE INCONSTITUCIONALIDADE**

A falta de correspondência entre previsão legal e realidade fática corrobora para o questionamento acerca da ideia de aplicabilidade e de eficácia dos direitos fundamentais. Tendo em mente a classificação proposta por José Afonso da Silva acerca da norma constitucional quanto a sua eficácia, ou seja, a capacidade desta de produzir os efeitos a que se propõe, temos as normas de eficácia plena, que são as que produzem seus efeitos imediatamente, as normas de eficácia contida, que também produzem seus efeitos de pronto, mas podem ter seus efeitos restringidos pela legislação infraconstitucional, e as normas de eficácia limitada, que são aquelas que tratam de normas organizativas (criação de órgãos, por exemplo), e princípios programáticos (apontam objetivos e diretrizes para o poder público). Nestas, a efetividade dependeria de atuação do legislador ordinário (SILVA, 2014).

Entretanto, Campos (2016) considera a classificação supracitada insuficiente. Para o autor, até mesmo aqueles direitos ditos autoaplicáveis necessitam da atuação do legislador para sua concretização. Dessa forma, o legislador não é somente obrigado a editar leis para dar efetividade às normas limitadas, mas também é obrigado a legislar para dar efetividade aos direitos fundamentais ditos autoaplicáveis. Diante da dimensão objetiva do dever de proteção aos direitos fundamentais, em que pese à importância a estes imputada pelo constitucionalismo moderno, o Estado tem a obrigação de garantir a efetividade da norma constitucional, seja ela autoaplicável ou não. Nessa visão, pouco importa se o direito a ser protegido é derivado de uma norma de eficácia plena ou limitada: identificada a não proteção ou proteção insuficiente aos direitos fundamentais, estaria caracterizada uma espécie de omissão inconstitucional. Sendo assim, a “[...] omissão inconstitucional não é só legislativa, nem tampouco apenas administrativa – é sempre normativa” (CAMPOS, 2016, p. 94).

Em suma, se a inconstitucionalidade pode decorrer da ausência de leis ou atos administrativos que regulamentassem direitos fundamentais, pode ocorrer também “[...] da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais, o que resulta, em última análise, na insuficiência da atuação da norma constitucional de direitos regulada e cuja concretização se impõe” (CAMPOS, 2016, p. 58). Nesse sentido, o autor assevera ainda que quando a situação passa da ausência de efetivação das garantias fundamentais para “[...] um quadro de violação massiva desses direitos [...]”, derivado de adversidades políticas ou institucionais, ficaria demonstrada a existência de falhas estruturais e que tal fenômeno caracterizaria a evolução da inconstitucionalidade por omissão para o estado de coisas inconstitucional, assunto que será detalhado mais adiante.

#### **4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TITULARIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

No Brasil, a cada dia cresce o número de ações no sentido de garantir o direito à saúde por parte do Poder Judiciário diante da ineficácia das políticas públicas. O problema é que algumas vezes essas ações individuais acabam não “privilegiando” indivíduos que mais necessitam da intervenção judicial, o que corrobora ainda mais para não otimização dos direitos sociais. Nesse sentido, Marmelstein (2005, p. 69) discorre:

O grande paradoxo é que justamente aqueles que mais necessitariam do Judiciário, por estarem em um patamar muito baixo de pobreza, são os que menos condições possuem de acessar a Justiça, seja por lhes faltar consciência de seus direitos, por não possuírem uma assistência judiciária minimamente satisfatória, por não acreditarem no Judiciário e por não terem confiança nas instituições estatais como um todo. E esse é o grande dilema: geralmente quem aciona o Judiciário pedindo a concretização de um direito socioeconômico não necessita tanto da ajuda estatal, ao passo que os mais necessitados sequer têm condições de saber que possuem direitos.

