

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO DE SÃO PAULO – FADISP
CURSO DE DIREITO

DANIELE MELO CAVALCANTI

**O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL EM ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE
PERMANENTE**

São Paulo
2022

DANIELE MELO CAVALCANTI

**O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL EM ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE
PERMANENTE**

Tese apresentada como exigência parcial
para obtenção de título de Doutora à
Faculdade Autônoma de Direito na área
de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lauro Ishikawa

São Paulo
2022

Catálogo na fonte: Biblioteca FADISP

C377d Cavalcanti, Daniele Melo

O direito à saúde no Brasil em estado de inconstitucionalidade permanente/ Daniele Melo Cavalcanti – 2022.
136 fls; 30cm.

Tese (Doutorado) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP),
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – São Paulo, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Lauro Ishikawa

Inclui bibliografia

1.Direito à saúde. 2.Estado de coisas inconstitucionais. 3.Violações sistemáticas. I. Cavalcanti, Daniele Melo. II.Faculdade Autônoma de Direito. III.Título.

CDU 34

DANIELE MELO CAVALCANTI

**O DIREITO A SAÚDE NO BRASIL EM ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE
PERMANENTE**

Tese apresentada como exigência parcial
para obtenção de título de Doutora à
Faculdade Autônoma de Direito na área
de Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Lauro Ishikawa (Orientador)
Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP

(1º Examinador)

(2º Examinador)

(3º Examinador)

(4º Examinador)

(5º Examinador)

Dedico esse trabalho à minha Família, meus
professores e orientador.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha família, marido e filhos.

Ao professor Dr. Lauro Ishikawa.

À professora Valéria Montenegro.

Aos meus irmãos na Fé.

Ao professor Dr. Jucá.

À amiga May.

...Um homem "lúcido" dotado de toda razão humana alcançável, certa feita, encontrou-se com ele, com ele onde tudo se encerra, com ele que foi razão, por que nele e por ele foi e são todas as coisas.... Aconteceu que depois daquele dia, daquele encontro, aquele que é razão inalcançável cerrou as vistas do homem pra que ele pudesse enxergar... e o que via, mas não enxergava, passou a enxergar ainda com as vistas apagadas. E a boca do homem encheu-se de palavras inspiradas, palavras de quem agora enxergava mesmo sem ver, e aquele que é também o princípio de tudo, ainda que também seja fim, depositou porção elevada de seu espírito naquele homem, e foi assim que as trevas se fizeram claras, e suas vistas puderam agora ver novamente. Mas o seu peito agora não podia conter toda a alegria indizível que sentia... toda a percepção que caíra sobre si, a descoberta da sua insignificância e incapacidade o fez compreender que apesar disso, aquele o tinha escolhido pra ser resgatado, entendeu que quando era fraco então que era forte (invencível) pela força daquele que um dia se fez carne. Contudo, por desventura, aquele homem que havia sido desperto, estava em meio a tantos outros que dormiam, que viam sem enxergar... e foi por graça daquele que o despertara, que passou a proclamar o "verbo" a aqueles homens, palavras vindas não desse mundo, mas de onde homem algum foi e retornou, de um lugar não tão distante, mas que não se pode encontrar sozinho.... Foi quando o dito por aquele homem inspirado, de tão eterno que era, passou a ser chamado de loucura, e aqueles que escutavam e seguiam foram chamados embriagados... uma "embriaguez" que não se acha em taças ou contida em vidros, mas que de tão sublime nos levaria a morte se preciso fosse.... Aquele homem transbordante agora de uma lucidez tangível a poucos, moveu muitos homens, acordou tantos outros, e levou ainda tantos outros a enxergar a mesma luz que outrora tinha estado apagada em si, e ao final completou uma boa carreira e guardou a fé... Não se pode ser leviano em afirmar que os homens em sua maioria seguiram verdadeiramente ou compreenderam... houveram tempos que aquela mensagem tão florescente e inspirada por aquele espírito foram deturpadas e usadas por homens para usurpar e destruir...A razão humana, que não é chamada loucura, vai dizer que aquele homem em verdade alucinou naquele encontro, que aquele homem empenhou-se em derrubadas políticas, percorreu caminhos insólitos em busca de coisas, razões e doutrinas terrenas, mas certamente sua "embriaguez" e "loucura", era, se não a mais, uma das mais lúcidas que já andou sobre a terra, isto por que o "EU SOU", na sua infinita sabedoria e soberana vontade, escolhe as coisas loucas desse mundo pra confundir as sãs e, por fim, mas também por um fim, antes que me perguntem: SIM! estou completamente "embriagada", "acordada" e "enxergando" como nunca outrora.

(Daniele Cavalcanti)

RESUMO

O presente trabalho trouxe considerações sobre o instrumento teórico constitucional chamado estado de coisas inconstitucionais (ECI), com ênfase na atual situação do sistema de saúde brasileiro. Destacam-se as decisões judiciais já publicadas no Brasil a esse respeito, bem como o caso original da Colômbia. Esboçou-se a viabilidade, probabilidade e, até necessidade, da declaração do ECI no sistema de saúde do Brasil. Essa teoria se reflete em violações massivas a direitos fundamentais plenamente previstos, persistentes e onde estão presentes litígios estruturais. Ainda que haja um relativo e consolidado arcabouço jurídico e legislativo atinente aos meios de garantir direitos fundamentais, não é difícil constatar a precariedade na execução de políticas públicas que garantam uma boa saúde do Brasil, em que pessoas tem sua dignidade violada devido ao não atendimento efetivo de seus direitos, junto a isto temos um Estado omissivo ou com severas dificuldades de viabilizar a mudança dessas realidades adversas. Racionalmente e Constitucionalmente, isto é inadmissível e revela a existência de falhas estruturais no que concerne às políticas públicas, podendo suscitar a declaração do ECI. Com essa contextualização, tem-se que o propósito principal deste estudo é evidenciar o Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde Pública do Brasil, aos moldes do que foi declarado na Arguição de descumprimento de preceito fundamental quanto ao sistema carcerário, e à questão penitenciária brasileira, além de propor equivalente aplicação no horizonte do sistema de saúde brasileiro. Para tanto, fundamenta-se em abordagens da literatura para construir uma linha teórica que tem como eixos temáticos o neoconstitucionalismo, políticas públicas, ativismo no Judiciário e, por fim, o Estado de Coisas Inconstitucional. Com o estudo, ficam reiteradas como muito positivas as contribuições da Corte da Colômbia na Instituição do Estado de Coisas Inconstitucional, o que abriu no Brasil precedentes teóricos capazes de ativar uma atuação pelos responsáveis frente à necessidade de mudar os rumos e parâmetros quanto a violação descarada e inconsequente de direitos fundamentais tão importantes e que, por si só, impõe-se no contexto constitucional, mostrando-se de alta necessidade a declaração do ECI no sistema de saúde nacional.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Estado de Coisas Inconstitucional. Violações sistemáticas.

ABSTRACT

The present work brought considerations about the constitutional theoretical instrument called the unconstitutional state of affairs (ECI), with emphasis on the current situation of the Brazilian health system. We highlight the judicial decisions already published in Brazil in this regard, as well as the original case of Colombia. The feasibility, probability and even necessity of the declaration of the ECI in the Brazilian health system were outlined. This theory is reflected in massive violations of fundamental rights that are fully foreseen, persistent and where structural disputes are present. Although there is a relative and consolidated legal and legislative framework regarding the means of guaranteeing fundamental rights, it is not difficult to verify the precariousness in the execution of public policies that guarantee good health in Brazil, in which people have their dignity violated due to the lack of effective care. of their rights, together with this, we have a State that is omitted or with severe difficulties to make the change of these adverse realities viable. Rationally and constitutionally, this is inadmissible and reveals the existence of structural flaws with regard to public policies, which could lead to the declaration of the ECI. With this contextualization, the main purpose of this study is to highlight the Unconstitutional State of Things in Public Health in Brazil, along the lines of what was declared in the Allegation of non-compliance with a fundamental precept regarding the prison system, and the Brazilian penitentiary issue, in addition to proposing an equivalent application in the horizon of the Brazilian health system. To do so, it is based on approaches from the literature to build a theoretical line that has neoconstitutionalism, public policies, activism in the Judiciary and, finally, the Unconstitutional State of Things as its thematic axes. With the study, the contributions of the Court of Colombia to the Institution of the Unconstitutional State of Things are reiterated as very positive, which opened in Brazil theoretical precedents capable of activating an action by those responsible in the face of the need to change the directions and parameters regarding the blatant violation. and inconsequential of such important fundamental rights and that, by itself, imposes itself in the constitutional context, proving to be of high necessity the declaration of the ECI in the national health system.

Keywords: Right to health Unconstitutional State of Things. Systematic violations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A RECOMPOSIÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL OCORRIDO NA CONTEMPORANEIDADE	13
1.1 Neoconstitucionalismo.....	13
1.2 Banalização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	19
1.3 Desarmonia nos Poderes da República.....	22
1.4 Um bom governo promotor de Direitos Fundamentais	25
1.5 Efetivação de políticas públicas e sua judicialização	28
1.6 A necessidade de eficiência e responsabilidade na execução das Políticas Públicas.....	34
1.7 Ativismo Judicial evidenciado	40
2 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS	54
2.1 Ocorrência do chamado Estado de Coisas Inconstitucionais	55
2.2 A criação da teoria de forma inédita pela Corte Colombiana	60
2.3 Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro	67
3 ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA SAÚDE NO BRASIL	74
3.1 Evolução histórica do Direito à Saúde.....	76
3.2 Direito à Saúde como Direito Humano Fundamental.....	91
3.3 Estado permanente de Emergência na saúde pública	95
3.4 Judicialização do direito à saúde	101
3.5 Reserva do Possível no direito à saúde.....	110
3.6 Declaração de Estado de Inconstitucionalidade na Saúde	115
4 CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS.....	126

INTRODUÇÃO

Descrever tudo que se abrange na problemática sobre a qual essa tese se debruça pode levar extensas páginas, haja vista os inúmeros pontos negativos, falhas e lacunas que o sistema de saúde brasileiro tem apresentado, gerando um cenário de emergência persistente e afetando o direito à saúde para uma grande parte da população. Diante disso, para efeitos de compreensão, tem-se a representação da problemática por meio do seguinte questionamento: quais as condições que enquadram a saúde brasileira de forma que enseja a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional?

Ademais, destaca-se que esta tese visa confirmar a hipótese de que não há consonância total entre o direito à saúde no Brasil conforme a Carta Magna e a realidade do sistema de saúde brasileiro, ocorrendo isso em um cenário em que a muitos não se têm garantido o mínimo nesse aspecto, refletindo na judicialização da saúde cada vez mais crescente.

Como meio de efetivar direitos fundamentais, a priori, há as políticas públicas que se constituem de um conjunto de ações elaboradas sob caráter estratégico para que a Administração Pública atenda à população de modo geral. Contudo, a realidade denuncia que nem sempre as políticas públicas são suficientes para garantir que a sociedade esteja em pleno gozo de seus direitos, em que se situam o sistema de saúde nacional e a situação carcerária se revelando como cenários ilustrativos de grande peso para esse aspecto negativo.

O tema foi abordado no contexto geográfico brasileiro. Sabe-se que a mais recente Constituição Federal do Brasil foi a de 1988, e ela foi como um sonho democrático para os brasileiros, sendo um dos mais sofisticados textos constitucionais do mundo.

O referido documento iniciou o seu caminhar rumo ao ambicioso futuro delineado de vestes cívico-democráticas. Ao instaurar um Estado Democrático de Direito e encerrar, oficialmente, com o longo regime ditatorial que vicejou no país de 1964 a 1985. Desta forma, a Assembleia Nacional Constituinte adotou um rol elementar de direitos humanos.

Apesar de o Poder Judiciário já ter nas suas atribuições o controle e decisão de modo a priorizar o que está constitucionalmente instituído, com a intensificação de ações de magistrados em matérias de outros Poderes, direcionando-se ao

chamado ativismo no Judiciário, surgem discussões em torno da legitimidade desta tendência. E, mesmo sendo formada uma atmosfera de conflito, sublinha-se que muitos esquecimentos e omissões são trazidos à tona no tocante ao que prevê a Carta Magna, em particular aos direitos fundamentais.

Após mais de trinta anos, o Brasil avançou e retrocedeu. De um lado, o diploma constitucional tem sido, reiteradamente, violado; mas, de outro lado, isso não significa que melhorias expressivas não tenham sido, a partir dele, observadas.

Sabe-se que direitos humanos é um assunto da mais alta relevância e importância. Todavia existem muitos obstáculos à sua efetivação e concretização. Os direitos humanos, em um Estado Democrático de Direito, são uma missão necessária e sempre de grande expressão. Por isso, o conhecimento e consciência acerca da condição de cidadão, de sujeito de direitos, e inclusive de ser humano, é inevitável à efetivação dos direitos humanos.

É sabido que, amparando-se na Constituição Federal, os direitos fundamentais são determinados como de aplicação imediata, além disso também está expresso que é dever do Estado garantir a efetividade desses direitos para a sociedade.

Utilizando-se esses pontos constitucionais como argumentos, suscitam-se numerosos litígios para que o Estado atenda determinadas necessidades individuais, acionando, nesta maneira, a participação do Judiciário em assuntos referentes ao Legislativo e, principalmente, ao Executivo.

O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional desponha, na jurisdição constitucional, como um mecanismo de resolução da contrariedade fática em relação ao estatuto normativo. Trata-se, contudo, de uma técnica recente e com nuances a serem descobertas.

No Brasil, as discussões estão sendo realizadas, essencialmente, desde 2015, o que demonstra ser um objeto incipiente e carente de investigação. Justifica-se, assim, a realização deste estudo.

A primeira investida da nossa corte constitucional sobre a teoria do estado de coisas inconstitucionais, que teve sua criação e origem na corte colombiana, foi a respeito da situação carcerária no Brasil, principalmente no que tange à superlotação prisional, sendo, por óbvio, um fato que assume relevância social.

A pandemia de Covid-19 parece ter instaurado (finalmente) um olhar sob a precária situação da saúde nesse país, pois, apesar do julgamento não ter sido ainda encerrado, o tema está na pauta do STF, com voto do relator no sentido de ser declarado o Estado de Coisas Inconstitucional nessa seara.

Muito embora esse assunto tenha sido tratado com vistas a atender a situação de emergência maior, digamos assim, convém frisar que, nessa situação de emergência, a saúde no Brasil já se encontra a muitos anos.

Portanto, acredita-se que este estudo pode ser um acréscimo oportuno de contribuição para a literatura concernente ao Estado de Coisas Inconstitucional, em especial para a convergência do tema ao campo do sistema de saúde, que se mostra como latente de reconhecimento como ECI embora ainda não declarado oficialmente no país.

O primeiro capítulo cuidou de retratar o neoconstitucionalismo, relatando seus “efeitos colaterais”, como a banalização do princípio da dignidade da pessoa humana e a latente desarmonia entre os poderes da república, muito em razão do ativismo judicial exacerbado.

O segundo capítulo teve a finalidade de apresentar a teoria do estado de coisas inconstitucionais, suas condições, seus pressupostos, onde e por quem foi criada, e trazendo à baila a situação no Brasil que ensejou sua declaração recentemente pela primeira vez pelo STF.

O último capítulo tratou do cerne da questão, que buscava apresentar a clara necessidade de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucionais no sistema de saúde do Brasil, demonstrando seus efeitos, como excesso de judicialização nessa seara, desrespeito incessante à dignidade humana, e ainda os argumentos das impossibilidades estatais, como a reserva do possível.

Para alcançar o fito central deste estudo, valeu-se, majoritariamente, da reunião de abordagens do âmbito jurídico de diversos autores que lecionam sobre direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, políticas públicas, ativismo e Estado de Coisas Inconstitucional para os campos brasileiros penitenciário e do sistema de saúde.

Assim sendo, as abordagens formam um suporte para que explicações relevantes sejam tecidas de forma a culminar com o entendimento acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, com sua consecução para a questão carcerária e, principalmente, inauguração para a questão da saúde.

E, por fim, há a conclusão com a breve compilação acerca do abordado na tese conforme o delineado como propósito direcionador do estudo. Ademais, entre as considerações finais, reflete-se sobre a essência estratégica que está no cerne de medidas associadas à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

1 A RECOMPOSIÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL OCORRIDO NA CONTEMPORANEIDADE

1.1 Neoconstitucionalismo

O chamado novo direito constitucional, ou também conhecido neoconstitucionalismo, que se mostra como um dos precursores do ativismo judicial, originou-se na Europa, em meados do século XX. O seu antecessor foi o constitucionalismo, que fora forjado já no final do século XVIII, pela força das revoluções liberais e pelas ideias iluministas, trazendo consigo como missão precípua a limitação do poder (Estado/Soberano) e a delimitação de garantias, entre outras tantas coisas.

O marco histórico desse hodierno direito teria sido o pós-guerra, referente à Segunda Guerra, e, no Brasil, o processo de redemocratização junto à Constituição Federal de 1988.

Quanto à historicidade, poderia se dispendar muito mais tempo sobre as origens dessa teoria na Europa, citando, por exemplo, como referências as Constituições alemã e a italiana, referentes aos anos de 1949 e 1951 respectivamente. Contudo, concluiu-se não ser tão necessária uma regressão mais profunda ao passado, debruçando-se sobre as peculiaridades dessa origem em cada estado nacional, sendo melhor investimento de tempo se ater às características e aplicação delas em nosso país¹.

De certo que o neoconstitucionalismo, assim considerado como um novo pensamento constitucional, buscou elencar, estabelecer, a supremacia da Constituição e sua força normativa, passando a ser condicionante de validade e compreensão de todo o Direito. Assim, inaugurou-se o chamado “Estado Constitucional de Direito”, em substituição ao “Estado Legislativo de Direito”.

Ao que parece, sob a reflexão de Dirley Cunha Júnior, o fracasso do Estado Legislativo de Direito, anteriormente empregado, em que a legalidade e a lei eram o que legitimava o direito, foi a causa dessa mudança de “*status*”. Visava-se anteriormente a validade de uma norma não pela sua justeza, mas pelo fato de ter sido imposta por uma autoridade competente e legítima.

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 43.

Isso se deveu notadamente em razão do fracasso do Estado Legislativo de Direito, no âmbito do qual o mundo, pasmado, testemunhou uma das maiores barbáries de todos os tempos, com o genocídio cometido pelo governo nacional socialista alemão provocando o holocausto que exterminou milhões de judeus, pelos nazistas, entre 1939 e 1945, nos países ocupados pelas tropas do Reich hitlerista. Com efeito, até a Segunda Grande Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do Estado Legislativo de Direito, contudo, atualmente o neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, fundado na dignidade da pessoa humana, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial².

Nesse Estado Constitucional de Direito, a legalidade das normas está subordinada à Constituição. Então a validade da lei não depende mais só do seu respeito à forma de produção, mas também, e principalmente, com a **compatibilidade** com as normas constitucionais.

Ainda sobre o aspecto da justeza da norma jurídica constitucional, estando ela já produzida ou a ser produzida, no âmbito desse novo estado constitucional, a dignidade da pessoa humana se eleva como uma pedra angular, em que se pretende garantir e preservar a mesma. O prestigiado Luigi Ferrajoli adverte que todas as normas devem agora passar por esse “crivo” de validade.

[...] a validade das leis, que no paradigma do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora da validez, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isso porque, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas³.

Os textos constitucionais anteriores se limitavam no deslinde da organização do estado e do poder⁴. Entretanto, no pós-guerra, esses textos passaram a trazer valores, direitos e garantias direcionadas aos indivíduos, passando a tratar não só mais da vida política, mais também da vida social do Estado e de seus cidadãos.

Sabe-se que no Brasil essas mudanças começaram sob a égide da Constituição Federal de 1988. Na sua obra sobre este fenômeno do Brasil, Daniel

² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 39.

³ FERRAJOLI, Luigi. 'Pasado y Futuro Del Estado de Derecho'. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 16.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.55.

Sarmiento sintetizou em alguns pontos como está sendo a aplicação dessa “nova” baliza no Direito brasileiro.

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos;
- (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁵

Claro que existe, em meio a tudo isso, os entusiastas e os críticos, sendo críticos veementes inclusive. Todavia não se pode deixar de enxergar claramente como essas alterações já cresceram e tomaram espaço no sistema jurídico nacional. Como em tudo que existe sempre há dois lados, já se verifica até os excessos que estão sendo praticados (como, por exemplo, o ativismo juducial) em nome desse “novo” pensamento jurídico⁶⁶.

Como ensina Miguel Carbonell⁷, este fenômeno parece contar cada dia com mais seguidores, sobretudo no âmbito da cultura jurídica italiana e espanhola e em alguns países da América Latina, tais como Brasil, Argentina, Colômbia e México.

Não é uma tarefa simples definir o chamado neoconstitucionalismo, pois não parece haver um só neoconstitucionalismo, uma teoria única, uma:

[...] concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa⁸.

⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

⁶ CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. As Várias Faces do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina et al. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 370.

⁷ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto, en El mismo (coordenador). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos Madrid: Trotta, 2007.

⁸ Ibidem.

Nas palavras de José Luís Moreso⁹, a teoria do neoconstitucionalismo tem o viés de impulsionar uma original teoria para o direito, que buscar responder à contemporânea agrura da lei – que se traduz por normas postas que não atendem aos anseios sociais – deixando aquela de ser a única e suprema fonte do direito.

O neoconstitucionalismo faz parte de um conjunto de teorias contemporâneas, que levam o direito constitucional a outro patamar, a um elevado patamar registre-se aqui, propondo uma solução à crise da legalidade da lei e estabilizando o estado constitucional de direito.

Segundo Sanchis, algumas mudanças estão acontecendo e cooperando para a afirmação desse novo direito constitucional. Vejamos:

[...] mais princípios em vez de regras; mais ponderação do que subsunção; mais análise individual e concreta do que análise geral e abstrata; mais poder judiciário e menos poder executivo e legislativo; mais aplicação da Constituição em vez de aplicação de leis ordinárias, e por último, coexistência de uma constelação plural de valores, que podem às vezes tendencialmente ser contraditórios, em vez de homogeneidade ideológica em torno de um conjunto de princípios coerentes entre si¹⁰.

Essa teoria, esse novo direito constitucional, busca não só mais estabelecer assuntos políticos nas constituições, tais como separação de poderes políticos, públicos e competências, mas traz consigo, também, normas de cunho material. Normas que realmente estabelecem limites à atuação do Estado e, também, direitos chamados fundamentais, a serem observados nas relações entre a sociedade e entre Estado e sociedade.

Ressalta-se que grande parte dessas constituições contém em grande parte princípios e não regras, o que importou na necessidade de uma nova técnica de hermenêutica, além da subsunção, onde o caso concreto se enquadraria a lei em abstrato. A proporcionalidade e a ponderação passaram a ser considerados na solução de conflitos, inclusive nos conflitos entre os princípios constitucionais colidentes.

Esse novo gradil teórico procurou se compatibilizar com fenômenos sociais, em substituição àquelas do positivismo tradicional, que se mostraram incompatíveis com a nova realidade.

⁹ MORESO, José Juan. Conflito entre Principios Constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Frotta, 2003, p. 125.

¹⁰ PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

Sobre as técnicas de interpretação, Carbonell explica que “o neoconstitucionalismo se desdobra em três planos de análise que se conjugam, sendo que um deles seria o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação”¹¹.

A ponderação tem sido usada sobretudo no campo dos direitos fundamentais. Seriam, ainda, desdobramentos: os textos constitucionais terem se tornado amplos na prescrição dos direitos fundamentais e o desenvolvimento da doutrina que ajuda a compreender esse fenômeno.

O constitucionalismo e a democracia se aproximaram de tal forma que culminou em uma organização política nova para o Estado Democrático de Direito, em que o positivismo jurídico e o formalismo jurídico foram superados, ocorrendo a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da nova dogmática da interpretação constitucional¹².

Entretanto, apesar dos muitos entusiastas e adeptos desse modelo garantista, essa nova “jurisdição constitucional”, que ao que parece se encontra estabelecida e consubstanciada, não fica desprendida de percalços. Isso é o que nos adverte o renomado Jurista Luigi Ferrajoli, ao expor sua teoria garantista.

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias. Esta não é mais uma questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com a sua disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias¹³.

De fato, o que está posto a olhos nus, com alguma frequência no exercício dessa jurisdição, conforme já dito anteriormente, é o uso indiscriminado, incoerente e até abusivo, na aplicação dessas garantias constitucionais, principalmente no que

¹¹ CARBONELL, Miguel. Op. cit.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

tange a dignidade da pessoa humana, que virou uma verdadeira panaceia, remédio para todos os males.

Com efeito, o neoconstitucionalismo transformou os direitos (fundamentais) em valores ou princípios morais¹⁴, interpretados pela ponderação, o que abriu margem para um enfraquecimento da normatividade do direito. Com isso, os julgadores passaram, por meio da ponderação, não só a interpretar as normas, mas também a criá-las (o que terá abordagens em tópico próprio mais a frente, quando se tratar do ativismo judicial, que é tema afeto ao proposto neste trabalho de conclusão).

Tendo em vista o decorrido até então, está evidente que o cotejo da constitucionalidade das normas pelos tribunais nacionais também foi modificado para acompanhar esse movimento de constitucionalização do direito, conforme esclarece Vieira Júnior.

Era pacífico o entendimento de que à Corte Suprema somente era autorizada a atuação como “legislador negativo”, no sentido de suspender – na hipótese de julgamento de liminares –, ou eliminar – no caso de julgamento de mérito –, os dispositivos considerados inconstitucionais. Não era lícito aguardar do STF uma atuação como “legislador positivo”, propondo soluções normativas para as hipóteses em que declarava a inconstitucionalidade das normas, por ação ou omissão. Posteriormente, essa postura foi alterada, tendo o STF passado a atuar de forma mais ativa na construção de alternativas normativas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade das normas. Paralelamente a isso, cabe consignar que as decisões, no final da década de 80 e no início da década de 90 do século passado, eram, basicamente, binárias: as opções consideradas pela Suprema Corte eram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das normas. Influenciada pela doutrina constitucional europeia, mais precisamente a alemã, a Suprema Corte brasileira passou a adotar importantes variações quando da apreciação da constitucionalidade das normas. É de meados da década de 90 o aprofundamento da utilização das técnicas de decisão consistentes na declaração de inconstitucionalidade das normas sem redução de texto, na adoção da declaração de constitucionalidade conforme o texto constitucional, no apelo ao legislador, entre outras¹⁵.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 60.

¹⁵ VIEIRA JÚNIOR, 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). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: fev. 2022.

1.2 Banalização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Certamente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi alçado à protagonista nas constituições e convenções modernas, e passou a ser incansavelmente evocado nas decisões judiciais, nas mais distintas direções. Contudo, o seu conteúdo tem se mostrado impreciso, o que quase elimina a possibilidade de sua conceituação objetiva.

Frequentemente, nos deparemos com expressões do tipo "superprincípio", "o valor mais elevado", "valor supremo"¹⁶. Trata-se de um supraprincípio constitucional, e muito se tem preocupado, não só no Judiciário, mas também na doutrina e na Academia, com sua efetividade e aplicação prática. Em razão disso, descuida-se dos fundamentos e justificativas racionais desse princípio.

Não se pode contraditar que este vetor agregou em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988¹⁷, considerado como um mandamento de justiça social, sendo apontada a dignidade da pessoa humana como "um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"¹⁸.

Para Reale Miguel¹⁹, um dos primeiros indicadores da dignidade da pessoa humana como alicerce do sistema jurisdicional é que "toda pessoa seria unitária/única, e nela habita o universal, o que faz dela um todo inserido na existência humana".

Faz-se notar que, diante dessa recém preocupação valorativa, a humanidade presenciou o despontar do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamento dois direitos humanos assegurados a cada indivíduo pelo simples fato dele existir²⁰. O Estado Democrático de Direito tomou para si o princípio aqui tratado como um elemento estruturante, devendo o direito positivo e os poderes se pautarem por ele.

¹⁶ MELO, Renan. **(Re)construindo a dignidade: Integridade e Eficácia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Dialética. 2021. p.15.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 512.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.38.

¹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 84.

²⁰ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito Internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2006.

Por outro lado, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deva ser considerada exclusivamente como algo inerente à pessoa humana, no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente, na medida que a dignidade possui também outros sentidos, inclusive cultural, destacando-se, nesse ponto, a lição de Sarlet nesse assunto.

É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, e no nosso sentir, das comunidades em geral, de todos e de cada um, condição dúplice essa que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.²¹

Ainda sobre os sentidos desse princípio, o jurista alemão Konrad Hesse nos adverte sobre o uso contextual do princípio, levando em conta o aspecto histórico inclusive.

Cabe a este princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual e latente à 'dignidade do homem', está no respeito e na proteção da humanidade. (...) Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da 'massa' moderna. Ele é entendido, antes, como 'pessoa': de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família, igrejas, grupos sociais e políticos, das sociedades políticas, não em último lugar, mas também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a configurar responsavelmente na convivência humana.²²

Após descrever acima, sem a ambição de esgotamento, uma ideia do ponto em que encontra o aviltado princípio da dignidade da pessoa humana no nosso sistema jurídico, passo agora a uma análise a respeito da valoração dada ao teor e da eficácia deste princípio.

Para Sarlet, anteriormente enunciado acima, a dignidade da pessoa humana pode também ser usado como defesa, um argumento de defesa, a fim de impedir violações, e como garantia de ações positivas. O autor informa que há "um crescente consenso no que diz respeito com a plena justiciabilidade da dimensão

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

²² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 109.

negativa (defensiva) dos direitos sociais em geral e da possibilidade de se exigir em Juízo pelo menos a satisfação”²³.

Em continuação ao explanado, o jurista nos assenta, que “daquelas prestações vinculadas ao *mínimo existencial*, de tal sorte que também nesta esfera a dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto” ²⁴.

Sendo assim, a dignidade passa ser entendida como um valor base, um valor jurídico máximo, que, junto com o direito à vida, serve de arcabouço aos demais direitos humanos, servindo de finalidade suprema do ordenamento jurídico.

Assenta Celso Lafer que “a dignidade da pessoa humana apresenta-se como valor maior que serve de base para os princípios da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral, bem como da solidariedade”²⁵.

Após verificado o grau de relevância desse princípio, dado pela nossa sociedade como um todo, e apesar de se reconhecer a importância desse princípio na nossa constituição, na nossa doutrina e na aplicação do mesmo pelo judiciário, infelizmente o uso indiscriminado tem causado a banalização do Princípio.

Em nome da aplicação efetiva e eficaz desse princípio, têm acontecido abusos na esfera jurisdicional, principalmente quando o judiciário concede prestações positivas e acaba por invadir a competência do Legislativo e do Executivo, o que vai de encontro ao equilíbrio harmônico da separação de poderes.

Vários são os motivos que têm levado a essa banalização, como o uso corriqueiro, sem clareza de conteúdo, que tem elevado a máxima subjetividade a sua aplicação. Assim, tem-se uma abstração utilizada pelos julgadores para decidir sobre casos concretos de difícil solução, na direção que desejarem e de acordo com suas próprias convicções pessoais, o que retira do julgador uma das suas principais observâncias, que seria a imparcialidade.

Por fim, há que registrar que, sem regras claras, em um jogo em que as regras não são claras, sempre se pode criar uma palavra mágica e pôr fim ao jogo, encerrando-o de forma não apropriada e injusta. Então essa abertura hermenêutica/interpretativa tem dado margem a má aplicação deste princípio.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96.

²⁴ Ibidem, p. 96

²⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 150-151.

1.3 Desarmonia nos Poderes da República

Considerando a atualidade e o elencado até agora, é indispensável situar que o Poder Executivo não é o único incumbido da tarefa de efetivar direitos fundamentais através de políticas públicas. Relembra-se que o Poder Legislativo também tem participação através da elaboração de diretrizes e ações em prol da capacidade orçamentária para fomentar políticas públicas, por exemplo. Ademais, há o Poder Judiciário “auxiliando” como já dito, na tomada de decisões e intervindo na garantia desses direitos conforme já explicado. Portanto, é oportuno discorrer sobre a separação desses três Poderes na abordagem sobre políticas públicas nesse contexto constitucional contemporâneo.

Como referência, tem-se a seguinte breve contextualização de Artur Stamford da Silva e Virgínia Leal²⁶:

[...] continuamos mantendo legitimado o Estado de Direito. Este definido como a organização social pautada pela representatividade política (voto e contrato social) e pela divisão dos poderes: 1. Executivo – administrador da vida em sociedade; 2. Legislativo – a legislação contém a vontade do povo (as leis que regem uma sociedade, protegendo-a, agora, dos riscos de recaída ao totalitarismo); 3. Judiciário – poder do Estado em função de nos proteger da justiça com as próprias mãos, da violência privada.

A partir de um resgate histórico, pode-se detectar que a Separação dos Poderes tem forte desenvolvimento teórico a partir de figuras clássicas, tais como Locke e Montesquieu²⁷. Estes iluministas, dentre outras concepções, lecionavam sobre a distribuição de poderes, antes concentrados ao Estado, numa perspectiva de equilíbrio funcional através da atuação conjunta de diversos órgãos. Portanto, quebra-se a ideia de um poder absoluto.

No entanto, recuando-se mais ainda na história, pode ser encontrada a preconização por Aristóteles da divisão do poder governamental em três unidades fundamentais e balanceadas entre si. Este filósofo²⁸ atribuiu a cada uma dessas três unidades, que ele considerava como distintas, as funções relacionadas às

²⁶ SILVA, Artur Stamford da; LEAL, Virgínia. Justiça restaurativa como direitos humanos: observações éticas do discurso, pedagógicas e jurissociológicas. In: SILVA, Eduardo Faria; GEDIEL, José Antônio Peres; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 111.

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 219.

²⁸ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.

deliberações sobre aspectos públicos, sobre a magistratura e a administração da justiça.

