

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

YURI SCHNEIDER

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Julia Maurmann Ximenes, Regina Vera Villas Boas, Yuri Schneider – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-183-8

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Entre os dias 6 e 9 de julho o XXV Encontro Nacional do CONPEDI ocorreu em Brasília, com o tema Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se reuniu em três diferentes salas, e a presente apresentação trata do primeiro grupo.

A histórica desigualdade social brasileira é o contexto da maioria das discussões, conduzidas ainda para o papel dos diferentes atores jurídicos na efetivação dos direitos sociais a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente os trabalhos retomaram questões mais conceituais da relação entre Direito e Políticas Públicas como a judicialização, a dignidade da pessoa humana, o papel do Estado, do Poder Judiciário, o mínimo existencial e a reserva do possível.

Outra grande temática foi a judicialização da saúde: aqui sete trabalhos analisaram os desafios deste fenômeno, inclusive com a análise de casos específicos, da gestão orçamentária e da nova abordagem na problematização sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais – o estado de coisas inconstitucional.

O terceiro direito social debatido em vários trabalhos foi a educação. Aqui as pesquisas contribuíram com importantes reflexões a partir da análise de casos, como Belo Horizonte e Rio de Janeiro, dentre outras perspectivas.

Para finalizar, a discussão envolveu trabalhos relacionados com a corrupção como “mecanismo de esvaziamento das políticas públicas” e pesquisas sobre políticas públicas de alívio a pobreza no Brasil.

O debate continua, mas esperamos que mais uma vez a publicação dos trabalhos discutidos contribua para a pesquisa jurídica brasileira sobre a efetivação dos direitos sociais.

Boa leitura!!!

Julia Maurmann Ximenes – IDP/CONPEDI

Yuri Schneider – UNOESC

Regina Vera Villas Boas – UNISAL

EM BUSCA DE ALTERNATIVAS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA
EN LA BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS PARA LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD: EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA SALUD PÚBLICA DE BRASIL

Gabriel Faustino Santos
Camilla Martins Mendes Pereira

Resumo

A pesquisa se ocupa do controle judicial das políticas públicas de saúde. O objetivo é demonstrar a pertinência do modelo de controle estrutural e dialógico das políticas públicas pela jurisdição constitucional mediante a adoção de novas teorias, tais como a do Estado de Coisas Inconstitucional, num contraponto ao paradigma dominante de litigância individual no Brasil. O método de abordagem utilizado é o dedutivo e utiliza-se da pesquisa teórica como método de procedimento. Conclui-se pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na saúde brasileira como mecanismo de superação de bloqueios institucionais e de efetivação deste direito social.

Palavras-chave: Direito social à saúde, Políticas públicas, Controle estrutural

Abstract/Resumen/Résumé

La investigación se ocupa del control judicial de las políticas públicas en salud. El objetivo es demostrar la relevancia del modelo de control estructural y dialógico de las políticas públicas por la jurisdicción constitucional mediante la adopción de nuevas teorías, tales como el estado de cosas inconstitucional, en contrapunto al paradigma dominante de litigios individuales en Brasil. El método utilizado es el enfoque deductivo y se utiliza la investigación teórica como método de procedimiento. Se defiende el reconocimiento del estado de cosas inconstitucional en la salud de Brasil como medio para superar los bloqueos institucionales y garantizar este derecho social.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho social a la salud, Políticas públicas, Control estructural

1 INTRODUÇÃO

A Constituição como centro irradiador de valores, a vincular os poderes do Estado na tarefa de construção plena de um Estado Democrático de Direito, é construção recente. É só a partir da segunda metade do século XX – principalmente após a Segunda Guerra Mundial e com o marco de criação da Organização das Nações Unidas – que o constitucionalismo evoluiu para sedimentar a Constituição no núcleo do ordenamento jurídico dos países, inaugurando-se um novo constitucionalismo, que varreu o mundo ocidental a partir de meados do século passado. A conquista do Estado Democrático de Direito é, talvez, a maior de todas as conquistas do século XX e foi responsável por dar novo fôlego à teoria da Constituição.

A Constituição como norma, que vincula e efetivamente constitui, repercute diretamente sobre a eficácia dos direitos fundamentais nela plasmados. A partir de então, os Textos Constitucionais serão uníssonos ao garantir a plena eficácia desses direitos, de tal modo a se exigir do Poder Público a satisfação das promessas neles insculpidas.