Mesmo em um mundo ideal em que os indivíduos mais carentes teriam condições igualitárias de acesso ao Judiciário em busca da proteção de seus direitos, ainda assim persistiria o problema da atuação do Poder Judiciário na esfera individual em relação a um direito que leva em consideração fatores coletivos e a questão orçamentária. O julgador, ao atuar isoladamente em uma causa específica, pode não levar em conta que suas decisões, apesar do elevado grau técnico em relação ao Direito, podem não observar questões de ordem administrativas. Nessa esteira, Amaral (2001, p. 146-147) aduz que:

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, orçamentos da União, de cada um

dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos ‘nem sempre bem empregados’.

Para Lins (2008), a legitimidade para ingressar com ações judiciais no sentido de garantir os direitos sociais seria meramente residual, em decorrência da não titularidade de direito social por um único indivíduo, mas derivada de uma co-titularidade desse direito, devendo a proteção dos direitos sociais ser feita de forma “coletiva, difusa ou individual homogênea”, a priori.

O conceito de cotitularidade de direito social se aproxima do conceito de macrojustiça, cada vez mais discutido no tempo em que uma decisão judicial, muitas vezes, fura filas de espera do SUS, ou faz que o Executivo realize gastos não previstos no orçamento do SUS apenas para uma pessoa em detrimento de destinação orçamentária a políticas públicas que envolvam a coletividade. Entende-se por macrojustiça e microjustiça que esta “[...] consiste na chamada justiça do caso concreto”, “[...] na justiça realizada individualmente, no contexto da questão que é levada ao conhecimento do juiz” enquanto que aquela “[...] se relaciona à resolução de determinadas questões sociais e políticas no universo da coletividade, função esta notadamente imputada aos Poderes Legislativo e Executivo” (ALVAREZ, 2015, p. 9).

Diante dessas breves considerações, abre-se a necessidade de se discutir sobre ações que privilegiem decisões que alcancem um maior número de pessoas. Nesse trabalho, abordaremos sobre a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como possível ferramenta apta a promoção da macrojustiça no direito à saúde.

## **5 BREVE HISTÓRICO SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Para fazer valer o dever de proteção aos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva numa conjuntura de violação dessas garantias, principalmente decorrente da ausência ou ineficiência de políticas públicas estatais, que objetivem dar exequibilidade aos direitos sociais positivos, e de problemas na estrutura, que busca dar efetividade às normas constitucionais, surge o denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Esse instituto nasceu como um procedimento decisório da Corte Constitucional Colombiana, no final dos anos 1990. Campos (2016, p. 21) conceitua o ECI com as seguintes palavras:

[...] técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Para Marmelstein (2015, online) o ECI surge para “[...] permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público”. Para o autor, na decisão que reconhece o ECI, o Judiciário convoca os responsáveis pelos problemas a se comprometerem em apresentar soluções reais para contornar a situação.

As decisões que declararam o ECI na Colômbia passaram por evoluções jurisprudenciais que iniciaram com julgamentos que apenas reconheciam a existência do estado de coisas até desembocar em

ações que visavam, além do reconhecimento, conceder efetividade ao instituto. Segundo Marmelstein (2015), a origem do ECI encontra-se no ano de 1997, resultado de problemas previdenciários de um grupo de 45 professores que tiveram seus direitos previdenciários mitigados. No ano seguinte, em decorrência da crise no sistema penitenciário colombiano, o qual era conhecido como um sistema que não respeitava os direitos fundamentais mínimos ligados à dignidade da pessoa humana dos presos, mais uma vez fora adotado o instituto do ECI na Sentencia de Tutela (ST) 153. Num terceiro momento, em decorrência da situação vivida no país onde pessoas eram obrigadas a migrar de território por causa da violência das FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), a Sentencia T 025 de 2004, conhecida como o caso do deslocamento forçado, diferenciou-se da decisão do caso das penitenciárias, pois, em 2004, a Corte passou a adotar posições mais flexíveis, mantendo um diálogo institucional duradouro entre os atores sociais e acompanhou a execução de sua decisão ao longo do tempo, o que proporcionou maior efetividade ao ECI<sup>3</sup>.

