

Gianfranco Faggin Mastro Andréa¹
Marcos Paulo Falcone Patullo²

A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

The inapplicability of the Theory of the Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian health system

¹Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo/SP, Brasil.

²Universidade de São Paulo. Faculdade de Medicina. São Paulo/SP, Brasil.

Correspondência: Marcos Paulo Falcone Patullo. *E-mail*: marcos.patullo@usp.br

Recebido: 16/04/2020. Revisado: 04/11/2020. Aprovado: 11/12/2020.

RESUMO

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem cada vez mais encontrado ressonância na doutrina constitucionalista brasileira, notadamente após sua utilização em julgado recente do Supremo Tribunal Federal. Parte da doutrina nacional defende que o sistema de saúde brasileiro é um exemplo de “estado de coisas inconstitucional” e que, por conseguinte, seria legítimo defender que o Supremo Tribunal Federal intervenha na política pública de saúde para interromper a violação massiva de direitos fundamentais. Valendo-se da metodologia de revisão bibliográfica e hipotético-dedutiva, o presente artigo teve como objetivo responder ao seguinte questionamento: a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional aplica-se ao sistema de saúde brasileiro? Para tal, tanto o conceito quanto os pressupostos do estado de coisas inconstitucional foram definidos. Entendeu-se que o sistema de saúde brasileiro não se enquadra nos pressupostos dessa teoria e, como conclusão, fez-se um alerta para a necessidade de cuidadosa e rigorosa incorporação dessa teoria em nossa tradição jurídica, a fim de que seu uso não seja banalizado.

Palavras-Chave

Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional; Sistema de Saúde Brasileiro; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Theory of the Unconstitutional State of Affairs has increasingly found resonance in the Brazilian constitutionalist doctrine, notably after its use in a recent trial of the Supreme Court. Part of the national doctrine defends that the Brazilian health system is an example of an “unconstitutional state of affairs” and that, therefore, it would be legitimate to argue that the Supreme Court should intervene in public health policy to stop the massive violation of fundamental rights. Using the literature review and hypothetical-deductive methodology, the objective of this article is to answer the following question: does the Theory of the Unconstitutional State of Affairs apply to the Brazilian health system? To this end, both concept and the assumptions of the unconstitutional state of affairs were defined. It was understood that the Brazilian health system does not fit the assumptions of this theory and, in conclusion, a warning was made to the need for careful and rigorous incorporation of this theory into our legal tradition, so that its use is not trivialized.

Keywords

Theory of Unconstitutional State of Affairs; Brazilian Health System; Supreme Court.

Introdução

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) ganhou notoriedade no constitucionalismo brasileiro, notadamente a partir do ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/2015¹ pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) visando à declaração do estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, bem como a que sejam tomadas inúmeras providências para sanar as condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal.

Na petição inicial da referida ação, é descrita a situação de completo descaso do poder público com o sistema penitenciário, bem como o agravamento do drama carcerário no Brasil em virtude do crescimento vertiginoso da população carcerária nos últimos 25 anos. Além do problema de superlotação, a ADPF descreve outras reiteradas violações de direitos fundamentais ocorridas no sistema prisional, dentre elas o abuso no uso das prisões provisórias, violações do direito fundamental dos presos ao acesso à justiça, problemas relacionados à precariedade de infraestrutura, organização e pessoal nos presídios, ausência de alimentação, vestuário e condições higiênicas adequadas, ausência de prestação adequada de serviços de saúde aos presos, além de situações extremamente graves, como a ocorrência de tortura e aplicação de sanções sem a observância do devido processo legal.

Referida ADPF foi ajuizada, assim, com o objetivo de corrigir uma cultura de descaso do poder público brasileiro com o sistema prisional. Justifica-se, no contexto proposto nessa ADPF, a menção à teoria do ECI, uma vez que constitui técnica decisória que visa a retirar os órgãos e poderes públicos da inércia para a consecução de políticas públicas. É sabido que aludida técnica surgiu perante a Corte Constitucional da Colômbia (CCC) como instrumento para o combate de omissões estruturais do Estado em relação à concretização de direitos, com destaque para os direitos dos detentos à dignidade, à previdência e à moradia, entre outros.

Percebe-se que o mote na aplicação da técnica decisória do ECI cinge-se à proteção de direitos de minorias estigmatizadas, reiteradamente esquecidas seja pela ausência de representatividade no Poder Legislativo, seja porque sua tutela gera enormes custos políticos aos representantes do povo.