Entretanto, fruto de séculos de dogmática individualista, a virada da Constituição no Estado Democrático de Direito não foi acompanhada de entusiasmo por parcelas da doutrina e da jurisprudência, que resistiram ao reconhecimento da eficácia plena dos mandamentos constitucionais por muito tempo após a promulgação da mais recente Constituição. Novas teorias e novas práticas atacam o problema, ao propor uma abordagem condizente com o estágio atual do Direito Constitucional e ao oferecer técnicas voltadas especificamente para o problema de garantir a eficácia total dos direitos fundamentais.

A urgência da realidade de segmentos mais vulneráveis da sociedade – principalmente nos países ainda em desenvolvimento, onde o Estado Social ainda é mera abstração –, tradicionalmente relegados a um estado de indigência de direitos, afastados que estão do foco de atenção do Poder Público por variadas razões de ordens política e social, mobilizou os esforços da jurisdição constitucional em diversos locais para a resolução do problema das falhas estruturas nas políticas públicas.

Dos Estados Unidos à Índia, passando também por Colômbia e África do Sul, os tribunais mobilizaram-se para superar bloqueios institucionais nas políticas públicas que agravavam a realidade de segmentos mais vulneráveis da sociedade. A prática ativista das cortes destes países – em especial, da corte colombiana – parece ter influenciado também o

Supremo Tribunal Federal, que já faz uso de remédios estruturais para garantir a efetividade dos direitos sociais em situações de inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na sua missão de promovê-los espontaneamente, mediante políticas públicas. Assim, ganha força entre nós a teoria do “Estado de Coisas Inconstitucional”, importada da Colômbia e recentemente incorporada ao arsenal do STF para a solução do problema de efetividade dos direitos sociais.

Nesse contexto de aprofundamento e aperfeiçoamento do controle judicial de políticas públicas, por influência de uma dimensão estrutural do ativismo judicial das Cortes Constitucionais, aqui e alhures, chama-se a atenção para as teorias, instrumentos e limites a justificarem um protagonismo atípico do Poder Judiciário, como um coordenador institucional de políticas públicas na área da saúde. O diagnóstico que se tem é que o modelo de litigância individual que prevalece no cenário brasileiro das tutelas judiciais de saúde sobrecarrega os nossos tribunais e gera toda sorte de ineficiência, descontrole e desproporcionalidade. Portanto, um novo paradigma deve se impor, baseado, sobretudo, na coordenação e no diálogo entre os diferentes órgãos do Estado e em decisões mais flexíveis, aptas a respeitar o espaço de deliberação dos Poderes Executivo e Legislativo.

A mais recente manifestação desse novo paradigma de controle estrutural e dialógico das políticas públicas é a supracitada teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, defendida neste trabalho como uma técnica capaz de reverter o quadro de inconstitucionalidade na área da saúde pública brasileira.

O tipo de pesquisa que será utilizada para a investigação do tema proposto consistirá na documental, partindo-se de análises jurisprudenciais e doutrinárias, especificamente no que toca à teoria do controle estrutural de políticas públicas e da técnica do “Estado de Coisas Inconstitucional”. Sendo assim, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, cujo protótipo de raciocínio se dá a partir de premissas, das quais eventualmente chega-se à conclusão apresentada. Quanto ao método de procedimento aplicado, opta-se pelo estudo comparativo, monográfico e teórico.

2 DA CONSTITUIÇÃO QUE CONSTITUI AO CONTROLE JUDICIAL QUE CONTROLA

Num breve esforço histórico, inicia-se este trabalho apresentando a ruptura paradigmática operada no direito no momento do pós-Segunda Guerra Mundial. A democracia constitucional é, a partir de então, o modelo hegemônico a ser reproduzido e desenvolvido nos países ocidentais, um modelo que será baseado, sobretudo, na ideia de uma Constituição como núcleo do ordenamento jurídico, conformadora de todos os anseios da sociedade e forte no aspecto de proteção dos direitos fundamentais individuais e sociais insculpidos em seu texto.

Vale notar, no entanto, que “[...] a idéia que prevalecia no ‘mundo constitucionalizado’ até meados do século XX era a de que as constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas” (SARMENTO, 2007, p. 116). Se hoje se considera a Constituição como o mais importante centro irradiador dos direitos numa sociedade, dotada de normatividade superior a todas as outras fontes do direito, o fato é que nem sempre foi assim.