O ponto chave do ECI é o Diálogo Institucional, pois essa ferramenta tira os responsáveis pela concretização das garantias fundamentais da inércia, propõe o acompanhamento das soluções, e fixa prazo para que as autoridades competentes cumpram aquilo que já deveriam estar cumprindo para a solução do problema. Nessa perspectiva, Marmelstein (2015, online) aduz que:

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema. Entendida nestes termos, o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os

---

<sup>3</sup> Cabe ressaltar de existiram várias decisões que declararam o ECI na Colômbia, mas para fins do presente trabalho destacamos apenas três.

responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema.

## **6 PRESSUPOSTOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA CONJUNTURA DA SAÚDE PÚBLICA DO BRASIL**

Marmelstein (2015, online) listou os 6 pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional os quais a Corte Colombiana se referiu na decisão T 025/2004:

(1) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas; (2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; (3) a adoção de práticas inconstitucionais a gerar, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito; (4) a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (5) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; (6) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica.

Com base nos critérios solidificados na decisão T 025/2004, busca-se mostrar, a seguir, alguns exemplos que podem demonstrar que o atual quadro de saúde pública no Brasil, potencialmente, preenche os requisitos acima expostos, o que pode servir de fundamento para o possível ajuizamento de uma ADPF similar à ADPF 347. Em relação ao critério (1): após levantamento em treze estados do Brasil realizado pelo Conselho Federal de Medicina, até o meados de 2017, novecentas e quatro mil pessoas estavam em fila de espera de cirurgia eletiva no SUS. Entre os procedimentos mais comuns estão as cirurgias de

catarata, com pouco mais de cento e treze mil pacientes, de hérnia, com quase noventa e seis mil pacientes, de vesícula, com cerca de noventa mil pacientes, e de varizes, com aproximadamente setenta e oito mil pacientes (G1 CE, 2017). A demora na fila de espera para realizar procedimentos faz que aqueles problemas apresentados se tornem cada vez maiores: o que poderia ser previamente diagnosticado por meio de exames, ou resolvido rapidamente com cirurgia simples, evolui-se para problemas maiores, dificultando o tratamento, agravando problemas de saúde e gerando mais custos ao Estado; quanto à condição (2): a União não vem gastando efetivamente o que fora ordenado pelo texto constitucional, bem como alguns Estados-membros vêm computando informações falsas no orçamento. De acordo com Pinto (2017) desde 2003, a União computa gastos com saúde que não são efetivamente realizados, deixando de cumprir sua obrigação. Ressalta-se que algum dos entes acaba “pagando pela conta”. Nesse caso, os municípios sofrem com o aumento dos gastos diante das ações judiciais em matéria de saúde pública no Brasil. Desse modo, deve-se buscar uma responsabilização pelo cumprimento efetivo do valor empenhado;

Em relação às condições (4) e (5): Fernandes e Rodrigues (2018, online) informam que o valor gasto na saúde no ano de 2017 foi de R\$ 107,2 bilhões, enquanto que o piso estabelecido era de R\$ 109 bilhões, contudo, o que realmente valeu foi o valor empenhado, ou seja, R\$ 114,7 bilhões. Em face ao camuflado aumento de gastos em saúde, os autores aduzem, a título de exemplo, que conforme informações do Presidente da Confederação Nacional dos Municípios, Paulo Ziulkoski, ações em assistência farmacêutica caíram 18,7% e 7,7% na atenção primária.