Nesta linha de raciocínio, alguns autores² sustentam que o sistema de saúde brasileiro deve ser declarado como ECI, como corolário de um “ativismo judicial

¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Informativo STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 28 dez. 2018.

²Dentre outros: LIMA, Rodrigo de Luna. O estado de coisas inconstitucional da saúde e o necessário diálogo institucional entre as funções estatais. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, v. 10, n. 2, p. 111-132, 2018. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-7.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020. <https://doi.org/10.54275/raesmpce.v10i2.109>; PINTO, Élica Graziane. Da saúde ao sistema prisional, vivemos um estado de coisas inconstitucional. *Consultor Jurídico*, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/contas-vista-saude-aos-presidios-temos-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 08 abr. 2020; MARMELSTEIN, George. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Orgs.). *Diálogos jurídicos luso-brasileiros*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

estrutural dialógico”, visando a suprir supostas omissões do poder público com relação à efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil.

Valendo-se da metodologia de revisão bibliográfica e hipotético-dedutiva, o presente artigo busca enfrentar o seguinte questionamento: a teoria do ECI aplica-se ao sistema de saúde brasileiro? Em outras palavras, o sistema de saúde brasileiro enquadra-se nos pressupostos da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional?

Nesse sentido, é preciso entender e estabelecer corretamente tanto o conceito quanto os pressupostos do denominado **estado de coisas inconstitucional**, justamente para evitar sua banalização e, conseqüentemente, sua importação sem as devidas cautelas.

Desde logo, frisa-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) compreendeu o conceito do ECI e seus elementos de forma a incorporá-los no sistema jurídico brasileiro, mantendo as principais características originárias reconhecidas pela Corte Constitucional da Colômbia.

Este artigo foi dividido em três partes. Na primeira, apresentam-se os principais casos colombianos, o conceito do ECI e seus pressupostos. No segundo momento, destaca-se o precedente colombiano no direito à saúde, por meio da *Sentencia T-706*³. E, por fim, elencam-se os principais argumentos favoráveis ao reconhecimento do sistema de saúde brasileiro como estado de coisas inconstitucional, oportunidade em que se oferecem fundamentos contrários a tais entendimentos a fim de se obter uma síntese quanto à temática.

I. Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional: origem, conceito e pressupostos

O estado de coisas inconstitucional já se encontra incorporado ao vocabulário constitucional brasileiro, mas, para o compreender e aplicar corretamente, é preciso aprofundar-se em sua origem e sua construção em seu país de origem: a Colômbia. É o que se verá a seguir.

1. Conceito do ECI

O conceito do estado de coisas inconstitucional pode ser extraído da evolução e do amadurecimento do trato conferido pela CCC aos casos que a ela aportaram, com destaque para o sistema carcerário e o deslocamento forçado de pessoas.

A fim de conceituar o ECI, necessário se faz destacar, em primeiro lugar, que a declaração do estado de coisas inconstitucional significa o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da existência de uma violação massiva e reiterada, estrutural

³COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-760 de 2008*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 25 jan. 2019.

e generalizada de direitos fundamentais. Nas palavras de George Marmelstein, a violação de direitos atinge “pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema⁴.”

Por sua vez, Carlos Alexandre de Azevedo Campos define o ECI como:

[...] a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional⁵.

Como já se pode afirmar em Andrea, ECI pode ser definido como:

[...] técnica de decisão voltada a sanar um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de ações e/ou omissões em função de bloqueios políticos e/ou institucionais de diferentes autoridades/órgãos/poderes públicos que prejudicam um grupo vulnerável de pessoas. E neste sentido, somente transformações estruturais em relação a atuação do Poder Público serão capazes de modificar a situação de inconstitucionalidade, a tal ponto que, diante da profunda gravidade do quadro, uma vez provocada, a Corte Constitucional passa a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e, até alocação de recursos orçamentários, sendo essas interferências dotadas essencialmente de caráter coordenador para a efetivação de medidas concretas imprescindíveis para a superação do “Estado de Coisas Inconstitucional”, valendo-se do monitoramento judicial ou jurisdição supervisória como medida de excelência para garantia do sucesso, inclusive⁶.