A atribuição de normatividade às normas constitucionais é trabalho recente, fruto de importantes conquistas históricas da ciência jurídica no século passado. Jorge Miranda é quem melhor descreve este fenômeno típico de resignificação da Constituição ao reconhecer uma verdadeira “revolução copernicana” do direito constitucional, na medida em que “hoje as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediatização legislativa” (2000, p. 311).

A principal consequência desse processo de valorização do conteúdo da Constituição está ligada à questão da eficácia dos direitos fundamentais. Na vigência do paradigma do Estado Liberal e até mesmo do Estado Social, normas constitucionais que encerravam direitos fundamentais não gozavam de eficácia imediata. Essas normas traziam muito mais mandamentos negativos, no caso dos direitos individuais, ou de conteúdo programático, na esteira das primeiras Constituições sociais do século XX.

Atualmente, no contexto do Estado Democrático de Direito que puxa a Constituição para o centro de seu ordenamento jurídico, de onde vai irradiar seus valores e suas disposições para todos os cantos do universo do direito, a eficácia que se atribuí às normas constitucionais é incontroversa. Ingo Sarlet esclarece que “todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis”. (2001, p. 231-232).

Como consequência do novo paradigma de eficácia dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento desenvolve sua teoria e vê neles uma dimensão objetiva, “que irá atribuir-lhes novos efeitos e virtualidades”. (2008, p.105). Para este autor, não basta simplesmente que o Estado se abstenha de violar os direitos fundamentais. É preciso, sobretudo, que o Poder Público aja ativamente na proteção desses direitos. O ente estatal, portanto, sob o prisma do Estado Democrático de Direito e à luz da teoria da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, é obrigado à garantia de condições materiais mínimas para que os indivíduos possam exercer plenamente suas liberdades constitucionais, “sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs”. (SARMENTO, 2008, 107).

Decorre, portanto, do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo um verdadeiro dever do Estado à efetivação dos direitos fundamentais. Visualiza-se, efetivamente, uma relação jurídica entre o Estado e o titular dos direitos fundamentais, que Niklas Luhmann entende obrigacional, na qual o indivíduo é titular de um direito subjetivo, e o Estado, o sujeito desta obrigação. (2002, p.301).

O Estado, inserido em sua nova dimensão social, vai assumir a proteção dos direitos humanos a partir de uma interferência ativa para a supressão da miséria e o conseqüente resgate da dimensão humana. Os direitos fundamentais sociais são normas de proteção de bens da vida mais específicos, cuja garantia, de acordo com o consenso internacional e com a história das conquistas humanas, diminui os níveis de miséria, promovendo a igualdade substancial entre os homens. Estes bens da vida constituem verdadeiro núcleo irrevogável e complementar (COMPARATO, 2003, p. 65-67), a serem concretizados por atos materiais praticados pelo Estado.

Essa noção de que a Constituição basta por si só e contém em si mesma toda a força vinculante de que pode dotar um documento jurídico para obrigar a concretização de seu conteúdo repercute seriamente na doutrina do controle judicial das políticas públicas. Política pública é expressão que abrange todas as formas de atuação do Estado, dentro de uma perspectiva de processos juridicamente articulados (BUCCI, 2006, p.37 e ss). Em outro sentido, “políticas públicas, no Brasil, são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal” (CANELA JUNIOR, 2011, p.57).

São as políticas públicas que sistematizam a atuação do Estado para a promoção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. A falha na prestação espontânea dessas

políticas públicas pelos órgãos ou instituições competentes, seja pela sua inércia ou pela baixa qualidade dos serviços prestados, abre espaço para o controle operado pelo Judiciário, a fim de que se resguardem os direitos sociais titulados pelo público alvo das políticas públicas. Os tribunais assumem uma postura de ativismo judicial, que Luís Roberto Barroso ensina estar “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” (2010, p.9).

O salto paradigmático que se propõe investigar neste trabalho, ao longo das próximas páginas, está associado, justamente, a uma nova espécie de controle judicial das políticas públicas, que parte de um ativismo judicial de dimensão estrutural. A concertação e a coordenação entre as diversas instituições do Estado ganham força a partir de um chamado do juiz constitucional, que age para superar bloqueios institucionais hostis a direitos sociais. Novas técnicas judiciais surgem para viabilizar esse propósito, dentre as quais se destaca, entre nós, a do “Estado de Coisas Inconstitucional”.