Já quanto às condições (3) e (6): no ano de 2017, foram contabilizados no Brasil 1.346.931 processos judiciais relacionados à matéria de saúde, dentre os quais se destaca o número de 312.147 de ações que buscaram o fornecimento de medicamentos pelo SUS e 98.579

ações acerca de Tratamento médico-hospitalar pelo SUS, os quais cresceram na ordem de 56% e 62%, respectivamente, em relação ao ano de 2016 (SANTOS, 2017). A autora Vanessa Gomes Leite (2017) relata a situação da escassez de leitos de UTI no Estado do Ceará, e aponta que essa situação faz com que as pessoas busquem cada vez mais no Judiciário liminares para internação. Contudo, para a autora, a concessão de liminar não resolve o real problema, que é a falta de vagas em leitos de UTI, bem como cria a situação de duas filas de espera: a comum e a fila de liminares. No mesmo sentido, percebe-se também que usuários do SUS recorrem cada vez mais ao Poder Judiciário, para terem direito a medicações que apesar de estarem previstas pelo SUS, não são dispensadas ao paciente de forma adequada. Diante das reflexões acima expostas, conclui-se que seja plenamente possível o ajuizamento de uma ADPF que busque o reconhecimento do ECI na saúde pública no Brasil.

Há, entretanto, quem defenda a não aplicação da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde Pública do Brasil, sob o argumento de que para haver o estado de coisas, deve existir uma ausência total de políticas públicas estatais, não sua má execução, uma vez que mesmo que mal geridas, ainda assim, existem essas políticas públicas. Nesse sentido, Campos (2015a, online) aduz:

Por essas razões, e como bem ressaltado pelo ministro Marco Aurélio na ADPF 347, ainda que não se possa cogitar da realização plena dos direitos à saúde, educação, transporte, trata-se de temas que constam da agenda política. São pautas que contam com disposição política e social. Nessas áreas, existem programas públicos voltados à universalização e racionalização do acesso. Em que pese a judicialização para solução de diversos pontos de institucionalização incompleta, não estão configurados pressupostos próprios do ECI a fim de promover-se uma intervenção estrutural do STF.

Não se concorda com a posição do autor supracitado, nesse caso, porquanto não nos parece prevalecer o argumento de que existindo

“qualquer coisa” ela serviria como justificativa para uma não atuação por parte do Poder Judiciário, uma vez que em razão ao dever de proteção, o Estado deve além de adotar providências legislativas, administrativas e orçamentárias, fazer com que estas medidas sejam capazes de dar efetividade real aos direitos fundamentais. Nesse sentido, o que caracteriza o ECI não é apenas a ausência de políticas públicas, mas também a omissão inconstitucional decorrente da desproporcionalidade entre previsão normativa e realidade fática resultante de falhas nas estruturas estatais responsáveis pela não adoção de medidas minimamente suficientes para que sejam evitadas violações aos direitos fundamentais. Dessa forma, a existência de agenda política para políticas públicas em saúde não impede a configuração do ECI, uma vez que, em muitos casos, políticas públicas podem não ser capazes de adequar a realidade aos ditames normativos da Constituição.

## **7 INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO DIALÓGICO**

Para Leite (2017), as políticas públicas podem ser definidas como um “conjunto articulado de programas” oriundos da Administração Pública que busca a efetivação de algum direito fundamental, pautando-se em metas, prazos e resultados, que podem ou não ter a ajuda da sociedade. As políticas públicas detêm um elevado grau de especificidade. Existem diversas ferramentas que objetivam o planejamento da gestão do SUS nas três esferas de governo, as quais estabelecem metas e prioridades para atuação do gestor de saúde, definem as responsabilidades de cada um, bem como as questões orçamentárias relativas ao Plano Plurianual, Lei Orçamentária Anual e Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ocorre que nem sempre as políticas públicas se mostram eficientes no atendimento aos anseios sociais. Daí o fato de que as pessoas buscam alternativas para verem efeti-

vados seus direitos fundamentais e encontram no Poder Judiciário um catalisador de sua problemática.

Nessa esteira, abre-se a discussão acerca da postura intervencionista do Poder Judiciário em políticas públicas – fenômeno denominado de Ativismo Judicial –, tendo em vista o caráter eminentemente administrativo e legal destas, uma vez que em respeito ao princípio da separação dos poderes não caberia ao Poder Judiciário se imiscuir na seara dos Poderes Executivo e Legislativo.