Daniel Silva Passos compila o desenvolvimento de uma teoria da separação dos poderes, conforme as figuras supracitadas, valendo-se do seguinte arranjo:

Montesquieu não foi o primeiro autor a idealizar a separação de poderes. Tal preocupação, em verdade, remonta a Antiguidade. Aristóteles, por exemplo, já havia identificado três funções do Estado: a consultiva, a judiciária e a responsável pelos assuntos de administração. Em tempos mais atuais, a proposta de separação de poderes de Locke foi requalificada pela teoria tripartite de Montesquieu, na célebre obra *O espírito das leis*, publicada em 1748. O referido autor afirmava que, em cada Estado, há três espécies de poderes: o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das coisas que dependem do direito civil. Desconhecia o poder federativo de Locke, por entender que consistia em atividade meramente executiva. Montesquieu parte da premissa de que todo homem tende a abusar do poder. [...]. Daí a necessidade de que seu exercício não ocorra de forma concentrada em uma só pessoa ou em um só grupo de pessoas. A distribuição desse exercício em três esferas de competência fomentaria uma inter-relação e um auxílio mútuo entre as diferentes esferas de decisão, em um sistema de controle recíproco.²⁹

É fato que a concepção nacional e atual da separação dos Poderes se fundamenta nas orientações de Montesquieu, podendo isto ser validado através da exaltação desta separação na Constituição de 1988. Ressalta-se que não se tem a pretensão de elaborar uma fundamentação teórica e crítica em torno dos diversos colaboradores, em maior ou menor grau, do desenvolvimento de uma teoria da Separação dos Poderes.

Contudo, deve-se situar que, em contraponto ao teórico, a prática indica que não há essa separação rigorosa dos Poderes, mas, mesmo assim, essa separação deve ser reconfigurada para que sejam dadas as devidas condições de fazer valer os direitos fundamentais. Isto é destrinchado por Melina Girard Facchin³⁰:

A clássica separação de funções de cada um dos poderes do Estado não encontra conexão com a realidade hodierna, pois nasce ligada a um momento histórico em que se pretende a minimização dos poderes do Estado por influência do pensamento liberal. [...]. Hoje não há lugar para um rigoroso princípio da separação, se é que houve mesmo, historicamente, tal secção, uma vez que as mudanças sociais e a crescente necessidade de intervenção estatal na sociedade tornaram

²⁹ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁰ FACHIN, Melina Girard. **A fragmentação da proteção contemporânea dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais: uma análise a partir do cenário estadual paraense de proteção**. In: SILVA, Eduardo Faria; GEDIEL, José Antônio Peres; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 42-43.

necessária a reestruturação dos fundamentos do próprio Estado, incluso a teoria da separação dos poderes. Exige-se, assim, uma nova separação dos poderes que, em colaboração, atuem para o desenvolvimento constitucional sob as balizas democráticas, técnicas e de proteção dos direitos fundamentais. Outrossim, diante da importância conferida aos direitos fundamentais, deu-se a potencialização da atividade do judiciário, que recebeu a competência para salvaguardar e garantir a aplicação desses direitos.

A partir do conteúdo da Constituição Federal, entende-se que os três poderes devem atuar conjuntamente frente ao controle do que está conforme, bem como no que está em inobservância. Dito isso, das linhas percorridas por Melina Girard Facchin, deve-se observar o seguinte recorte sobre a dúvida que tende a ser posta em discussão sobre quem tem a palavra hierarquicamente superior:

A carência de legitimidade é outro argumento que não merece prosperar, visto que todos os Poderes retiram sua legitimidade para atuação do texto constitucional, no qual a dignidade da pessoa é fim e fundamento. O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas por intermédio do aperfeiçoamento dos modelos de participação democrática, mas também e, sobretudo, por meio da extensão da democratização da arena política à arena econômica e social, visto que a democracia real apenas exsurge com a efetiva garantia (e respectiva realização) de direitos³¹.

Quanto ao temo da carência de legitimidade utilizado pela referida autora, compreende-se que se aborda do jugo de terceiros sobre o Poder Judiciário, *a priori*, não dever aquele “invadir” o espaço da Administração Pública com a justificativa de que não foi eleito democraticamente para isso (afinal, o poder não deve emanar no povo?), além de existir o já mencionado princípio da separação de Poderes. No entanto, como bem explica a autora supracitada, esse contorno argumentativo não se sustenta, pois o Judiciário tem como égide a Constituição brasileira, que se sobrepõe a quaisquer aspectos normativos e até mesmo aos eleitos por “vontade popular”.

Sobre esse suposto desequilíbrio em que se favorece o Poder Judiciário, é oportuno tratar do contraste em relação ao período de Montesquieu, quando este revelava uma profunda preocupação no que concernia ao Judiciário, baseando-se no extenso período em que este setor era de atuação nula diante das arbitrariedades do regime absolutista. Como referência teórica para essa explanação, há as seguintes linhas desenvolvidas por Daniel Silva Passos:

³¹ Ibidem. p. 39.

Recorde-se que Montesquieu desenvolveu seu raciocínio partindo de um contexto recém-saído do absolutismo, no qual o Judiciário, despido de autonomia e independência, foi conivente com as arbitrariedades perpetradas pelo antigo regime³².

Na discussão sobre legitimidade, ainda vale retomar a situação presente de crise política, pois, diante desta, enfraquecem-se quaisquer argumentos ditos como sustentados democraticamente em decorrência da dúvida da representação realisticamente popular. Direcionando-se ao Legislativo, por sua vez, não se pode descartar a possibilidade deste poder pender aos menos favorecidos devido à ausência de imparcialidade efetiva ante a aspectos financeiros e, principalmente, políticos.

Não se pode olvidar que, no contexto de políticas públicas, deve-se ter o sistema de pesos e contrapesos como forma de equilibrar os três poderes entre si, favorecendo um somatório de forças em prol do firmamento das normas constitucionais. Assim, Daniel Silva Passos³³, apoiando-se nas linhas de Karl Loewenstein, sugere a interpretação da separação dos poderes no sentido de que há um poder que deve elaborar a política, um segundo que deve executar essa política e um terceiro que deve realizar o controle. Essas três funções são tratadas, respectivamente, como *policy determination*, *policy execution* e *policy control*.

Nesse debate, o Judiciário tem ganhado destaque, seja por consulta, por intermediação ou por resolução de dilemas gerados por outros Poderes. Em paralelo, como uma espécie de ampliação da judicialização de políticas públicas, tem-se configurado o recente fenômeno dotado por engajamento de magistrados frente à necessidade da efetivação de direitos fundamentais, que se denomina como ativismo, o qual será abordado posteriormente.

1.4 Um bom governo promotor de Direitos Fundamentais

Na perspectiva teórica, o ser humano colocado no centro, junto à sua dignidade e, especificamente, junto a seus direitos fundamentais, parece ser um ideal consolidado, tanto no plano dos ordenamentos jurídicos internacionais, quanto no ordenamento jurídico brasileiro. Com o advento da Constituição de 1988 no

³² PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 78.

³³ Ibidem. p. 80.

Brasil, ficou representado um marco de descontinuação; ou seja, ficou para trás a visão de estado que funcionalizava o indivíduo diante da autoridade estatal, sagrando-se a dignidade humana como eixo central do ordenamento jurídico.

Ocorreram várias modificações nas leis, foram feitas muitas introduções na lei, com o decorrer do tempo, a fim de adaptar a nova Carta Magna à nossa legislação infraconstitucional e, também, à nossa realidade a partir de então. Apenas para não passar com ausência de exemplos, há a edição da Lei do SUS que organizou a estrutura básica do Sistema Único de Saúde brasileiro, que foi previsto constitucionalmente.

Em paralelo à doutrina também, dedicou-se a desenvolver registros voltados para a expansão da eficácia e da efetividade da Carta Magna, sem perder de vista os direitos fundamentais. Pode ser apreciado a seguir o registro de Luís Roberto Barroso em relação a esse momento histórico:

É inegável que a constituição de 88 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País. Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões³⁴.

A jurisprudência também tem seguido na mesma linha. Todos têm destacado a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. O mesmo se pode dizer da jurisprudência internacional.

Além das normas de direito propriamente ditas, a estrutura internacional de proteção desses direitos é integrada, ainda, por cortes e comitês encarregados da aplicação dessas normas em situações específicas³⁵.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas-limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

³⁵ A primeira condição, de caráter jurídico e institucional, é a definição normativa dos bens fundamentais em cartas Constitucionais e internacionais e, correlativamente, a produção de uma adequada legislação garantista de atuação: o reforço e a redefinição dos poderes e das competências das atuais instituições de garantia, como a FAO e a OMS; A criação de novas instituições internacionais de garantia primária sob a forma de Autoridades supranacionais independentes, para a tutela do ambiente e do acesso de todos a água potável; a criação de instituições jurisdicionais de garantia secundária em condições de sancionar o inadimplemento e as violações de garantias primárias. Mas é necessária, no plano institucional, a introdução de um fisco mundial, isto é, de um poder supraestatal de taxação voltado a procurar - para além das atuais políticas de auxílio, as quais, diga-se, são vergonhosamente carentes com respeito até aos esforços despendidos - os recursos necessários para financiar as despesas sociais globais por obra das instituições supranacionais garantistas antigas e novas. Publicado na Itália sob o título: FERRAJOLI, Luigi. Per una carta dei beni fondamentali. In: MAZZARESE, T; PAROLARI, P. **Diritti fondamentali**. Le nuove sfide. Con un'appendice di carte regionali. Torino: Giappichelli, 2010. p.

Voltando-se para a Administração Pública, haverá, no mínimo, dois grandes processos no percurso que podem levar uma norma de direito fundamental a produzir efetivamente à proteção: a política pública já prevista na norma, devidamente implementada e, em segundo lugar, a verificação dos resultados.

Em relação ao primeiro processo, o da implementação da política pública, não é incomum que uma lei seja aprovada sem, contudo, vir a ser regulamentada, ou que seja implementada depois de anos, ou ainda que seja executada em algumas regiões e em outras não. Podendo acontecer também de a política pública ser implementada, mas com recursos escassos, o que acaba a inviabilizando, rapidamente. Relativo ao segundo processo (segundo porque esse processo necessariamente vai depender da execução do primeiro), será necessário verificar se os resultados que se almejavam estão se concretizando, de fato, e com objetivos alcançados.

Ainda há casos em que a política pública é efetivamente executada, contudo pode ainda haver insucesso, por razões alheias à vontade do administrador. Como exemplo, há o caso em que Carlos Henrique Viana de Andrade³⁶ relata em seu livro a respeito de um acontecimento na Europa medieval quando da adoção de uma política pública a fim de acabar com os ratos da região.

Então o cidadão recebia um valor monetário por cada rato morto e entregue. Até aqui, uma efetiva e até louvável execução de uma política pública, contudo, os cidadãos, com o ímpeto de obter lucros, passaram a criá-los (ratos). Sendo assim, a política pública, apesar de efetivamente ter sido aplicada, não cumpriu com o objetivo a que se destinava.

Entretanto, de certo, é pela execução efetiva dessas políticas que se concretizam os direitos fundamentais, o que mantém as políticas públicas em local de destaque. Por outro lado, tal fator deixa muito a desejar nesse país, o que, consequentemente, acaba por gerar em alguns casos o chamado Estado de Coisas inconstitucional, conforme será entendível mais à frente.

Quanto à dúvida levantada no título desse tópico, qual seja, se haveria um governo capaz de promover os Direitos Fundamentais, acreditamos que sim. Claro que precisaríamos de "anos-luz" de mudanças, boa vontade e compromisso, até

65-98. Traduzido por: Daniela Cademartori e Sergio Cademartori em: FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 83.

³⁶ ANDRADE, Carlos Henrique Viana de. **História da medicina medieval**. São Paulo: Baraúna, 2015. p. 171.

porque legislação, teses, jurisprudência e um relativo sistema jurídico já temos em quantidade considerável.

Encerrando, no entanto, esse breve assunto, traz-se à baila as magistrais palavras do ilustríssimo Professor Pedro Jucá sobre governo/governar:

Governar é dirigir, conduzir politicamente o processo social no seu todo, envolvendo a sociedade e o Estado, e implica na capacidade política de identificar os interesses, aspirações e demandas da sociedade em toda a sua pluralidade, conduzindo, também, a formulação de consensos democráticos com a participação da cidadania e, a partir daí, elaborar os projetos de governo direcionando a ação de todo o sistema no sentido de atender às tais demandas³⁷.

1.5 Efetivação de políticas públicas e sua judicialização

Como o próprio termo pode levar à inferência de seu significado, judicialização significa a expressividade da participação do Poder Judiciário em ações que são mais da alçada de outros poderes (Executivo e Legislativo). Assim sendo, de forma mais concretizada, há uma alta disseminação de demandas sobre a Administração Pública para que esta seja ordenada a realizar prestações com o fito de resultar consolidado o que a há na Constituição e, principalmente na área da Saúde, ou do Direito a Saúde.

A atuação do poder judiciário frente ao controle e efetivação de políticas públicas pode ser dada como fenômeno relativamente recente no país, visto que cartas constitucionais antecessoras tendiam a restringir isso.

Ao ser utilizada como escudo argumentativo, a Constituição de 1988³⁸, desde a sua instauração (neoconstitucionalismo³⁹), tem estimulado a criação de um poder político sobre o Judiciário. Em acréscimo, deve-se mencionar a ampliação de ação e alcance do Ministério Público e da Defensoria Pública, instigados pela crescente

³⁷ JUCA, Francisco Pedro. Direito fundamental a um bom governo. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 2, jul./dez. 2017.

³⁸ É sabido amplamente que a Constituição de 1988, de modo consolidador, terminou a existência de um regime de ditadura desdobrado do período de regime militar, deixando claro que o poder, a partir de então, advém do povo, que passava a ter representantes democraticamente eleitos, tal como é apresentado ainda no início da Carta Magna.

³⁹ Também denominando de novo direito constitucional, Juliana Patrício Paixão nos lembra que o neoconstitucionalismo no Brasil é datado do período de redemocratização a partir da Constituição de 1988, tornando esta suprema e, em paralelo, forma-se o Estado Democrático de Direito. PAIXÃO, Juliana Patrício da. **Estado de Coisas Inconstitucional**: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

busca social por justiça, sendo isto corroborado por Luís Roberto Barroso em seu artigo “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”⁴⁰.

Contextualizando uma reflexão acerca do relacionamento entre direito e política, Daniel Silva Passos aborda que:

[...] a Constituição de 1988, na condição de instrumento viabilizador do acoplamento estrutural entre direito e política, torna possível a utilização do direito como instrumento para a consecução dos objetivos políticos de reconstrução social, bem como permite que o direito valha-se de conteúdos políticos como dignidade e igualdade para o alívio das expectativas das pessoas. Esta sistemática leva em conta a diferenciação estrutural entre ambos os subsistemas, ficando claro que o magistrado, quando aprecia a legalidade de políticas públicas, não invade o campo político, cingindo-se a apreciar a conformidade de determinado ato com a legislação vigente⁴¹.

Em acréscimo, para Felipe de Melo Fonte⁴²:

[...] o controle judicial de políticas públicas tornou-se, em pouco tempo, tema muito presente nas discussões acadêmicas. Isto não apenas em razão da mudança de paradigma jurídico ocorrida com a Constituição de 1988, mas também por motivos de ordem puramente pragmática. Há evidente interesse da União, Estados e Municípios em conter, ou ao menos amenizar, a enorme sangria de verbas decorrente do cumprimento de decisões judiciais cujo conteúdo varia entre comprar remédios, contratar funcionários para combater endemias, matricular alunos em creches, abrir vagas em escolas, melhorar a condição de presídios e, em último grau, custear tratamento médico no exterior. De outro lado, há um conjunto de cidadãos menos favorecidos, que não tinha acesso às potencialidades do sistema jurídico, mas que finalmente pode contar com instituições como a Defensoria Pública, e que encontra um Judiciário mais ativista.

Na contemporaneidade brasileira, há uma crise política facilmente observável, em que se acrescenta a colocação em pauta de assuntos polêmicos, fortalecendo o judiciário, que tem como atribuição rever atos dos poderes legislativo e, notadamente, executivo com vistas a impedir a violação ou possibilidade de violação de direitos, em que pesam os direitos fundamentais.

Desta maneira, consolida-se cada vez mais a judicialização de políticas públicas. Nesse mérito, há como convergentes ao exposto as considerações de Vanice Regina Lírio do Valle:

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 24.

⁴¹ PASSOS, Daniel Silva. Op. cit. p. 50.

⁴² FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25.

Nesse cenário de inovações e incertezas, a arena jurisdicional se tem apresentado como ambiente possível de explicação dos conflitos relacionados ao enfrentamento das próprias questões centrais atinentes à compressão do papel ainda possível de se reconhecer ao Estado. Da mesma forma – e em muito maior número – também é no Judiciário que vão desembocar as pretensões relacionadas exatamente ao não atendimento dos deveres do Estado em muitas – senão todas – as suas áreas de atuação. A interseção entre a insuficiência da ação estatal e a violação dos direitos fundamentais – e, portanto, negativa de efetividade do texto constitucional – determina intensa multiplicação das decisões judiciais que, buscando corrigir comportamento patológicos do poder, afirmam empreender ao controle de políticas públicas, o que por óbvio, reforça o imperativo de teorização de qual seja, efetivamente, o seu significado e conteúdo normativo⁴³.

No âmbito brasileiro, o controle do Judiciário sobre políticas públicas deve ocorrer perpassando três vértices interligados, em que um tem caráter preventivo, outro executante e o último de checagem. De modo mais claro, o referido controle deve pairar sobre a elaboração, implementação e avaliação dos resultados de políticas públicas.

Entretanto, é inegável que há apenas uma linha contínua de ação por parte de juízes na realidade. Isto porque tem se observado a anulação, por parte do Judiciário, de atos administrativos já implementados, além da execução de medidas de características práticas tendo como fundamentos os direitos constantes na Carta Magna.

Logo, tem-se uma performance judiciária que não é mais somente de fiscalizar e de determinar inválidas ações em caso de ilegalidade detectada, mas, sobretudo, de exercer uma versão substitutiva.

No raciocínio quanto à essa maneira de atuação substitutiva e com enfoque ao contexto de políticas públicas, há as importantes contribuições de Vanice Regina Lírio do Valle:

Importante destacar, sempre, essa primeira função das políticas públicas como categorias normativas: densificar, a partir dos vetores constitucionais, os mecanismos de atuação do poder. Essa ênfase se propõe no esforço de esclarecer que, em que pese a importância de um controle jurisdicional rápido e eficaz, este se constitui, ao menos do ponto de vista teórico, em mecanismo subsidiário de atuação. O que a constituição deseja é que os poderes por ela instituídos desenvolvam ordinária e satisfatoriamente as suas funções – e nesses termos, o controle judicial é algo que se apresenta como alternativa secundária. Mais ainda, a intervenção jurisdicional será tanto mais acorde com o querer da Constituição, quanto ela consiga que o mister de cumprimento das determinações da Carta se dê pela retomada

⁴³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

ordinária do ciclo de deliberação e ação dos poderes. Decidir, substitutivamente, sem investir na restauração do desenvolvimento ordinário das funções legislativa e executiva é cancelar uma disfuncionalidade do arranjo de poder. Assim, estar-se-ia substituindo uma violação constitucional pela outra⁴⁴.

A partir do abordado por Daniel Silva Passos, a judicialização de políticas públicas é solicitada quando há a inconstitucionalidade mesmo que parcial, sendo que o autor considera a total como a mais preocupante por ser a mais complexa. Como exemplificações dessas duas formas, o autor cita dois contextos, que são as questões brasileiras da saúde pública e a carcerária, como segue.

De regra, a judicialização tem incidido sobre políticas públicas já definidas, evidenciando que o Estado encontra-se debruçado sobre o problema. É o que se observa nas demandas judiciais que questionam a não inclusão de determinado medicamento no plano diretor editado pelo poder público. Pressupondo-se que o demandante tenha razão, não há, nesse caso, uma omissão total do Estado, mas apenas parcial, uma vez que a administração mobilizou para tratar do tema, deixando, contudo, de fazê-lo em toda a sua amplitude.

[...]

O problema assume complexidade mais acentuada em se tratando de omissão total, em que simplesmente não há uma política pública voltada à concretização da norma constitucional, ou, caso exista, sua tamanha insuficiência equivale a verdadeiro não fazer. Basta lembrar a população carcerária deste país, absolutamente desamparada de uma política pública efetiva que garanta uma sombra que seja de dignidade. A omissão estatal que permita essa realidade da superlotação, de encarceramento em contêineres, da prisão de crianças e adolescentes junto aos adultos, dentre outros absurdos noticiados pela mídia, ofende frontalmente o texto da Constituição, que não exclui nenhum ser humano do manto protetor dos direitos fundamentais⁴⁵.

Hodiernamente, tem-se uma população que, apoiando-se na existência da democracia, tenta buscar respostas mais rápidas para suas necessidades traduzidas por direitos fundamentais diretamente das instâncias mais elevadas do Judiciário. Essa postura tende a formar uma judicialização em excesso e, muitas vezes, desnecessária ou ineficaz devido a outros óbices que não sejam efetivamente a “falta de vontade” da Administração Pública.

O sentido apresentado acima pode ser respaldado pela crítica de Lênio Luiz Streck, que se dá através das seguintes linhas:

[...] tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o

⁴⁴ Ibidem. p. 89.

⁴⁵ PASSOS, Daniel Silva. Op. cit. p. 65.

cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder⁴⁶.

Diante do apresentado, é facilmente moldável uma necessidade de reflexão sobre as delimitações do que deve ou não passar por judicialização, o que requer uma obtenção de solução imediata, principalmente quando se trata de políticas públicas. Nesse ponto, tem-se que o conflito da judicialização de políticas públicas é sistêmico e solicita uma reorganização de fato e não apenas medidas mitigadoras que podem direcionar para uma justiça politizada.

No que concerne ao referido conflito, vale contemplar o que Felipe de Melo Fonte apresenta no estabelecimento de limites sobre o controle judicial de políticas públicas:

[...] para os órgãos julgadores, as políticas públicas estão diretamente vocacionadas à concretização dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Da análise dos acórdãos verifica-se, como regra geral, a premissa de que o desenho das políticas públicas deve ficar ordinariamente a cargo do processo político, dando-se a intervenção judicial apenas em caráter excepcional. Porém, para as políticas públicas constitucionalizadas e que dizem respeito a direitos fundamentais, faz-se cabível a intervenção judicial no intuito de compelir a Administração Pública a realizar prestações materiais concernentes a tais direitos, quando verificado o inadimplemento⁴⁷.

A Administração Pública tem como restrições os recursos humanos e financeiros na implementação de medidas e de políticas públicas. Com ênfase sobre a ausência de recursos financeiros ou da aplicação destes, tem-se um dos principais propulsores da judicialização frente à necessidade de efetivar políticas públicas, em que se considera que a notabilidade deste fator perde apenas para os casos de inércia injustificada de administradores.

E, como rápida exemplificação sobre o apresentado acima, podem ser situados os casos do Judiciário determinando que prefeituras construam creches em cidades que não possuem essas instituições como determinam leis. Neste caso, legislativamente há a obrigação, mas, por outro lado, há os recursos pelo executivo operacionalmente? São questionamentos semelhantes a esse que nutrem

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. In: PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Consultor Jurídico. 15 mar. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: maio. 2022.

⁴⁷ FONTE, Felipe de Melo. Op. cit. p. 45-46.

abordagens sobre a separação dos poderes no cerne da temática de políticas públicas.

Por mais que a Constituição⁴⁸ exija a implementação de medidas para garantir o gozo dos direitos fundamentais, para esse fim ela também deixa clara a forma de angariar esses recursos através de tributos pagos pela sociedade em todas as esferas do Estado. *A priori*, há a premissa do equilíbrio entre esses dois fatores, contudo, na prática há quem defenda que há uma interferência judiciária contribuindo para um conflito orçamentário.

Sobre os riscos dessa interferência desmedida⁴⁹, nas palavras de Appio temos que:

Desta forma, a judicialização de políticas públicas é fenômeno real e intervencionista, devendo ter estudo cauteloso ante ao regime democrático instituído, precavendo de possíveis riscos oriundos da interpretação e aplicação principiológica de uma constituição garantista e ainda de uma “interpretação adequada” dessa Constituição, sem a noção de graves impasses constitucionais que possam surgir dessa intervenção e das demais consequências dessa intervenção, rompendo a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes⁵⁰.

Ainda no que concerne às questões orçamentárias, existe a chamada Teoria da Reserva do Possível, na qual tem surgido justificativas para a “não” ação do Poder Executivo quando questionado sobre a falta de prestações relacionadas aos direitos fundamentais. Isto pode ser comprovado das palavras de Osvaldo Canela Júnior:

Com efeito, um dos argumentos mais utilizados para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é o seu impacto econômico-financeiro. A percepção de que a satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais causa vinculação econômica no orçamento do Estado suscitou o tema da “reserva do possível”, amplamente

⁴⁸ Angelica Carlini, destaca que a edição da Constituição da República de 1988 fez com que a população passasse a acreditar no Poder judiciário para resolução de seus problemas e mesmo com as mazelas oriundas do longo tempo de duração dos processos, e quase sempre incompatível com a urgência que os casos demandavam, existira a possibilidade de pedidos de antecipação de tutela ou medidas cautelares visando a obtenção de decisões liminares.

⁴⁹ [...] este equilíbrio vem sendo afetado pelo surgimento de um contencioso judicial muito peculiar, em que são pleiteadas prestações específicas do Estado, consubstanciadas em obrigações de fazer. Estas ações têm como autores, em regra, os indivíduos afetados pelas omissões da Administração Pública – que pleiteiam tutelas de urgência –, mas também o Ministério Público e a Defensoria Pública, valendo-se da legitimidade para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de relevância social por meio da ação civil pública, segundo nos explica Felipe de Melo Fonte.

⁵⁰ APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba. Juruá Editora. 2005. p. 52.

difundido na doutrina e na jurisprudência, a ponto de ser utilizado como justificativa para eventual inércia do Poder Judiciário na tutela daqueles direitos⁵¹.

Assim, há uma tentativa de defender a oposição à judicialização de políticas públicas. Todavia, esse argumento tem se perdido com a reiteração de decisões do Poder Judiciário, enquanto se intitula “guardião” da constitucionalidade e dos direitos em voga, chamados fundamentais.

Por mais conflituosa que pareça a situação, há várias vias de análise em vista de uma solução, como a determinação de prioridades somada ao princípio da proporcionalidade e as possibilidades de adequações orçamentárias.

Sabe-se, por fim, que na originalidade da Teoria da Reserva do Possível (acima citada), ou seja, na sua raiz germânica/alemã, essa teoria ratificou que o cidadão só poderia exigir do Estado, enquanto prestação governamental o que estivesse dentro de um limite de razoabilidade e racionalidade, haja vista que o Estado tem limites em suas condições orçamentárias e estruturais. E esta tem sido a matriz de defesa do Ministério Público no Brasil.

Apesar do explanado acima, existem correntes doutrinárias⁵² que defendem a inaplicabilidade dessa teoria quando se refere ao Direito à Saúde garantido pela Constituição Federal vigente.

1.6 A necessidade de eficiência e responsabilidade na execução das Políticas Públicas

A política pública, em análise inicial, são os mecanismos adequados, e até necessários, para a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, especialmente os direitos sociais. Dada a existência de direitos constitucionais, cuja implementação depende da ação do Estado, é fundamental que as ações sejam implementadas, e que esses direitos sejam

⁵¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

⁵² Rui Filho, destaca que diante disso, é possível afirmar, dada a forte limitação quanto a discricionariedade da Administração Pública nesse sentido, que o mínimo existencial (principalmente no que está ligado a saúde) é imune aos efeitos da reserva do possível, o que, seguramente, impõe um sério obstáculo à sua plena utilização em nosso ordenamento jurídico, mesmo isso sendo feito da forma como essa teoria foi originalmente concebida. LICINIO FILHO, Rui. **Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível no Direito à Saúde**. São Paulo: Dialética, 2021. p.137.

efetivamente implementados para que se alcancem os objetivos, direitos e garantias contidos na Constituição.

A essência do conceito de políticas públicas pode ser ligada também aos conceitos de problemas públicos⁵³ e desigualdades sociais⁵⁴. Sabe-se que o governo tem diversas metas estipuladas pela ordem constitucional, e é por meio das Políticas Públicas que o Estado pode implementar essas metas, pois a formulação de tais medidas não é uma simples liberdade dos Poderes Executivo ou Legislativo; ao contrário, é o imperativo constitucional que se impõe às ações do Estado. Portanto, são necessárias políticas públicas que garantam e promovam os direitos fundamentais, e tudo deve ser feito da maneira mais eficiente possível.

O princípio da efetividade foi incorporado ao texto constitucional de 1998 por meio de uma emenda. Desta forma, a Administração Pública direta e indireta de quaisquer poderes da União, Estado, Distrito Federal e Municípios diretamente subordinados ao Governo Central, deve alcançar.

O princípio da eficiência se torna, então, a diretriz da ação do Estado, premissa estrutural e indissociável do funcionamento e racionalidade da administração estadual. Diante dessas considerações fundamentais, cabe destacar que esse mandamento não pode ser formulado isoladamente dos demais princípios da Administração Pública contidos no artigo 37, pois a unidade da Constituição exige princípios de ética, caráter, transparência e efetividade. juntos no quadro da legitimidade, sem hierarquia entre eles⁵⁵.

Não é rara a menção do termo “políticas públicas” em contextos de publicidade eleitoral, em que os candidatos prometem a implementação de políticas públicas nas áreas de saúde, educação, dentre outras, porém isso ocorre de modo generalista e sem dar a devida especificação em planos de ação. Desta

⁵³ Nas abordagens de Leonardo Secchi, problema público é o elemento central da concepção de políticas públicas, pois é a definição desse que respalda o termo que adjetiva “políticas” como “públicas”. SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 5.

⁵⁴ Convém lembrar que a Carta Magna tem como um de seus objetivos fundamentais, justamente, “[...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, mais precisamente através do seu Art. 3º. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. CHUDZIJ, Luísa Fófano. **Políticas públicas: princípio da eficiência e a responsabilidade do agente político**. Curitiba: Appris, 2020. p. 63

⁵⁵ De acordo com Egon Bockmann Moreira (2017), “[...] o princípio da eficiência configura parâmetro de definição da atuação administrativa e visa garantir os direitos dos particulares”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 240.

maneira, pode persistir o vazio de uma conceituação pertinente de compreensão para a população quanto às políticas públicas.

De antemão, é possível afirmar que políticas públicas são essenciais para balizar, estrategicamente, normativas, ações e resultados quanto às variadas áreas de emergente intervenção da sociedade. A importância e amplitude temática das políticas públicas ainda podem ter como uma de suas justificativas as intersecções em outros campos de conhecimento, tal como na Sociologia e Serviço Social, porém nos atemos à área do presente estudo, que é a do Direito.

Portanto, é crucial o estabelecimento da compreensão sobre o conceito de políticas públicas, principalmente no contexto da esfera jurídica. Mas, antes de apresentar conceituações para políticas públicas, é válido apreciar as seguintes abordagens de Vanice Regina Lírio do Valle⁵⁶:

Uma política pública se constrói a partir não de uma simples decisão administrativa; ela se materializa a partir de um conjunto de decisões inter-relacionadas. Mas do que isso; uma política pública se projeta no mundo da vida onde incidem não só vetores jurídicos, mas toda a riqueza das questões econômicas, técnicas, sociais; bem como as disputas dos múltiplos interesses presentes na sociedade.

Como já explanado, a Constituição brasileira já abrange vários direitos sociais e fundamentais. Porém, pode ser nulo o seu efeito se somente houver essa preconização teórica; isto é, de nada adiantará na ausência de uma efetiva movimentação dos três Poderes, de órgãos estatais e de todo o corpo que formam os governos, que pode resultar em aspectos tangíveis para a sociedade quanto à elaboração e implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, em que há o direcionamento para o Estado, Clarice Seixas Duarte traz a seguinte definição de políticas públicas:

As políticas públicas, definidas como programas de ação governamental voltados à concretização dos direitos fundamentais, envolvem a atividade de planejamento, a regulação de comportamentos, a organização da burocracia estatal, a distribuição de benefícios, a arrecadação de impostos. E, muitas vezes, envolve tudo isso em um processo complexo e dinâmico⁵⁷.

⁵⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit. p. 36.

⁵⁷ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins [Orgs]. **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

Após avaliar as restrições e abrangências de diversas conceituações para políticas públicas, Felipe de Melo Fonte apresenta a seguinte conclusão:

[...] políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração pública. Assim, a política pública pode ser decomposta em normas abstratas de direito (e.g., Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (e.g., os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinada função, os decretos regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (e.g., o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais públicos, as lições de professor em estabelecimento de ensino, etc.). O juízo de constitucionalidade pode recair sobre cada um deles, em particular, ou sobre o todo⁵⁸.

Em meio a muitas conceituações existentes para políticas públicas, Diogo Coutinho assevera, criticamente, que há a tendência de uma limitação ao Direito Administrativo, cujo formato tem a propensão de não permitir coisa ou adaptações necessárias das políticas públicas tal como estimula o dinamismo da realidade da questão, que se volta para o alcance de resultados.

Assim, entende-se que políticas públicas, muitas vezes, são tratadas como uma série de atos administrativos que enfocam o caminho e não o fim. O autor complementa que:

Essa visão fragmentária impõe limitações severas à compreensão de políticas públicas como planos de ação prospectivos que, para serem efetivos e eficazes, precisam de alguma dose de flexibilidade e revisibilidade (isto é, serem dotados de mecanismos de autocorreção), já que estão em permanente processo de implementação e avaliação⁵⁹.

Por outro lado, buscando uma conceituação mais simplista e direta para fins de entendimento, pode-se valer da exemplificação didática de Leonardo Secchi⁶⁰, que traz os seguintes contextos de políticas públicas operacionalizadas em variados campos:

Saúde: programa de distribuição gratuita de medicamentos em uma parceria entre municípios, estados e Governo Federal por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

⁵⁸ FONTE, Felipe de Melo. Op. cit. p. 57.