3 O CHAMADO QUE VEM DE FORA: O CONTROLE ESTRUTURAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

A partir de meados da década de 1980, os tribunais constitucionais foram alçados ao protagonismo institucional, notadamente nos países que experimentaram um processo de transição democrática, tais como África do Sul, Índia e Colômbia (UPRIMMY; GARCIA-VILLEGAS, 2002, p. 198-339). Este movimento aponta para uma visível e generalizada tendência de reconhecimento do papel das Cortes Constitucionais como agentes institucionais de mudança social, mediante novas práticas judiciais que se voltam à tutela e à efetivação dos direitos fundamentais em decisões mais criativas.

Há especificamente entre Brasil e Colômbia significativas aproximações – que vão além da própria questão geográfica ou do passado colonial, associando-se ao contexto político, econômico social e cultural –, as quais eram muitas vezes deliberadamente negligenciadas pelo constitucionalismo brasileiro. A previsão de um extenso rol de direitos

fundamentais nas Constituições, incluindo os chamados direitos sociais; os insuportáveis índices de desigualdade social; a crise de representação da classe política e a debilidade dos movimentos sociais são semelhanças de um mesmo contexto compartilhado por ambos os países e que fazem da experiência colombiana extremamente pertinente para a solução de nossos próprios problemas.

No Direito Constitucional Comparado, existem exemplos interessantes de intervenção da jurisdição constitucional frente a falhas graves e estruturais nas políticas públicas que ameaçam o gozo de direitos sociais. Sem dúvida, um dos ensaios mais fecundos neste campo vem da própria Corte Constitucional da Colômbia, talvez um dos tribunais constitucionais mais ativos e destacados na defesa dos direitos fundamentais (CEPEDA-ESPINOSA, 2004). Desde os fins da década de 1990, a Corte Colombiana faz uso da teoria do “Estado de Coisas Inconstitucional” quando reconhece a presença de uma violação massiva de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotadas por inúmeras entidades. Nestes casos, o Tribunal pode, inclusive, reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer.

Esta técnica permite à Corte Constitucional impor, efetivamente, aos Poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, bem como supervisionar, em seguida, a sua plena implementação. Tendo em mente a amplitude dos poderes conferidos ao Tribunal em razão do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, entende-se que o instituto só deve ser manejado em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a comprovação de que a intervenção da Corte é essencial para a reversão do quadro de graves violações de direitos fundamentais. A isso se convencionou chamar de “bloqueio institucional”, ponto de partida para assunção pela Corte de um papel atípico (ARIZA, 2013), sob o prisma do princípio da separação de poderes, que implica numa intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.

O Estado de Coisas Inconstitucional não pressupõe a anulação da capacidade institucional dos Poderes Executivo e Legislativo; tampouco ofende o espaço legítimo de deliberação democrática. Sua própria sistemática de solução de litígios estruturais aponta para a adoção de técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e na cooperação entre os

diversos poderes estatais. Parte, sobretudo, de um contexto muito maior de releitura do princípio da separação dos Poderes que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, abandona muito de seu conteúdo mais clássico e absoluto.

Sobre uma interpretação mais contemporânea e contextualizada do princípio da separação dos Poderes, Paulo Bonavides nos escreve o seguinte:

A teoria da divisão de poderes [...] é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade. (2007, p. 86)

O reconhecimento inédito pelo Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2015, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, no contexto do julgamento de Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 – com sérias implicações no sistema prisional brasileiro –, naquele mesmo molde formulado pela Corte Colombiana, marca uma aproximação entre as experiências constitucionais dos dois países e inaugura por aqui um novo paradigma de controle judicial de políticas públicas. Esse reconhecimento parte, necessariamente, do atendimento às seguintes condições: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo alterações estruturais, que dependam potencialmente da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) possível congestionamento da justiça, se todos os lesados em seus direitos acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

A prática jurisdicional do Estado de Coisas Inconstitucional se enquadra numa nova dimensão do papel da Corte Constitucional como guardião da Constituição, na medida em que exige uma postura diferenciada e produz soluções mais complexas, que não se afeiçoam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. É que diante de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas, e sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição, o juiz constitucional é chamado a envolver-se na formulação e implementação dessas políticas, ou seja, “o juiz passa a integrar o circuito de negociação política” (CAMPILONGO, 1994, p. 49). A intervenção

jurisdicional tem, portanto, legitimidade democrática no sentido de que ela reverte graves lesões a direitos básicos, sobretudo de grupos mais vulneráveis.