Dentre as críticas mais comuns ao Ativismo Judicial, destacam-se a questão da separação dos poderes, a invasão do campo da discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo e fatores de ordem orçamentária (LEITE, 2017). Vieira Júnior (2015) acentua a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da intervenção deste tribunal nas políticas públicas. Num primeiro momento, o autor fala que o STF pautava-se pela autocontenção, ou seja, a suprema corte em nada interferia nas políticas públicas. Num segundo momento, a Corte passou a adotar uma posição excepcionalmente intervencionista em preservação do mínimo existencial, desde que a Administração Pública, por ação ou omissão, deixasse de efetivar direitos constitucionalmente garantidos até os limites da Reserva do Possível. Já num terceiro e mais recente momento, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 592.851 e da ADPF 347, determinou à Administração Pública uma série de medidas administrativas e orçamentárias, ou seja, impondo obrigações de fazer ao Poder Executivo, colocando de lado até mesmo a ideia da reserva do possível, quando se tratar de direitos fundamentais ao mínimo existencial.

Inúmeras são as críticas acerca da decisão liminar do STF em sede da ADPF 347, no tocante à decisão que determinou o manejo orçamentário de recursos do fundo penitenciário, uma vez que o orçamento fora constitucionalmente atribuído ao Poder Executivo. Argumentos contrários a essa invasão como o respeito ao princípio

da separação dos poderes merecem destaque, ao mesmo tempo que o argumento da defesa dos interesses dos direitos fundamentais prevalece frente à separação dos poderes, numa técnica clara de ponderação dos princípios, também. Apesar dessas discussões, vê-se que a Corte na decisão liminar da ADPF 347 já caminha no sentido de superação do antigo ativismo judicial para uma nova dimensão deste, menos interventor, e que busca efetivar a comunicação entre os atores responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais, de forma que o Poder Judiciário atue como força impulsora da criação do diálogo, e da corresponsabilidade da concretização das garantias fundamentais, apresentando soluções estruturais mais benéficas a todos.

Em decorrência disso, o ativismo baseado no dialógico entre os poderes como pressuposto para realizar mudanças estruturais, nas palavras de Borba (2017) e de Campos (2016), o chamado 'Ativismo Judicial Estrutural Dialógico (AJED)', surge como um novo modelo de atuação judicial que busca superar as críticas recorrentes das decisões judiciais que permeiam as políticas públicas, como forma de superação dos entraves na estrutura política do Estado, objetivando o diálogo entre os órgãos responsáveis pela política pública, a fim de solucionar os problemas existentes nessa estrutura. Para Borba (2017, p. 48), o AJED:

Trata-se de importante mecanismo suplementar (e excepcional) para a proteção dos direitos fundamentais catalogados na Constituição Federal e que se destina a retirar os responsáveis públicos do seu estado de inação e impulsioná-los na adoção das políticas públicas a que estão legitimados constitucionalmente a concretizar, dada a situação emergencial apresentada.

Campos (2015b) afirma que no Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios na Colômbia – Sentencia de Tutela (T) 153-, a Corte deste país apresentou ordens rígidas, deixou de acompanhar o que

fora por ele mesmo fixado e deixando de dialogar com os responsáveis no momento da efetivação das políticas ordenadas. Para o autor, a falta do diálogo institucional inviabilizou o sentido do Estado de Coisas Inconstitucional, gerando críticas a esse modelo, mas que, contudo, a Corte Colombiana superou esse modelo e, mais à frente, na decisão no caso dos deslocados –Sentencia T-025–, emanou ordens mais flexíveis, fixando prazo para metas, mas deixando que os responsáveis escolhessem a melhor forma de atuação, o que tornou o caso um paradigmático na defesa dos direitos fundamentais por meio do ativismo estrutural dialógico.