⁵⁹ COUTINHO, Diogo R. O Direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp, 2013. p. 181-200. p. 187.

⁶⁰ SECCHI, Leonardo. Op. cit. p.11.

Educação: programa de reforço escolar para alunos com dificuldades de aprendizado nas disciplinas de Português e Matemática do ensino fundamental do estado do Amazonas.

Segurança: instalação de Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) em comunidades carentes do Rio de Janeiro. (Grifos do autor).

Por sua vez, diante da falta de consenso para uma conceituação delimitadora de políticas públicas, tal como é apontado na literatura, recorre-se a Vanice Regina Lório do Valle ⁶¹, que elenca algumas características essenciais para conduzir a compreensão de políticas públicas, sendo estas transcritas a seguir:

- Políticas públicas devem distinguir entre o que o governo pretende fazer, e aquilo que, de fato, ele realmente faz; que a omissão governamental é tão relevante quanto a ação;
- Políticas públicas, no plano do ideal, envolvem todos os níveis de governo, e não estão restritas a atores formais – em verdade, atores informais podem se revelar extremamente importantes;
- Políticas públicas é um tema que invade a ação governamental, e não está limitado à legislação, a ordem executiva, a regras e à legislação – portanto – tampouco, aos instrumentos formais desse mesmo agir do poder;
- Políticas públicas envolvem um curso de ação intencional, com uma finalidade específica e conhecida como objetivo;
- Políticas públicas envolvem um processo em desenvolvimento; elas compreendem não só a decisão pela promulgação de uma lei ou do projeto programa, mas também, as ações subsequentes de implementação, apoio e avaliação.

É imprescindível delimitar que, neste estudo, o tratamento sobre políticas públicas terá como contextualização principal os direitos fundamentais, que é o que se considera como nível mais baixo de uma pirâmide de necessidades que englobam outros direitos. Assim, entende-se que só é possível o auxílio na promoção da capacidade de discernimento de uma pessoa enquanto cidadã se forem atendidas as emergências da sua dignidade primeiramente.

Portanto, reitera-se que a existência da crítica e comprovação da existência de violação de direitos fundamentais é o principal norte para que o Estado reaja com políticas públicas. Neste âmago, tem-se um anseio social que exige, direta ou indiretamente, e até mesmo involuntariamente através de estatísticas negativas de problemas públicos, fazer valer seus direitos mais básicos até como contrapartida pelo cumprimento de seus deveres sociais, tributários, políticos, entre outros.

Voltando-se agora novamente à questão da eficiência e responsabilidade nas políticas públicas, fica ressaltado, então, que a eficiência direcionará as atividades

⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lório do. Op. cit. p. 34.

governamentais na direção da maximização da dignidade humana, que é a base para a implementação das ordens constitucionais, pois, quanto mais eficaz for o sistema administrativo, mais efetivas serão as leis e regulamentos, respeitados os princípios constitucionais.

O princípio da eficiência é, portanto, indissociável da política pública e esse efeito da política pública estudada não é apenas o efeito final, mas também o efeito de escolha, pois a dignidade da pessoa humana, como valor fundamental que molda e inspira a atual ordem constitucional brasileira, representa um valor especial e distinto reconhecido em cada ser humano, digno de respeito, proteção e promoção igualitária. “Nessa visão”, o princípio da dignidade humana nada mais é do que um atributo de todo ser humano.

Entretanto, às vezes, a eficiência, seja como parâmetro de seleção ou como objetivo final, não é respeitada, não produzindo efeito para as Políticas Públicas⁶². Uma série de fatores, principalmente nas etapas de formulação e tomada de decisão do programa, tornam-se obstáculos à efetividade das políticas, tornando-as ineficazes para não produzirem o efeito pretendido⁶³.

No contexto das Políticas Públicas, a existência e o uso de efetividade nas opções são essenciais, pois é impossível determinar antecipadamente se uma política pública acabará por funcionar. Afinal, as escolhas feitas tendem a ter mais efeitos positivos, levando a uma melhor gestão, uso adequado de recursos, maior alcance de metas e melhores resultados de políticas públicas.

Portanto, para efetivar esse princípio, não basta uma política pública efetiva, é imprescindível que as escolhas feitas pela população sejam deliberadas, motivadas e com ampla participação pública, em um ambiente democrático. Inclusive algumas gestões aplicam essa ideia com o chamado orçamento participativo ou colaborativo, por meio de sessões públicas e abertas. Contudo, a realidade é que o Brasil não tem tradição de perseverança nas políticas públicas⁶⁴, pois, em geral, essas medidas duram apenas no período eleitoral.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 38.

⁶³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 259.

⁶⁴ Nogueira frisa que: “É importante reconhecer, retomando a ideia do entrelaçamento entre continuidade e descontinuidade, que a própria rotina burocrática pode explicar a falta de entusiasmo continuado com uma política ou instituição: “Geralmente, o comprometimento dos gestores com os objetivos formais, e o provável sucesso de sua implementação, será maior numa nova agência de alta visibilidade criada após uma intensa campanha política. Depois de um

Tal situação leva à possibilidade de ineficácia das políticas públicas, pois muitas delas são, em última análise, "abandonadas" no curso da mudança de governo, como uma clara ruptura e fragmentação administrativa.

1.7 Ativismo Judicial evidenciado

Preliminarmente, é importante notar a diferença entre o sistema de *civil law* e o sistema de *common law*, particularmente no que diz respeito à predominância de fontes de direito.

O sistema *civil law* é de origem romano-germânico, e sua principal fonte de legalidade seria o direito resultado de um procedimento constitucionalmente estabelecido e atribuído ao poder legislativo de estabelecer normas comuns, que vincula os sujeitos de direito e sobre os órgãos responsáveis pela resolução de litígios.

Assim, as decisões judiciais, salvo raras exceções, não são essencialmente fonte oficial do direito, sendo a maioria entendida como fonte secundária ou indireta. Ou seja, no sistema *civil law* “a jurisprudência se desenvolve dentro dos marcos estabelecidos pelo legislador para a lei, enquanto a atividade do legislador visa justamente estabelecer esses marcos”⁶⁵.

Por outro lado, os sistemas familiares anglo-saxões, como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, têm a jurisprudência como fonte primária de direito normativo, embora tendam a atribuir supremacia formal à Constituição⁶⁶.

O *common law* pode ser pensado como um sistema aberto, na medida em que uma solução jurídica mais completa pode ser encontrada depois, sendo as normas continuamente elaboradas e reinterpretadas, principalmente com base na

período inicial, porém, o grau de compromisso deverá provavelmente diminuir ao longo do tempo, à medida que os mais comprometidos se desgastem e se desiludam com a rotina burocrática, para então serem substituídos por gestores muito mais interessados em segurança do que em riscos para atingir os objetivos da política.” NOGUEIRA, Fernando do Amaral. **Continuidade e descontinuidade administrativa em governos locais**: fatores que sustentam a ação pública ao longo dos anos. 2006. 139 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2006. p. 48.

⁶⁵ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 120.

⁶⁶ “Diferente do *civil law*, no qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações. Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente”. ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito**: evolução das leis, fatos e pensamentos. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2012. p. 6.

razão. Entretanto, a lei civil pode ser considerada autocontida⁶⁷, pois sustenta que, para cada litígio, pelo menos em teoria, deve haver uma norma aplicável.

Então, tem-se um sistema em que as decisões fundamentalmente se baseiam em um direito jurisprudencial (*case law*) e, portanto, suas regras são aquelas que se encontram nas decisões dos Tribunais Superiores e outro sistema em que as decisões estão fundamentadas.

Verifica-se, assim, que o que difere entre os dois sistemas tem uma consequência prática, nomeadamente o grau de liberdade criativa concedido às autoridades judiciárias no exercício da sua função e atribuição. Como foi revelado, o sistema de *civil law*⁶⁸ acabou por encontrar mais limitações no momento da aplicação da lei em particular, pelo que havia sinais claros e precisos que demarcavam o âmbito de ação dela. O sistema de *common law*, diferentemente, permite que juízes independentes sejam mais criativos, pois a jurisprudência tem precedência sobre a criação de normas jurídicas.

⁶⁷ A importância reconhecida à lei, nos países da família romano-germânica, resulta de ela ser considerada o modo de expressão mais claro e por isto mais satisfatório das regras do direito. Nos países socialistas, o primado da lei resulta de ela ser considerada o modo de criação mais natural do direito, que se identifica à vontade dos dirigentes. Nestes países se dá também uma importância primordial à lei, porque se quer realizar na sociedade mudanças rápidas e revolucionárias; o dinamismo do direito soviético conduz à exaltação da função da lei em oposição aos fatores mais lentos da evolução, como o costume ou a jurisprudência. Do ponto de vista técnico, as disposições provenientes das autoridades se apresentam de forma diversa nos países da família romano-germânica e nos países socialistas, devido à doutrina marxista-leninista, que concebe diversamente das doutrinas liberais a organização política e econômica do poder. DAVID, René. Op. cit. p. 255.

⁶⁸ Ao lado do *direito civil*, mais antigo, mais conservador, estrito e formalista, vai-se constituindo aos poucos um outro direito, mais novo, menos formalista, adaptado às circunstâncias do momento: é o *direito honorário*, porque emana de magistrados investidos de funções públicas, *honores* (pretóres, edis curuis, governadores). É também denominado mais especificamente, de *direito pretoriano* ou do *pretor*. Este *direito honorário* ou *pretoriano*, criado pelos magistrados (“qui honores gerunt”), ao contrário do *jus civile*, que deriva de fontes legislativas e da doutrina dos juristas nem sempre está em conflito com este. Ao ser chamado a intervir, o pretor geralmente *confirma ou completa o direito civil* (“*Juris civilis conjirmandi vel complendi causa*”), fazendo, neste caso, papel análogo ao de nossos tribunais com a jurisprudência, mas às vezes surgem casos de oposição, lutando, então, o pretor no sentido de corrigir o direito civil (“*Juris civilis impugnandi causa*”), acomodando-o às novas exigências sociais, políticas ou econômicas, estabelecendo, pois, novos moldes jurídicos, em antagonismo com os moldes velhos, que são abandonados, por inadequados. Não temos exemplo, no direito brasileiro, de situação análoga, mas o direito inglês pode fornecer elementos para um certo paralelismo. Havia na Grã-Bretanha, no período medieval, um *direito consuetudinário* ou *costumeiro* - *common law* -, direito rígido e formalista, como em Roma. Para completar e atualizar este direito civil comum o Chanceler, mais tarde, tinha a faculdade de introduzir novas ações - as *cortes de equidade*. Por fim, cumpre ainda fazer menção a alguns traços típicos do direito romano, como, por exemplo, o *formalismo*, que leva o romano a praticar os atos jurídicos, sempre adstrito às *formas*, bastando um leve *desvio* previsto pelo ritual para que tudo se anule, como, por exemplo, no caso célebre em que o romano perde o processo por haver empregado a palavra específica *videira*, em vez da palavra genérica *árvore*, como preceituava a Lei das XII Tábuas. CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.

Por essa razão, pode-se afirmar que o **ativismo**, no exercício da função jurisdicional, para efeito de análise preliminar, corresponde a uma **disfunção no exercício da jurisdição**, em detrimento da função legislativa, e é muito mais difícil nos países que adotam os sistemas de *common law*, pois “na família do direito anglo-saxão há uma relação muito mais próxima entre as ações do juiz e do legislador no que diz respeito à produção de normas que indicam a infração à lei”⁶⁹.

Explicitado, ainda que de maneira singela, um norte sobre a origem, mesmo que distorcida, do ativismo judicial, traz-se à baila os dizeres de Elival Ramos quanto a sua conceituação:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁷⁰

E ainda na mesma toada, o autor continua explicando que:

Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.⁷¹

Nessa mesma linha e direção, Hans Kelsen já asseverava que “a função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes”⁷².

Muito embora a atuação do Judiciário, ou seja, o exercício da jurisdição nos sistemas de *common law*, nos remeta a uma ideia de função legislativa típica (haja visto que possui certa semelhança), por produzir normas com força impositiva que serão aplicadas às situações semelhantes ao caso paradigma, não há como de todo equipará-las.

⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88.

⁷⁰ Ibidem, p.111.

⁷¹ Idem.

⁷² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 265.

Os órgãos jurisdicionais têm como principal função a solução dos conflitos e demandas, prevalecendo a dimensão executória do direito; enquanto na função legislativa prevalece a dimensão criativa.

Percebe-se, pois, que “não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica”⁷³

O Jurista Herbert Hart, assevera que:

E importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, **ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos**. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos.⁷⁴

Visto o que de mais evidente e importante tem a se falar sobre os sistemas jurídicos contemporâneos, resta falar sobre o ativismo judicial em nosso país.

É indubitável que nos últimos tempos tem sido ampliada a ótica sobre juízes, ministros de tribunais, desembargadores e profissionais da área jurídica, dada a intensa atuação destes registrada por mídias comunicativas, em especial as televisivas. Tal elevada quantidade de “holofotes” se estimula por um público (povo) cada vez mais exigente de transparência nos atos públicos de governantes e demais atores da esfera público administrativa, o que tende a direcionar um certo protagonismo sobre o Judiciário.

Nesse campo, cuja publicidade tem se expandido, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe exemplificam como ilustração os casos em que:

[...] o Supremo tribunal Federal impôs a fidelidade partidária; decidiu sobre o direito de greve de servidores públicos, proibiu o nepotismo no setor público; restringiu o uso de algemas; arbitrou sobre o uso de células-tronco; proferiu sentença sobre demarcação de reserva indígena.⁷⁵

⁷³ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p. 86.

⁷⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 333.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 2.

Portanto, tem-se casos polêmicos, de certo modo, que receberam ato resolutivo do Judiciário, em que se presume a utilização do conteúdo constitucional como suporte decisório. Como este estudo engloba os direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional e, sendo assim, de modo mais convergente ao caminho temático deste estudo, os referidos autores ainda complementam suas abordagens sobre a atuação de magistrados, enfatizando que:

Tal participação não se restringe à Corte Suprema, nem mesmo aos Tribunais Superiores. Juízes, tem se manifestado sobre as mais diferentes matérias, sobre políticas públicas, sobre direitos relacionados à saúde, à educação, à habitação, ao saneamento etc.⁷⁶

Diante disso, é notória uma situação um tanto conflitante, em que se pesa o exorbitante volume de processos judiciais que resultam da desenvoltura do Judiciário ante às limitações, voluntárias ou não, de administradores públicos e legisladores. Contudo, estes dois últimos também têm reagido incomodados, juntamente com integrantes de partidos e, ainda, de organizações privadas. Nesse aspecto, Vanice Regina Lírio do Valle discorre que:

Intensificadas as provocações junto ao Judiciário, é natural que esta estrutura institucional sinta-se pressionada a oferecer réplica aos reclamos da coletividade. E sem o desenvolvimento de repostas específicas para o estado de coisas inconstitucional que resulta da contumaz ineficácia de determinado direito fundamental, a tendência será a aplicação das velhas fórmulas de composição de conflito; ampliadas, todavia, no seu espectro de atuação, numa manifestação do comportamento qualificado por muitas como ativismo.⁷⁷

Trazido à tona o termo “ativismo”, tem-se a concepção de uma postura proativa do judiciário, o que pode até mesmo entravar a quebra de resistência da população desacreditada nos demais Poderes, em que se destoa o Executivo.

E, infelizmente, é fácil supor que essa situação se alimenta de aspectos político-eleitorais, em que defensores de uma invasão negativa do Judiciário se valem da defesa do risco para a formação de um governo de magistrados, em especial, de juízes.

Entretanto, não se direcionando na vertente crítica da área político-eleitoral, é fato que o Judiciário não deve se manter passivo em face da passibilidade de outros

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 2-3.

⁷⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit. p. 103.

Poderes e, principalmente, quando observado que, em tese, a capacidade dos demais é suficiente para alterar situações problemáticas. Contudo, a criação de normas é que tem sido a principal crítica ao ativismo. Não se deseja a inércia do Poder Judiciário na garantia prática dos direitos fundamentais, mas também não se deseja um Judiciário inventivo e extrapolador das suas funções⁷⁸.

Posto isto, há de se apontar, com alguma segurança, que na maioria dos casos, o ativismo do Judiciário é nutrido pela ausência de eficiência da Administração Pública e de poucas clarificações legislativas no que tange às medidas efetivas para garantir direitos, em que são sublinhados os fundamentais.

Logo, seria o ativismo uma maneira de gerar uma espécie de contrapartida pelos vários problemas sociais que o país está acometido? Esta pergunta se mostra como uma questão interessante e emergente para reflexão, porém não será desenvolvida por ser carregada de certo subjetivismo e não ser esta a finalidade deste estudo.

Atinente às possibilidades de manifestação do ativismo judicial, Wilson Donizeti Liberatti explica sinteticamente as seguintes três formas:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem, [...]: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁷⁹.

Considerando a temática central desse estudo, deve-se fornecer maior atenção sobre o terceiro modo apresentado pelo autor acima citado. Nesta conduta, o Judiciário atua como um ajustador das medidas do Poder Executivo frente às garantias dos direitos fundamentais a partir de políticas públicas em implementação com base na Constituição. Ademais, o Judiciário pode ser, até mesmo, no caso de

⁷⁸ O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** In: Consultor Jurídico. 07/01/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicaoquatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: abr. 2022.

⁷⁹ LIBERATTI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 168.

ferimento de direitos ou ausência de políticas públicas, um definidor do “débito” de governos de diferentes esferas.

Quanto ao fenômeno do ativismo no Judiciário, Carlos Alexandre de Azevedo⁸⁰ faz um extenso desenvolvimento teórico acerca do ativismo judiciário, contextualizado em diversos países, como nos Estados Unidos, de onde foram desenvolvidas definições mais consolidadas sobre o tema. Em vista disso e levando em conta a difusão de teorias concernentes à separação de poderes para várias partes do mundo, tem-se que o ativismo no Judiciário não é uma inovação de origem brasileira, mas sim quase uma necessidade para nações que adotam o formato de Estado semelhante ao do Brasil.

Para Daniel Silva Passos, a essência do ativismo, que é tratada por ele como uma atuação dinâmica de magistrados, pode ser justamente acionada pela elevação da ótica contemporânea sobre os direitos fundamentais em concretização, o que não é possível garantir somente com as linhas da legislação. Isto pode ser aludido do seguinte trecho:

[...] a alta densidade axiológica dos direitos fundamentais impõe uma postura dinâmica por parte do magistrado, comprometido agora com um subsistema jurídico voltado à emancipação do homem. Trata-se de consequência direta da revolta contra o formalismo que inspirava a ideologia liberal, a qual impunha ao juiz a estrita competência para apenas declarar silogisticamente o direito, sem qualquer exercício valorativo. Em um cenário como este, o legislador ostenta a condição de protagonista⁸¹.

Contudo, o próprio desenvolvimento do Judiciário acaba por suscitar uma atuação considerada como de certa flexibilidade, além disso também há o estímulo pelas possíveis vacâncias textuais na Constituição para determinados assuntos. Nesse sentido, Alexandre de Moraes discorre que:

[...] a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme a Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e, ainda, mais recentemente, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico, mas também em relação à sua interpretação, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte Suprema em verdadeiro legislador positivo, completando e especificando princípios e

⁸⁰ Em seu livro, Carlos Alexandre de Azevedo Campos traz uma extensa descrição do ativismo no judicial em vários países do mundo, além do surgimento em contexto norte-americano, a saber: Itália, Colômbia, Costa Rica, Canadá, entre outros. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁸¹ PASSOS, Daniel Silva. Op. cit. p. 144.

conceitos indeterminados do texto constitucional; ou, ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo⁸².

Em um contexto que suscita o ativismo judicial e em relação à evolução da postura do Judiciário diante de questões envolvendo direitos, vale acrescentar as seguintes contribuições de Flávia Piovesan⁸³:

Historicamente as Cortes Constitucionais têm assumido a relevante missão de fomentar a cultura e a consciência de direitos e a supremacia constitucional, tendo seus julgados a força catalisadora de transformar legislações e políticas públicas, contribuindo para o avanço na proteção dos direitos humanos.

É nesse contexto que há que se ampliar a litigância orientada por casos emblemáticos de elevado impacto social, capaz de fomentar transformações sociais na esfera das políticas públicas e da reforma legislativa, com o intenso envolvimento dos movimentos sociais.

Há, ainda, que se introjetar a consciência social de que o Poder Judiciário não tem apenas por vocação proteger direitos, mas também expandi-los e ampliá-los, vivificando os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal e não fossilizando-os. Para tanto, ressalta-se a relevância da interpretação evolutiva e dinâmica, que leve em consideração as transformações sociais, os novos fatos e os novos valores.

No mesmo sentido e após indicar que há desdobramentos econômicos e políticos das decisões do Supremo na atualidade, que não são desconsiderados em análises, Rennan Faria Krüger Thamay explana que:

O fenômeno da judicialização da política, ou até mesmo, como preferem alguns, o ativismo judicial, tem demonstrado que o Supremo tem buscado ultrapassar as amarras da arcaica jurisdição romana com o transcorrer do tempo. O Supremo, hoje, leva em conta, em suas decisões, a relevância social, política, econômica e jurídica, fazendo com que muitas mudanças ocorram. Uma das mudanças é [...] o alargamento da jurisdição em favor da implementação, realização e fixação de políticas públicas realizadoras de direitos humano-fundamentais, conduta sabidamente louvável⁸⁴.

Se for realizada uma breve pesquisa na literatura relacionada ao ativismo no Judiciário, é muito provável que várias conceituações serão exaustivamente contextualizadas com descrições de como o referido ativismo se revela.

Distintamente não ocorre com este estudo, mas é válido o seguinte apontamento de Elival da Silva Ramos, que se acredita se aproximar de uma

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017. p. 807.

⁸³ PIOVESSAN, Flávia. O Poder Judiciário e os direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 99-112, mar./maio., 2014..

⁸⁴ THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato**: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Atlas, 2015. p. 138.

conceituação para ativismo no Judiciário convergente ao que se desenvolve neste trabalho:

Observa-se da literatura dedicada à temática do ativismo judicial em sentido amplo, vale dizer, à tensão entre os Poderes provocada pelo desempenho da função jurisdicional, que com grande frequência se associa o fenômeno ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, bem como da omissão legislativa⁸⁵.

Ainda no que se trata da literatura sobre ativismo judicial, deve-se oportunizar a abordagem de que há a formação de duas vertentes antagônicas sobre o ativismo, sendo uma que defende e outra que critica negativamente. E, nesse aspecto, ainda se arrisca apontar que há um desequilíbrio pendendo para os que não se agradam de tal suposto excesso por parte do Judiciário.

Quanto às críticas que pairam constantemente sobre o ativismo, deve-se relembra o já abordado sobre a Separação dos Poderes enaltecida na Constituição brasileira, o que, de antemão, sustenta uma linha defensiva de que o Judiciário acaba por extrapolar em sua abrangência. Portanto, não é difícil supor a associação de magistrados ativistas⁸⁶ a termos depreciativos afins às conotações negativas de arbitrariedade.

Na linha contextual do apresentado acima, Daniel Silva Passos explana que:

A intromissão do Judiciário nas políticas públicas, desde que dentro dos limites institucionais estabelecidos pela Constituição e pelas demais normas, não deve ser rotulada pejorativamente, uma vez que se trata de simples exercício de suas funções institucionais. [...] o ativismo é apenas o comportamento judicante que vai além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. O problema do ativismo envolve, portanto, a perquirição a respeito de quais são os limites impostos pela legislação à atividade exegética desempenhada pelo magistrado⁸⁷.

⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p. 24.

⁸⁶ No magistério de Elival da Silva Ramos, com base na doutrina de Dworkin: Um juiz pragmatista “tentaria encontrar o exato equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as valiosas instituições da legislação e do precedente e a flexibilidade necessária a si mesmo, e a outros juízes, para aperfeiçoar o direito através do que fazem no tribunal”, sendo que um magistrado com esse perfil “estaria pronto a rever sua prática ao ampliar ou reduzir o alcance daquilo que considera como direitos, à medida que a experiência aperfeiçoasse os cálculos complicados dos quais dependeria qualquer estratégia desse tipo”. Em suma, a sofisticação argumentativa alcançada pelo pragmatismo, no sentido de disfarçar as restrições de base no que concerne à validade formal de atos legislativos e precedentes judiciais (os direitos “como se” a que se refere Dworkin), resulta em “uma doutrina atenuada de respeito às leis e aos precedentes”. Ibidem. p. 61

⁸⁷ PASSOS, Daniel Silva. Op. cit. 127

De fato, o que vemos hoje é que aquele que aplica o direito, ao contrário de se contentar em reivindicar ou declarar um direito preexistente, atua de forma realmente ativa no processo de implementação da norma. O que se espera seria uma atuação não de forma arbitrária ou desvinculada, mas com base nas normas do ordenamento jurídico a qual estão sujeitos.

Indo ao encontro do autor anteriormente referenciado, ainda sob os rótulos pejorativos aos magistrados assim considerados ativistas, Elival da Silva Ramos assevera que:

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados⁸⁸.

Do conjunto dos que consideram e elogiam o ativismo judicial podem ser retiradas como contribuições fundamentadoras o realmente necessário comportamento dinâmico e acertado de magistrados tendo como foco os direitos fundamentais. Isto porque é sabido que pode existir um poder público, ou integrante deste, inerte ou abusando de sua função.

No âmbito da doutrina a respeito do ativismo judicial, ainda se deve explanar que há autores que se valem do termo “criativo” para adjetivar o trabalho de juízes perante a interpretação do conteúdo constitucional. Contudo, Daniel Silva Passos esclarece que essa maneira de retirar da Constituição os pilares sustentadores de textos resolutivos de questões é inerente da atividade de juízes:

[...] pode-se afirmar que a criatividade judicial não representa, por si só, um extrapolamento dos limites impostos à atividade judicante, não podendo ser confundida com o ativismo judicial. A criatividade é predicativo indissociável da atividade interpretativa no Estado democrático de direito [...]. Não significa afirmar que, na prática dos tribunais, não se encontrem exemplos de ativismo, ou seja, de aplicação do direito escorado em argumentos não jurídicos e, portanto, destituídos de legitimidade⁸⁹.

Logo, para o autor citado anteriormente, o ativismo se configura quando ocorre a imposição de aspectos ditos como baseados em pontos retirados da Carta

⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p. 112.

⁸⁹ PASSOS, Daniel Silva. Op. cit. p. 145

Magna quando, na verdade, não o são. Nesse sentido, Daniel Silva Passos ainda chama a atenção para o cuidado que a atuação do Judiciário não resulte em formação de políticas públicas, pois sua abrangência se limita à fiscalização e à determinação de medidas pela Administração Pública no que concerne à materialização do que preconiza o conteúdo constitucional.

Em suma, o magistrado tem importante papel na reafirmação dos direitos fundamentais, zelando pela sua plena normatividade, sem que isso signifique ultrapassar os limites que lhe são institucionalmente impostos. Se o passivíssimo é incompatível com o Estado democrático do direito, o ativismo também é indesejado, pois extrapola os limites institucionais impostos ao Judiciário, como ocorre nos casos de inobservância dos limites textuais impostos à atividade interpretativa. Em caso de omissão pública, por exemplo, o Judiciário não pode, por si próprio, tecer uma regulamentação pormenorizada, construindo, por assim dizer, uma política pública. Enquanto princípios dotados de eficácia objetiva, os direitos fundamentais impõem ao Estado o dever de implementar uma política pública. Trata-se de múnus de difícil concretização por parte do Judiciário, pois envolve atividade que extrapola os limites linguísticos de qualquer enunciado normativo. Em razão disso é que se pode afirmar que o principal problema no que toca à intervenção judicial sobre as políticas públicas consiste em sua efetiva implementação, sendo lícito ao Judiciário tratar dos diversos aspectos do planejamento estatal. Nada impede, contudo, que o julgador verifique uma omissão constitucional e utilize instrumentos de coerção indireta para atribuir eficácia aos mandamentos constitucionais⁹⁰.

Como forma de esclarecer sobre o ativismo, Juliana Patrício da Paixão traz a descrição do antônimo dessa postura proativa do Judiciário. Esse antônimo se denomina autocontenção judicial, sobre o qual a autora apresenta a seguinte explicação:

Nessa [autocontenção judicial], o Poder Judiciário procura reduzir a sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições, é que, no ativismo judicial legitimamente exercido se retira o máximo das potencialidades do texto constitucional, até mesmo construindo regras a partir de princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

Já a autocontenção se caracteriza por permitir maior espaço de atuação dos Poderes tipicamente políticos, exercendo maior deferência aos outros Poderes e se restringindo em relação às ações e omissões deles⁹¹.

Ademais, mencionando Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Juliana Patrício da Paixão exemplifica que na autocontenção judicial:

⁹⁰ Ibidem. p. 149-150

⁹¹ PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 11.

[...] juízes e tribunais possuem as seguintes posturas: a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstém-se de interferir na definição e políticas públicas⁹².

E, como um exemplo de abordagem que se vale de uma ótica bilateral sobre ao ativismo no Judiciário, é extremamente válida a passagem apresentada por Alexandre de Moraes, que cita Ronald Dworkin e Celso de Mello:

Não são poucos os doutrinadores que apontam enorme perigo à Democracia e à vontade popular, na utilização do ativismo judicial, pois como salientado por Ronald Dworkin, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. Por outro lado, não se pode ignorar a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, ao recordar que as “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade”⁹³.

Acredita-se que a interseção judicial em matéria de políticas públicas talvez ainda esteja em distância expressiva de deixar de ser indispensável considerando a atual realidade do país, que, por exemplo, revela-se em estatísticas de desigualdades sociais, devendo-se buscar à primazia de resultados em relação aos direitos fundamentais.

Por fim, com o fito de encerrar esse capítulo ainda se faz necessária, mesmo que brevemente, fazer aqui um alinhamento entre os limites entre a **judicialização e o ativismo**.

É comum que nas primeiras instâncias do Poder Judiciário ocorram processos decisórios advindos de ações civis públicas ou individuais que tangenciam, ou até mesmo, atravessam o conjunto de fatores relacionados às políticas públicas, notadamente, das esferas dos estados federativos e ou de municípios destes. Tais políticas podem se contextualizar nas áreas da saúde, educação, segurança,

⁹² PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 11-12.

⁹³ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 808.

moradia, dentre outras. Além disso, há os amplamente notificados casos suspeitos e confirmados de corrupção, os quais a sociedade almeja respostas rápidas de resolução.

É fato que isso tem se manifestado a partir de décadas mais recentes, tendo como marco histórico a Constituição de 1988 conforme já explicado. Assim, com o decorrer do tempo, os Tribunais Superiores se adiantaram em alterar suas condutas de passibilidade para um dinamismo em relação aos direitos fundamentais, o que estimulou também o confronto do Poder Judiciário perante os poderes Legislativo e Executivo e, talvez até mesmo, uma notabilidade desse em detrimentos destes dois últimos. Isto se evidencia, principalmente, através do prisma das políticas públicas, já que estas são os principais caminhos metodológicos para obtenção de reflexo em direitos fundamentais, que, por sua vez, são priorizados pela Constituição.

A judicialização de políticas públicas, que de certa forma se insere na temática do ativismo, mostra-se requerida de compreensão, e para tanto, com finalidade de um esclarecimento, recorre-se a Luís Roberto Barroso⁹⁴, que exprime louvavelmente sobre a diferença entre o que significam os dois:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Então, presume-se que os dois termos em abordagem confrontante têm semelhança no fim, mas diferenciação nos meios. Ou seja, os caminhos motivadores e metodológicos se diferem, mas se entende que tanto a judicialização e o ativismo defendem a mesma finalidade de resultado, sendo que no ativismo há uma postura mais inquieta e que pode se manifestar excessiva.

Por outro lado, até mesmo num certo contexto crítico, pode-se considerar o ativismo como um risco para o desdobramento de alguma situação problemática,

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Informativo Migalhas. 02 fev. 2009, p. 05. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf. Acesso em: abr. 2022.

dada a liberdade de trabalho que os juízes tendem a se dar perante questões polêmicas relacionadas à Administração Pública principalmente. Nessa linha de raciocínio, há a explanação de Lênio Luiz Streck⁹⁵:

Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

Relatado portanto, alguns aspectos do ativismo judicial, encerro esse capítulo do trabalho, com os assuntos (subtópicos) acima relacionados, que se faziam necessários, por serem introdutórios ao assunto central, haja vista que o fenômeno jurídico ou teoria jurídica conhecida como estado de coisas inconstitucionais não se originou apartada do neoconstitucionalismo (impulsionado pelos eventos históricos já cima relacionados), sendo, ao nosso ver, apenas mais um desdobramento contemporâneo daquele.

⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **OAB in foco**. Uberlândia, ano 04, n. 20, ago./set. 2009. p. 15.

2 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

No capítulo anterior, a proposta teórica dirigiu-se a inicialmente a apresentar essa relativamente nova face do Direito Constitucional. Empenhou-se em demonstrar como tem caminhado esse importante ramo do Direito, que, como se sabe, é mentor dos demais ramos.

Toda essa proposta teórica teve a finalidade de traçar um caminho para o melhor entendimento da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais, que é a teoria que nos propomos a apresentar a partir de agora, e que é relativamente nova no mundo jurídico internacional e muito moderna em nosso espaço jurídico, o que infelizmente não nos oferece um grande arcabouço de estudos doutrinários já produzidos.

Buscou-se esclarecer que, quando adentramos a era do neoconstitucionalismo, houve muito mais demandas sociais a serem atendidas, como a promoção dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas.

Ficou demonstrado também que essa assecuração dos direitos fundamentais vai exigir um bom governo que as promova, além de eficiência na execução e efetivação dessas políticas públicas que visam o fiel cumprimento dos direitos constitucionais (direitos fundamentais) previstos.

Por fim, foi observado que, na ânsia de se concretizar o cumprimento dessas prescrições constitucionais, está havendo uma banalização de um princípio deveras importante (Dignidade da Pessoa Humana), e desarmonia entre os Poderes da República, haja vista que a inércia ou pouca eficiência dos poderes responsáveis diretamente tem “forçado”, pelo menos nesse aspecto, uma postura mais proativa (ativista) do Judiciário.