A solução de litígios estruturais envolve a adoção do que os norte-americanos chamam de remédios estruturais. O resultado é a interferência operada pela Corte Constitucional na formulação e implementação de políticas públicas, assim como sobre as prioridades orçamentárias (WEAVER, 2004, p. 1.617-1.632). Nos Estados Unidos, essa interferência judicial traduziu-se na tentativa de superação da segregação racial de fato em escolas públicas, na melhoria das instituições psiquiátricas e também no enfrentamento dos gravíssimos problemas prisionais do país, notadamente nos estados do sul. Nestes últimos casos, que foram conhecidos como *prison reform cases*, a intervenção levou a melhorias, ainda que modestas, no tratamento dos encarcerados e nas instalações físicas do confinamento (SABEL; SIMON, 2004, p. 1035). O Judiciário chegou ao ponto mesmo de criar um amplo programa para a administração das prisões, orientando o atendimento de condições mínimas em diversos aspectos do encarceramento (FEELEY; RUBIN, 1998, p. 40-41).

Todos esses exemplos retirados da experiência jurisdicional estrangeira atestam para a natureza e para a dimensão que toma a solução dos litígios estruturais. Nos dizeres de Alexandre de Azevedo Campos:

[...] nos litígios estruturais, que compõem a essência do estado de coisas inconstitucional, são os Poderes Legislativo e Executivo que possuem as ferramentas institucionais apropriadas para tocar as políticas públicas, embora, por razões diversas, não as estejam utilizando ou, ao menos, não eficazmente. Daí a necessidade de cortes, do ponto de vista pragmático, e não só democrático, determinarem a formulação e a implementação de políticas públicas sem abrir mão do potencial institucional dos outros poderes. (2014, p. 207)

As ordens flexíveis são parte do esforço dos juízes constitucionais para a garantia do equilíbrio entre a efetivação dos direitos fundamentais plasmados na Constituição e o respeito ao papel político e à capacidade institucional do Legislativo e do Executivo. São preferíveis ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória a ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitada (ROULEAU; SHERMAN, 2009, p. 171-206). Estas ordens são, naturalmente, proferidas com o propósito de serem cumpridas. No entanto, no particular, elas deixam margens de criação legislativa e de execução a serem delineadas e avançadas pelos outros poderes, permitindo, assim, o seu cumprimento efetivo.

Um dos aspectos mais importantes da construção dessas ordens flexíveis e da própria doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto prática de um ativismo estrutural e dialógico, diz respeito à retenção da jurisdição sobre o processo, a fim de se garantir o sucesso dos meios escolhidos. O monitoramento permanente sobre a execução das medidas impostas pela Corte é, nesse sentido, fundamental, porque permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram.

Tudo isso quer dizer que, no quadro do Estado de Coisas Inconstitucional, as determinações judiciais não são rígidas e as soluções tampouco são ditadas pelo próprio Tribunal. A intervenção judicial ocorre mediante ordens flexíveis as quais, baseadas no diálogo e na cooperação entre os Poderes do Estado, atribuem ao Governo e ao legislador a possibilidade de formulação de planos de ação para a superação dos bloqueios institucionais que ameaçam direitos fundamentais.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Melo do Supremo Tribunal Federal, relator da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em que foi reconhecida pela primeira vez no Brasil a teoria do “Estado de Coisas Inconstitucional” no julgamento de medida cautelar, a questão das ordens flexíveis e do ativismo estrutural e dialógico é assim resumida:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções”.

[...]

Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. (ADPF 347 MC/DF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Plenário, julgado em 27/08/2015)

A doutrina colombiana, berço do Estado de Coisas Inconstitucional, já destaca que o Tribunal atua como verdadeiro “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 39). Importante assinalar que, ante o reconhecimento da complexidade da situação, a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo (HERNÁNDEZ, 2003, p.225).

Feitas essas considerações acerca da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional, enfrenta-se nas próximas páginas o problema principal deste trabalho, que é a possibilidade e a viabilidade do reconhecimento de um novo modelo de controle estrutural e dialógico das políticas públicas de saúde, como uma alternativa ao modelo de litigância individual que prevalece nos tribunais brasileiros. Espera-se demonstrar que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na área da saúde pública do Brasil, com todos os expedientes e possibilidades de reversão do quadro de violação de direitos acima apresentados, é uma medida positiva, capaz de retomar a coordenação entre os órgãos do Estado e a eficiência das prestações judiciais na área da saúde.