Nessa lógica, uma decisão da Suprema Corte, em sede ADPF, que questione o ECI na saúde pública deve levar em consideração os mecanismos decisórios que levam em consideração o diálogo entre as instituições. Não caberia ao Judiciário impor decisões mandamentais, mas dialógicas, sem, contudo, deixar de estabelecer parâmetros mínimos para tirar os responsáveis da inércia, nesse sentido, sendo legítimo o estabelecimento de prazos. Para Alô (2016. p. 110):

Não caberia ao STF formular políticas diretamente, mas apenas fixar parâmetros, prazo e finalidades de superação, deixando aos demais poderes públicos a definição das medidas a serem tomadas. A Corte não subjugaria os outros poderes, mas os tiraria da inércia, não havendo que se falar em violação à separação de poderes. Pelo contrário, a separação contemplada no texto constitucional pressupõe que os poderes devem dialogar, compartilhando autoridade. Estes não são estanques, não são adversários, mas sim parceiros na promoção de direitos fundamentais. Verdadeira violação seria anuir com a inércia e a violação de direitos fundamentais, conferindo imunidade jurisdicional e concentração de poderes aos demais, principalmente ao Poder Executivo.

Nessa esteira, a decisão judicial que reconheça o ECI deve: a) identificar o quadro de violações massivas ao direito fundamental; b) atestar que essas violações decorrem de omissões constitucionais

derivadas das falhas estruturais; c) declarar o descompasso entre os comandos normativos e a realidade fática; d) expedir ordens que retirem os órgãos responsáveis da estagnação, para que estes formulem ações necessárias para superação do quadro, por meio de fixação de metas e objetivos claros o suficiente a demonstrarem que se cumpridos, fariam ou começariam a fazer desaparecer o estado de coisas inconstitucional (CAMPOS, 2016).

Nesses termos, o que se deve buscar com o possível ECI da saúde pública do Brasil é o Ativismo Judicial Estrutural Dialógico como um passo além do ativismo judicial interventor, que proporcione o diálogo entre diversos atores sociais para o enfrentamento do problema da saúde pública do Brasil, tendo a Corte Suprema como impulsionadora desse processo.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Direito à Saúde é direito fundamental social. Como qualquer direito fundamental, sua efetivação exige contraprestação orçamentária por parte do Ente Federado. Ocorre que, em um mundo em que os recursos são finitos, é mais do que necessária a delimitação dos gastos, a escolha com o que gastar, com quem gastar e quando gastar. Por isso, é importante uma maior transparência acerca dos gastos públicos em saúde, tornando a população mais ciente dos recursos alocados, mais participativa das decisões dessas alocações de recursos e mais ciente de que a escolha por direcionar recursos em uma área implica necessariamente a diminuição desses recursos em outra.

É preciso, cada vez mais, priorizar ações coletivas, com o objetivo de obter uma decisão uniforme, e que atenda o maior número de pessoas. Cabe ressaltar que a opção por essas ações não tiraria o direito do sujeito interpor ações individuais, quando necessário. Contudo, a adoção de medidas que envolvam o diálogo entre as instituições não é possível por meio de lides individuais, incapazes de analisar

o contexto fático da questão orçamentária ou de prioridades, por exemplo. Por isso, a ideia da decretação do ECI na Saúde Pública do Brasil é plenamente plausível, a uma, tendo em vista o potencial preenchimento dos pressupostos da declaração do estado de coisas estarem presentes na realidade brasileira e, a duas, tendo em vista a potencialidade que tem o instituto do Ativismo Judicial Estrutural Dialógico de ser uma ferramenta apta à resolubilidade da temática em questão. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pode promover uma ação coordenada das três esferas de poderes por meio de uma decisão do STF mais flexível, que fixe metas e prazos e acompanhe a execução dos programas, sem, contudo, intervir nas escolhas necessárias na esfera de atribuição de cada ator social.