Direciona-se, agora, para a situação particular da omissão estatal, que está implicando em violação intensa e contínua de direitos fundamentais. Explanaremos inicialmente sobre a pioneira nesse assunto: a Corte Constitucional Colombiana, que após reconhecer uma incessante violação de direito fundamental, tomou uma decisão relevante: declarou reconhecer a vigência de um Estado de Coisas Inconstitucional.

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais foi desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana para solucionar casos estruturais

de prolongado fracasso de políticas públicas⁹⁶ e suas consequentes violações de direitos fundamentais⁹⁷.

Na Colômbia havia uma latente incompatibilidade entre a política pública governamental e a verdadeira promoção do bem-estar social e a proteção da dignidade da pessoa humana. A primeira decisão (jurídica) que tinha por base a teoria do estado de coisas inconstitucionais ocorreu no ano 1997, na Colômbia, sob o governo de Ernesto Samper Pizano.

Claro que esse país tem um histórico complicado que em muito favorece o descumprimento e a desatenção quanto aos direitos fundamentais e até humanos, em razão da longa guerra civil e guerrilhas que lá aconteceram; inclusive, desde que a Colômbia proclamou sua independência e deixou de ser uma colônia espanhola, este país enfrenta conflitos armados⁹⁸.

Portanto, o que era claro à época era que havia um bloqueio político, e até institucional, que impedia que uma série de pessoas que sofriam violações em seus direitos fundamentais e humanos tivessem resolvidos os seus problemas.

2.1 Ocorrência do chamado Estado de Coisas Inconstitucionais

O chamado Estado de Coisas Inconstitucionais ocorre quando há cumulação de um contexto fático de violação generalizada⁹⁹ e sistêmica de direitos fundamentais, agravada pelo fracasso absoluto das políticas públicas e causado pelo bloqueio de todos os processos institucionais, políticos e deliberativos previstos na Constituição para a solução da questão.

⁹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA- revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.263, maio/ago.2013, p. 213.

⁹⁷ “Com efeito, nenhum direito pode ser assegurado sem a montagem de estruturas institucionais e sem o dispêndio de recursos materiais. Para tutelar as várias liberdades e proteger os bens jurídicos a ela atrelados, o Estado deve criar inúmeras salvaguardas legais e montar sofisticadas estruturas burocráticas que assegurem sua implementação (tais como a política, os tribunais e agências de fiscalização)” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 19.

⁹⁸ PROBST, Melissa. **História da América da era pré-colombiana às independências**. Curitiba: InterSaberes, 2016. p. 39.

⁹⁹ O descumprimento do dever de legislar ou de expedir normas regulamentadoras decorreria da inércia dos poderes políticos, máxime o legislador, em criar as condições necessárias para o gozo efetivo dos direitos fundamentais, ou em deixar de afastar ou minimizar os obstáculos reais, as limitações fáticas que impeçam a fruição desses direitos, e isso independente da tipologia ou especificidade dos enunciados constitucionais. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 94.

Deve haver a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em transformar a realidade de modo que a solução só possa ser encontrada através da atuação conjunta e coordenada de diversos setores da Administração Pública.

A Doutrina colombiana analisa essa omissão da administração da seguinte forma:

A partir de la literatura académica sobre medidas estructurales tomadas en casos de litigio de interés público en los Estados Unidos, definimos los casos estructurales como aquellos que definimos los casos estructurales como aquellos que 1. afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos; 2. involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos, y que 3. implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes específicos del caso¹⁰⁰.

Sobre casos de litígios estruturais, o Jurista Azevedo Campos leciona que o Estado de Coisas Inconstitucionais poderia ser reconhecido pela Corte Constitucional como litígio estrutural quando estivessem presentes os seguintes pressupostos:

1. Vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um numero significativo de pessoas; 2. Prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; 3. A superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; 4. Potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados buscarem individualmente o Poder Judiciário¹⁰¹.

¹⁰⁰ Tradução livre: A partir da literatura, sobre medidas estruturais tomadas em casos de litígio de interesse público, definimos casos estruturais como aqueles que 1. afetam um grande número de pessoas que, por si ou por meio de organizações que as representam em juízo, alegam violação de seus direitos; 2. envolvam diversos órgãos públicos, responsáveis pelas persistentes falhas de ordem pública que contribuem para essas violações de direitos, e que 3. envolvam exigências judiciais de natureza estrutural, ou seja, ordens de cumprimento obrigatório pelas quais os tribunais instruem esses públicos agências atuem de forma coordenada para proteger toda a população afetada e não apenas os demandantes específicos do caso. GARAVITO, César Rodrigues. FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veinteuno Editores, 2015. p. 25.

¹⁰¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. 2014. Op. cit. p. 314-322.

Então precisa haver um conflito de coordenação e vontade entre as forças políticas e administrativas incapaz de fazer valer os direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Sendo assim, a corte constitucional é chamada para dirimir a omissão diante do conflito de responsabilidades.

Voltamo-nos, agora, para a situação particular da omissão estatal, que estaria implicando em violação intensa e contínua de direitos fundamentais. Explanaremos inicialmente sobre a pioneira nesse assunto: a Corte Constitucional Colombiana. Esta, após reconhecer uma incessante violação de direito fundamental, tomou uma decisão relevante: declarou reconhecer a vigência de um Estado de Coisas Inconstitucional, como já dito acima.

Essa decisão visou conduzir o governo (responsável e executor das políticas públicas) a observar os direitos fundamentais (em especial a dignidade da pessoa humana) toda vez que estiver em curso graves desrespeito a esses direitos por descaso do Poder Público. O Juiz/Ministro da corte constitucional se vê compelido a resolver uma situação social que urgentemente necessita de transformação e intervenção.

Essas situações sociais apresentam imperfeições institucionais (governamentais) e ou embaraços políticos que implicam em um Estado de Coisas Inconstitucional e, ao mesmo tempo, uma improbabilidade de ação do governo no sentido de reverter e superar esse estado de coisas violadora de direitos fundamentais.

Diante desse quadro aludido, Clara Hernández¹⁰² nos afirma que seria necessário:

Un juez constitucional mucho más activo socialmente, más comprometido con la búsqueda de soluciones profundas a los problemas estructurales que

¹⁰² Tradução livre: Um juiz constitucional muito mais ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas para os problemas estruturais que nosso Estado sofre e que afetam o gozo cotidiano dos direitos fundamentais dos associados. Um juiz constitucional não se limita a fazer justiça a casos individuais mediante uma sentença que tem o efeito de coisa julgada entre as partes, mas assume uma dimensão real do estadista, estabelecendo-se como um agente de mudança, tomando decisões de grande alcance que transcendem a esfera do particular, cuja execução compromete a ação coordenada de diferentes autoridades públicas, e cujo objetivo final é servir de catalisador para a atividade administrativa do Estado, a fim de modificar uma realidade social intolerável e contrária aos princípios que informam o Estado Social de Direito. HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. Magistrada da Corte Constitucional Colombiana. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". **Estudios Constitucionales**, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, v. 1, n. 1, 2003. p. 207.

padece nuestro Estado y que repercuten en el disfrute cotidiano de los derechos fundamentales de los asociados. En definitiva, un juez constitucional que no se limita a impartir justicia para casos particulares mediante una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada inter partes, sino que asume una verdadera dimensión de estadista, erigiéndose en un agente de cambio, adoptando decisiones de gran calado que trascienden la esfera de lo particular, cuya ejecución compromete la actuación coordinada de diferentes autoridades públicas, y cuyo fin último es servir de catalizador a la actividad administrativa del Estado, a fin de modificar una realidad social intolerable y contraria a los principios que informan el Estado Social de Derecho.

Diante do exposto, o juiz constitucional tem o chamado para garantir com objetividade os direitos fundamentais aos tutelados no ordenamento jurídico. A corte suprema colombiana em mais de uma situação tem cumprido essa tarefa, por meio do mecanismo por ela criado, o chamado Estado de Coisas Inconstitucional. Essa doutrina defende a intervenção estrutural de uma corte constitucional nos casos de desrespeito sistêmico dos direitos fundamentais.

A atuação da Corte Constitucional colombiana não foi no sentido de defender um direito fundamental individual, mas no sentido de preservar um sistema de direitos fundamentais.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional seria um mecanismo jurídico, que se operacionaliza com a presença de um magistrado constitucional muito mais comprometido socialmente em busca de soluções profundas aos problemas.

De fato, ao se utilizar do instituto declaratório do Estado de Coisas Inconstitucional, o juiz deixa de se restringir, assumindo uma função não só de garantidor aos casos particulares que lhe são apresentados. Ele toma para si a responsabilidade de formular e ou contribuir com a formulação e execução de políticas públicas.

No caso de o Estado estar omissos, a corte suprema busca atuar estabelecendo uma ação coordenada, com um grande alcance, no intuito de reverter o cenário de transgressão aos direitos fundamentais. Nesse caso, o Judiciário estaria não só interferindo nas políticas públicas, mais também atuando na concretização das políticas públicas, além de estar garantindo a efetividade dos direitos fundamentais.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional prova a grande diferença entre o que está efetivamente positivado na lei relativa a direitos fundamentais e o efetivo gozo dessas prescrições. Confirma ainda que a o descaso estatal (omissão)

tem a ver não com a necessidade de se criar mais prescrições a fim de garantir o que já está prescrito, mais tem a ver com as condições inoperantes e precárias na garantia e fruição desses direitos.

O administrador público, em alguns casos, nada tem feito para cessar o estado de transgressão aos direitos fundamentais (como no caso do sistema carcerário) e, em outras ocasiões, pouco tem feito (como no caso da saúde pública). Em países como o nosso e como a Colômbia, dotados de infinitas desigualdades sociais, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional tem a tarefa de aproximar a realidade social com os direitos prescritos no sistema jurídico, no caso, nas constituições.

Sabe-se que o governo é livre para decidir como e onde deva utilizar os recursos públicos, dentro dos limites e prescrições constitucionais claro, até mesmo porque este é quem detém o orçamento. Contudo, o Judiciário se viu compelido a interferir, pois tem constatado, ao longo do tempo, a inexistência ou deficiência de medidas que visassem reverter a realidade "inconstitucional".

Claro que essa ação não iria “passar em branco” pelos outros poderes constituídos, tendo, inclusive, quem considere uma usurpação de função, uma atuação ilegítima, como já abordado.

Sobre a função que exerce os direitos fundamentais, nos esclarece Clara Hernández¹⁰³:

La función que están llamados a cumplir los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo ha sido objeto de numerosas polémicas entre diversos doctrinantes. Sin duda, siguiendo a Pérez Luños, podemos afirmar que las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad.

En tal sentido, los derechos fundamentales han dejado de ser concebidos como meros límites al ejercicio del poder político para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos. De allí que la jurisprudencia constitucional y la doctrina hayan distinguido entre las doctrinas subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales.

¹⁰³ Tradução livre: A função que é chamada para cumprir os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo tem sido objeto de inúmeras controvérsias entre diversos doutrinadores. Sem dúvida, seguindo Pérez Luños, podemos afirmar que as normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, juntamente com aquelas que consagram a forma de Estado e aquelas que estabelecem o sistema econômico, são as decisivas para definir o modelo constitucional da sociedade. HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. Op. cit Nesse sentido, os direitos fundamentais não são mais concebidos como meros limites ao exercício do poder político para se tornar um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. Assim, a jurisprudência constitucional e a doutrina distinguiram entre as doutrinas objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais.

O compromisso de um Estado Democrático de Direito deve ser, entre outros, com a efetividade dos direitos fundamentais. A realização prática de direitos fundamentais representa a razão de existir do Estado, e é evidente que existe em alguns países, inclusive no nosso, uma falta de coordenação de sincronia entre o legislador, órgãos e entidades públicas, o que está resultando na falência prática da própria lei. O problema, no entanto, ao nosso ver, decorre de falhas estruturais, em que há uma deficiência na formação e execução das políticas públicas, sem falar na gastança desordenada, corrupta e insana que muitos países (governos) promovem com o dinheiro público.

2.2 A criação da teoria de forma inédita pela Corte Colombiana

O Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado pela primeira vez na Corte Constitucional Colombiana. Tratava-se de um caso que envolvia direitos previdenciários e de saúde de professores de uma localidade da Colômbia, resultando na decisão SU-559 de 1997.

Depois dessa decisão, o instituto tem sido usado para outras questões¹⁰⁴, como, por exemplo, em razão de concurso público (*concurso de meritos de notarios-principio de eracidade respecto a la vulneración sistemática de los derechos fundamentales e los concursantes y contiunuidad del estado de cosas inconstitucional-SU.913/09*), na difícil situação dos desalojados em razão da violência no país (*accion social-indicadores presentados son insuficientes para verificar el estado de cosas inconstitucional y el goce efectivo de los derechos de los desplazados-A.027/07*), no sistema carcerário (*estado de cosas inconstitucional de la penitenciaria y carcelaria – Crisis carcelaria que enfrenta el sistema es de ordem estructural-S.T-388/13*) e em outras questões.

A Corte Colombiana é “modelo” de ativismo judicial no nosso continente e continua sendo uma das mais ativistas do mundo. Essa corte avançou em seus

¹⁰⁴ Sentenças: concurso de meritos de notarios-principio de eracidade respecto a la vulneración sistemática de los derechos fundamentales e los concursantes y contiunuidad del estado de cosas inconstitucional-SU.913/09); accion social-indicadores presentados son insuficientes para verificar el estado de cosas inconstitucional y el goce efectivo de los derechos de los desplazados-A.027/07); estado de cosas inconstitucional de la penitenciaria y carcelaria – Crisis carcelaria que enfrenta el sistema es de ordem estructural-S.T-388/13. CORTE CONSTITUCIONAL. República de Colômbia. **Índice temático**. 2022. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=Estado+de+cosas+inconstitucional&campo=%2F&pg=0&vs=0>. Acesso em: maio. 2022.

trabalhos em uma época em que a América Latina experimentava reformas constitucionais para o estabelecimento ou reestabelecimento da democracia, onde estavam sendo instituídas cartas magnas com extensas listas de direitos fundamentais e sociais.

Tudo então estava propício à judicialização da política e ao ativismo judicial, haja vista que houve junto a esse cenário a criação de cortes constitucionais, ou pelo menos ampliação de poderes para as cortes já existentes, tendo sido a própria constituição da Colômbia instituída em 1991. Acesso à jurisdição, controle de constitucionalidade, inclusive, com essa carta trouxe consigo uma extensa lista de direitos fundamentais, amplos instrumentos que podem ser propostos por qualquer cidadão na defesa dos direitos fundamentais (*acciones de tutela*).

Sobre esse período, nos esclarecem Márcia Sequeira Laurino e Francisco Quintanilha Veras Neto¹⁰⁵:

As Constituições latino-americanas, de maneira geral, sempre expressaram os interesses das elites hegemônicas, influenciadas pela cultura europeia, advinda da elevada carga da colonização sofrida por todos os países da América Latina, e raramente foram atendidas as necessidades dos segmentos sociais minoritários, como povos indígenas, afro-americanos, camponeses, etc. A partir das décadas de 80 e 90 fortes movimentos sociais buscam romper com as relações tipicamente coloniais que até então prevaleciam, surgindo daí as bases para um novo constitucionalismo – chamado de constitucionalismo andino, plurinacional ou transformador – que passa a tomar corpo na América Latina.

A Corte Colombiana goza de bastante prestígio entre os nacionais, tem uma ligação direta com a população e tem habilidade de lidar com grupos sociais diversos, sugerindo, assim, ser bem democrática. Essa faceta ativista, principalmente no que se refere à promoção dos direitos fundamentais, não poderia resultar em outra coisa que não fosse popularidade.

A corte tem buscado tornar efetivas e de qualidade as práticas de políticas públicas e, em razão desse controle, foram acusados de estar implementando uma ditadura judicial¹⁰⁶.

¹⁰⁵ LAURINO, Márcia Sequeira; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. O novo constitucionalismo latino-americano: processo de (re) descolonização? **JURIS**, Rio Grande, v. 25: p. 129-140, 2016. p. 129.

¹⁰⁶ Schmitt questionava o papel do Judiciário como guardião da Constituição, Schmitt negava ao Judiciário o título de guardião da constituição. Segundo sua concepção, somente o Presidente do Reich teria legitimidade para desempenhar semelhante função. Hans Kelsen, ainda em 1931, respondeu diretamente ao artigo de Schmitt, ao publicar um ensaio intitulado Quem deve ser o guardião da Constituição? Na ocasião, reafirmou a importância de um Tribunal Constitucional para

Entendemos que o clamor por um guardião e defensor da Constituição é, na maioria das vezes, um sinal de delicadas condições constitucionais¹⁰⁷. Não nos cabe aqui analisar até que ponto a corte constitucional colombiana realmente tenha ou não excedido limites; o fato é que posturas ativistas certamente podem caminhar por vezes por caminhos tortuosos¹⁰⁸.

Passamos então a tratar da decisão pioneira sobre o Estado de Coisas Inconstitucional: a ação SU – 559 de 06 de novembro de 1997, que inaugurou a teoria em comento, da corte constitucional de Colômbia. Na época, o fato motivador principal se referia a quarenta e cinco professores de dois municípios que tiveram seus direitos previdenciários recusados pelas autoridades responsáveis.

Os professores haviam contribuído com um percentual de seus subsídios para um fundo previdenciário, todavia não recebiam assistência em saúde e previdenciária. Apesar de os docentes terem contribuído, os agentes públicos responsáveis se recusavam a admiti-los no fundo social, negando-lhes assim os benefícios correspondentes.

O fundo social alegava falta de recursos financeiros para custear a demanda dos professores, como uma espécie de argumento “equiparado” à “reserva do possível” (explanado nesse trabalho) da atualidade.

Então, a Corte colombiana reconheceu que os quarenta e cinco professores não estavam usufruindo dos direitos de que eram titulares. Todavia, não ficou apenas nessa análise dos direitos subjetivos dos demandantes, pois foi além e procurou intervir, voltando-se a investigar as falhas governamentais por trás da violação aos direitos visando superá-las, defendendo a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também.

A corte constatou que o descumprimento daquela obrigação era generalizado e que as falhas não adivinham de apenas um órgão, mas sim era estrutural. Quase

uma democracia moderna, em franca defesa de uma de suas criações, a Corte Constitucional austríaca, instituída em 1920. SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 9.

¹⁰⁷ Ibidem. p.19.

¹⁰⁸ Para Schmitt a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional, por outro lado, transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito. A recusa de Schmitt em aceitar um controle concentrado de constitucionalidade encontra sua origem na própria concepção que o autor alemão fazia de Constituição. Para Schmitt, a ideia de Constituição não se equipara a um simples conjunto de leis constitucionais. A Constituição seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e o modo de sua existência. Ibidem. p.10.

a totalidade dos docentes estavam na mesma situação, segundo acórdão da citada sentença SU-559.

Sobre a falha estrutural estatal, a sentença descreveu¹⁰⁹:

Sentença SU-559: "De la lectura de este cuadro se deduce que el subsidio educativo que otorga la Nación a las entidades territoriales a través del situado fiscal - para el pago de los docentes oficiales - es distribuido de manera muy desigual. Ciertamente, mientras en algunos departamentos ese subsidio supera en más de diez veces la contribución que en punto al pago de los docentes deben hacer los municipios - como ocurre en Antioquia y Quindío -, en otros ese subsidio es superior en más de 7 veces - como en Santander, Boyacá, Caldas, Huila y Meta -, y en diferentes departamentos apenas excede el doble de lo que tienen que aportar los municipios para la remuneración de los educadores oficiales, como se presenta en Sucre, Nariño, Chocó, Córdoba y Cauca".

[...]

La conclusión salta a la vista: existen enormes diferencias entre los municipios del país en relación con la carga que deben soportar sus presupuestos para sufragar los gastos que les demanda el pago de los docentes. Las diferencias se explican, en primera instancia, porque la distribución entre los departamentos del subsidio educativo nacional, distribución entre los departamentos del subsidio educativo nacional representado en el situado fiscal, se realiza en forma notoriamente desigual. Ello significa que los municipios de varios departamentos tienen que hacer un esfuerzo presupuestal mucho mayor que los de otros, en lo relacionado con la prestación del servicio educativo, puesto que ellos deben asumir una parte considerablemente importante del pago de sus docentes.

Como se depreende dos trechos da sentença acima, a corte não se limitou a afirmar que os professores demandantes estavam corretos em seu pleito; ou seja, realmente estava sendo inobservado seu direito a filiação ao fundo. A corte foi além e elencou os motivos pelos quais os municípios demandados não estavam conseguindo cumprir com suas obrigações.

¹⁰⁹ Tradução livre: A partir da leitura desta tabela deduz-se que o subsídio educacional que a Nação concede às entidades territoriais através do local fiscal - para o pagamento dos professores oficiais - é distribuído de forma muito desigual. Certamente, enquanto em alguns departamentos este subsídio excede em mais de dez vezes a contribuição que os municípios devem fazer ao pagamento de professores - como é o caso de Antioquia e Quindío - em outros, esse subsídio é mais de sete vezes maior - como em Santander, Boyacá, Caldas, Huila e Meta -, e em diferentes departamentos dificilmente excede o dobro do que os municípios têm de contribuir para a remuneração dos educadores oficiais, como é apresentado em Sucre, Nariño, Chocó, Córdoba e Cauca. [...] A conclusão é óbvia: há enormes diferenças entre os municípios do país em relação ao ônus que seus orçamentos têm de suportar para cobrir as despesas exigidas pelo pagamento dos professores. As diferenças explicam-se, no primeiro caso, porque a distribuição entre os departamentos do subsídio educativo nacional, distribuição entre os departamentos do subsídio educativo nacional representada no local fiscal, é realizada de maneira notoriamente desigual. Isso significa que os municípios de vários departamentos têm que fazer um esforço orçamentário muito maior que o dos demais, em relação à prestação do serviço educativo, já que devem assumir uma parte consideravelmente importante do pagamento de seus professores. CORTE CONSTITUCIONAL. República de Colômbia. **Sentença SU-559/97**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: maio., 2022.

Ficou consignado, então, a violação aos direitos dos professores. Neste caso, embora estivesse sendo praticada pelos municípios, foi afirmado que a sua origem estava em erros no programa nacional de distribuição de recursos públicos do sistema educacional.

A corte procurou resolver os defeitos constantes na origem do problema com a finalidade de diminuir os problemas de forma geral, ao revés de apenas assegurar somente o direito dos professores demandantes. Vejamos trecho sentença SU-559¹¹⁰:

Ahora bien, la extensa exposición que ha hecho la Corte, ha puesto de presente las causas que han llevado a una situación irregular que compromete a las autoridades del sistema educativo. El generalizado incumplimiento de la obligación de afiliar a los educadores de los municipios al F.N.P.S.M., obedece, entre otros motivos, a los siguientes, los cuales configuran un determinado *estado de cosas* que contraviene los preceptos constitucionales: (1) ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración "completa" (prestaciones) a los docentes; (2) inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarle peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; (3) concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial. La Corte Constitucional tiene la seguridad de que mientras no se tomen medidas de fondo sobre los factores enunciados y los otros que los expertos puedan determinar, el problema planteado, que de suyo expresa un estado

¹¹⁰ Tradução livre: Trecho Sentença SU-559: No entanto, a extensa exposição que o Tribunal fez, trouxe à luz as causas que levaram a uma situação irregular que compromete as autoridades do sistema educacional. A violação generalizada da obrigação de recrutar educadores municípios para FNPSM, devido, entre outras razões, para o seguinte, que definir um determinado estado de coisas é contrária às disposições constitucionais: (1) o pessoal da planta de expansão municipal, sem ter a capacidade orçamentária necessária para pagar e garantir a remuneração "integral" (benefícios) para os professores; (2) forma inadequada de cálculo e distribuição do local fiscal que, em vez de dar peso decisivo às necessidades reais de educação da população escolar, leva em consideração a distribuição geográfica dos professores; (3) os educadores públicos irracionais e injustas em grande concentração centros urbanos, deixando sem abordar as necessidades de muitas populações, para preencher o vazio, são obrigados a sobrecarregar suas finanças públicas devido ao aumento de suas fábricas educadores ea demanda insatisfeita por este serviço essencial. O Tribunal Constitucional está certo de que enquanto não forem tomadas medidas substantivas sobre os fatores estabelecidos e os outros que os especialistas podem determinar, o problema levantado, que por si só expressa um estado de coisas que entra em conflito com a Constituição e sujeito a um grupo significativo de educadores que sofre um tratamento indigno, se tornará mais difícil de resolver e promoverá o uso sistemático e maciço da ação da tutela. Precisamente, para que o direito à igualdade dos educadores municipais ainda não filiados ao Fundo seja prejudicado, o Tribunal notificará a situação irregular que encontrou as autoridades públicas competentes com vistas a que sejam colocadas dentro de um prazo razoável. Remédio eficaz, para o qual as causas reais do fenômeno descrito devem ser trabalhadas. Ibidem.

de cosas que pugna con la Constitución Política y sujeta a un grupo significativo de educadores a sufrir un tratamiento indigno, se tornará de más difícil solución y propiciará la sistemática y masiva utilización de la acción de tutela. Justamente, con el objeto de que el derecho a la igualdad de los educadores municipales no afiliados todavía al Fondo no se lesione, la Corte notificará la situación irregular que ha encontrado a las autoridades públicas competentes con miras a que éstas en un término razonable le pongan efectivo remedio, para lo cual deberá obrarse sobre las causas reales del fenómeno descrito.

A corte cumpriu, ao prolatar essa decisão, o que afirma ser seu dever de colaboração com os outros poderes. Partindo da ideia de que a corte, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, determinou que os municípios que se encontrassem em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável. Ademais, a corte ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da educação e da fazenda e do crédito público e, ainda, ao departamento nacional de planejamento, governadores, assembleias, prefeitos e conselhos municipais.

Além dessa ação colaborativa, a corte teve a preocupação em proteger sua própria estrutura de funcionamento, isto porque a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional poderia causar uma avalanche de ações no mesmo sentido, com a mesma causa de pedir. Por isso, procurou resolver os problemas de forma geral em uma única tutela. Sendo assim, de forma estratégica, protegeu-se a fim de não perder sua capacidade de julgamento em razão do acúmulo de processos.

Segundo Dirley da Cunha Junior¹¹¹, a Corte Constitucional da Colômbia declara o Estado de Coisas Inconstitucional quando se está diante de algumas características, em que seriam esses os pressupostos:

*Quando for grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas, na hipótese, não basta a ocorrência de uma proteção insuficiente;

*Quando há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma **falta estrutural** das instâncias políticas e administrativas (isto é, não basta, para caracterizar o ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade);

*Quando existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação;

*Quando há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou

¹¹¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: maio., 2022.

autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação de recursos, etc.).

Esses pressupostos já são advindos da evolução deste instituto nas decisões da corte colombiana, conforme se verifica na sentença¹¹² T-025 de 2004. Nessa decisão, a corte fez referência aos seus fatores valorativos para se definir se existe um Estado de Coisas Inconstitucional, o qual comumente são sintetizados em quatro, conforme verificado acima nas palavras de Dirley da Cunha Junior.

Ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, as cortes passam a atuar como atores políticos, decidindo sobre o momento de formulação de políticas públicas e controlando sua implementação. Acusações de ativismo judicial e usurpação de poderes são comuns, todavia, sempre que a corte constitucional Colombiana interveio, revelou situações de mau funcionamento estrutural do estado, ineficiência administrativa e tantos outros fatores que frustram a realização dos direitos fundamentais.

No Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi declarado pela primeira vez na ADPF 347, ajuizada em 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade, assinada pelo Jurista Daniel Sarmento, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Essa ADPF era relativa ao sistema carcerário brasileiro, tópico que trataremos a seguir.

¹¹² Trecho da Sentença T-025/2004 da Corte Constitucional Colombiana que apresenta os pressupostos "factores valorados [...] para definir si existe un estado de cosas inconstitucional": Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencia T-025/04.** Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: maio., 2022.

Essa declaração no Brasil se deu no controle de constitucionalidade composto por, pelo menos, duas fases. A primeira seria onde a Corte analisa a hipótese dos autos e declara a existência da falha estrutural e, conseqüentemente, a vigência do Estado de Coisas Inconstitucionais¹¹³.

A segunda fase é composta pelo monitoramento das diretrizes estabelecidas na sentença estrutural. Desta forma, consolida o controle na medida em que examina a realidade fática e indica a solução constitucionalmente adequada para a violação de direitos fundamentais.

Poderíamos, a partir de agora, passar diretamente para a proposta principal desse trabalho, que é a necessidade e possibilidade de se declarar a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, o estado de inconstitucionalidade na saúde do Brasil. Contudo, seria deixado de relatar a primeira ocasião em que foi reconhecida no nosso país essa Teoria. Por oportuno, será descrito de forma sucinta e objetiva.

2.3 Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro

No Brasil, em maio de 2015, foi interposta no Supremo Tribunal Federal, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF nº347, que ficou sob a relatoria do então Ministro Marco Aurélio. Naquela continha um pedido de concessão de medida cautelar, a qual foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido então a primeira vez que o estado de coisas inconstitucionais foi declarado no Brasil. Tudo isso em decorrência do reconhecimento de falhas estruturais no sistema carcerário.

Muito embora tenha sido a primeira declaração do ECI, a situação dramática dos presídios brasileiros já era de conhecimento do STF, por exemplo, nos julgamentos do RE nº 641.320¹¹⁴, RE nº 580.252¹¹⁵. Ainda como exemplo da já

¹¹³ PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 93.

¹¹⁴ A jurisprudência do STF descreve no RE nº 641.320, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e com repercussão geral reconhecida, a possibilidade de autorização do cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime estabelecido na condenação penal, ensejando a edição da Súmula Vinculante nº 56: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Rio Grande do Sul, 11 de maio de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinoni

notória situação precária do sistema carcerário brasileiro pode ser citado o RE nº 592.581¹¹⁶ e ADI nº 5.170¹¹⁷.

Antes de tudo, é importante ressaltar que, quando se trata da questão carcerária brasileira neste estudo, que se desenvolve sob a temática do Estado das

mo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&classeNumerolIncidente=%22RE%20641320%22. Acesso em: maio., 2022.

¹¹⁵ O RE 580.252, Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 - Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas - Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros - adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955)." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Mato Grosso do Sul, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: maio., 2022. Acesso em maio., 2022.

¹¹⁶ O RE nº 592.581, onde a tese de repercussão geral proposta pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski foi: "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". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Rio Grande do Sul, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>. Acesso em: maio., 2022.

¹¹⁷ A ADI nº 5.170, também discutiu a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos, tendo ficado sobre relatoria da Ministra Rosa Weber. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.170**. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>. Acesso em: maio., 2022.

Coisas Inconstitucional, refere-se aos chamados “presos comuns”. Ou seja, não são abrangidos os presos com privilégios, seja por suas defesas ou condições, pois estes tendem a ter um olhar diferenciado, distintamente da maior parte da população carcerária.

Presos comuns não estampam jornais quase que cotidianamente, refletindo em atenção sobre estes enquanto encarcerados e, também, não têm facilitados os acessos a “benefícios” garimpados por advogados especialistas, como, por exemplo, a prisão domiciliar. Isto, em geral, é descrição para os presos com trajetória política e pública ou abastados financeiramente, pois os presos comuns tendem a ser vistos como um volume humano sem distinção individual que lota presídios brasileiros com infraestrutura e pessoal insuficientes.

Muito já se tem relatado e descrito sobre as condições carcerárias no Brasil, inclusive com relatório produzido até pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) sobre a problemática dos presidiários, sendo que há dados alarmantes e chocantes esse relatório. Sobre isso, André Giamberardino e Gustavo Trento Chistoffoli indicam sobre a lentidão na formação um caminho de acesso dos encarcerados ao atendimento da Justiça, deixando claro sobre a existência de ilegalidades nesse âmbito, tal como se observa do seguinte trecho:

Seja através das teorias da ‘supremacia especial’ ou da versão norte-americana das *hands-off*, a primeira consequência da adoção de perspectivas como essa no âmbito da execução penal é a subtração da administração penitenciária a qualquer tutela jurídica. ‘não se valorando’ as condições materiais de encarceramento e, principalmente, a produção de normas administrativas internas segundo qualquer modalidade de controle ou limite e, até mesmo, a garantias constitucionais. Diante de tal quadro, e considerando a redemocratização do país somente em meados do século XX, não é difícil compreender os passos lentos no exercício do direito de acesso ao Judiciário e aos mecanismos internacionais de proteção no que tange à questão penitenciária. Já é hora, porém, de se acelerar os passos: não faltam ilegalidades e a cada dia transparece com mais intensidade o desconforto de ‘tudo’ se resolver em ‘pedidos de providências’ entre os Poderes com consequências claramente insatisfatórias¹¹⁸.

A percepção de considerável parcela da população brasileira ainda pode remeter a um quadro arcaico no que concerne ao sistema carcerário do país. A sociedade, em geral, ainda está compactuando, passivamente ou não, com a cultura

¹¹⁸ GIAMBERARDINO, André. CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. A questão penitenciária no Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos. In: SILVA, Eduardo Faria; GEDIEL, José Antônio Peres; TRAUZYNSKI, Sílvia Cristina. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 42-43.

do encarceramento, o que, por sua vez, colabora com estigmatização dos que estão ou já passaram pelas cadeias. Essa “cultura” acaba por refletir penitenciárias lotadas e uma violação em série de direitos dos que estão encarcerados, seja por omissão ou insuficiência das ações do Poder Público.

Ademais, é fácil presumir que sem um adequado processo de ressocialização dos apenados, ocorre o aumento das estatísticas de violência através da saída dos que cumpriram pena ou receberam liberdade condicional, mas que se tornaram piores durante o período em que estavam nas penitenciárias.

Isso decorre de uma série de fatores, abrangendo desde a vivência da negligência e ou violência dos agentes do Estado, até a “escolarização” para o mundo do crime oferecida por grupos criminosos que conseguem o domínio nas penitenciárias.