4 O CONTROLE ESTRUTURAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO ALTERNATIVA AO PARADIGMA DE LITIGÂNCIA INDIVIDUAL NO BRASIL

A dimensão estrutural e dialógica que assume paulatinamente o controle judicial das políticas públicas no Brasil representa uma importante virada paradigmática quanto ao modelo que antes prevalecia incontestemente na jurisprudência. Inicia-se uma nova fase de coordenação institucional e de conserto das práticas de promoção das políticas públicas entre os Poderes da República, capaz de romper bloqueios e de superar inércias que ameaçam direitos das parcelas mais necessitadas da população, ao mesmo tempo em que garante soluções mais eficientes e legítimas.

A afirmação que se faz, no entanto, só é plenamente compreendida se, de fato, ambos os modelos de controle judicial de políticas públicas forem devidamente confrontados. Do confronto entre os paradigmas – que põe de um lado a prática de um controle distorcido e muitas vezes ineficiente, porque descoordenado, e de outro uma construção mais moderna e aperfeiçoada de promoção dos direitos sociais, a partir do diálogo e da coordenação institucionais, bem como da assunção de responsabilidades conjuntas num processo compreensivo de superação dos bloqueios estruturais – espera-se demonstrar a pertinência e a extensão das novas práticas, aptas, por si só, a transformar o cenário do controle judicial de políticas públicas na área da saúde nos tribunais brasileiros.

4.1 O modelo de litigância individual e o problema da fragmentação das políticas de saúde

Já se afirmou que no Estado Democrático de Direito a Constituição efetivamente constitui. Normas constitucionais conquistaram um status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade (BARROSO, 2008). Direitos sociais plasmados nessas normas são plenamente vinculantes e obrigam o Poder Público a realizá-los (NOVAIS, 2003, p. 47-125), considerando-se a força normativa da “Constituição social” (CANOTILHO, 2010, p. 11-31). A inércia do Estado ou, ainda, a má qualidade dos serviços por ele prestados autorizam a que os prejudicados recorram ao Poder Judiciário, em razão da “justiciabilidade” dos direitos sociais (PIOVESAN, 2010, p. 53-69), para satisfazer seus direitos a partir de uma prestação jurisdicional específica e voltada contra o próprio ente estatal.

O protagonismo que assume o Poder Judiciário com essa postura ativista é indubitável. A implementação de novos direitos fundamentais na Carta Política de 1988 “[...] tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais” (SANTOS, 2011, p. 11). Multiplicam-se pelas nossas cortes de justiça decisões de juízes que condenam os diferentes entes públicos a prestar determinados serviços para a satisfação de direitos de estatura constitucional.

O exemplo talvez mais óbvio de pró-atividade judicial está no campo das políticas de saúde, facilmente constatado em razão da dimensão avassaladora com que ações judiciais são propostas anualmente e da enorme quantidade de recursos públicos destinados para a satisfação de tutelas de saúde. Dados do Ministério da Saúde, de Secretarias Estaduais de Saúde e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ilustram a extensão do problema. Ainda que não exista, atualmente, uma pesquisa abrangente e definitiva de levantamento da quantidade de ações de tutela da saúde tramitando pelos nossos tribunais, sabe-se que essa é uma questão urgente, porque é um fator de imobilização do Poder Judiciário e, também, de distorções orçamentárias.

Estima-se que, desde 2010, houve um aumento de 500% (quinhentos por cento) nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos,

equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Naquele ano, o valor consumido foi de R\$ 139.600.000,00 (cento e trinta e nove milhões e seiscentos mil reais). Apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838.400.000,00 (oitocentos e trinta e oito milhões e quatrocentos mil reais). Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2.100.000.000,00 (dois bilhões e cem milhões de reais) (PORTAL DA SAÚDE).

O grande problema é que a natureza imediatista do cumprimento das decisões judiciais leva, muitas vezes, à fragmentação das políticas de saúde e ao desperdício de recursos públicos, já que a aquisição dos medicamentos e insumos não é feita de maneira planejada, tampouco mediante processo criterioso. De fato, o Ministério da Saúde calcula que, enquanto uma paciente no SUS custa aos cofres públicos o equivalente a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), um paciente judicializado toma R\$ 10.000,00 (dez mil reais), dinheiro este que poderia ser mais bem aplicado na compra de insumos a melhores preços, mediante um processo licitatório regular. Em São Paulo, a judicialização é responsável por um dispêndio de 20% (vinte por cento) dos recursos estaduais de saúde, com menos de 1% (um por cento) dos usuários (MACEDO, 2015, p. 245-246).