Por último, cabe ressaltar que nem todas as mudanças acontecem na velocidade desejada. A possível decretação do ECI na saúde pública não necessariamente seria o remédio mágico para a solução de todos os problemas, mas representaria um passo importante no processo de mudanças necessário aos poderes e à sociedade: mudança na forma de agir do Poder Executivo, ao criar políticas públicas capazes de atender à necessidade preexistente, por meio da adoção de critérios transparentes; mudanças na forma de elaboração de leis pelo Poder Legislativo, para elaboração de normas mais eficazes diante do contexto fático; mudanças na forma de sentenciar do Poder Judiciário, devendo este buscar soluções capazes de atender a macrojustiça nos direitos sociais a partir de uma intervenção dialógica; mudanças na sociedade como um todo, para entender que as mudanças não ocorrem de um dia para o outro, mas sim, de um processo gradual, talvez lento, mas, em última análise, eficaz.

## THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS OF HEALTH AND THE NECESSARY INSTITUTIONAL DIALOGUE BETWEEN STATE FUNCTIONS

### ABSTRACT

*This article discusses the possible existence of the Unconstitutional State of Affairs in the Brazil's public health. In order to that, it presents the concept of fundamental right and analyzes it from the perspective of its objective and subjective dimensions, it discusses about the discrepancy between normative prediction and factual reality as a kind of unconstitutionality, it discusses aspects of entitlement to health, it presents the concept and requirements of the Unconstitutional State of Affairs and it discusses the possible existence of this unconstitutionality in the Brazil's public health. Finally, it ponders the need for institutional dialogues with the objective of resolving state omissions and deficiencies in public health policies. Afterwards, this work is based on an exploratory research, using the qualitative approach to evidence the value analysis about the research object. In order to subsidize the theoretical corpus for the discussion of the subject, we also used bibliographical research, through articles, legal websites, books and others.*

**Keywords:** *Right to Health. Unconstitutional State of Affairs. Institutional Dialogues.*

### REFERÊNCIAS

- ALÔ, Bernard dos Reis. Desjudicializando o Direito à Saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016.
- ALVAREZ, Monique Modesto Ungar. Ativismo judicial: o conflito entre a microjustiça e a macrojustiça no contexto do direito fundamental à educação.

**Direito UNIFACS**, v. 2015, n. 178, p. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3593/2534>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BORBA, Camila Andrade Pacheco de. **O estado de coisas inconstitucional (ECI) e o ativismo judicial estrutural dialógico como instrumento de proteção do direito fundamental à saúde**. 2017. 68 f. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em: <<https://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/700/1/O%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20%28ECI%29%20e%20o%20ativismo%20judicial%20estrutural%20dial%C3%B3gico%20como%20fundamental%20%20C3%A0%20sa%C3%BAde.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”?** [online]. 2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural** [online]. 2015b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERNANDES, Adriana; RODIGUES, Eduardo. **O Estado de S. Paulo. Gastos do governo federal com saúde e educação caem 3,1% em 2017** [online]. 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gastos-do-governo-federal-com-saude-e-educacao-caem-3-1-em-2017,70002179425>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

G1 CE. **Ceará tem mais de 18 mil pacientes na fila por uma cirurgia não urgente no Sistema Único de Saúde**. Fortaleza: G1 – O Portal de Notícias da Globo [online], 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/ceara-tem-mais-de-18-mil-pacientes-na-fila-por-uma-cirurgia-nao-urgente-no-sistema-unico-de-saude.ghtml>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

LEITE, Vanessa Gomes. **Saúde em Juízo**: O excesso do judiciário e a escassez dos leitos de UTI no estado do Ceará. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito do Estado**, n. 12, Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Ideias, p. 223-261, out-dez. 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? [online]**. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

PINTO, Élide Graziane. **Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira [online]**. Rio de Janeiro: CEBES, 2017. Disponível em: <<http://cebes.org.br/2017/07/estado-de-coisas-inconstitucional-na-politica-publica-de-saude-brasileira/>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SANTOS, Caroline Regina dos. **Judicialização da saúde no Brasil em números**. Blog IPOG [online], 2017. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-saude-em-numeros/>> Acesso em: 08 abr. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **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, dez. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-deestudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 01 abr. 2018.