A ADPF nº 347 tinha um designo, que era a declaração da corte constitucional sobre a existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais no sistema carcerário brasileiro, com base na admissão de que existem falhas estruturais nas políticas públicas referentes ao sistema carcerário. Essas falhas advêm de ações, e principalmente omissões, dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, e que geram flagrantes lesões a direitos fundamentais dos apenados, principalmente quanto a sua dignidade humana, havendo urgente necessidade de ações estruturais a fim de fazer cessar esse estado, no mínimo periclitante¹¹⁹.

A questão se torna ainda mais assustadora quando se põe em discussão que a legislação **não** é escassa para garantir os direitos dos encarcerados, iniciando com a violação desde princípios basilares da Constituição Federal, como o da dignidade da pessoa humana. Portanto, configura-se uma violação de normas e dos direitos humanos e a falência de políticas públicas, direcionando o sistema carcerário para perspectivas de caos.

Fazendo expressiva referência à atuação da Corte Colombiana para a Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional quanto à questão carcerária deste

¹¹⁹ “A violação aos direitos fundamentais dos reclusos, que se caracterizam por um grupo minoritário e fortemente estigmatizado, legítima, segundo se depreende da análise da ADPF nº 347, o exercício do papel contramajoritário do STF, desempenhando uma intervenção de jurisdição constitucional diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: maio., 2022.

mesmo país, Daniel Sarmento delineia o semelhante conjunto de medidas para o sistema carcerário brasileiro. Apesar de fazer uma extensa contextualização descritiva dos sofrimentos passados por diferentes populações carcerárias sob diversos modos, o autor da ADPF nº 347, Daniel Sarmento compila a descrição do cenário brasileiro do sistema prisional através das seguintes linhas na sua petição:

Este cenário é francamente incompatível com a Constituição de 88. Afinal, nossa Lei Fundamental consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Estes e inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres. O quadro é também flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal¹²⁰.

Denominando como “hiperencarceramento”, o autor da petição inicial da ADPF já citada, que pela primeira vez solicitou a declaração de ECI no Brasil, defende o excesso de lotação como a causa motriz dos diversos problemas que envolve a questão carcerária nacional. Diante disso, reitera-se que garantir o gozo de direitos fundamentais dos apenados está em inobservância sistematicamente.

Trazendo à baila uma válida reflexão acerca do fato em que administradores públicos tendem a olvidar as populações aprisionadas, Daniel Sarmento situa os encarcerados como minorias aquém da atenção social e da Administração Pública. Deste modo, fundamenta-se a caracterização do sistema carcerário como a pior situação de degradação dos direitos fundamentais.

É que os presos, além de não votarem, constituem um grupo particularmente impopular na sociedade brasileira, o que desestimula o sistema político e a burocracia estatal a “levarem a sério” os seus direitos. Mas os direitos fundamentais das minorias têm de ser levados a sério. O seu respeito não pode depender de juízos discricionários, de preferências ideológicas ou de cálculos de conveniência política dos governantes de plantão¹²¹.

¹²⁰ SARMENTO, Daniel. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de concessão de medida cautelar**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>. Acesso em: maio., 2022. p. 5.

¹²¹ Ibidem. p. 6.

O jurista deixa evidenciada a falência das políticas públicas no contexto em questão e ainda destaca sobre a projeção de persistência do Estado de Coisas Inconstitucional em essência proporcional ao crescimento da população prisional se não houver a intervenção do STF.

Como remédio para a questão exposta em sua petição, Daniel Sarmento esclarece sobre o papel do Judiciário no processo pós declaração de Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema carcerário. Isto pode ser percebido no seguinte trecho:

[...] tanto a questão da capacidade institucional, como o respeito ao espaço legítimo de deliberação democrática, indicam que, em casos como o presente, a melhor solução para o estado de coisas inconstitucional é alcançada por meio de técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e cooperação entre os diversos poderes estatais. Foi o que se deu em casos referidos no item anterior, julgados por outros tribunais constitucionais e internacionais: ao invés de a solução para o problema constitucional diagnosticado vir pronta do tribunal, atribuiu-se ao governo a possibilidade de formulação de plano para a sua superação, com prazo certo e recursos assegurados. Os planos, nessa hipótese, devem ser aprovados pelo Judiciário, que depois monitora a sua implementação, contando para tanto com a assessoria de entidade independente dotada da necessária expertise, e se beneficiando também da participação da sociedade civil durante o processo.¹²²

Foi ainda suscitado na ADPF em comento a indagação sobre os valores individuais destinados aos presos serem incondizentes com a realidade em que se encontram. Sendo assim, louva-se esse ponto de atenção trazido por Daniel Sarmento quanto aos encarcerados no país.

Foram descritas também severas críticas ao contingenciamento voltado para metas fiscais em detrimento da aplicação de recursos Fundo Penitenciário – FUNPEN. Nesse sentido, o jurista foi taxativo na consideração de grave afronta ao mínimo existencial.

Para o enfrentamento da problemática do sistema prisional do país, era necessário ficar claras as atribuições dos integrantes das diferentes esferas que compõem o Poder Público. Então, foi sugerido um prazo de dois anos para que a problemática fosse solucionada a nível federal, e de três anos após apresentado plano nacional, para que ocorra a reversão do que está em clamor de declaração de ECI.

¹²² Ibidem p. 21-22.

Da decisão do relator, destacam-se as seguintes linhas que se desenvolvem em torno da responsabilidade dos Três Poderes ante o quadro problemático formado, indicando falhas no que concerne às políticas públicas e na aplicação da legislação.

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo.

Apesar de muitos dos direitos violados serem assegurados na Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – e na Lei Complementar nº 79/94 – Lei do Fundo Penitenciário Nacional –, assiste-se à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro¹²³.

É importante esclarecer que o conteúdo da ADPF nº347 foi acatado em sua maioria, contudo houve ressalvas. Na decisão elaborada pelo relator, dois pontos solicitados pelo autor foram inferidos, sendo eles sobre a redução do tempo de pena como contrapartida pelas condições degradantes das penitenciárias.

A Decisão pioneira em sede Brasileira é riquíssima em detalhes quanto às justificativas e o debate jurídico também muito relevante. Contudo, encerro esse capítulo nos parâmetros do já relatado acima, haja vista que ele é fundo de pano para a proposta do trabalho, que visa demonstrar, entre outras coisas, que o Sistema de Saúde do Brasil está em plena aptidão e extrema necessidade de Declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais.

¹²³ MELLO, Marco Aurélio. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acesso em: maio., 2022. p. 8-9.

3 ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA SAÚDE NO BRASIL

Após uma evolução histórica para a sua consolidação, atualmente o direito à saúde tem respaldo na Carta Magna brasileira como direito fundamental e, também, está no âmbito dos direitos humanos, sendo reiterado internacionalmente. O referido direito possui vínculo indissociável com o direito à vida e, na prática, condiciona-se com a equiparação de outros direitos, como à alimentação, saneamento, moradia, dentre outros que se refletem direta e indiretamente do conceito amplo de saúde.

A amplitude do conceito de saúde é abordada por Daniela Ranieri Guerra¹²⁴, que detalha a definição para além do aspecto patológico e clínico. De acordo com a autora, a saúde envolve o aspecto físico, mental e social. Em importante soma, a autora destaca que não se deve apenas pensar em vida na relação com a saúde, mas sim na qualidade desta vida, que deve ser efetivamente promovida.

Aproveitando a menção à qualidade de vida, traz-se para apreciação as considerações de Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti¹²⁵ sobre a melhoria desta se condicionar à melhoria dos meios urbanos. Nessas circunstâncias, como complementado pelo autor, tem-se o exemplo do saneamento podendo proporcionar diversos fatores que podem promover a saúde à população. Essa breve argumentação do autor se coaduna com a aproximação da saúde com o saneamento básico que é mencionada na Constituição Brasileira, mais especificamente no Art. 200. Frisa-se que esse entendimento não deve ser confundido com políticas higienistas que representaram períodos obscuros na história do país.

Saneamento básico é fator intimamente aliado a qualidade de vida e a sua proteção, a falta de saneamento compromete a saúde pública de forma expressiva, o bem-estar social está verdadeiramente ligado a essa questão. Sendo assim, qualidade de vida e saúde pública estão intrinsecamente relacionados.

Com o exemplo do parágrafo anterior, fundamenta-se a importância de políticas públicas que busquem resolver os problemas públicos para a sociedade de forma integrada, especialmente os relacionados à saúde. Ainda com o cenário exemplificado, imagine-se o contrário, que seria um contexto inviável da população

¹²⁴ GUERRA, Daniela Ranieri. **A dialética do Direito à Saúde:** entre o direito fundamental e a escassez de recursos. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 79.

¹²⁵ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. **Direito à saúde e judicialização:** A necessidade de reconstruir consensos ante os avanços científicos e o orçamento público. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 32.

exercer sua plena cidadania, com risco à vida e podendo gerar outros riscos quanto ao controle social e, por conseguinte, para o Estado Democrático de Direito. Desta forma, em uma perspectiva para além da humanitária, tem-se uma demonstração do vínculo da saúde com a ordem e com a justiça.

A nível internacional, o conceito de saúde utilizado como referência mundial é o da Organização Mundial da Saúde (OMS), formalizado em 1946, abarcando o bem-estar físico, mental e social completos, como explica Daniel Carlos Neto¹²⁶. Mesmo abordando a tríade mencionada, o conceito da OMS ainda deixa claro que a saúde não se delimita à não-doença ou à não-enfermidade. Desta maneira, garantir a saúde requer ação ativa e não apenas passiva.

Convém lembrar que, na Constituição de 1988¹²⁷, a saúde é mencionada primeiramente como direito social em seu artigo sexto. Mais à frente, a partir do art. 196 até o art. 200, tem-se a exaltação da saúde enquanto direito das pessoas e a saúde pública como dever do Estado¹²⁸, além de aspectos relacionados a ações e serviços concernentes a esse direito social.

Para tanto, em cumprimento do papel de responsável pela saúde pública em conformidade com o texto maior, o Estado atua por meio de políticas econômicas e sociais. Desta forma, devem ser reduzidos os riscos de enfermidades e outros agravos, e ser garantido o acesso aos serviços e ações em saúde em caráter igualitário e universal visando a promoção, proteção e recuperação da saúde¹²⁹. Um exemplo de política pública em saúde é citado por Leonardo Secchi¹³⁰, sendo o programa de distribuição de medicamentos de forma gratuita à população necessitada pelo Sistema Único de Saúde, conforme integração das três esferas estatais.

Ante o exposto supra, na delimitação ao Brasil, tem-se o dever do Estado em promover políticas públicas que garantam o atendimento do direito à saúde à população, devendo isso ocorrer sobre determinados princípios, dentre os quais estão a universalidade e igualdade. Entretanto, a garantia desse direito pode ser

¹²⁶ CARLOS NETO, Daniel. **Judicialização da Saúde Pública: uma análise contextualizada**. 2. ed. rev. atual. Motres, 2018. p. 17.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: maio. 2022.

¹²⁸ PAULA, Rodrigo Francisco de. **Estado de Emergência na saúde pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 51.

¹²⁹ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. **Gestão da Saúde e Eficiência dos Gastos Públicos: Uma abordagem à luz do princípio da máxima efetividade da norma**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 17.

¹³⁰ SECCHI, Leonardo. Op. cit. p. 11.

permeada de desafios, como equilibrar a obrigatoriedade de atender o texto constitucional e operacionalizar as ações necessárias para que o povo tenha acesso ao todo necessário para uma saúde plena em um contexto de emergência permanente e de orçamento finito.

Com o desafio mencionado, há os reflexos em judicialização na saúde, ora defendida como necessária devido a um sistema que ainda apresenta lacunas, ora criticada como excessiva e sendo apontada como arriscado ativismo judicial. Nesse dilema, evocam-se conflituosamente os direitos fundamentais no texto constitucional, em especial o direito à saúde, o princípio da dignidade da pessoa humana, o equilíbrio entre os três poderes, a reserva do possível e o mínimo existencial. Desta forma, discussões ainda são necessárias para, sobretudo, resultar em ações assertivas quanto à constitucionalidade no tema da saúde pública brasileira.

3.1 Evolução histórica do Direito à Saúde

Da literatura, compreende-se que o surgimento de determinados direitos resultou como reflexo de fatos históricos e dos contextos socioeconômicos de distintas épocas e sociedades. Ademais, diferentes direitos não se inauguraram em momentos concomitantes. Por isso, o abordar sobre a evolução histórica de direitos, requer a categorização destes em dimensões ou gerações ou fases¹³¹, mas neste estudo, segue-se o termo “geração”.

Neste estudo, segue-se majoritariamente a retrospectiva descrita por Marcelino José Piancó da Silva¹³² em relação à evolução dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde no Brasil. Preliminarmente, traz-se como referência para iniciar um desenvolvimento histórico a respeito do surgimento das gerações de direitos a nascer da democracia no século XVIII, após o turbulento período de lutas contra o regime absolutista na Europa.

¹³¹ Em um breve parênteses, traz-se a menção de Alex Gomes Seixas sobre ao surgimento e instauração dos direitos fundamentais a partir de uma sequência de marcos históricos que abrangem a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Desta maneira, três gerações de direitos fundamentais se formam para facilitar a compreensão em uma abordagem gradativa. SEIXAS, Alex Gomes. **O direito fundamental à saúde: abrangência, eficácia e restringibilidade**. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 23.

¹³² SILVA, Marcelino José Piancó da. **Evolução do Direito à Saúde Pública no Brasil: uma visão geral quanto aos fundamentos do Direito à Saúde, seus Impactos Financeiros, Responsabilidade do Estado, e o papel da Defensoria Pública para a Efetivação desse Direito**. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 32.

Sendo assim, sintetiza-se que os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles ligados à liberdade e ao exercício político, cuja nascença fornece uma boa clarificação acerca da concepção de democracia¹³³. Randolpho Martino Júnior¹³⁴ exemplifica que os direitos de primeira geração abrangem as liberdades de expressão e de pensamento, que possuem caráter individualista; e os de caráter coletivo, em que se incluem os de formar partidos, realizar greves e sindicatos. O autor caracteriza esses direitos como herança liberal.

Na denominação dos direitos de segunda geração, conforme Fábio Perianthro de Almeida Hirsch e Camila Celestino Conceição Archanjo¹³⁵, há “direitos sociais e econômicos”, que, segundo os autores, podem ser abordados também como “direitos positivos ou prestacionais”, sendo esses direitos emergidos após a Revolução Russa de 1917 e destacados nas Constituições Mexicana de Querétaro de 1917 e da Constituição Alemã de Weimar de 1919. Já Randolpho Martino Júnior¹³⁶ os caracteriza como direitos econômicos, sociais e culturais, sendo eles uma herança socialista.

De antemão, no que diz respeito ao direito à saúde no cerne dos direitos sociais, Juliana Patrício da Paixão¹³⁷ aduz que:

Majoritariamente, trata-se de um direito de segunda geração ou dimensão, logo, direito social que geralmente demanda uma prestação positiva do Estado, ou seja, uma obrigação de fazer do Estado. Como integrante e complementar à Justiça Social, a garantia do direito à saúde consolida os ideais da fraternidade e solidariedade e se expressa como o conjunto de regras voltadas a um escopo comum de progresso e melhoria da qualidade de vida de todos aqueles que compõem a sociedade de modo a permitir a igualdade material.

Portanto, a saúde como direito social pode ter como uma de suas razões a essencialidade de garantir um contexto justo para os cidadãos. Para tanto, inércias estatais não são aceitáveis, uma vez que inviabilizam a consecução deste direito e seus efeitos na realidade das pessoas.

Para o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, pode-se contextualizar a Revolução Industrial¹³⁸ da Europa. A Industrialização propiciou a

¹³³ Ibidem. p. 32-33.

¹³⁴ MARTINO JÚNIOR, Randolpho, Op. Cit. p. 26.

¹³⁵ HIRSCH, Fábio Perianthro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. **Direitos Fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 56.

¹³⁶ MARTINO JÚNIOR, Randolpho, Op. cit. p. 26.

¹³⁷ PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 87.

elevação populacional, passando a ser demandado ao Estado ações para reduzir injustiças sociais. Desta forma, emergiram os chamados direitos sociais, que consistem nos direitos à educação, ao trabalho, bem-estar social e à saúde.

Em maiores detalhes acerca do contexto dos direitos sociais e o desenvolvimento da sociedade com a Industrialização, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti¹³⁹ descreve que foi justamente essa evolução que impactou na saúde das pessoas, notadamente os meios de produção. Com o ritmo acelerado do desenvolvimento, era necessário do Estado uma estruturação mais efetiva para atendimento de demandas sociais. Isso fica claro com a seguinte passagem¹⁴⁰:

O adoecimento da população por conta da falta de estrutura das cidades e da inexistência de políticas públicas voltadas à saúde demandava uma atuação mais efetiva do Estado, de tal forma que diversos instrumentos normativos, de alcance internacional, foram criados com o intento de assegurar maior proteção à saúde humana, a exemplo do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966, o qual reconhece em seu art.12 que toda pessoa possui direito de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental, como também o Pacto de San José da Costa Rica, que traz no art. 13, item 2, b, a proteção da saúde no mesmo patamar que se protege segurança nacional e a ordem pública, e o Comentário Geral n. 14, de 2013, da lavra do Comitê dos Direitos da Criança, em cujo teor encontra-se expressa, nos itens 77 e 78, de forma mais detida, a importância do direito à saúde.

Logo, o crescimento urbano propiciado pelo desenvolvimento econômico, bem como o próprio contexto industrial, propiciava adoecimentos que deveriam ser controlados. Desta forma, entende-se a necessidade de o Estado intervir em assunto de saúde da sociedade, mesmo que numa lógica mais pragmática.

Sobre a terceira geração de direitos, Randolpho Martino Júnior¹⁴¹ esclarece que há a titularidade coletiva, em que, no plano internacional há o direito ao desenvolvimento, à paz e ao patrimônio comum da humanidade; enquanto, no plano interno, os direitos se referem a interesses difusos, como o direito ao meio ambiente. Todavia, José Piancó da Silva¹⁴² ressalta que, nesta terceira geração, não se trata de direitos propriamente ditos, mas sim de aspirações.

Não se intenta aprofundar sobre as gerações de direitos neste espaço, contudo é válido sublinhar o aspecto de complementação dos direitos, em especial

¹³⁸ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 33.

¹³⁹ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszoni. Op. cit. p. 49.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 50-51.

¹⁴¹ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. cit. p. 26.

¹⁴² SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 35.

os de primeira e segunda geração, com vistas a formar uma égide relacionada à essência cidadã. Desta forma, tem-se, a título de exemplo, a garantia da liberdade para auxiliar na proteção de outros direitos essenciais, dentre os quais está a saúde, protagonizada neste estudo. Ademais, com o todo básico no que concerne ao indivíduo saudável, tem-se uma condição que se considera adequada para este também exercer deveres.

O exposto se harmoniza com a interligação do direito à saúde com os direitos de primeira e terceira dimensão descrita por Marcelino José Piancó da Silva ¹⁴³, quando explica que:

O direito à saúde, apesar de catalogado como direito de segunda geração, ante à conotação social que traz consigo, também dialoga com os direitos de terceira geração, por ser um direito difuso, bem como se comunica com direitos de primeira geração, ante ao permissivo de liberdade da iniciativa privada para atuar nesta área [...]. Apesar de os direitos sociais terem surgido como direitos após o século XVII, esses direitos, juntamente com sua proteção e promoção, como direitos reconhecidos, passaram a se destacar na idade contemporânea, após o século XVIII, com o desenvolvimento de políticas públicas sociais, e no século XX, com os direitos sociais [...].

Portanto, pode-se entender, das linhas apresentadas, a saúde como condicionante básica para o exercício de direitos. Ademais, com essas mesmas linhas, tem-se a visualização do tema da saúde, internacionalmente, perpassando séculos para se concretizar enquanto direito fundamental.

Em acréscimo, apoiando-se no que é lecionado por Alex Gomes Seixas¹⁴⁴ para melhor entendimento das intercomunicações do direito à saúde com as outras gerações de direitos, a saúde pode ser considerada como um direito de terceira geração numa ótica de coletividade. Notadamente quanto ao fator epidemiologia, a saúde deve ser protegida sob uma união internacional nos tempos atuais em que há a facilidade de trânsito de pessoas entre nações e, conseqüentemente, de doenças. Por isso, é basilar uma atuação difusa de vários países no controle, prevenção e promoção da saúde.

Da evolução histórica acerca do direito à saúde, é importante ressaltar a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), devido à sua finalidade integradora no plano internacional quanto à matéria. A existência da OMS se inicia

¹⁴³ Ibidem. p. 35-36.

¹⁴⁴ SEIXAS, Alex Gomes. **O direito fundamental à saúde: abrangência, eficácia e restringibilidade**. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 27.

no ano de 1946 e é atrelada à Organização das Nações Unidas (ONU) a partir da identificação da necessidade de existir uma instituição específica sobre o desafiante tema da saúde pública em âmbito global, cujas discussões se iniciaram após a criação de outros órgãos e conferências em épocas antecessoras.

De acordo com a linha do tempo percorrida por Marcelino José Piancó da Silva¹⁴⁵ e Marcos Cueto¹⁴⁶, a criação da OMS adveio de conferências internacionais a partir da década de 1850. Conforme os autores, em 1851 ocorreu a Primeira Conferência Internacional Sanitária, em Paris, mas somente em 1882 que foi realizada a Convenção, após uma epidemia de cólera, pela qual considerável parcela da população da Europa foi dizimada.

É importante ressaltar que a Primeira Conferência Internacional Sanitária, de Paris, tinha como propósito real discutir e elaborar medidas para redução de ações de quarentena e aspectos afins diante de surtos de doenças da época. Portanto, a saúde da população não estava em primeiro plano no escopo da conferência, mas sim o contexto econômico do comércio impactado pela deficiência na saúde pública, como se entende do apontado por Deisy Ventura¹⁴⁷.

Continuando o histórico desenvolvido por Marcelino José Piancó da Silva¹⁴⁸, em 1892 surgiu o Internacional Sanitary Bureau, que viria a se tornar a Organização Panamericana de Saúde (OPAS) posteriormente. No início do século XX, mais precisamente em 1907, houve a criação de um secretariado permanente na França voltado para a discussão de políticas públicas atinentes à saúde. Após isso, em 1919, houve a formação da Liga das Nações após a Primeira Grande Guerra.

Em 1926, ocorreu a Convenção Internacional Sanitária. Entretanto, houve a necessidade de revisar essas convenções para inserir discussões acerca de enfermidades como o tifo e a varíola. Já em 1945, com a participação do Brasil, no âmbito da Conferência Interacional das Nações Unidas, propiciou-se a criação de uma Conferência Mundial da Saúde que, em 1948, tornou-se a OMS. Com isso, o direito à saúde passou a ganhar maior enfoque no cenário internacional, passando a se refletir em constituições¹⁴⁹.

¹⁴⁵ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 38

¹⁴⁶ CUETO, Marcos. **Saúde global: uma breve história**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 17.

¹⁴⁷ VENTURA, Deisy. Saúde pública e política externa brasileira. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.1, n.1, jan. 2004. p. 99.

¹⁴⁸ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 38

¹⁴⁹ Idem.

A Carta Europeia foi o primeiro instituto a formalizar o direito à saúde visando a coletividade através da prevenção de doenças, principalmente aquelas endêmicas e epidêmicas, em seus países vinculados. Da Europa, a Itália foi a primeira nação a prever o direito à saúde da forma como preconizada pela OMS em 1948¹⁵⁰.

Com a disseminação do conceito de saúde pela OMS no decorrer dos anos, houve uma mudança, ainda que lenta, da abordagem do tema e sua concretização em ações, fomentando a realização de conferências internacionais. Quanto a isso, Daniel Carlos Neto¹⁵¹ cita as Conferências de Alma-Ata e a de Ottawa, voltadas para a melhoria da promoção da saúde em contexto global e de modo a atender ao descrito no conceito de saúde da OMS.

Importa destacar que o abordado até então traz apenas alguns dos marcos mais importantes da evolução do direito à saúde em nível internacional, mas se deve deixar claro que a linha do tempo da saúde no Brasil seguiu formato diferente. Nesse aspecto, Marcelino José Piancó da Silva¹⁵² menciona que as constituições brasileiras antecessoras da atual traziam os direitos fundamentais em segundo plano quando comparado com aspectos da organização estatal. Ademais, durante os séculos iniciais da história do Brasil, pode ser verificada a atenção ao tema no sentido mais de filantrópico e de controle sanitário, com ótica prioritária sobre o desenvolvimento econômico em considerável parte dos anos.

No Brasil pré-colonial, antes da chegada de Pedro Álvares Cabral, os índios desenvolviam uma espécie de medicina própria, que ainda pode ser encontrada até nos tempos atuais. Porém, com a chegada dos portugueses, passou a ser implantada a medicina popular portuguesa dos jesuítas. Contudo, a conclusão dessa implantação foi relativamente vagarosa, sendo que o primeiro estabelecimento de atendimento médico brasileiro só foi fundado em 1543 em Santos, que consistia em uma Santa Casa de Misericórdia¹⁵³, como descrevem Marcelino José Piancó da

¹⁵⁰ Somente 40 anos depois, o Brasil viria a tratar do direito à saúde de forma efetiva em sua Constituição de 1988. Ibidem. p. 39.

¹⁵¹ CARLOS NETO, Daniel. Op. cit. p. 17.

¹⁵² Constituições de 1824, 1891, 1937, 1946, 1967, 1969. DA SILVA, Marcelino José Piancó. Op. cit. p. 41.

¹⁵³ Abordar sobre atendimento de saúde aos brasileiros menos favorecidos na época do Brasil colonial requer a explanação acerca das Santas Casas de Misericórdia. Baseando-se nas explanações de Wilze Lara Bruscato, essas instituições se formaram na Europa e tinham a caridade no alicerce de seus principais propósitos, que abrangiam o cuidado de enfermos, auxílio de necessitados e amparo de órfãos. Essas instituições se espalharam por várias regiões do país no decorrer dos anos. BRUSCATO, Wilze Laura; BENEDETTI, Carmen; LOPES, Sandra Ribeiro de Almeida. **A prática da Psicologia Hospitalar na Santa Casa de São Paulo**: novas páginas em uma antiga história. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.p. 17.

Silva¹⁵⁴ e Wilze Laura Bruscato, Carmen Benedetti e Sandra Ribeiro de Almeida Lopes¹⁵⁵.

Não é lógico afirmar que os indígenas não apresentavam enfermidades antes da chegada dos portugueses nas terras brasileiras. Entretanto, como bem relatados na história da humanidade os surtos de doenças devido à falta de infraestrutura em higiene e saúde, é fácil subentender que os europeus trouxeram doenças até então não conhecidas pelos índios que, por sua vez, viviam isolados do resto do mundo.

Durante a colonização do Brasil, de acordo com Marcelino José Piancó da Silva¹⁵⁶, até antes da chegada da Família Real para o Brasil, os mais pobres eram atendidos por obras de caridade da Igreja, enquanto os senhores de café e seus familiares eram atendidos por profissionais de saúde que vinham de Portugal. Com a Família Real portuguesa em terras brasileiras, foram criadas as Escolas de Medicina na Bahia e Rio de Janeiro em 1808. Entende-se que, com as escolas brasileiras de Medicina, passou a ocorrer a formação de médicos brasileiros e, paulatinamente, houve a substituição dos médicos europeus pelos formados em terras nacionais.

Ainda quanto à chegada da Família Real em terras brasileiras, pode-se dizer que houve o princípio do que se pode ser considerado como controle sanitário. Passava a ser necessário maior rigor quanto à movimentação de embarcações em portos para evitar disseminações de doenças, além de propiciar a criação de condições aceitáveis para que produtos brasileiros fossem fornecidos ao mercado internacional¹⁵⁷.

Com o início do período imperial a partir da Proclamação da Independência do Brasil em 1822, houve uma maior atenção ao aspecto da higiene pública, em especial no Rio de Janeiro, que era a nova capital brasileira. Desse período, vale citar o estabelecimento do Código de Posturas¹⁵⁸ em 1932, que tinha como finalidade o controle sanitário. Adicionalmente, destaca-se a criação de órgãos fiscalizadores por D. Pedro II. De acordo com Cristina Brandt Friedrich Martin

¹⁵⁴ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. P. 41.

¹⁵⁵ BRUSCATO, Wilze Laura; BENEDETTI, Carmen; LOPES, Sandra Ribeiro de Almeida. Op. cit. p. 17

¹⁵⁶ DA SILVA, Marcelino José Piancó. Op. cit. P. 41-42.

¹⁵⁷ PAULA, Rodrigo Francisco de. Op. cit. p. 38.

¹⁵⁸ Idibem, p. 39.

Gurgel, Camila Andrade Pereira da Rosa e Taise Fernandes Camercini¹⁵⁹, a varíola foi um desafio recorrente no âmbito da administração de D. Pedro II.

Do período colonial até o Império, não era observado nenhum esboço do que poderia ser caracterizado como políticas públicas voltadas diretamente à saúde da população em um sentido humanitário. Os atendimentos médicos eram condicionados à classe social e, com isso, infere-se a alta mortalidade da população mais pobre e ao pouco controle de doenças em sentido coletivo. Provavelmente, o cenário teria sido mais negativo se não houvesse a atenuação do atendimento das Santas Casa de Misericórdia e da fiscalização da higiene pública.

A partir dos anos de 1889 iniciava o regime republicano no Brasil, sendo que, um pouco mais tarde, foi formada a Diretoria Geral de Saúde Pública em 1897¹⁶⁰. A partir dos anos 1900, o Brasil passou por surtos de peste, varíola e febre amarela, que repercutiram em prejuízos consideráveis nas exportações de produtos agrícolas. Com isso, o Estado passou a agir de forma mais austera quanto à vacinação e saneamento de portos, principalmente com a chegada de imigrantes europeus, que passou a ocorrer mais visivelmente nesta época.

O discorrido encontra respaldo no lecionado por Randolpho Martino Júnior¹⁶¹, que descreve o Rio de Janeiro com um cenário formado pela população acometida por várias doenças. Esse cenário passou a ser um entrave quanto à atracação de navios estrangeiros, gerando, assim, um impacto negativo na economia brasileira da época, demandando ação reativa do Estado. Todavia, a reação estatal seguiu o modelo “campanhista”, citado por Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira¹⁶², que se configurava pelo uso da autoridade e força policial como tentativa de contenção de alastramento de enfermidades.

Em mais detalhes, Rodrigo Francisco de Paula¹⁶³ aborda que, na transição entre os séculos XIX e XX, era necessário que a cidade do Rio de Janeiro se equiparasse com outras metrópoles mundiais para que a relevância econômica pudesse ficar em relevo. O autor explica que a cidade possuía o maior porto do Brasil, mas se prevaleciam os pontos críticos relacionados a focos de doenças,

¹⁵⁹ GURGEL, Cristina Brandt Friedrich Martin; DA ROSA, Camila Andrade Pereira; CAMERCINI, Taise Fernandes. A Varíola nos tempos de Dom Pedro II. **Cadernos de História da Ciência**, v. 7, n. 1, p. 55-69, 2011. p. 55.

¹⁶⁰ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 43-44.

¹⁶¹ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. cit. p. 28

¹⁶² MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 553.

¹⁶³ PAULA, Rodrigo Francisco de. Op. cit. p. 124-126.

como febre amarela, varíola, febre tifoide, tuberculose, dentre outras. Além disso, havia o crescimento demográfico sem controle, abrangendo escravos libertos e imigrantes. Sobre essa época, embora houvesse a controversa ação vacinal desde o Império, não se ilustrava a noção de saúde pública, mas sim de higiene pública, em que a saúde era buscada apenas para fomentar o desenvolvimento econômico.

Com o cenário endêmico relacionado a doenças diversas, foram realizados estudos e campanhas a partir da atuação de referenciais como Oswaldo Cruz, Belisário Penna, Carlos Chagas, Emílio Ribas e Barros Barreto. Contudo, como destaca Marcelino José Píancó da Silva¹⁶⁴, a ação do Estado visava mais a proteção da economia em detrimento da população no início do século XX. Nesta época, coexistiam duas reformas, uma sanitária e outra urbana. Sobre isso, Rodrigo Francisco de Paula¹⁶⁵ e Cynthia Pereira de Araújo, Éder Maurício Pezzi Lópes e Silvana Regina Santos Junqueira¹⁶⁶ citam a demolição de cortiços para mudança visual das cidades brasileiras em um cenário onde atuava Oswaldo Cruz na Diretoria Geral de Saúde Pública, liderando a campanha de vacinação contra a varíola, propulsora da Revolta da Vacina no Rio de Janeiro em 1904.

Como perceptível, a saúde pública brasileira no século em abordagem se marca pela tentativa de controle do Estado com uma inclinação praticamente sanitarista e repressiva diante da população, em particular a das periferias, onde preconceituosamente era apontado como focos de doenças que ocorriam justamente pela ausência de políticas públicas. Nesse contexto, o que eclodiu a Revolta da Vacina¹⁶⁷ foi a força policial legitimada na época que realizava a vacinação de pessoas carentes e periféricas, consideradas como causadoras dos surtos de doenças que ocorreram neste período.

Das linhas de Randolpho Martino Júnior¹⁶⁸ e Marcelino José Píancó da Silva¹⁶⁹, sintetiza-se que, a partir de 1920, o Ministério da Justiça instaurava o Departamento Nacional de Saúde (DNS), que passava a agir quanto à divulgação de ações preventivas e de profilaxia, enquanto surgia o movimento sanitarista, que iria perdurar até a década de 1940. Nesse ínterim, mais especificamente em 1923,

¹⁶⁴ SILVA, Marcelino José Píancó da. Op. cit. p. 43.

¹⁶⁵ PAULA, Rodrigo Francisco de. Op. cit. p. 39.

¹⁶⁶ ARAÚJO, Cynthia Pereira de.; LOPES, Éder, Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. **Judicialização da saúde:** saúde pública e outras questões. 2. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 35.