Portanto, é evidente a falta – e, ao mesmo tempo, a urgência – de coordenação no controle judicial das políticas de saúde, cuja gestão é hoje reconhecidamente desorganizada. É o que Osvaldo Canela Júnior já denunciava, ao escrever sobre a judicialização dos direitos sociais. Para ele:

A [...] concessão individual dos direitos sociais pode ensejar o chamado paradoxo da desigualdade. Se o objetivo dos direitos sociais é a consecução do princípio da igualdade substancial, há evidente contradição lógica na sua concessão individual, razão pela qual se impõe o aperfeiçoamento dos mecanismos processuais para que o provimento jurisdicional tenha repercussão social (CANELA JÚNIOR, 2011, p.23).

São essas as distorções que se pretende evitar a partir da adoção de um novo paradigma de controle judicial das políticas públicas. Nas próximas linhas, o objetivo é justamente analisar essa alternativa, que pode ser encontrada com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira.

4.2 O estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira: por um controle estrutural, dialógico e coordenado

A falta de leitos nos hospitais, a escassez de medicamentos nas redes de saúde pública, a infraestrutura deficiente do Sistema Único de Saúde e o acúmulo vertiginoso de demandas judiciais relacionadas à saúde são fatores que se somam a inúmeros outros para provar o mau funcionamento estrutural e histórico do Estado, em todas as suas esferas, como fator da violação de direitos fundamentais dos indivíduos carentes de cuidados médicos. A dimensão desse quadro de ruptura pede um conjunto de soluções de alcance estrutural de mesma extensão, isto é, deve necessariamente envolver esforços coordenados e mutuamente complementares do Judiciário junto ao Legislativo e ao Executivo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e não apenas de um único órgão ou entidade de determinado ente federativo.

Nesse sentido, as falhas na saúde pública podem se enquadrar enquanto espécie de litígio estrutural. Admite-se, assim, que a correção destas falhas parta do Poder Judiciário e passe por novas ações ou pelo conserto daquelas que não alcançam seus objetivos desejados, seja mediante alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições ou por qualquer outro conjunto de amplas mudanças estruturais, desde que envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. Defende-se aqui a adoção de um modelo decisório atípico para a solução de violações de direitos fundamentais, numa prática associada às *structural injunctions* norte-americana (FISS, 1978).

É clara a configuração, portanto, do “Estado de Coisas Inconstitucional” na área da saúde pública brasileira, de acordo com aqueles mesmos moldes apresentados mais acima. Coexistem, de modo bastante evidente, seus pressupostos principais, cogitados inicialmente pela Corte Constitucional da Colômbia e ratificados pelo Supremo Tribunal Federal: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente dos órgãos públicos em modificar a situação; a dependência de uma pluralidade de autoridades e medidas para a superação das transgressões; e a ameaça de congestionamento da justiça – bastante real, no caso de tutelas de saúde – caso todos os indivíduos lesados recorram ao Judiciário.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional na área da saúde pública brasileira abriria a possibilidade de superação de falhas estruturais e de melhoramento dos serviços prestados aos usuários, a partir de uma atuação coordenada de todos os Poderes e órgãos estatais interessados. O instituto recentemente recepcionado pode inaugurar um novo paradigma de judicialização da saúde, que parte do diálogo entre as instituições e da busca conjunta por soluções coordenadas e, portanto, mais eficientes e possivelmente mais razoáveis.

A adoção de ordens flexíveis e remédios estruturais, da forma como apresentada anteriormente e sempre inserida na ótica do diálogo entre as instituições, cumpriria dois objetivos principais: a superação dos bloqueios políticos e institucionais e o aumento da deliberação e do diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. É, assim, uma espécie de ativismo judicial estrutural ao qual se socorre o juiz constitucional para derrubar aqueles mesmos bloqueios e promover novas condutas coordenadas de promoção plena do direito à saúde.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos já nos diz:

O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturas e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticas, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados. (2015)

É preciso ressaltar, por fim, que, em respeito à capacidade institucional dos Poderes Executivo e Legislativo, e ao espaço legítimo de deliberação democrática, o papel do Tribunal Constitucional em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema de saúde é bastante específico e pode ser sintetizado nas seguintes atribuições: retirar os órgãos públicos do estado de inércia, fomentar a produção de novas políticas públicas, ampliar a deliberação política e social sobre a matéria e supervisionar o sucesso do cumprimento das providências adotadas, assegurando, assim, a efetividade real das soluções propostas.