2. Pressupostos teóricos do ECI

Estabelecido o conceito de estado de coisas inconstitucional, afigura-se medida de rigor apresentar seus pressupostos básicos para sua verificação no plano fático. Isso porque não será qualquer situação que poderá configurar um estado de coisas inconstitucional, sob pena de banalização desse instituto. A ubiquidade do

⁴MARMELSTEIN, George. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica, *cit.*, p. 242.

⁵CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 187.

⁶ANDREA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 66.

ECI ocorreu no Peru, que, ao importar a aludida técnica de decisão colombiana, não observou os pressupostos e requisitos mínimos para seu reconhecimento.

Valendo-se das lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, atreladas aos fatores exigidos pela *Sentencia* T-025, de 2004, da CCC, é possível constatar três pressupostos para que haja a declaração do ECI:

a. o primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de **violação massiva, generalizada e sistemática** de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas;

b. o segundo pressuposto consiste na **omissão reiterada e persistente** das autoridades públicas no cumprimento das obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais caracterizada pela falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos quanto a perpetuação e agravamento da situação;

c. o terceiro pressuposto diz respeito à necessidade de expedição de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, buscando mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes⁷. (Destaques no original)

Uma vez preenchidos os referidos pressupostos básicos, a Corte Constitucional reconhece o ECI e passa a agir como mola propulsora, expedindo ordens de realização de novas políticas públicas a uma pluralidade de agentes estatais, ao mesmo tempo em que assume a coordenação e o monitoramento de toda a situação, a fim de que se possa garantir a superação do ECI e a efetiva concretização dos direitos fundamentais dos grupos mais vulneráveis⁸.

Passa-se, a seguir, à análise de um caso da CCC em que houve uma profunda discussão acerca de eventuais falhas estruturais do sistema de saúde colombiano, que ensejou verdadeira intervenção da corte da política pública de saúde. A análise da *Sentencia* T-760 nos ajuda a compreender a prática do ECI na CCC e a refletir sobre sua aplicabilidade no caso brasileiro.

II. O precedente colombiano no direito à saúde: o caso da *Sentencia* T-760

No caso conhecido como *Sentencia* T-760, a Corte Constitucional da Colômbia analisou 222 *acciones de tutela* consideradas representativas das principais

⁷CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *op. cit.*, p. 179-185.

⁸BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2011. p. 12-13.

temáticas do direito à saúde levadas a juízo. Referidas ações serviram como casos paradigmáticos para que a corte identificasse as principais queixas dos beneficiários, bem como as falhas regulatórias do sistema de saúde colombiano. Outrossim, uma vez identificados esses fatos, a CCC pôde emitir ordens para que o Estado colombiano adotasse medidas efetivas para a garantia da efetivação do direito à saúde, conforme restou consignado logo no início da fundamentação da referida decisão.

O primeiro ponto de destaque da decisão foi a preocupação que a CCC teve de, logo no início da fundamentação do *decisum* – mais precisamente em seu item 3, “*El derecho a la salud como derecho fundamental*” – reforçar a declaração da saúde como direito fundamental. Após retomar a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de que todos possuem o direito de gozar do “mais alto grau de saúde possível”, a corte sustenta o caráter fundamental do direito à saúde, tanto no contexto constitucional colombiano quanto em âmbito internacional, e ainda enfatiza que a própria jurisprudência da CCC já colocava a saúde nesse patamar.

Relevante, também, a declaração de que a saúde, enquanto direito fundamental, possui caráter prestacional, ou seja, demanda ações positivas do Estado colombiano para sua promoção, proteção e efetivação. Trata-se, portanto, de direito de realização progressiva, “*por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho*”⁹.

Nessa linha de raciocínio, a CCC ressalta que a jurisprudência da própria corte reconhece que a progressividade na realização dos direitos sociais, por um lado, impede que o cidadão exija judicialmente o imediato cumprimento de todas as medidas necessárias para a efetivação desses direitos, mas, por outro lado, não constitui um “cheque em branco” para que o Estado se quede inerte na efetivação de políticas públicas para cumprir suas obrigações constitucionais. Sem embargo, a decisão enfatiza a existência de três requisitos que todas as políticas públicas devem conter para garantir um direito constitucional, a saber: (i) a política pública deve, em primeiro lugar, existir, ou seja, deve efetivamente haver “*un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar*”¹⁰; (ii) em segundo lugar, a política pública não deve apenas ter um caráter simbólico, mas sim deve buscar “*garantizar el goce efectivo del derecho*”; (iii) por fim, a última condição representa o reconhecimento da democracia sanitária no sistema de saúde colombiano, posto que a CCC reconhece a efetiva participação democrática como condição essencial para a validade dos processos de decisão, elaboração, implementação e valoração das políticas públicas em saúde.