¹⁶⁷ PAULA, Rodrigo Francisco de. Op. cit. p. 39.

¹⁶⁸ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. cit. p. 28.

¹⁶⁹ SILVA, Marcelino José Píancó da. Op. cit. p. 43.

houve a aprovação da Lei Elói Chaves, que viria a ser o princípio da previdência social brasileira. Destaca-se que, através desta lei, foram estabelecidas as chamadas Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs).

De acordo com Daniel Carlos Neto ¹⁷⁰, as CAPs funcionavam através do recolhimento mensal das empresas de uma contribuição delas, de empregados e de consumidores, que seria depositada em conta bancária visando custeio em ações de saúde. Portanto, tem-se uma primeira medida estatal que visava efetivamente a assistência em saúde e seguridade. Todavia, essa medida resguardava apenas a trabalhadores contribuintes do sistema.

Continuando o decurso histórico acerca da saúde no Brasil, o governo brasileiro passou a demonstrar maior atenção às políticas públicas relacionadas à saúde em uma ótica nacional nos anos 1930. Quanto a isso, Marcelino José Piancó da Silva¹⁷¹ cita sobre a formação de:

Duas frentes: a saúde pública e a medicina previdenciária. Nessa fase, foram realizados projetos com maior atenção às campanhas sanitárias, interiorização de campanhas dirigidas ao setor rural do país, bem como criados o Serviço Nacional de Febre Amarela, em 1937, o Serviço de Malária do Nordeste, de 1939, e o Serviço de Malária da Baixada Fluminense, de 1940.

Em complemento, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti¹⁷² enfatiza sobre a ocorrência de várias reorganizações administrativas no decorrer da história da saúde pública brasileira, sendo isso mais notável a partir da década de 1930. Sobre essa década, passou a ocorrer maior gerenciamento estatal no que tange ao direito à saúde, que foi ativado como forma de atendimento de demandas sociais diante do desenvolvimento urbano e tecnológico da época.

Ainda quanto à maior preocupação estatal no que concerne à saúde pública brasileira na década de 1930, Marcelino José Piancó da Silva complementa que:

Foram também criadas, no ano de 1937, pela Lei 378, as Conferências Nacionais de Saúde, que seriam convocadas pelo Presidente da República, a cada dois anos, com a participação de todos os estados do país, Distrito Federal, e, à época, o território do Acre, com vistas a facilitar a atuação do governo nessa área, bem como verificar a alocação das verbas destinadas. A primeira conferência foi realizada no ano de 1941 [...].¹⁷³

¹⁷⁰ CARLOS NETO, Daniel. Op. cit. p. 24-25.

¹⁷¹ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 43.

¹⁷² CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 51.

¹⁷³ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 43-44.

Em termos de historicidade, insere-se a década de 1930 no início da conhecida Era Vargas e, também, da aceleração do desenvolvimento industrial brasileiro. Da Era Vargas, é imperativo destacar a Constituição de 1934, que passava a conceder assistência médica como um novo direito aos trabalhadores da época. Essa Constituição foi influenciada pela “Constituição da República Alemã de Weimar por incorporar em seu ordenamento jurídico os direitos sociais, econômicos, culturais, trabalhistas, sindicais e previdenciários”, como explicado por Daniel Carlos Neto¹⁷⁴.

Contudo, como ressaltado por Rodrigo Francisco de Paula¹⁷⁵, a referida Constituição Alemã era bastante inteligível sobre a proteção da saúde em âmbito laboral, em detrimento do âmbito individual. Como destacado pelo autor, o texto constitucional em menção deixava claro sobre a manutenção da saúde e condições adequadas para o trabalho. Esse entendimento de priorização da proteção socioeconômica da mão de obra brasileira foi absorvido na Constituição Brasileira de 1934, mas perpassou até a Constituição de 1988, ocorrendo a atenuação com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, quando uma série de direitos passou a se voltar para o contexto individual e difuso, como será clarificado em linhas próximas¹⁷⁶.

Aproveitando à menção sobre a saúde em textos constitucionais pré-Constituição cidadã, há Júlia Maria Tomás dos Santos¹⁷⁷ e Cynthia Pereira de Araújo, Éder Maurício Pezzi Lópes e Silvana Regina Santos Junqueira¹⁷⁸ que trazem que na Carta de 1824 não havia menção direta sobre o direito à saúde, mas eram garantidos os chamados “socorros públicos”; enquanto na Constituição sucessora, em 1891, era garantida a aposentadoria para funcionários públicos em situações de invalidez durante os serviços ao país.

Ainda segundo os autores, a Constituição de 1934 apresentava sobre o direito à subsistência, abordando sobre competências do Estado em relação a saúde pública, higiene pública e proteção de trabalhadores; as de 1937 e 1946 não trouxeram inovações sobre tema, sendo mantido enfoque sobre trabalhadores. Para

¹⁷⁴ CARLOS NETO, Daniel. Op. Cit. p. 25.

¹⁷⁵ PAULA, Rodrigo Francisco de. Op. cit. p. 52.

¹⁷⁶ Ibidem. p. 53.

¹⁷⁷ SANTOS, Júlia Maria Tomás dos. **O direito à saúde no pós-positivismo: uma interlocução entre as premissas teóricas e sua práxis**. São Paulo: Dialética, 2021. p. 92.

¹⁷⁸ ARAÚJO, Cynthia Pereira de.; LOPES, Éder Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. Op. cit. p. 35-37.

Júlia Maria Tomás dos Santos, a Carta de 1967 abordou a saúde muito superficialmente, porém ficou expressa a preocupação com a fonte de custeio dos serviços de assistência e previdência, que não poderiam ser realizados sem uma correspondência em termos de custo, como citado por Cynthia Pereira de Araújo, Éder Maurício Pezzi Lópes e Silvana Regina Santos Junqueira. Portanto, até antes da Constituição de 1988, o direito à saúde não ficou claro nas searas constitucionais, sendo abordado de forma pontual e sem aprofundamentos.

Retomando sobre o período da Era Vargas, tem-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), reforçando benefícios de saúde aos trabalhadores através do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943¹⁷⁹. Novamente, tem-se organização administrativa e instrumento normativo em função de garantir a mão de obra saudável, que deveria dar conta do crescimento de indústrias no país.

Ainda quanto à década de 1930, houve a criação do Ministério da Educação e Saúde e a substituição das CAPs pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), passando a abranger trabalhadores conforme as categorias de suas profissões. No início da década de 1950, mais precisamente em 1953, o referido ministério se desmembrou para a formação do Ministério da Saúde¹⁸⁰.

Embora com a maior visualização de ações voltadas à operacionalização de meios para a saúde pública no Brasil, Marcelino José Piancó da Silva¹⁸¹ cita que nos anos entre 1945 e 1964 não foram extintas doenças e nem houve reduções de mortalidades. Sobre esse período, o autor cita que empresas médicas privadas passaram a crescer no país e a exigir do governo financiamentos para investimentos no setor de saúde. Quanto a isso, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti¹⁸² cita que as atividades privadas de saúde foram expandidas entre as décadas de 1960 e 1970, tendo o Estado como principal comprador dos serviços de saúde de empresas particulares.

Em 1963 houve a 3ª Conferência Nacional de Saúde, na qual foram iniciadas tratativas sobre um sistema de saúde para todos. Entretanto, no ano seguinte, em 1964, com o início do regime militar, houve uma pausa sobre a proposta de

¹⁷⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso: maio. 2022.

¹⁸⁰ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. Cit. p. 30-31.

¹⁸¹ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 44.

¹⁸² CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. P. 64.

universalização da saúde no país, como se entende as abordagens de Sara Scorel¹⁸³.

Durante o período militar, houve a intensificação de doenças, como dengue, malária e meningite. Além disso, havia um cenário de epidemia e de alta mortalidade da população infantil. A priori, não houve atenção do Estado para o cenário da época, sendo que ficou em segundo plano uma epidemia de meningite como cita Marcelino José Piancó da Silva¹⁸⁴, ocorrendo a mudança disso apenas com o agravamento do quadro para os grandes centros urbanos.

Nesse período que antecedeu a redemocratização do país, como leciona Juliana Patrício da Paixão¹⁸⁵, os serviços de assistência em saúde se delimitavam às pessoas que contribuíam com a previdência social, que eram os trabalhadores com vínculos empregatícios e que financiavam indiretamente esses serviços que deveriam ser fornecidos pelo Estado.

No final da década de 1960, com a finalidade de promover melhorias no atendimento médico diante do quadro de surto de doenças, houve a fundação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1967, que reuniu para sua atribuição todas as ações de outros órgãos já existentes do contexto previdenciário, dentre os quais estavam os IAPs. Com a unificação do sistema previdenciário, Randolpho Martino Júnior¹⁸⁶ menciona sobre a existência de serviços e hospitais próprios.

Portanto, na época, o direito à saúde materializado por atendimento médico público era condicionado à comprovação de contribuição através de carteira do INPS¹⁸⁷. De acordo com Randolpho Martino Júnior¹⁸⁸, naquele período, a população aquém da previdência contava com ações de “instituições filantrópicas subvencionadas pelo Poder Público”. Como consequência disso, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti¹⁸⁹ estima que, aproximadamente, 30 milhões de brasileiros não eram contemplados com os serviços de saúde no âmbito público, enquanto somente aqueles de maior poder aquisitivo conseguiam pagar por serviços de empresas privadas de saúde.

¹⁸³ ESCOREL, Sarah. **Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. p. 50.

¹⁸⁴ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 45

¹⁸⁵ PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 88.

¹⁸⁶ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. cit. p. 30-31

¹⁸⁷ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 46

¹⁸⁸ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. cit. p. 19

¹⁸⁹ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 60-61

Na década de 1970, mais especificamente em 1976¹⁹⁰, inaugurava-se uma mobilização no âmbito do chamado Movimento da Reforma Sanitária Brasileira ou movimento sanitário ou sanitarista. Através desta mobilização, iniciavam debates para formalizar um sistema de saúde descentralizado e universal em se tratando de saúde pública brasileira. As ações desse movimento atingiram seu ápice na VIII Conferência nacional de Saúde, que ocorreria na década seguinte.

Nos anos de 1980 foi vivenciado o início de um cenário para o processo de redemocratização no Brasil, mas, por outro lado, o cenário era da chamada “década perdida”. Apesar disso, tem-se que sublinhar o surgimento do Centro Brasileiro de Estudo de Saúde (CEBES), que é citado por Marcelino José Piancó da Silva ¹⁹¹ como um meio de promoção de ideias voltadas para o direito à saúde em sentido universal no Brasil. O autor acrescenta que as discussões acerca do direito à saúde, um sistema de atendimento e o dever do Estado nessa perspectiva foram iniciadas em 1986, em Brasília, com a Oitava Conferência Nacional de Saúde.

A respeito desta Conferência de suma importância para a consolidação do direito à saúde no Brasil, Camila Gonçalves de Mário¹⁹² traz os seguintes detalhes:

Em 1986, ocorreu a VIII Conferência Nacional da Saúde, o evento mais importante do período. Foi marcado pelo número de participantes e por sua dinâmica, pois foi organizado em conferências municipais, estaduais e nacional. Dele resultou um relatório que serviu de subsídio para dois processos: um, no Executivo, foi a implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde e o outro, no Congresso Nacional, foi a elaboração da nova Constituição.

Questão central da Conferência foi a natureza do novo sistema de saúde, se seria estatal ou não e como ocorreria sua implantação. Decidiu-se pelo fortalecimento e expansão do setor público, assim como pela separação do sistema de saúde da previdência social.

Foi na Conferência que se aprovou a criação de um sistema único de saúde, com um novo arcabouço institucional e com separação da previdência.

Em complemento, do que se entende das abordagens de Alex Gomes Seixas, a referida conferência representa um dos marcos mais notáveis para a conformação do direito à saúde em termos constitucionais. Consoante às linhas do autor, novos conceitos para o período foram gerados, a saber:

¹⁹⁰ ARAÚJO, Cynthia Pereira de.; LOPES, Éder, Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. Op. cit. p. 40.

¹⁹¹ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 45-46

¹⁹² DE MARIO, Camila Gonçalves. **Saúde como questão de justiça**. Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2016. p. 288-289.

a) a ampliação do conceito de saúde para um estado de completo bem-estar físico, e não apenas a ausência de enfermidade; b) a inclusão da concepção meramente curativa para incluir os aspectos protetivos e de promoção da saúde; c) a unificação do sistema, descentralizado e regionalizado; d) universalização do atendimento¹⁹³.

No âmbito da instauração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem-se efetivamente o direito à saúde estabelecido como tal, seja na esfera individual ou na coletiva, como bem explica Juliana Patrício da Paixão. De acordo com a autora, o direito à saúde é destacado nos “artigos 6 e 7, XXII, 23, II, 24, XII, 30, VII, 34, VII, “e”, 166, parágrafo 99, 194, 196 a 200”¹⁹⁴. Ante ao exposto até então, concorda-se com Marcelino José Piancó da Silva, quando compara a evolução da atual configuração de saúde pública brasileira com a luta pela democracia, que, nas palavras do autor, foi um caminho “tortuoso”¹⁹⁵.

Contudo, a transformação social com o reconhecimento do direito à saúde na Constituição de 1988 não foi imediata. Quanto a isso, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti¹⁹⁶ explica que nos anos de 1980 e 1990 o contexto era de crise nas políticas de saúde mesmo com a redemocratização nacional intensificada. Segundo o autor, nesse período, havia a coexistência de três frentes de assistência média, sendo uma pública, uma privada e uma liberal.

Como marco de grande importância para a história da saúde pública brasileira, em 1990 foi criado oficialmente o Sistema Único de Saúde (SUS) através da Lei de nº 8.080 de 1990 – a Lei Orgânica da Saúde (LOS), que foi sancionada mesmo com um número considerável de vetos na época¹⁹⁷. Nesta Lei, logo em seu segundo artigo, tem-se a saúde reiterada como “direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”¹⁹⁸.

A LOS trouxe o Sistema Único de Saúde como um compromisso comum de todos os governos brasileiros em seus três níveis para a saúde brasileira. De acordo com esta Lei, o SUS se pauta nos princípios de universalidade, equidade e integralidade, contemplando o complemento participativo do sistema privado, a

¹⁹³ SEIXAS, Alex Gomes. Op. cit. p. 46.

¹⁹⁴ PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 86.

¹⁹⁵ SILVA, Marcelino José Piancó da. Op. cit. p. 46.

¹⁹⁶ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 64.

¹⁹⁷ DE MARIO, Camila Gonçalves. Op. cit. p. 290.

¹⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso: maio. 2022.

gestão dos recursos humanos e financeiros, trazendo a importância do planejamento em torno dos serviços de saúde que se distribuem em vários subsistemas do SUS.

A partir de então, tem-se um sistema de saúde que, nas palavras de Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti¹⁹⁹, era um clamor da população que perpassava gerações. Conforme o autor, o sistema promove a saúde como elemento básico para a formação cidadã, sem discriminações e não sendo mais condicionada a pagamentos à previdência social. Em importante soma, destaca-se que a essência do SUS reforça a Democracia e a solidariedade, em que se elevam a fraternidade e a igualdade.

Por outro lado, em termos hodiernos, o SUS ainda não cumpre na prática efetivamente o seu papel segundo a Constituição, pois ainda há um abismo entre a realidade e o que o sistema propõe, como aduz Randolpho Martino Júnior²⁰⁰. Juliana Patrício da Paixão²⁰¹ possui pensamento concordante, destacando que persiste a deficiência em infraestrutura do SUS para o povo brasileiro mesmo após mais de 30 anos passados da inauguração da atual Constituição Federal.

Já na percepção de Cynthia Pereira de Araújo, Éder Maurício Pezzi Lopes e Silvana Regina Santos Junqueira²⁰², o SUS ainda está em evolução nos tempos atuais, sendo que tem ocorrido uma adequação paulatina da cobertura do sistema à população brasileira em um país de grande extensão territorial haja vista as complexidades inerentes. Para os autores, a Constituição e o arcabouço legislativo existente sobre a regulação do SUS não contornam precisamente as atribuições de cada nível do governo quanto ao sistema de saúde, ficando as considerações superficiais. Desta forma, o sistema de saúde brasileiro ainda se encontra em um contexto desafiante de melhoria.

3.2 Direito à Saúde como Direito Humano Fundamental

É clara e explícita a classificação da saúde como direito fundamental segundo a Carta Magna, sendo esta presente no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente em seu art. 6º. Portanto, por essa clareza, é indubitável a

¹⁹⁹ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 67.

²⁰⁰ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. cit. p. 21

²⁰¹ PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 89.

²⁰² ARAÚJO, Cynthia Pereira de.; LOPES, Éder, Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. Op. cit. p. 186.

fundamentabilidade²⁰³ do direito em tela. Em termos pragmáticos, convém refletir da essencialidade da saúde para o êxito da dignidade e liberdade de qualquer cidadão, tal como preconizado na Constituição brasileira. Neste aspecto, vale frisar que a saúde possui vínculo indissociável com a vida e essa essência se replica no entendimento desses fatores como direitos fundamentais, sendo, portanto, direitos que não podem ser cessados, negados ou retirados de uma pessoa, sob pena de caracterização de ato desumano.

Convém lembrar da elevação da saúde como direito fundamental do homem a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948²⁰⁴. Para Maria Helena Barros de Oliveira, Nair Teles e Rubens Roberto Rebello Casara²⁰⁵, o texto do artigo 25, inciso I, da Declaração em abordagem, não deixa espaço para contestações sobre a saúde enquanto direito fundamental da pessoa humana. Em suma, em parte desse texto há que toda pessoa deve possuir um nível de vida que assegure a si e a seus familiares a saúde e o bem-estar, principalmente em termos de alimentação, vestuário, moradia, assistência médica e demais serviços sociais de que necessitar atendimento.

Desta maneira, tem-se um direito que é protegido em âmbito jurídico internacional e que está associado diretamente ao significado de dignidade humana. Ademais, a saúde é um bem coletivo, pois a garantia da saúde repercute na garantia da manutenção e desenvolvimento da humanidade como um todo²⁰⁶.

De acordo com Cesar Riboli²⁰⁷, os direitos fundamentais podem ser considerados como patrimônio da humanidade devido à jornada trilhada para a efetivação destes nos contextos nacional e internacional. O autor assevera que a maioria dos países estabeleceram adesão a algum dos pactos internacionais relacionados a direitos humanos ou reconheceram, pelo menos, um conjunto básico de direitos fundamentais em suas cartas constitucionais a partir da concepção dos direitos humanos.

²⁰³ ZOGHBI, Moises Sassine El. **A judicialização da política pública de saúde: a percepção do magistrado capixaba**. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 69-70.

²⁰⁴ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. cit. p. 27.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Maria Helena Barros de; TELES, Nair; CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Direitos Humanos e Saúde: reflexões e possibilidades de intervenção**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2021. p. 44.

²⁰⁶ MARTINO JÚNIOR, Randolpho. Op. cit. p. 37.

²⁰⁷ RIBOLI, Cesar. **Desafios do direito à saúde**. São Paulo: Dialética, 2021. p. 262.

É salutar reforçar a dignidade da pessoa humana no campo em que se insere o direito à saúde. Sobre a dignidade humana, Renan Melo ²⁰⁸ discorre que este princípio constitucional geralmente é abordado como “‘superprincípio’, ‘supremo valor ético e jurídico’ ou ‘metanorma’”, gerando uma inferência sobre a sua elevada importância, tanto em termos teóricos, como, principalmente, práticos. De toda forma, convém ressaltar que a dignidade humana impede retrocessos históricos no que tange à despersonalização, ausência de liberdade, sofrimentos, dentre outros aspectos negativos de épocas passadas.

Na conjuntura atual, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana já se encontra estabelecida por diversos instrumentos nacionais e internacionais, porém ainda requer proteção contínua para evitar desvios. Nesse contexto, sintetiza-se que, garantir o direito humano fundamental à saúde, é também proteger a dignidade humana.

Sobre o princípio em comento, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti²⁰⁹ destaca que a dignidade da pessoa humana requer a concretização da igualdade e, por isso, o tratamento digno deve ser dado sem distinções. Pode-se refletir dessa explicação que o atendimento em saúde deve se pautar nos critérios da igualdade, sendo que esta é um dos princípios do SUS, como pode ser verificado na Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990²¹⁰.

Revisitando a Constituição Federal brasileira, reitera-se que há bastante clareza quanto à categoria da saúde enquanto direito fundamental e com papel de destaque no resguardo da dignidade humana, além de que há o posicionamento deste bem jurídico individual e coletivo como cláusula pétrea, como explica Alex Gomes Seixas²¹¹.

Do posicionamento do direito à saúde na Constituição brasileira, bem como os demais direitos sociais, deve-se ressaltar o papel de norteador de todo o sistema jurídico. Ademais, como destacado na Carta Magna, o poder emana do povo e, portanto, é necessário um povo saudável para garantir a ordem numa sociedade fraterna, harmoniosa e justa.

²⁰⁸ MELO, Renan. Op. cit. p. 16.

²⁰⁹ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 18.

²¹⁰ BRASIL. 1990. Op. cit.

²¹¹ SEIXAS, Alex Gomes. Op cit. p. 18-20.

Tendo em vista o exposto, a saúde como elemento essencial para uma sociedade justa é abordada na obra de Camila Gonçalves de Mário²¹², que discorre sobre a importância de que pessoas estejam saudáveis para exercerem a plena cidadania. Nesse contexto, a autora assevera que uma sociedade em que a população não tem as condições básicas para uma vida saudável é uma sociedade que pode ser, indubitavelmente, adjetivada de injusta.

De antemão, já se verifica a dupla e, cumulativa, caracterização para o direito à saúde, que é humano e fundamental²¹³, além de ser aspecto essencial para a ordem. Neste ponto, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti²¹⁴ enfatiza que os direitos humanos e fundamentais se complementam, sendo que um emerge do outro. O autor também traz considerações quanto à saúde como indispensável para a dignidade.

Como válida soma, Alex Gomes Seixas²¹⁵ traz em sua obra a previsão da saúde como direito e condição essencial às pessoas em vários instrumentos nacionais e internacionais para além da Constituição Federal e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A título de exemplo, há o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que foi internalizado no Brasil em 1992. Neste instrumento, a saúde, tanto física, quanto mental, é colocada em direito a ser exercido em seu mais alto nível.

Em continuação, a saúde também é ressaltada direta ou indiretamente nos chamados sistemas regionais baseados em tratados internacionalmente estabelecidos, em que se destacam os sistemas Europeu, Americano e Africano. Conforme Alex Gomes Seixas²¹⁶, esses sistemas não se antagonizam, apesar de possuírem conteúdos técnicos próprios, mas que são refletidos da Declaração dos Direitos Humanos.

Em consonância com o exposto anteriormente, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti também menciona que diversas normas internacionais, nas quais o Brasil subscreve, reforçam a saúde como direito humano fundamental. Ademais, segundo

²¹² DE MARIO. Op. cit. p. 107-108

²¹³ Alex Gomes Seixas esclarece que direitos humanos e direitos fundamentais não devem ser confundidos, pois há uma limitação territorial que os diferencia. De acordo com o autor, os primeiros se consagram no plano internacional; enquanto os últimos estão garantidos na Constituição interna. Contudo, é comum que determinados direitos fundamentais sejam compreendidos como uma redundância dos direitos humanos. SEIXAS, Alex Gomes. Op cit. p. 17.

²¹⁴ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 18.

²¹⁵ SEIXAS, Alex Gomes. Op cit. p. 30-36.

²¹⁶ Ibidem. p. 30-36.

este autor, o reconhecimento desse direito nesta dupla categoria faz parte do estabelecimento do SUS, como se percebe das seguintes linhas:

[...] ao reconhecer que a saúde é um direito humano fundamental e com vistas a assegurar um alcance cada vez mais amplo do acesso a este direito, pensou-se em um sistema público de saúde que pudesse ser expressão efetiva da defesa ao direito universal à saúde, além de solucionar ou mitigar os problemas vivenciados nesta seara. Nasce o Sistema Único de Saúde²¹⁷.

Em suma, ampara-se na síntese de Alex Gomes Seixas²¹⁸, que assevera sobre a saúde apresentar todos os aspectos que a categoriza como direito fundamental e sobre a reiteração desta em diversos instrumentos internacionais que podem ser utilizados juridicamente. Tendo em vista isso, ratifica-se a saúde como um direito humano fundamental.

Levando em conta as apreciações acerca da saúde enquanto direito humano fundamental, nota-se que há um paralelismo entre a proteção que este direito deve receber no contexto nacional, por estar resguardado pela Constituição, e a proteção no âmbito internacional, por constar na Declaração Universal de Direitos Humanos. Por isso, refugiados e pessoas em nações distintas das suas devem receber assistência em saúde e estar abrangidas em ações voltadas para a saúde pública internacional.

De toda forma, verifica-se que a saúde em sentido coletivo deve ser pauta nacional e internacional. Assim, deve ser buscado promover, recuperar e manter a saúde em território interno de uma nação tendo como base os seus textos pátrios. Todavia, principalmente com o mundo altamente globalizado, é essencial que a saúde pública seja vista de maneira difusa e interligada entre os países, mesmo que ainda não se tenha alcançado a universalidade almejada na concepção dos direitos humanos.

3.3 Estado permanente de Emergência na saúde pública

Rodrigo Francisco de Paula²¹⁹ explica que o Ministério da Saúde do Brasil pode declarar Emergência na Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em

²¹⁷ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 59.

²¹⁸ SEIXAS, Alex Gomes. Op. cit. p. 34-35.

²¹⁹ PAULA, Rodrigo Francisco de. Op. cit. p. 40.

situações de gravidade, quando se tornam necessárias rigorosas ações de controle de riscos e danos. Neste contexto não convencional, institui-se a Força Nacional do Sistema Único de Saúde. Em mais detalhes do autor, há que as situações que podem propiciar a declaração de emergência possuem como respaldo o Decreto nº 7.616 17 de novembro de 2011²²⁰, sendo aquelas decorrentes de desastres, epidemiologias ou de desassistência à população.

Consultando a íntegra do decreto, verifica-se que as razões de ordem epidemiológicas que podem culminar com a declaração ESPIN consistem em epidemias ou surtos que conferem risco grave e a nível nacional, que sobrepuja as condições de resposta do SUS, além de serem causados por agentes infecciosos não previstos. Ademais, as reintroduções de doenças já erradicadas também estão no rol das razões em questão²²¹.

É importante trazer à baila a discussão desenvolvida por Rodrigo Franciso de Paula²²² sobre os riscos que o estado de emergência pode gerar em relação a um estado de exceção de direitos e da separação de poderes. O autor cita que esse estado de exceção possui base do texto constitucional, sobretudo se evocado em situação endêmica, epidêmica ou pandêmica. Entretanto, mesmo existindo esse fundamento, sabe-se que há limites constitucionais para ações do Estado, formando o que o autor denomina de paradoxo entre combater uma peste e agir em balizas que podem proteger direitos individuais e a vida privada, mas que, por outro lado, podem esvaziar o referido combate. Neste aspecto, convém ressaltar que, por essência do Constitucionalismo, as ações do Estado devem se pautar na democracia.

Como exaustivamente abordado o dever do Estado no que tange ao direito à saúde, é de se refletir se são aceitáveis as ações pertinentes e similares àquelas de situação de emergência em saúde pública. Por isso, Rodrigo Franciso de Paula²²³ alerta sobre o contexto da já abordada Revolta da Vacina, em que o Estado priorizou

²²⁰ O Decreto Nº 7.616, de 17 de novembro de 2011 tem como base de regulamentação a Portaria do Ministério da Saúde nº 2.952, de 14 de dezembro de 2011, desenvolvida no âmbito das ações governamentais do Brasil frente à necessidade de adequação das normas internacionais do Regulamento Sanitário Internacional 2005, estabelecido na ocasião da 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde. PAULA, Rodrigo Francisco de. Op. Cit. p. 41.

²²¹ BRASIL. **Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011.** Dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7616.htm. Acesso: maio., 2022.

²²² PAULA, Rodrigo Francisco de. Op. cit. p. 49-51

²²³ Ibidem. p. 206.

ações de higienização em detrimento da privacidade dos corpos de cidadãos, o que gera certa concordância para o fato da sociedade da época se revoltar. Então, considerando a hodiernidade, o autor enfatiza as ações democráticas de conscientização a fim de evitar um cenário negativamente repressivo, mas sim com uma sociedade participativa nas ações governamentais no que concerne ao estado de emergência em saúde pública. Além disso, uma regulamentação mais substancial sobre o tema seria bastante pertinente.

Tendo em vista o exposto, considera-se que o risco do estado de exceção e contextos negativos aquém à Carta Magna frente à declaração de estado de emergência pode evidenciar políticas públicas em saúde vazias ou em esvaziamento. Nesta questão, também se deve situar a capacidade de resposta do SUS, que é bem destacada no Decreto como justificadora da declaração da ESPIN. Portanto, outra reflexão que pode vir à tona é se não é mais válido investir na efetividade do SUS do que abrir precedentes para declaração de estados de emergência. Outro questionamento secundário é se o SUS em sua atual condição pode corroborar com um estado permanente de emergência em saúde pública.

No ponto de vista de Cynthia Pereira de Araújo, Éder Maurício Pezzi Lopes e Silvana Regina Santos Junqueira²²⁴, o Brasil é uma das nações mais avançadas quanto ao conjunto normativo referente à saúde, apesar da disparidade entre a teoria e a realidade, principalmente por ainda não ter um atendimento universal e integral. Para os autores, a amplitude de serviços que podem ser oferecidos por intermédio de políticas públicas em saúde é justamente o que deixa o sistema de saúde sujeito a falhas. Do exposto pelos autores, entende-se que, embora o aspecto universal do sistema público de saúde garanta uma série de atendimentos desde exames até medicações pós cirurgias, por exemplo, cada vez mais são solicitados novos atendimentos que tornam questionáveis quais os limites da integralidade prevista na constituição da república.

Reitera-se que, diante das demandas relacionadas a direitos que, cada vez mais são evocadas pela sociedade, devem ser elaboradas e implementadas políticas públicas para garantir o atendimento da população. Contudo, no que concerne à saúde pública neste aspecto, tem-se uma disparidade formada pela

²²⁴ ARAÚJO, Cynthia Pereira de.; LOPES, Éder, Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. Op. cit. p. 27.

limitação de recursos e de infraestrutura públicos e as necessidades de serviços em saúde que crescem continuamente, dentre outros fatores.

Com o maior acesso à informação, ficam em constante evidência problemas de atendimento de unidades públicas de saúde, principalmente devido a deficiência em infraestrutura e em recursos. Esse quadro é perceptível por meios de comunicação e, até mesmo, no cotidiano em que é possível verificar relatos vivenciados pelas pessoas e seus conhecidos sobre alguma situação referente a problemas no SUS. Desses relatos, podem se preponderar a deficiência em leitos, os gargalos em atendimentos, a falta de medicações, dentre outras situações adversas ao que preconizam os princípios do sistema de saúde brasileiro previstos na Lei Orgânica da Saúde²²⁵.

Importa realçar que esse cenário ocorre não pela ausência de políticas públicas, pois estas existem, mas sim por problemas operacionais, de ordem financeira e do desequilíbrio entre o que o sistema pode oferecer e a alta demanda coletiva. Somado a isso, há uma extensa lista de processos judiciais relacionados a demandas individuais que clamam por atendimento. Diante desse quadro, é facilmente possível caracterizar como iminente, se não existente, o estado permanente de emergência em que a saúde pública nacional se encontra.

Para Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti²²⁶, aproximadamente apenas um terço da população brasileira não depende exclusivamente dos serviços do Sistema Único de Saúde. Diante dessa parcela, fica evidenciado um desafio para o Estado efetivar a obrigação prestacional aos demais dois terços da população. Todavia, cabe alertar que essa obrigação deveria ser total, apesar desta se mostrar como utópica diante dos aspectos críticos atuais.

Na percepção de Juliana Patrício da Paixão²²⁷, o funcionamento efetivamente operacional da rede de saúde ligada ao SUS nunca foi alcançada, sendo que nunca foi efetivada a prestação por parte do Estado nos níveis municipal, estadual ou federal. Do que autora²²⁸ complementa, entende-se que o que consta nos textos normativos acerca do direito à saúde ainda não se concretizou na realidade para os brasileiros. Devido a essa incoerência, a autora aborda a questão da saúde no âmbito do Estado de Coisas Inconstitucional.

²²⁵ BRASIL. 1990. Op. cit.

²²⁶ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 13-14.

²²⁷ PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 89.

²²⁸ Ibidem. p. 90

Como bem descrito por Wladimir Tadeu Baptista Soares²²⁹, há um efeito negativo em cascata no sistema de saúde brasileiro, principalmente quando há o desequilíbrio em seu financiamento. Isso é detalhado pelo autor através das seguintes considerações:

Esse financiamento inadequado do SUS gera falta de medicamentos e de insumos nos ambulatórios e hospitais públicos do país; gera desativação de leitos hospitalares; fechamento de serviços – até serviços de oncologia; sucateamento do seu parque tecnológico; dificuldades na realização de pesquisas; deterioração do ensino nas áreas da saúde (medicina, enfermagem, odontologia, nutrição, farmácia, fisioterapia, fonoaudiologia, biomedicina etc.), já que o SUS é a sala de aulas práticas dos seus estudantes; redução do quadro de pessoal; falta de kits de laboratório para a realização de exames complementares; dificuldades com relação à compra e manutenção de equipamentos hospitalares, aquisição e manutenção de ambulâncias etc.

Ademais, a partir do que é abordado por Daniela Ranieri Guerra²³⁰, entende-se que o Brasil se encaixa no grupo que a autora denomina de países de modernidade tardia, onde um problema público comum é a deficiência de atenção à saúde em seu nível mais básico. Segundo a autora, o Poder Executivo não realiza planejamentos em saúde básica, enquanto o Legislativo não tende a lançar luz sobre esta, e o Poder Judiciário provavelmente analisa poucas demandas devido à pouca chegada destas em comparação com a realidade.