A evidência da falta – e, ao mesmo tempo, da urgência – de coordenação no controle judicial das políticas de saúde, associada ao quadro de massiva violação de direitos sociais fundamentais e de inércia do Poder Público, nos permite concluir que, a partir do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira, abre-se o caminho para o conserto das práticas institucionais por meio de soluções sistêmicas e

estruturais. O chamado ao ativismo judicial estrutural, que se faz cada vez mais sonoro entre nós, precisa ser respondido com vigor pelo juiz constitucional, a fim de se construa, efetivamente, um estado de constitucionalidade, com plena garantia ao direito à saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apresentado neste trabalho, a ruptura paradigmática do pós-Segunda Guerra, com a promoção da Constituição ao centro do ordenamento jurídico, determinou uma nova forma de compreensão e aplicação do Direito. Os direitos fundamentais sociais nela garantidos passam a ter plena eficácia e a irradiar os seus efeitos por todo o âmbito jurídico, vinculando todas as formas de poder constituídas.

O papel do Poder Público, atrelado ao mandamento constitucional, é o de seguir rigorosamente a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Contudo, a efetivação desses direitos, principalmente em países em desenvolvimento, como o Brasil, encontra entraves estruturais.

Nesse contexto, o Judiciário deve se manter corresponsável e, por meio do uso de remédios estruturais, garantir a efetividade dos direitos sociais, uma vez que os poderes competentes não o promovem de modo espontâneo. Assim, o controle judicial das políticas públicas se mostra necessário diante da omissão do Executivo e Legislativo, que ameaça direitos fundamentais e agrava a as vulnerabilidades de pessoas mais carentes.

Cabe, portanto, aos tribunais, mediante a prática do ativismo judicial, propiciar a justiça social. Afinal, a tutela dos direitos sociais, passa não só pelo seu caráter meramente formal, mas pelo aspecto material de efetivo acesso a tais direitos. Considera-se neste trabalho que, dentre as técnicas ativistas, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional mostra-se como solução ao problema do descumprimento do direito à saúde no Brasil.

A técnica, originária da Corte Constitucional Colombiana, permite a atuação do Tribunal em situações de violação massiva de direitos fundamentais dos cidadãos, quando é autorizada a tomar medidas que garantam o cumprimento dos direitos transgredidos, inclusive

retendo sua jurisdição sobre o litígio para supervisionar a atuação dos entes responsáveis e o sucesso das medidas tomadas.

No que tange ao direito à saúde no Brasil, estão plenamente satisfeitos os requisitos para a aplicação de tal técnica, que abre espaço para a utilização de remédios estruturais a fim de se garantir a efetividade deste direito social em situações de evidente omissão dos poderes competentes. Assim, na lógica que se vem apresentando neste trabalho, o modelo de controle estrutural de políticas públicas de saúde é a melhor alternativa à prática de litigância individual no país, este último um modelo ineficaz porque concede, em cada caso, o pedido individualmente feito pelas partes, gerando distorções, desigualdades e a fragmentação das prestações estatais.

6 REFERÊNCIAS

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: BONILLA, Daniel Maldonado (coord.). **Constitutionalism of the Global South**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, 2010. Disponível em: <
<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 15/10/2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito. In: **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (coord.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. In: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTINHO, JJ Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. et all. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo, Saraiva, 2010.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. **Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court**. Washington University Global Studies Law Review, vo. 3, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FISS, Owen. **The Civil Rights Injunctions**. Bloomington: Indiana, 1978.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y Labor de Juez Constitucional Colombiano em sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional**. Revista de Estudios Constitucionales, nº 1, 2003.

LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Trad. Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.

MACEDO, Maiara Batalini de. **A judicialização da saúde pública e o diálogo institucional Como garantia de equidade social**. Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Juvêncio Borges Silva, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2015. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, vol. IV**. 3. ed. rev. e atual. Coimbra (Pt.): Editora Coimbra, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas**. In: CANOTINHO, JJ Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves . et all. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo, Saraiva, 2010.

PORTAL DA SAÚDE. **Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>>. Acesso em 11 de março de 2016.

SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. **Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds**. Harvard Law Review, n. 117, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: _____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

UPRIMMY, Rodrigo; GARCIA-VILLEGAS, Maurício. Tribunal constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SANTOS, Boaventura de Souza (coord.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

WEAVER, Russel L. **The Rise and Decline of Structural Remedies**. San Diego Law Review Vol. 41, 2004, p. 1.617-1.632.