Nesse sentido, a corte preocupou-se não apenas em revisitar o conceito de saúde como direito fundamental, ressaltando seu caráter prestacional, mas também

⁹COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-760 de 2008*, cit.

¹⁰*Id. Ibid.*

em estabelecer as condições para a avaliação das políticas sociais, notadamente as políticas públicas de saúde. Além disso, a decisão destaca inúmeros documentos internacionais que versam sobre a saúde como direito fundamental – com destaque para a Observação Geral n. 14 de 2000 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas¹¹ –, bem como exemplifica oito possíveis limitações ao direito à saúde, tais como serviços estéticos, tratamento de fertilidade, dentre outros. *É clara a preocupação da corte em fundamentar a importância da saúde como direito fundamental – inclusive para o exercício de outros direitos – e também em explicitar os limites para seu exercício.*

Partindo dessas premissas teóricas, a decisão passa a se debruçar sobre o sistema de saúde colombiano estabelecido pela Lei n. 100/1993, mais precisamente no item 4 da decisão, cujo título é *“El acceso a servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz, garantizado por el derecho fundamental a la salud”*. Num primeiro momento, a decisão destaca o princípio da universalidade de atendimento, que é um dos fundamentos do sistema de saúde colombiano, bem como a competência regulatória do Estado, ao qual compete

(i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley¹².

Ademais, o *decisum* contextualiza as possibilidades de afiliação ao sistema de saúde colombiano (nos planos POS-e POS-S) e, ainda, faz um panorama dos pacotes de serviços abarcados por esses planos. E, sobre o aspecto assistencial, a decisão contém o importante reconhecimento de que todo colombiano possui o direito constitucional de lhe ser garantido *“el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud”*¹³. Esse “acesso efetivo”, estampado no texto constitucional, garante aos cidadãos o direito tanto à cobertura dos tratamentos que foram prescritos pelo médico-assistente quanto ao acesso aos meios diagnósticos necessários para a delimitação de seu quadro clínico.

Outrossim, a decisão reconhece que uma das principais barreiras de acesso ao direito à saúde é o fato de os beneficiários necessitarem de serviços não incluídos no plano de cobertura obrigatória e, assim, ingressarem com ações de tutela para requerer o acesso a esses serviços pela via judicial.

¹¹OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *CESCR General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health (Art. 12)*. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

¹²COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-760 de 2008, cit.*

¹³*Id. Ibid.*

Esse problema é tratado como uma “falha regulatória do Estado” e, portanto, um entrave (ou obstáculo) à efetivação do direito à saúde. Nessa situação, a cobertura é possível caso o indivíduo demonstre que se encontra em situação de pobreza que o impeça de pagar particularmente pelos serviços.

Outras situações de caráter assistencial foram enfrentadas pela decisão, tais como a solução de conflito de opinião médica entre o médico-assistente do paciente e o Comitê Técnico Científico, o pagamento de coparticipações pelos beneficiários (que não pode constituir barreira ao acesso efetivo a tratamentos) e a proteção especial que deve ser dispensada a crianças e idosos, dentre outras questões. O quinto tópico dedica-se à solução dos problemas concretos que deram ensejo à *Sentencia* T-760, os quais foram apreciados à luz da fundamentação teórica e das soluções propostas nos tópicos anteriores.

A Corte Constitucional da Colômbia, no entanto, não se limita a decidir o caso, preocupando-se também em identificar a controvérsia jurídica que fez surgir o problema prático, que, no caso mencionado, eram um conflito entre uma interpretação **garantista e extensiva** das coberturas do plano obrigatório de saúde (POS) – que ampliam o rol de coberturas que devem ser garantidas pelas entidades promotoras de saúde (EPS) – e uma interpretação restritiva dessas coberturas, que busca financiar a menor quantidade possível de serviços.

A partir da identificação dos problemas jurídicos e regulatórios que culminaram na violação reiterada do acesso a serviços de saúde e, por conseguinte, na excessiva judicialização do direito à saúde na Colômbia, a CCC dedicou um capítulo na *Sentencia* T-760 para emitir “ordens” aos órgãos de regulação da saúde para que reestruturassem o sistema de saúde do país, com a finalidade de garantir o efetivo gozo do direito constitucional à saúde.