Outra questão que indica a necessidade de maior regulação logística e operacional do SUS é a suscitada das abordagens de André Luiz Batista da Costa²³¹, ao mencionar que tende a ocorrer uma descoordenação entre a União e governos estaduais e municipais na administração do sistema de saúde no âmago do modelo tripartite. Desta forma, desenvolvem-se e crescem entraves burocráticos e ampliações legislativas entre os diferentes níveis governamentais sobre o sistema de saúde, que impactam no funcionamento adequado deste e o tornam de difícil controle. Em torno desses aspectos negativos, avolumam-se processos judiciais criados por cidadãos insatisfeitos com o sistema.

²²⁹ SOARES, Wladimir Tadeu Baptista. **Sistema Único de Saúde: Um Direito Fundamental de Natureza Social e Cláusula Pétreia Constitucional: A Cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana como Fundamentos do Direito à Saúde no Brasil**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 34.

²³⁰ GUERRA, Daniela Ranieri. Op. cit. p. 95.

²³¹ COSTA, André Luiz Batista da. **Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Interferência judicial indevida ou consequências da má gestão**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 119.

Ainda para André Luiz Batista da Costa²³², descoordenações em políticas públicas se refletem da descoordenação do próprio Estado, principalmente na esfera econômica. Ademais, o autor destaca que geralmente a realidade das políticas públicas não se pauta numa perspectiva de futuro e nem de crítica ao que já foi feito, pois geralmente são realizadas visando apenas determinados contextos temporais, imersas em influências socioeconômicas e políticas advindas da atuação descoordenada de gestores públicos.

Portanto, interpreta-se do abordado até então que, se a base do sistema de saúde fosse sólida com um funcionamento efetivo, provavelmente o cenário de emergência e inconstitucionalidade em saúde seria bastante reduzido. Com isso, reflexos positivos ocorreriam na maior atenção ao aperfeiçoamento do sistema e na eliminação de entraves orçamentários, administrativos e judiciais.

Na perspectiva de mudança para um cenário positivo quanto ao estado de permanente emergência em saúde, tem-se as considerações de Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti²³³, que esmiuça há que é possível a viabilidade de funcionamento efetivo do SUS, porém, o alcance desta efetividade não se dá isoladamente. Segundo o autor, a razão para isso se repousa na necessidade de articulação de esforços da sociedade como um todo e de recursos para fomentá-los. Há uma série de problemas que carecem de solução no SUS, mas há também um volume expressivo de processos judiciais relacionados que não fornecem contribuição significativa na resolução destes problemas.

É importante deixar claro, que não se intenta menosprezar os significativos avanços do SUS desde à sua criação. Contudo, esses avanços se demonstram como desproporcionais ao tempo em que esse sistema foi criado. Diversos representantes do povo já passaram pelas cadeiras estatais das três esferas, mais ainda se tem o sistema de saúde brasileiro como um grande desafio quanto à efetivação do atendimento acessível e resolutivo em saúde em todo o território brasileiro. Em diversas regiões do país há de se encontrar problemas quanto ao atendimento de saúde, nem que seja pelo descompasso entre a demanda de atendimento e a oferta em infraestrutura que não dá conta desta demanda por mais estruturada que seja.

²³² Ibidem. p. 164.

²³³ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 159.

Outra ressalva importante a ser destacada é que o cenário desfavorável do SUS é perceptível desde antes da recente pandemia. Diversos meios de comunicação já relatavam problemas de infraestrutura, *déficit* de contingente médico para atendimentos, problemas logísticos, deficiência na distribuição de medicamentos, dentre outros pontos críticos. Para agravar, os mesmos meios de comunicação também já costumavam relatar casos de corrupção entre gerenciadores e representantes políticos, causando ainda mais repúdio na população brasileira que financia o sistema, e elevando a inconstitucionalidade envolvida. Convém deixar sublinhado que o descrito não consiste em casos isolados, mas como um problema estrutural generalizado em todo o país.

Tendo em vista o exposto e em uma breve análise do sistema de saúde brasileiro, pode-se verificar que há a reunião de requisitos que fazem jus ao chamado Estado de Coisas Inconstitucional. De antemão, tem-se o direito à saúde, que é um direito fundamental, e os demais direitos que se comunicam, em violação ou risco de violação para uma considerável quantidade de pessoas. Ademais, há uma omissão, ainda que parcial, do Poder Público, em que se destaca o Poder Executivo, diante da problemática de políticas públicas ausentes ou em falência. Como reflexo desse contexto, há litígios excessivos, que podem gerar um colapso no sistema judiciário do país. Posto isto, resta claro que é urgente a mudança do cenário do sistema de saúde brasileiro.

Por fim, julgou-se necessário, sugerir como forma de assistência ao Sistema de Saúde Pública no Brasil, o Sistema de Saúde Suplementar (Planos de Saúde), que poderia ajudar no suporte e atendimento das demandas públicas. Para tanto, poderia-se fazer um programa Governamental de acesso a esse sistema com subsídio do poder público a fim de que parte da população (não tão carente) pudesse em um sistema de contrapartida ou coparticipação acessar esse sistema, e assim desafogar o sistema público.

3.4 Judicialização do direito à saúde

De antemão, apoiando-se em Daniel Carlos Neto²³⁴, é importante salientar que, possíveis violações de condições mínimas para a dignidade por prováveis omissões diante de direitos fundamentais sociais, é plausível a exigência de fazer

²³⁴ CARLOS NETO, Daniel. Op. cit. p. 55.

cumprir a Constituição por vias judiciais. Ainda de sua obra, compreende-se que a atuação do Poder Judiciário segue a conotação de controle dos direitos fundamentais sociais com vistas a proteção destes, sendo indispensável a análise judicial sob cada caso.

Assevera-se que o direito à saúde, por sua própria natureza, é de aplicação imediata e requer postura ativa do Estado, seja para promover a saúde ou recuperá-la, sendo bastante válida a ação antecipada para a formação de condições que impeçam o surgimento de enfermidades. Por isso, reafirma-se que são essenciais as políticas públicas, tanto em saúde, como as relacionadas aos demais direitos fundamentais previstos na Constituição. Isso pode ser respaldado pela seguinte passagem de Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti²³⁵:

[...] imperioso reconhecer que diferente da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser atribuídos aos cidadãos. Isto decorre do fato de que tais direitos requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade, políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.

Entretanto, nem sempre há a efetividade prestacional do Estado quanto a demandas da sociedade e, quando há possíveis inconsistências ou lacunas entre a lei e a realidade em termos de garantia de direitos, o Judiciário deve intervir onde for chamado para deliberar conforme seus preceitos basilares. No tocante às políticas públicas, é comum o judiciário intervir quando faltar clareza ou inaplicação das leis, desencaminho quanto ao que consta na Constituição e ou quando a Administração Pública se quedar inerte ou ineficiente, erguendo o que se chama de judicialização de políticas públicas como já abordado neste estudo.

Em termos mais explícitos, e no que diz respeito à garantia do direito à saúde abrangem, Moises Sassine El Zoghbi ²³⁶ elenca que os principais fatores que o Judiciário é chamado para intervir são: o não cumprimento total do Poder Executivo quanto ao estabelecido legislativamente; inercia de legisladores; e na delimitação do direito à saúde fora do que a Constituição brasileira estabelece. Convém ressaltar que esses fatores nem sempre são de detecção imediata e, por isso, requerem interpretação técnica.

²³⁵ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 117.

²³⁶ ZOGHBI, Moises Sassine El. Op. cit. P. 82-83.

Adicionalmente, para Júlia Maria Tomás dos Santos²³⁷, as características de igualdade e universalidade, que são dadas ao acesso aos serviços de saúde no âmbito do texto constitucional atual, deixam em aberto que a totalidade da população ou a sua maior parcela deve ser atendida por esses serviços custeados por recursos públicos. Entretanto, essa abertura fomenta que casos particulares sejam atendidos sobremaneira através de demandas judiciais, podendo gerar efeitos nefastos à coletividade no que concerne às prestações em matéria de saúde.

Como já explanado, geralmente quando há pouca ação estatal e ou poucos recursos públicos para efetivar a implementação de políticas públicas, o Judiciário deve intervir, o que gera tangências em outros Poderes, principalmente no Executivo. Entretanto, como alertado por Moises Sassine El Zoghbi²³⁸, a judicialização tem sido colocada em questionamento de legitimação, e há riscos na ingerência do Judiciário nos outros Poderes. O autor traz à baila que o Judiciário não envolve representantes do povo eleitos democraticamente, além do fato de que políticas públicas envolvem um conhecimento multidisciplinar que, em tese, não está na alçada de magistrados, sendo que esse conhecimento tende a ser mais rigoroso quando se debate a saúde. Contudo, se há lacunas e erros por parte dos Poderes Executivo e Legislativo em políticas públicas, demonstradas pelo crescimento da judicialização, faz-se mister a atuação do Poder Judiciário, especialmente no campo da saúde.

Daniela Ranieri Guerra²³⁹ explica que as prestações de saúde podem passar por judicialização com vistas exigir determinadas ações relacionadas à saúde da Administração Pública ou, na ausência de meios públicos, de um particular custeado com recursos do Estado. Ressalta-se que na Constituição Brasileira está claro que até o possível risco de ameaça aos direitos deve passar pela análise judicial. Isto é, não é necessário esperar a violação do direito, bastante apenas a sua ameaça. Isso está previsto no inciso XXXV do art. 5º²⁴⁰, onde está redigido que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ademais, mediante os facilmente detectáveis pontos de atenção do sistema de saúde brasileiro, em que se abrange não apenas o Poder Público, mas também o sistema privado, a questão da saúde como pauta judicial tem ocorrido

²³⁷ SANTOS, Júlia Maria Tomás dos. Op. cit. p. 132.

²³⁸ ZOGHBI, Moises Sassine El. Op. cit. p. 15-16.

²³⁹ GUERRA, Daniela Ranieri. Op. cit. p. 93-94.

²⁴⁰ BRASIL. 1988. Op. cit.

reiteradamente. No que concerne à elevada judicialização da saúde no Brasil, as autoras Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte ²⁴¹ trazem alguns elementos causadores, a saber por meio da seguinte abordagem

O fenômeno da judicialização da saúde não é uno nem uniforme. A rigor, deveríamos falar em “judicializações” da saúde, uma vez que o espectro de pedidos e decisões judiciais é bastante amplo, indo desde as liminares apressadas da fosfoetanolamina – que deferem pedidos de risco a pacientes em muito desespero e pouca racionalidade – até decisões de maior relevância coletiva, que impelem o Poder Público a aprimorar os instrumentos das políticas públicas. Também não se restringe a ações contra o Poder Público, visto que a vertente mais recente desse problema é a judicialização da saúde suplementar, em que os planos de saúde também são demandados em juízo à entrega de prestações a que estariam obrigados, em tese, ou por força de disposições regulatórias insuficientemente fiscalizadas, ou a que não estariam obrigados. O Poder Judiciário tem sido chamado a arbitrar também essas disputas.

Com o excesso de processos judiciais, depreende-se o risco de colapso na estrutura judiciária, embora legítima a busca do judiciário para garantir determinadas demandas de saúde. Essas solicitações tendem a se volumar, gerando gargalos e soluções, muitas vezes, apenas pontuais. Nesse aspecto, Cesar Riboli²⁴² assevera que os atendimentos tendem a se delimitar a aqueles que efetivamente conhecem sobre os direitos em torno da saúde e os meios de concretização do atendimento. Assim, a população menos esclarecida pode continuar em desfavorecimento. Como agravante para a situação descrita, é comum o atendimento de solicitações desprovidas de critérios técnicos, gerando benefícios particulares em detrimento da coletividade por impactar negativamente nas políticas públicas.

Para se ter ideia do possível congestionamento de processos judiciais relacionados à saúde, Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti ²⁴³ cita um estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo qual ficou constatado um aumento de 130% nas ações tematizadas na saúde em um período de 10 anos. Conforme o autor, o que intensifica esse quadro abrange as ineficiências relacionados à Administração Pública, o caráter de urgência da maioria das solicitações e a ausência de previsão de determinadas estruturas, procedimentos ou recursos nas políticas de saúde.

²⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

²⁴² RIBOLI, Cesar. Op. cit. p. 381.

²⁴³ CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 146-147.

Devido ao vultuoso volume de processos judiciais acumulados e que continuamente surgem referentes ao direito à saúde, é fácil inferir que se torna desafiante a gestão destas demandas. Há um esforço requerido no sistema judiciário para realizar o filtro sobre o que é ou não urgente, principalmente sobre o que é ou não procedente e razoável. Neste aspecto, convém lembrar do conhecimento técnico-científico da Medicina que, em geral, magistrados não possuem sobre a matéria.

Embora Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti apresente vários pontos desfavoráveis quanto à judicialização, o autor deixa como ressalva de que a judicialização em saúde pode ser bastante benéfica ao gerar ação dos Poderes Executivo e Legislativo para o tema. Por outro lado, o autor enfoca o aspecto do excesso dessa judicialização, que pode desequilibrar estruturas e orçamentos administrativos. Para o autor²⁴⁴, é necessário investimento em capacitação técnica de juízes para deliberarem acerca de demandas em saúde. O autor aponta essa necessidade se baseando nas quantidades consideráveis de decisões que não se pautam em evidências médico-científicas e ao contexto particular dos pacientes envolvidos.

Sobre o campo da judicialização em saúde, para Wladimir Tadeu Baptista Soares²⁴⁵, há uma oneração bastante significativa do Estado devido ao custeio do sistema de saúde brasileiro; oneração esta que se eleva justamente com a judicialização. Do explanado pelo autor, interpreta-se que se houvesse a eficiência na prestação estatal com um orçamento bem aplicado e com políticas públicas concretas quanto ao direito à saúde, não ocorreria tão consideravelmente a judicialização. Isso se respalda nos seguintes exemplos destacados pelo autor²⁴⁶:

Curiosamente, a maioria das demandas judiciais na área da saúde dizem respeito não a pedidos de fornecimento de medicamentos de altíssimo custo ou fora da lista de medicamentos do SUS, ou a pedidos de procedimentos/tratamentos para serem realizados no exterior, mas sim com relação àquilo que o SUS tem o dever constitucional de prestar, como pedido de medicamentos/insumos para tratamento e controle da hipertensão arterial sistêmica, diabetes melito, doença pulmonar obstrutiva crônica, cirrose hepática, alergia alimentar, doenças autoimunes, câncer, insuficiência renal crônica etc.; além de leitos hospitalares de enfermagem, UTI de adulto, pediátrico ou neonatal; próteses e órteses; exames complementares de alta complexidade como, por exemplo, cineangiocoronariografia (cateterismo cardíaco) etc.

²⁴⁴ Ibidem. p. 146.

²⁴⁵ SOARES, Wladimir Tadeu Baptista. Op. cit. p. 35-36.

²⁴⁶ Ibidem. p. 36

Vale a ressalva de que uma demanda sobre saúde diante de um magistrado nem sempre implica no seu imediato deferimento. No que diz respeito à judicialização mediante o direito à saúde, Alex Matoso Silva²⁴⁷ traz os dois tipos de opiniões comuns no Judiciário frente à questão: de um lado há magistrados que realizam o deferimento de solicitações baseados na consciência provocada pela situação, muitas vezes, sensível por envolver atendimento médicos; de outro, há juízes que reconhecem a limitação de recursos do Estado. Contudo, em ambas as situações, pode existir a insegurança na tomada de decisão, como apontado pelo autor. Para Daniela Ranieri Guerra²⁴⁸, seja qual for a decisão, sempre haverá algum tipo de prejuízo direto ou indireto.

A judicialização em saúde deve ser analisada não apenas quanto ao seu fim de deferir ou não determinadas solicitações, embora muitas vezes o resultado seja urgente. É imperativa a ponderação de critérios e uma análise sistêmica do que está juridicamente instituído e da realidade. Essa contextualização se baseia nas seguintes orientações de André Puccinelli Júnior²⁴⁹:

Assim, por exemplo, no tocante ao direito social à saúde, não julgamos acertada a decisão judicial que defere tratamento médico no exterior, se, no Brasil, houver centro hospitalar especializado para atendimento satisfatório e adequado do enfermo. De igual modo, não se afigura correto alterar a lista de espera dos receptores de órgãos transplantáveis, para conferir precedência a uma pessoa que se encontra na mesma situação de outros pacientes que, há anos, aguardam a doação de um fígado, de um coração ou de um rim, tendo em vista que, em tal hipótese, o ônus maior não recai sobre o Estado, mas sobre outro paciente que aguarda sua vez na fila de transplantes.

O raciocínio engendrado a partir da lógica do razoável — esclareça-se desde já — não isenta o Estado de responsabilidade na construção de políticas sociais. Portanto, ilustrativamente, se por um lado não se deseja que uma ordem judicial de internação seja cumprida com a retirada de outro paciente já internado em UTI, por outro não se compactua com o falecimento ou com a debilitação da saúde de pacientes terminais por falta de vagas, remédios ou equipamentos adequados. Se não há vagas na rede pública hospitalar, então que se encaminhe o paciente necessitado e desprovido de posses para a rede particular a expensas do Estado.

²⁴⁷ SILVA, Alex Matoso. **O acesso à jurisdição em face da garantia da Universalidade das políticas públicas em saúde: Tudo para todos?** Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 93.

²⁴⁸ GUERRA, Daniela Ranieri. Op. cit. p. 95.

²⁴⁹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98-99.

De acordo com Vinícius Ribeiro Cazelli²⁵⁰, as demandas judiciais sobre saúde que envolvem uma pessoa com alguma patologia, ou até mesmo risco de morte, podem colocar magistrados diante dos chamados casos difíceis, principalmente quando há prescrição de algum medicamento para algum tratamento possível, mesmo que sua eficácia ainda não seja comprovada. Todavia, como asseverado pelo autor, esses aspectos são insuficientes para deferir solicitações. Nas análises desse tema devem ser levados em consideração se o pleiteado possui chance de sucesso, se há razoabilidades nos custos envolvidos e se o SUS estará resguardado com a decisão positiva. Portanto, as decisões requerem uma análise sistêmica e rigorosa a partir de requisitos técnicos e que garanta que a política pública de saúde não será negativamente afetada.

Cynthia Pereira de Araújo, Éder Maurício Pezzi Lopes e Silvana Regina Santos Junqueira²⁵¹ asseveram que deve ser combatida a mera generalização por parte da maioria dos magistrados de que as políticas públicas são falhas ou errôneas. No que tange à saúde, deve-se ressaltar que a não imparcialidade de juízes e o aspecto emocional geralmente existente podem implicar em relativização de regras processuais, dentre outros efeitos negativos. Posto isso, fica evidente que as decisões judiciais em termos de políticas públicas de saúde devem estar sob a égide da Medicina Baseada em Evidências e da Avaliação de Tecnologias em Saúde, com técnica, perícia judicial e assessoria especializada. Formando, desta forma, um conjunto de boas práticas e referências para demandas similares subsequentes.

No âmbito da judicialização em saúde e das considerações de Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti²⁵², há que o maior acesso à informação e a evolução tecnológica em saúde estão entre os principais alimentadores de processos judiciais quanto à matéria. Consequentemente, como explica o autor, ocorrem movimentações de recursos para financiar soluções individuais ou pequenas parcelas da população. Nesse aspecto, podem ocorrer extrapolações que se chocam com a proporcionalidade e razoabilidade, fornecendo uma série de críticas

²⁵⁰ CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. São Paulo: Dialética, 2021. p. 163-164.

²⁵¹ ARAÚJO, Cynthia Pereira de.; LOPES, Éder, Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. p. 90-124.

²⁵² CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. Op. cit. p. 13-14.

fundamentadas nos excessos de atuação judicial. Nesse aspecto, surge a polêmica questão do ativismo judicial.

Como já esclarecido neste trabalho, o ativismo judicial ²⁵³ pode ser caracterizado como a atuação mais enérgica do judiciário com vistas a concretizar ações pautadas no texto constitucional, gerando a já mencionada interferência no campo dos demais Poderes. Neste contexto, a atuação judicial pode se dar somente para ocupar lacunas que ficaram alheias por ausência de ação ou agenda. Logo, considerando o tempo de história do SUS, é provável que existem muitas lacunas a serem preenchidas e tantas outras a serem ainda identificadas.

Um dos fatores-chave da abordagem negativa sobre o ativismo na literatura é a ingerência do Judiciário nos outros Poderes, podendo causar um desequilíbrio. Antes de tudo, deve-se ressaltar que o equilíbrio da tríade do Poder Público quanto ao direito da saúde pode ser demonstrado pela síntese de Alex Matoso Silva²⁵⁴, ao mencionar que a garantia desse direito fundamental, assim como os demais, deve ser “cumprida por decorrência da ação política do Estado, definida pelo Legislativo e cuja implementação cabe ao Executivo”, sendo que o Judiciário deve realizar o controle.

Apesar do ativismo judicial possivelmente costumar gerar efeitos positivos em termos de aprovação de solicitação judiciais relacionadas à saúde, este fenômeno inspira cautela em um sentido de fiscalização. Isto porque o mero atendimento de necessidades individuais pode ocasionar prejuízos ao coletivo quando se trata de bens públicos, pois, como já mencionado, a formação de juiz não contempla conhecimentos em matéria específica de saúde, e determinadas decisões podem gerar efeitos adversos, principalmente de ordem orçamentária.

Pela própria terminologia, é fácil subentender que o ativismo judicial tem se revelado como uma forma de responder mais rápida e resolutivamente demandas sociais ou individuais em um contexto de problemas públicos, em que também estão aqueles ligados à saúde pública. De toda forma, acredita-se que a ausência de medidas para sanar as causas das demandas judiciais pode prolongar o ativismo judicial ainda bastante criticado no meio jurídico, em particular por quem tem que acatar as decisões, que são os demais Poderes da República.

²⁵³ PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 10.

²⁵⁴ SILVA, Alex Matoso. Op. cit. p.78.

Detalhando o exposto supra, tem-se que, no ativismo, magistrados tendem a ficar sob holofotes, principalmente quando ocorrem protestos da sociedade ocasionando uma pressão popular. Diante disso, é fundamental a verificação da procedência de possíveis ingerências, visto que, o protagonismo deve estar nos enfermos envolvidos nas questões em análise judicial.

Apesar das diversas críticas quanto ao ativismo judicial, convém ressaltar que, talvez mais crítico seria a autocontenção judicial, que é a situação antônima do ativismo conforme já explicado neste estudo. Desta forma, em cenário negativo de inércia do Judiciário, poderia se ter ainda mais claramente a inconstitucionalidade na questão. Com o decorrido, expande-se o dilema envolvido quanto às demandas judiciais em matéria de direito à saúde.

É bastante provável que as deficiências de políticas públicas atuais estejam alimentando o crescimento da judicialização e, por conseguinte, a polêmica do ativismo judicial, abrangendo o sistema de saúde brasileiro. Isso encontra respaldo nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes²⁵⁵, quando referencia uma audiência pública ocorrida no ano de 2009 sob convocação do Supremo Tribunal Federal, visando a realização de discussões acerca da judicialização intensa quanto ao direito à saúde no Brasil. Isso é perceptível no seguinte trecho:

Após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública por representantes dos diversos setores envolvidos com a questão, restou clara a necessidade de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, como já indicado, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas o cumprimento de políticas já existentes.

Portanto, acredita-se que é pertinente a judicialização em saúde, porém, cabe destacar que o sistema judiciário brasileiro já possui uma superlotação de outras demandas. Desta maneira, solucionar a redução da judicialização é mais eficiente em uma perspectiva estratégica.

Ademais, embora o ativismo judicial se demostre como necessário sob determinado ponto de vista, deve-se tomar o cuidado para não ser gerado um governo de juízes, como mencionado por Vinícius Ribeiro Cazelli²⁵⁶. Convém lembrar que isso não está previsto no Texto Maior. Como se percebe, a questão se

²⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Serie EDB). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 512.

²⁵⁶ CAZELLI, Vinícius Ribeiro. Op. Cit. P. 165-166.

erradia para outras problemáticas que podem tirar o enfoque do direito à saúde, que se entende ser o possuidor da maior relevância.

Pelo que se entende, os confrontos entre a judicialização e o ativismo judicial em sua face negativa em matéria de saúde pouco podem solucionar o problema e ainda podem perder importância diante de questões envolvendo não somente o direito à saúde, mas sim o direito à vida. Por isso, deve-se enfatizar as buscas por soluções diretamente nos problemas sociais para serem cessadas as fontes de riscos ou de ocorrência de inobservância de direitos.

Adicionalmente, acredita-se que, mais importante do que discutir atribuições pautadas no interesse dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, deve-se priorizar o interesse do paciente envolvido na demanda judicial, cuja necessidade geralmente requer ação imediata.

3.5 Reserva do Possível no direito à saúde

Consultando o texto constitucional, verifica-se que o sistema de saúde brasileiro é tratado a partir do Art. 198 ²⁵⁷, em que há as diretrizes da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. Neste mesmo item, encontra-se a abordagem à questão do financiamento do SUS. Conforme o que está escrito neste artigo, os recursos devem obedecer, pelo menos, aos percentuais estabelecidos sobre receita da União e da arrecadação de impostos dos estados, municípios e Distrito Federal.

Por outro lado, como já mencionado neste estudo, há uma questão na ainda não alcançada efetividade em assistência pública em saúde: as limitações orçamentárias. É nesse aspecto que, comumente, tem-se apoiado a chamada reserva do possível para justificar a falta de determinadas ações do Poder Público ou limitações destas no campo da saúde. Em contraponto, pode-se questionar se é razoável impor restrições em atendimentos relacionados ao direito em protagonismo neste estudo.

Na percepção de Cesar Riboli²⁵⁸, a questão-chave não consiste na escassez dos recursos públicos para fomentar as políticas públicas que materializem prestações governamentais para a sociedade. De acordo com o autor, o problema

²⁵⁷ BRASIL. 1988. Op. cit.

²⁵⁸ RIBOLI, Cesar. Op. Cit. P. 336-337

maior está na gestão das políticas e nos recursos relacionados, pois, na cultura nacional ainda persistem ações desviadoras de recursos por agentes públicos no âmbito da conhecida corrupção, que é constantemente veiculada por canais jornalísticos e midiáticos. Assim, pode ser inflamado o problema da deficiência na garantia do direito à saúde, sendo que, como agravante secundário, há também as prioridades estabelecidas por escolhas políticas e planos governamentais, as quais não contemplam o tema da saúde.

Como exemplos de escolhas políticas que não se tangenciam ao direito à saúde, Cesar Riboli²⁵⁹ cita a construção de obras de grande porte, muitas vezes priorizando aspectos estéticos. Desta maneira, tem-se o uso de recurso público que poderia ser destinado às políticas públicas voltadas para direitos basilares, configurando, assim, um cenário injusto, em que os direitos fundamentais não estão em foco e a população ainda clama por atendimento de serviços básicos, principalmente quanto à saúde.

No ponto de vista de Alex Matoso Silva²⁶⁰, há diversas discussões sobre omissões do Estado em seus três níveis governamentais quanto ao tema da assistência pública de saúde, porém avanços significativos têm sido a passos lentos, uma vez que há o enfoque sobre as consequências das possíveis omissões estatais, em detrimento da elaboração de soluções para o problema. A exemplo dessas omissões, podem surgir justificativas baseadas na teoria da reserva do possível.

De acordo com o lecionado por Rui Licínio Filho²⁶¹, a teoria da reserva do possível foi bem recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O autor explica que, em essência, a teoria da reserva do possível se baseia na consideração da razoabilidade e da proporcionalidade no balizamento de ações estatais relacionadas à garantia de direitos diante de capacidade limitada de prover esses direitos. Todavia, como ressaltado pelo autor, na realidade, esta teoria vem sendo utilizada sem diretrizes. Ademais, há o ativismo judicial, que o autor considera como perigoso, gerando riscos para a proteção dos direitos fundamentais.

Embora os direitos fundamentais não sejam ilimitados, muitos argumentos de redução do direito à saúde pautados na reserva do possível não prosperam. Nesse assunto, Cesar Riboli²⁶² destaca que a citada teoria tem sido aplicada no país com

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ SILVA, Alex Matoso. p. 18-19.

²⁶¹ LICÍNIO FILHO, Rui. Op. cit. p. 14-15.

²⁶² RIBOLI, Cesar. Op. Cit. p. 339.

vistas a justificar limitações estatais nas limitações orçamentárias, divergindo-se da concepção original alemã, em que a teoria enfocava o aspecto razoabilidade. Diante do que já foi apontado em termos de prioridades governamentais que se afastam na prestação de serviços para direitos básicos, além do efeito negativo da corrupção, é fato que a razoabilidade não procede em justificativas em sentido amplo para não prover saúde à população.

Para Daniel Carlos Neto²⁶³, a utilização da reserva do possível pode prejudicar a garantia dos direitos fundamentais, que são indispensáveis para a vida humana. Em complemento, na percepção de Rui Licínio Filho²⁶⁴, a aplicação da teoria da reserva do possível desprovida da razoabilidade e proporcionalidade vai de encontro com a Constituição Federal, haja vista que os direitos sociais são cláusulas pétreas, não sendo aceitável a sua redução.

Ainda conforme raciocínio do autor mencionado anteriormente, há o agravante para o direito à saúde devido à essencialidade do chamado mínimo existencial, dentre outras razões. Em sua obra, o autor considera como um “perigoso precedente” a utilização irrestrita da teoria da reserva do possível para o Estado se ancorar em disponibilidade de recursos públicos.

Retornando às abordagens de Daniel Carlos Neto, o autor menciona sobre o mínimo existencial, que é basilar para se ter uma vida digna e evitar a ultrapassagem para uma possível violação de direitos, dentre os quais está o direito à vida. Segundo o autor²⁶⁵:

[...] a maior parte da população brasileira que é pobre, deficiente de prestações de serviços de cunho social, é quem mais sofre com esse embate de se ter a efetivação dos direitos baseados na disponibilidade de recursos públicos.

Portanto, ainda que a efetividade dos direitos sociais dependa da ponderação do Poder Público em suas escolhas diante da escassez de recursos, o mesmo não pode se furtar do seu dever constitucional de prestar e garantir os direitos mínimos à população para a obtenção de uma vida com dignidade, e na falta de qualquer deles, cabe ao judiciário, mediante provocação, dirimir qualquer problema sobre o assunto e isso tem ocorrido com frequência, o que mostra a problemática em análise.

O conceito de mínimo existencial adveio da Corte Constitucional Alemã, que deixou claro sobre a necessidade de existir um mínimo de existência em termos de

²⁶³ CARLOS NETO, Daniel. Op. cit. p. 47-48.

²⁶⁴ LICÍNIO FILHO, Rui. Op. cit. p. 16.

²⁶⁵ CARLOS NETO, Daniel. Op. cit. p. 51.

dignidade da pessoa humana, em vida e integridade física. Sobre este mínimo existencial, Alex Matoso Silva²⁶⁶ alerta que não há positividade específica, mas deixa em ênfase que a sua concepção se direciona para além da existência da pessoa, não deixando relegar a dignidade nesta existência.

Em uma explanação pormenorizada, Daniela Ranieri Guerra²⁶⁷ elenca três fatores que alicerçam a garantia do mínimo existencial pelo Estado à população. O primeiro fator é o princípio da dignidade humana, para a qual é fundamental a criação de uma segurança individual por meio de uma vida digna que pode refletir em segurança social. O segundo fator é o direito à vida e à integridade física, cuja proteção não pode ser garantida por inércia do Estado, mas sim por ações proativas e concretas. E, como terceiro fator, há o direito geral de liberdade, que requer a autonomia das pessoas para exercê-la e, por isso, é salutar um conjunto de condições básicas de existência.

Todavia, é provável que a realidade em assistência em saúde contenha lacunas no que se versa sobre o mínimo existencial. Neste aspecto, contextualizando as deficiências quanto ao mínimo existencial no cerne da saúde, Cesar Riboli²⁶⁸ esmiuça que:

No cenário atual brasileiro, quando o Estado não consegue disponibilizar um mínimo indispensável de medicamentos para o tratamento das moléstias acometidas ao cidadão, não está garantindo um mínimo existencial para atender o direito à saúde. Essa é uma das razões dos constantes conflitos nesse sentido. É o cidadão buscando o Poder Judiciário para garantir esse mínimo indispensável para a sobrevivência.

Em relação às internações hospitalares, aos procedimentos médicos, ao fornecimento de bens, como é o caso de próteses e aparelhos, a situação não é diferente. O mínimo necessário para proteger o direito à vida não é garantido de forma total pelo poder público e as explicações se repetem quando determinações judiciais impõem seu fornecimento. O Estado alega que a intervenção é ilegal, que há violação do princípio da separação dos Poderes e o limite material. Assim, o mínimo existencial não assegurado, acaba por se tornar mais um dos obstáculos intransponíveis para o indivíduo que luta pela saúde e a vida.

Tem-se que enfatizar que, em se tratando de direito à saúde, pode ser perigoso relativizá-lo diante de sua posição na sustentação do ordenamento jurídico, haja vista o já debruçado sobre esse direito neste estudo, notadamente da relação desse direito com uma vida digna e com a ordem social. Em virtude disso, podem

²⁶⁶ SILVA, Alex Matoso. Op. cit. p. 90-91

²⁶⁷ GUERRA, Daniela Ranieri. Op. cit. p. 96-97.

²⁶⁸ RIBOLI, Cesar. Op. Cit. p. 380-381.

não ser plausíveis determinadas situações em que se coloca a teoria da reserva do possível coadunada com a escassez de recursos, principalmente os financeiros que são compulsoriamente arrecadados por meio de contribuições tributárias da sociedade. Portanto, a aplicação da teoria da reserva do possível requer constante vigilância.

Além disso, abordar sobre condições mínimas em um contexto de emergência permanente, que é o cenário da assistência em saúde no país, pode apenas ser manter esse estado desfavorável. Logo, em vez de justificar omissões devido à escassez de recursos, que o Estado se reorganize para dispor desses recursos.

Em se tratando de mínimo existencial, sobretudo em saúde, há a complexidade de dimensionar esse nível para auxiliar na fiscalização e cobrança da prestação por parte do Estado. No âmbito da escassez de recursos públicos, o apontamento específico de prestações de saúde é um desafio, bem como as prestações que devem ser destacadas como direito para a população²⁶⁹.

Neste assunto, cabe o alerta de Daniel Carlos Neto²⁷⁰, que assevera que o mínimo existencial deve ser utilizado pelo Estado em avaliações de prioridade de gastos públicos sem desvio de constitucionalidade, além de usar essa referência para balizar suas ações em termos de proteção de direitos sociais. Outro alerta do autor abrange o combate de quaisquer reduções, revogações ou anulações do que já está consolidado como mínimo existencial, devendo ser indeferidas todas as ações legislativas que se inclinarem a tal cenário. Desta forma, cumpre-se o princípio da proibição do retrocesso social.

No que concerne ao princípio da proibição do retrocesso, Cesar Riboli²⁷¹ explica que sua origem remete à Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais especificamente em seu art. 30. De acordo com as linhas do autor, esse princípio visa à manutenção da garantia dos direitos fundamentais, sendo que isso deve ocorrer por ação dos países que internalizaram o conteúdo da referida declaração, como o Brasil.

Sobre o princípio da proibição do retrocesso social, Daniela Ranieri Guerra²⁷² explica que este garante o que o chamado núcleo essencial dos direitos sociais, que está consolidado na Constituição, gerando limites para legisladores e criando uma

²⁶⁹ Ibidem. p. 93-94.

²⁷⁰ CARLOS NETO, Daniel. Op. cit. p. 55-56.

²⁷¹ RIBOLI, Cesar. Op. Cit. P. 315

²⁷² GUERRA, Daniela Ranieri. Op. cit. p. 103-104.

segurança jurídica. Com base neste arrazoado, a autora destaca que é criar um cenário inconstitucional o retroceder em direitos sociais, seja pela criação de vias alternativas, por anulações, revogações ou outras medidas injustificadas para modificar o referido núcleo. Ademais, a vedação ao retrocesso social gera a segurança jurídica, que é um dos sustentadores do Estado de Direito, como bem apontado pela autora.

Portanto, diante das discussões que trazem a Teoria da Reserva do Possível no campo da saúde, apoia-se no abordado por Cesar Riboli²⁷³, que destaca que a ordem aceitável é primeiramente o mínimo existencial por meio de um núcleo de necessidades básicas atendidas. Então, somente após esse atendimento, é que se pode discutir prováveis pertinências da teoria da reserva do possível.

Ressalta-se que, concretizar o princípio da igualdade em termos de garantia do acesso a serviços de saúde pode ser algo utópico quando se trata do Brasil e sua extensão considerável. Entretanto, acredita-se que ações de justiça social podem ser iniciadas com ajustamentos em prol de reduzir desigualdades, em particular com a inclusão da parcela da sociedade menos favorecida. Neste aspecto, é indiscutível que o Estado não deve se quedar inerte quanto a prover o mínimo existencial, que, como a própria denominação indica, é o limiar da dignidade humana, sendo que quaisquer ações que estejam abaixo desse mínimo podem ser classificadas como inconstitucionais e contra os direitos humanos.

3.6 Declaração de Estado de Inconstitucionalidade na Saúde

Há vários fatores que podem ser associados à saúde: bem-estar, qualidade de vida, ausência de sofrimento físico, ausência de enfermidades, dentre vários outros itens que podem se referir a uma pessoa individualmente ou uma população no âmbito coletivo. Na contemporaneidade, concebe-se a saúde como direito e como um conceito amplo, que deve ter notoriedade simultânea em diversos contextos que não somente são do aspecto físico, mas que também perpassam por aspectos psíquicos, violência, e vários outros vieses de modo a subsidiar uma vida com distanciamento considerável do risco de ser violada, tal como versa o texto constitucional logo em seu início, mais especificamente no artigo quinto.

²⁷³ RIBOLI, Cesar. Op. Cit. P. 379-380.

Frisa-se aqui, antes de tudo, que com este estudo não se pretende deslegitimar consideráveis avanços do sistema de saúde brasileiro. Todavia, passadas mais de três décadas da instituição do SUS, o que se percebe facilmente é um desafio²⁷⁴ para o Estado no que tange à efetivação do atendimento resolutivo em saúde acessível e, ao mesmo tempo, de modo difuso no território nacional.

Dadas as diversas deficiências do sistema de saúde do Brasil, em que se insere não somente a atuação estatal, mas também a iniciativa privada, a questão da saúde como pauta para o Poder Judiciário tem ocorrido em demasia²⁷⁵.

No que se refere ao atendimento de unidades públicas de saúde, é noticiado diariamente sobre casos de sofrimento de cidadãos em filas de espera, superlotações, entre tantas outras situações de descaso, gargalo burocrático e ou operacional quanto a uma expressiva demanda de atendimento de serviços pelo SUS.

Seria possível trazer aqui muitos dados alarmantes²⁷⁶, como, por exemplo, um cidadão de perna quebrada que é mandado para casa para esperar por meses por uma vaga na fila da cirurgia ortopédica, como é frequentemente noticiado em mídias. Contudo, esse trabalho não se propôs a

²⁷⁴ [...] a construção e consolidação da infraestrutura do Sistema Único de Saúde para toda a população brasileira nunca foi alcançada, mesmo após quase trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, jamais foi garantida a operacionalidade de toda a rede de saúde, prejudicando a própria dignidade e sobrevivência da sociedade brasileira. A obrigação prestacional da saúde nunca foi efetivada nas esferas da Federação, seja municipal, estadual ou federal. PAIXÃO, Juliana Patrício da. Op. cit. p. 89.

²⁷⁵ Segundo os levantamentos do CNJ, os dados preliminares coletados nos diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Federais indicam a existência de 241 mil processos referentes às ações judiciais contra o SUS, concentrados nos Estados de São Paulo (45 mil processos), Rio de Janeiro (26 mil processos), Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina (totalizando cerca de 25 mil ações no conjunto). A maioria das ações ajuizadas em face do Poder Público se refere às ações e aos serviços de saúde oferecidos pelo SUS nas áreas de fornecimento de medicamentos, especialmente os de alto custo, e nos procedimentos clínicos e cirúrgicos de média e alta complexidade. Diante dessa crescente judicialização do direito à saúde, o CNJ assumiu o compromisso de efetuar um diagnóstico da saúde, não só pelo aspecto da demanda judicial, mas também do ponto de vista das políticas públicas implementadas pelo Poder Público, com a finalidade de identificar as razões da crescente demanda das ações e auxiliar o Estado na reformulação das suas políticas públicas. Essas questões suscitam uma análise do papel do Poder Judiciário na proposição de novas políticas públicas para a contenção deste aumento de litigiosidade nas demandas de proteção à saúde. PRATA, Lucília Alcione. Um Novo Lócus de Formação das Políticas Públicas de Saúde: o Diagnóstico da Saúde pela Política Judiciária do Conselho Nacional de Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.) **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 248.

²⁷⁶ Em visita pessoal recente a um órgão de atendimento médico público no Estado de Pernambuco, verificaram-se as seguintes situações: uma simples consulta com um especialista Médico Neurologista está com prazo médio de dois anos na fila de espera; um exame de imagem como uma ressonância magnética pode colocar um cidadão em uma fila de até um ano; o tempo médio para se começar uma quimioterapia era de quatro meses (isso se a pessoa durasse até lá, pasmem).

descrever minuciosamente os esdrúxulos (des)casos que acontecem diariamente no sistema de saúde brasileiro, mas se propôs a tratar da falha estrutural.

Diante do discorrido nas últimas linhas, é clarividente que esse cenário configura um estado de violação do direito à saúde e outros preceitos afins determinados pela Constituição Federal.

Para essas questões, levando em conta que a Carta Magna é majoritária no ordenamento jurídico, entende-se que quaisquer justificativas baseadas na escassez de recursos e teoria da reserva do possível não são totalmente plausíveis. Reitera-se que tratar o direito à saúde como algo passível de relativização é infringir o conteúdo constitucional, principalmente no que tange ao direito à vida e à dignidade humana.

Portanto, não é difícil presumir que o Estado deve realizar uma reorganização nas suas próprias formas de aplicação de recursos financeiros se as políticas públicas não efetivam o gozo do direito à saúde (além de outros direitos) com amplitude e eficiência para a população.

Adicionalmente, em relação aos aspectos polêmicos da judicialização em saúde, destaca-se que, muito mais necessário do que discutir até que ponto o Poder Executivo está praticando possíveis ingerências, é debater sobre os aspectos propulsores dos problemas na inefetividade da garantia do direito à saúde.

Convém lembrar que, para a saúde dos brasileiros, há a garantia do direito determinado na Constituição, além de diversos desdobramentos normativos associados ao funcionamento do SUS e da implementação ou prossecução de políticas públicas. Ademais, há um leque de possibilidades de análises do assunto pelo Judiciário para as distintas demandas individuais e ou coletivas emergidas pelo ativismo judicial ou aclamadas diretamente pelos que se sentem lesados em direitos e com a vida em risco.

Acredita-se que, diante das questões estruturais e operacionais do sistema de saúde brasileiro, faltam iniciativas e planejamentos de longo prazo, pois as cadeiras gestoras do Executivo têm sido ocupadas por diferentes mandatos no decorrer do tempo, mas a crise na saúde tem persistido. Diante disso, caso nada seja feito o mais rápido possível para solucionar essa crise, é provável que o problema se amplie.

Ainda deve ser dada a devida ressalva sobre o fato de que as volumosas demandas judiciais voltadas para a área da saúde não contemplam a maioria dos

casos que se referem aos menos favorecidos que, por sua vez, não detêm das informações e meios necessários quanto aos seus direitos e caminhos de atendimento pelo Judiciário. Estes quando buscam a defensoria pública, geralmente, deparam-se com uma fila de espera quase tão grande quanto a “famosa” fila do SUS.

Em face do apresentado e do que é facilmente constatado quando se dirige às unidades físicas de atendimento em saúde, é evidente que não é apenas o sistema penitenciário que escancara um Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

Nesse ponto poderia ser tratado o aspecto de uma das causas mais latentes para esse estado de coisas inconstitucional, que é a corrupção com o dinheiro público. Entretanto, iria-se percorrer por caminhos que colocariam de lado o tema principal, então se optou apenas por citar essa mazela como uma das principais causas da situação atual do Sistema de Saúde Brasileiro.

Claro que existe uma altíssima demanda, uma elevada quantidade de pessoas necessitadas de cuidados médicos, mas um aspecto relevante para o ECI é que não se trata de situações isoladas, mas sim de uma realidade que atinge diversas pessoas simultaneamente, colocando estas em risco. E, assim, restam claros os caracteres de urgência e gravidade nessas evidenciações de lesões em direitos, em especial o direito à saúde que tem estreita distância do direito a uma vida digna como já outrora explicado neste estudo.

Como é sabido de todos, enfrentamos a dois anos, pelo menos, a **Pandemia de Covid-19**, e todos pudemos assistir os descabimentos que aconteceram na Sistema de Saúde desse país. Restou claríssimo como estavam nossas condições de pronto atendimento, restou claríssimo o que fazem os gestores públicos com o dinheiro público destinado a Saúde, casos de corrupção escancarados, políticos e gestores sendo presos, investigações que duram até hoje, como o caso dos respiradores superfaturados.

Com a pandemia, visualizou-se um verdadeiro “filme de terror”, com mortes aos montes por falta de condições de atendimento. Nesse cenário, levaram meses até que se pudessem organizar hospitais de campanha, leitos com respiradores suficientes, dentre outras ações necessárias. Em meio a isso, uma guerra política entre o Governo Federal e os demais Entes federativos, que inclusive foi judicializada, era uma verdadeira “queda de braço”.

De fato, deve-se ao menos se desconfiar o porquê de o governo federal desejar à época ditar as normas sobre a condução do plano de ação ao combate à

Pandemia. É óbvio que existia o temor do desvio de recursos para essa finalidade, o que acabou acontecendo em muitos lugares.

Mas de certo, a Pandemia serviu para mostrar, ainda mais, o quanto esse país estava deficiente em sua estrutura hospitalar pública, porém isso custou a vida de muitas pessoas. Claro que não há, aqui, leviandade e desconsideração à letalidade da primeira cepa do Vírus, mas a falha estrutural (e antiga) no Sistema de Saúde Brasileiro ficou muito evidenciada nesse caso.

Em meio ao descrito até então, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e outros propuseram junto ao STF, uma Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental: a ADPF nº 822. A finalidade era que fosse declarado o Estado de Coisas Inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos preceitos fundamentais do direito social à saúde (art. art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198 da Constituição federal) e do direito fundamental à vida (art. 5º, caput; art. 227 e art. 230 da Constituição federal) durante a pandemia do Sars-Cov-2²⁷⁷.

Os proponentes entenderam que a situação era de intensa gravidade, em que existia o estado de calamidade pública e emergência de saúde pública²⁷⁸ de importância internacional decorrente da Covid-19. Além disso, eles afirmaram que, no âmbito da saúde nacional, **há verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional**.

A tragédia “anunciada” aconteceu, e quando parecia que não podia piorar o Sistema de Saúde Brasileiro, este se mostrou ainda mais incapaz, ineficiente e

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 822**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6150239>. Acesso em: jun., 2022.

²⁷⁸ ADPF nº 822. Colapso do Sistema de Saúde: Em termos gerais, os números elevados (transmissão, casos, óbitos, positividade dos testes e taxas de ocupação de leitos) apontam o colapso do sistema de saúde, combinando fatores que se sobrepõem: a) incapacidade de atender todos os pacientes que requerem cuidados complexos para a Covid-19, com aumento das filas por leitos UTI, impedindo atendimento no tempo necessário e resultando em óbitos; b) limites ou mesmo impossibilidade do remanejamento logístico de pacientes para outros municípios, regiões de saúde ou estados. Esta situação é mais crítica para os mais de 3 mil municípios que se encontram fora de regiões de saúde com disponibilidade de leitos UTI e que totalizam cerca de 49 milhões de pessoas em situação de maior vulnerabilidade e desigualdades em relação ao acesso regular aos serviços de saúde maior complexidade; c) esgotamento das capacidades de respostas do sistema de saúde, tanto pelos limites na abertura de leitos – que exigem profissionais de saúde qualificados, o que demanda tempo – como pela sobrecarga sobre os trabalhadores da saúde, que têm arcado com uma carga excessiva de trabalho e adoecimento; d) desabastecimento de medicamentos, em especial sedativos e neurobloqueadores musculares, além de oxigênio. Este fator vem sendo apontado por conselhos e associações profissionais, CONASS e associações de hospitais, como um problema que afeta de forma crítica a qualidade da assistência e a segurança do paciente. Ibidem.

inconstitucional, custando milhares de vida. Não dá aqui, sob pena de injustiça, para ficar culpando só o atual governo de forma separada dos seus antecessores, pois a situação perdura a anos, sendo ausente o comprometimento com um enfrentamento do problema a uma longa data. Contudo, a pandemia pegou a todos de “calças curtas”, agravando em altos patamares a situação²⁷⁹.

Em verdade, estava-se diante de uma violação massiva do direito fundamental à Saúde, à Vida e à Dignidade humana, que decorreram de falhas estruturais e desordem nas políticas públicas. Estas indicavam a necessidade de medidas urgentes de modificações de toda ordem, devido a um verdadeiro cenário de estado de coisas inconstitucionais.

A Procuradoria Geral da República, em síntese aqui, se manifestou no seguinte sentido:

Não cabe ao Poder Judiciário substituir-se aos demais Poderes na definição de políticas públicas de enfrentamento da crise sanitária da Covid-19, ou impor ao administrador a implementação de medidas específicas, em especial quando demandem exame técnico ou juízo de discricionariedade²⁸⁰.

No entanto, o então Ministro Marco Aurélio, relator nesse caso, em seu voto no plenário declarou o estado de coisas inconstitucionais, referindo-se à violação dos direitos à vida e à saúde, considerada a pandemia da covid-19. Em soma, o relator determinou que os entes federados, sob a coordenação do poder Executivo Federal, implementassem:

(b.2.9) análise diária dos impactos na redução de casos, taxas de ocupação de leitos hospitalares e óbitos; (b.2.10) campanha educativa e distribuição, em áreas de concentração populacional e baixo percentual de adesão à utilização, de máscaras de pano multicamadas; (b.2.11) orientação para a adoção de providências de bloqueio: (i) comunicação à população para que permaneça o maior tempo possível em casa, sem se deslocar, fazendo-o apenas ante necessidade extrema; e (ii) apoio aos grupos em situação de vulnerabilidade, havendo participação da comunidade.²⁸¹

Após o voto do relator, outro ministro pediu vista, e, por enquanto, esse é o caminho percorrido até o momento quanto a essa declaração de estado de coisas inconstitucionais na saúde. Acredita-se que a Pandemia e sua gravidade tiveram um

²⁷⁹ ADPF nº 822. A realização dos preceitos constitucionais fundamentais relacionados com o direito social à saúde e o direito fundamental à vida exige uma iniciativa política concertada no sentido de se salvar vidas. “O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão!” Idem.

²⁸⁰ Manifestação PGR na ADPF nº 822. Idem.

²⁸¹ Certidão de julgamento ADPF nº 822. Idem.

papel forte no impulso dessa decisão, mas não se pode esquecer que as falhas estruturais na saúde pública brasileira estão muito além de períodos extraordinários, como o do auge da Pandemia, haja vista que todos os dias há pessoas morrendo na fila do SUS, não de COVID, mas de Câncer, de problemas no Coração, de AVC, e tantas outras mazelas.

Destarte, diante de todos esses elementos apresentados acima, é fácil verificar que o sistema de saúde público brasileiro atende aos requisitos para que seja declarado o Estado de Coisas Inconstitucional. E se aguarda que isto realmente e tão logo aconteça. Neste aspecto, convém alertar que declarar a inconstitucionalidade é só um primeiro passo para inaugurar um planejamento que vise a correção da questão de forma sistematizada.

4 CONCLUSÃO

Relembrando rapidamente a trajetória deste trabalho, foram reunidas apreciações teóricas e aspectos normativos acerca do neoconstitucionalismo, princípio da dignidade da pessoa humana, políticas públicas, ativismo judicial e desarmonia entre os poderes que formam o Poder Público. Em seguida, abordou-se sobre a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, sua inauguração na Colômbia e sua primeira aplicação no Brasil no âmbito da questão carcerária.

Continuando, pela ordem, foi detalhado o percurso histórico do estabelecimento da saúde como direito, em contexto internacional e nacional; foi trazida a abordagem da saúde como direito fundamental e humano; descreveu-se sobre o estado de permanente emergência em que a saúde pública nacional se encontra; explanou-se sobre a judicialização em saúde, bem como os aspectos polêmicos relacionados, que são a teoria da reserva do possível, o mínimo existencial e o ativismo judicial. Por fim, foi apresentada a proposta para reconhecimento da inconstitucionalidade em torno da saúde pública no país, sendo que já ocorreu um recente passo inicial através da proposta, ainda em análise, da Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental de nº 822.

Respondendo ao questionamento inicialmente formulado para esta pesquisa, tem-se um conjunto significativo de pessoas com direito à saúde em risco ou já violado diante de um sistema de saúde público com capacidade insuficiente de atendimento, cuja causa envolve omissão Estatal, dentre outros fatores. Nesse âmbito, ainda persiste um excesso de judicialização em saúde, que pode “adoecer” o sistema judiciário do país. Para resolver o somatório de pontos negativos envolvidos nesse contexto, é necessária a atuação conjunta de diversas autoridades para gerar políticas públicas efetivamente adequadas, de forma que seja dissolvido o estado de emergência permanente em que a saúde brasileira se encontra.

A partir da elaboração deste trabalho, confirma-se a hipótese da tese, em que divergem o texto constitucional e a realidade da saúde pública brasileira. Verifica-se que o sistema de saúde público nacional atende a todos os requisitos para que seja declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, tal como inaugurado pela Corte Colombiana e como já ocorrido para o sistema carcerário brasileiro. Em face destas considerações, constata-se o alcance do propósito geral deste estudo.

Convém advertir que a declaração do ECI no horizonte da saúde pública se demonstra como mais desafiante do que o contexto em que ocorreu esta declaração para o sistema carcerário no Brasil. Entende-se que, por mais clarividente que esteja o estado de inconstitucionalidade na saúde nacional, as ações concretas para mudança de perspectiva requerem um caráter multidisciplinar, pois são necessários conhecimentos jurídicos, mas também aqueles técnicos do campo da Saúde, Medicina, dentre outros.

No enfrentamento da problemática da inconstitucionalidade em torno da dificuldade de efetivar o direito à saúde de forma sistêmica, ainda há outras discussões que se irradiam e que podem se configurar como entraves, como, por exemplo, a teoria da reserva do possível, restrições orçamentárias, judicialização excessiva, ativismo judicial e desequilíbrio entre componentes do Poder Público. Por isso, foi necessário trazer esses elementos abordados na construção desta tese. Todavia, é relevante trazer mais algumas apreciações acerca desses itens.

Iniciando pelo aspecto da reserva do possível, quando esta é acessada para justificar ausências ou reduções em matéria de saúde, tem-se claramente a má aplicação desta teoria. Essa má aplicação ocorre porque a teoria tem sido reiteradamente usada na tentativa de apontar supostas limitações financeiras para as políticas em saúde, em vez de ser usada a razoabilidade como na sua gênese.

Ademais, essa má aplicação se descortina ainda mais quando se verificam recursos públicos brasileiros desviados ou direcionados para itens que perdem prioridade quando comparados com situações em que o direito à saúde está em risco, principalmente por sua já explanada forte ligação com o direito à vida. De toda forma, para aplicação desta teoria, acredita-se que a legitimidade se elevaria apenas após ocorrer a reestruturação do sistema de saúde para que este passe a funcionar eficientemente, sendo facilitado verificar proporcionalidades e razoabilidades.

No contraponto à teoria da reserva do possível, localiza-se o mínimo existencial. Levando em conta esses dois fatores, é importante ressaltar que não se defende que sejam atendidos indiscriminadamente a todos os pedidos judiciais referentes à saúde, pois é bastante provável que nem todos sejam procedentes, sendo necessária a adoção de filtro técnico-jurídico sobre cada solicitação que, por sua vez, também deve receber análise à luz do arcabouço técnico da saúde.

Entretanto, o mínimo existencial ainda não se apresenta como totalmente claro na teoria jurídica, pois ainda há certa subjetividade em torno do tema da saúde.

Portanto, defende-se o melhor balizamento regulatório sobre o mínimo existencial, não somente para gerar eficiência nas ações, como também para ser mais bem compreendido pela população, em que a maioria dos brasileiros sequer conhece esse conceito e os direitos que fazem parte de seu escopo. Assevera-se a importância de garantir esse mínimo existencial para que seja possível avançar do formato curativo e passar efetivamente à ampliação da promoção em saúde.

Em soma ao exposto, acredita-se que é necessário maior regulamentação no que diz respeito à operacionalidade do SUS. Os frequentes casos de corrupção que foram e são noticiados em relação ao sistema evidenciam fragilidades fiscalizatórias. Somado a isso, há burocracias geradas pela relativa superficialidade que se interpreta como existente no estabelecimento de atribuições de cada ente governamental, apesar de que a descentralização é bastante positiva. Em torno desse cenário, cresce a judicialização em saúde.

Convém destacar que a Lei Orgânica da Saúde, ou lei do SUS, é formada por 55 artigos, dentre os quais há vários vetados; enquanto isso, na Constituição Federal, esse sistema é abordado entre o Art. 198 e Art. 200. Além disso, há diversos dispositivos legais que versam sobre o sistema de saúde público nacional. Portanto, acredita-se que as leis deveriam ser mais ampliadas, aprofundadas e detalhadas para darem conta da necessária operacionalização do SUS com base nas dificuldades ainda não superadas após as três décadas de seu funcionamento. Resultados de judicializações também são um importante alimentador para uma ampliação regulatória após declarado o ECI.

Através deste estudo, verifica-se que os assuntos da judicialização em saúde e do ativismo judicial possuem facetas antagônicas, gerando lados positivo e negativo; ou seja, críticas e defesas. Nesse contexto, surgem discussões acerca de hipotéticas inércias entre os Poderes Legislativo e Executivo quanto a políticas públicas de saúde, mas também surgem indicações de provável excesso de ingerência por parte do Poder Judiciário.

Desta maneira, configura-se o desequilíbrio entre os Poderes, que também é abominado conforme se interpreta da Constituição da República, e que deve ser corrigido. Sabe-se que as tantas demandas judiciais em saúde se revelam como de maior prioridade do que as discussões mencionadas, mas se acredita que as soluções quanto ao funcionamento do sistema de saúde podem refletir no reequilíbrio do tripé que forma o Poder Público quanto à questão em abordagem.

No que tange à melhoria da saúde brasileira como um todo, entende-se que esta pressupõe ações em outras políticas públicas, como as de habitação, abastecimento de água, saneamento, alimentação, meio ambiente, dentre outros campos, haja vista a extensão territorial do país e os índices de desigualdades ainda alarmantes. Portanto, é evidente que a elevação da saúde requer ação sistematizada e com efeitos difusos, o que pode ser resultado de planejamento após declaração de ECI, deixando claro o caráter estratégico que pode ser suscitado.

Como este trabalho se limita a gerar o entendimento necessário até a proposta de declaração de ECI na saúde, recomenda-se, para trabalhos futuros, o detalhamento de sugestões para as ações citadas anteriormente. Ainda com base no apresentado nesta tese, depreende-se a necessidade da revisão de prioridades governamentais para disponibilidade de recursos ao campo da saúde, pois a fonte de arrecadação compulsória é bastante significativa.

Neste aspecto, convém frisar que, resultados positivos com o melhor investimento em saúde pública brasileira podem promover, ainda que paulatinamente, a recuperação de confiança entre a sociedade e o Poder Público como um todo sobre a matéria. Adicionalmente, são necessários planos de ação, com estabelecimento de metas e cronogramas, reorganização operacional, dentre outras medidas que se identificarem como necessárias em desdobramentos por outras pesquisas.

Embora muito se tenha apontado sobre deficiências no SUS e violação do direito à saúde, deve-se realçar que este sistema é uma referência bastante positiva para muitos países que não possuem um sistema de saúde público de tamanha proporção, como no Brasil, além de que a nossa Constituição é uma das mais claras quanto aos direitos fundamentais. Portanto, a solução dos problemas relacionados à saúde pública nacional pode repercutir na geração de um modelo internacional de serviços públicos para efetivação do direito à saúde.

No que diz respeito ao SUS, reitera-se que houve muitos avanços em seus mais de trinta anos de existência. Considerando, justamente, a sua criação e evolução durante esse período, é que se vislumbra como possível a reestruturação do sistema, em especial no período atual com o maior avanço científico-tecnológico. É imperativo que o caminho para a solução da problemática seja trilhado desde já, pois a saúde é essencial para o gozo de outros direitos e cumprimento de deveres; isto é, para ser um cidadão pleno, é essencial ser uma pessoa saudável.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito**: evolução das leis, fatos e pensamentos. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2012.
- ANDRADE, Carlos Henrique Viana de. **História da medicina medieval**. São Paulo: Baraúna, 2015.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba. Juru á Editora. 2005.
- ARAÚJO, Cynthia Pereira de.; LOPES, Éder, Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. **Judicialização da saúde**: saúde pública e outras questões. 2. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Constitucional**: Direitos Fundamentais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 24.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas-limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Informativo Migalhas. 02 fev. 2009, p. 05. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf. Acesso em: abr. 2022.
- BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA-revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.263, maio/ago. 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: maio. 2022.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso: maio. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso: maio. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.170**. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>. Acesso em: maio., 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 822**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6150239>. Acesso em: jun., 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: maio., 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Mato Grosso do Sul, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: maio., 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Rio Grande do Sul, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>. Acesso em: maio., 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Rio Grande do Sul, 11 de maio de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&classeNumeroIncidente=%22RE%20641320%22. Acesso em: maio., 2022.

BRUSCATO, Wilze Laura; BENEDETTI, Carmen; LOPES, Sandra Ribeiro de Almeida. **A prática da Psicologia Hospitalar na Santa Casa de São Paulo**: novas páginas em uma antiga história. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. As Várias Faces do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina et al. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

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

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto, en El mismo (coordenador). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos Madrid: Trotta, 2007.

CARLOS NETO, Daniel. **Judicialização da Saúde Pública: uma análise contextualizada**. 2. ed. rev. atual. Motres, 2018.

CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. **Direito à saúde e judicialização: A necessidade de reconstruir consensos ante os avanços científicos e o orçamento público**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. São Paulo: Dialética, 2021.

CHUDZIJ, Luísa Fófano. **Políticas públicas: princípio da eficiência e a responsabilidade do agente político**. Curitiba: Appris, 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL. República de Colômbia. **Índice temático**. 2022. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=Estado+de+cosas+inconstitucional&campo=%2F&pg=0&vs=0>. Acesso em: maio. 2022.

CORTE CONSTITUCIONAL. República de Colômbia. **Sentença SU-559/97**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: maio., 2022.

CORTE CONSTITUCIONAL. República de Colômbia. **Sentencia T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: maio., 2022.

COSTA, André Luiz Batista da. **Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**: Interferência judicial indevida ou consequências da má gestão. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo: Unesp, 2013.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CUETO, Marcos. **Saúde global**: uma breve história. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: maio., 2022

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DE MARIO, Camila Gonçalves. **Saúde como questão de justiça**. Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins [Orgs]. **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

ESCOREL, Sarah. **Reviravolta na saúde**: origem e articulação do movimento sanitário. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. 'Pasado y Futuro Del Estado de Derecho'. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARAVITO, César Rodrigues. FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

GIAMBERARDINO, André. CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. A questão penitenciária no Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos. In: SILVA, Eduardo Faria; GEDIEL, José Antônio Peres; TRAUCZYNSKI, Silvia Cristina. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito Internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2006.

GUERRA, Daniela Ranieri. **A dialética do Direito à Saúde: entre o direito fundamental e a escassez de recursos**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

GURGEL, Cristina Brandt Friedrich Martin; DA ROSA, Camila Andrade Pereira; CAMERCINI, Taise Fernandes. A Varíola nos tempos de Dom Pedro II. **Cadernos de História da Ciência**, v. 7, n. 1, p. 55-69, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. Magistrada da Corte Constitucional Colombiana. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". **Estudios Constitucionales**, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, v. 1, n. 1, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; Archanjo, Camila Celestino Conceição. **Direitos Fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

IBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

JUCA, Francisco Pedro. Direito fundamental a um bom governo. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 2, jul./dez. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LAURINO, Márcia Sequeira; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. O novo constitucionalismo latino-americano: processo de (re) descolonização? **JURIS**, Rio Grande, v. 25: p. 129-140, 2016.

LICINIO FILHO, Rui. **Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível no Direito à Saúde**: Impactos na Ordem Jurídica Brasileira. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

MARTINO JÚNIOR, Randolpho. **Gestão da Saúde e Eficiência dos Gastos Públicos**: Uma abordagem à luz do princípio da máxima efetividade da norma. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MELLO, Marco Aurélio. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acesso em: maio., 2022.

MELO, Renan. **(Re)construindo a dignidade**: Integridade e Eficácia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Dialética. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Serie EDB). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

MORESO, José Juan. Conflito entre Principios Constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Frotta, 2003.

NOGUEIRA, Fernando do Amaral. **Continuidade e descontinuidade administrativa em governos locais**: fatores que sustentam a ação pública ao longo dos anos. 2006. 139 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Maria Helena Barros de; TELES, Nair; CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Direitos Humanos e Saúde: reflexões e possibilidades de intervenção**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2021.

PAIXÃO, Juliana Patrício da. **Estado de Coisas Inconstitucional: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULA, Rodrigo Francisco de. **Estado de emergência na saúde pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

PIOVESSAN, Flávia. O Poder Judiciário e os direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 99-112, mar./maio., 2014.

PRATA, Lucília Alcione. Um Novo Lócus de Formação das Políticas Públicas de Saúde: o Diagnóstico da Saúde pela Política Judiciária do Conselho Nacional de Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.) **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

PROBST, Melissa. **História da América da era pré-colombiana às independências**. Curitiba: InterSaberes, 2016.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBOLI, Cesar. **Desafios do direito à saúde**. São Paulo: Dialética, 2021.

SANTOS, Júlia Maria Tomás dos. **O direito à saúde no pós-positivismo: uma interlocução entre as premissas teóricas e sua práxis**. São Paulo: Dialética, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de concessão de medida cautelar**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>. Acesso em: maio., 2022.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SEIXAS, Alex Gomes. **O direito fundamental à saúde: abrangência, eficácia e restringibilidade**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SILVA, Alex Matoso. **O acesso à jurisdição em face da garantia da Universalidade das políticas públicas em saúde: Tudo para todos?** Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

SILVA, Artur Stamford da; LEAL, Virgínia. Justiça restaurativa como direitos humanos: observações éticas do discurso, pedagógicas e jurissociológicas. In: SILVA, Eduardo Faria; GEDIEL, José Antônio Peres; TRAUCZYNSKI, Silvia Cristina. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marcelino José Piancó da. **Evolução do Direito à Saúde Pública no Brasil: uma visão geral quanto aos fundamentos do Direito à Saúde, seus Impactos Financeiros, Responsabilidade do Estado, e o papel da Defensoria Pública para a Efetivação desse Direito**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SOARES, Wladimir Tadeu Baptista. **Sistema Único de Saúde: Um Direito Fundamental de Natureza Social e Cláusula Pétreia Constitucional: A Cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana como Fundamentos do Direito à Saúde no Brasil**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. In: PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Consultor Jurídico. 15 mar. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: maio. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** In: Consultor Jurídico. 07/01/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicaoquatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **OAB in foco**. Uberlândia, ano 04, n. 20, ago./set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato**: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Atlas, 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VENTURA, Deisy. Saúde pública e política externa brasileira. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.1, n.1, jan. 2004.

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). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: fev. 2022.

ZOGHBI, Moises Sassine El. **A judicialização da política pública de saúde**: a percepção do magistrado capixaba. Belo Horizonte: Dialética, 2020.