Cumprido salientar que, no trâmite da referida decisão, foi requerido pela Procuradoria de Justiça, pela Defensoria Pública e por diversos movimentos sociais relacionados à saúde que a CCC declarasse o sistema de saúde colombiano como um estado de coisas inconstitucional, porém o pedido não foi acolhido pela corte. Segundo Parra-Vera e Yamin, citando uma entrevista concedida pelo próprio magistrado proponente da *Sentencia* T-760/08, Manuel José Cepeda Espinosa, o pedido declaratório não foi acolhido por razões de ordem prática:

una declaración de estado inconstitucional de cosas le hubiera concedido al Gobierno un tiempo largo para analizar los defectos del sistema y pensar propuestas para solucionarlos, lo cual en este caso simplemente hubiera producido mayores retrasos¹⁴.

Isso significa que razões de ordem pragmática – evitar maiores atrasos na reformulação da política pública – levaram a CCC a rejeitar o pedido de declaração do ECI. Todavia, o entendimento da corte era no sentido de que o sistema de saúde deveria ser reformulado

¹⁴PARRA-VERA, Oscar. YAMIN, Alicia Ely. *op. cit.*, p. 2591-2649.

de forma significativa em diversos aspectos, dentre eles as coberturas oferecidas pelos planos de benefícios, a proteção do direito à informação em saúde e a universalidade da cobertura.

III. O sistema de saúde brasileiro é um caso de estado de coisas inconstitucional?

Embora, sob o ponto de vista técnico, o precedente colombiano não se caracterize propriamente como uma declaração de ECI, sua menção é útil para uma reflexão sobre eventual aplicabilidade da teoria do estado de coisas inconstitucional ao sistema de saúde brasileiro.

Com efeito, não são poucas as tentativas de tentar enquadrar o sistema de saúde brasileiro nos pressupostos para a decretação de um estado de coisas inconstitucional. Surge, então, a problemática que o presente artigo pretende enfrentar: a teoria do ECI aplica-se ao sistema de saúde brasileiro? A eventual ineficácia prática do Sistema Único de Saúde (SUS) autoriza a declaração do ECI? O sistema de saúde brasileiro precisa que o STF reformule a política pública, assim como a CCC fez com a decisão T-760?

O presente estudo sustenta a inaplicabilidade da teoria do estado de coisas inconstitucional para o sistema de saúde brasileiro, uma vez que ausentes, para o caso brasileiro, os pressupostos teóricos de incidência. Para se compreender o argumento deste artigo, faz-se necessário analisar os argumentos que têm sido utilizados para justificar a aplicação do ECI à saúde no Brasil, bem como tecer algumas considerações acerca da estruturação do sistema de saúde do país.

1. Análise das razões que levam parte da doutrina brasileira a sustentar o ECI para o sistema de saúde brasileiro

Em primeiro lugar, identificaram-se, na doutrina brasileira, dissertações de mestrado, teses de doutorado e artigos científicos que defendem a aplicabilidade da teoria do ECI ao sistema de saúde brasileiro.

Para tanto, foi feita pesquisa em quatro plataformas de artigos científicos (SciELO, Google Acadêmico, Portal de Periódico da Capes e Biblioteca Digital de Teses e Dissertações) com os termos “Estado de Coisas Inconstitucional” e “Saúde”; pesquisa com os mesmos termos foi realizada nas plataformas da *Revista dos Tribunais* e da *Revista de Direito Sanitário*, no portal de busca integrada da Universidade de São Paulo (USP) e no Banco de Dados Bibliográficos da USP (Dedalus). Além das plataformas específicas de busca de artigos científicos e trabalhos acadêmicos, a mesma pesquisa (“Estado de Coisas Inconstitucional” e “Saúde”) foi repetida no buscador *Google*, com a seleção dos artigos que abordavam essa problemática de forma direta ou indireta.

A pesquisa identificou oito trabalhos acadêmicos que, de forma direta, defendem a necessidade de se declarar, por meio de ADPF, o sistema de saúde brasileiro como estado de coisas inconstitucional, e dois artigos que conceituam a teoria do ECI e utilizam o sistema de saúde de forma ilustrativa, conforme Quadro 1.

Quadro 1. Trabalhos acadêmicos sobre a aplicação da teoria do ECI ao sistema de saúde

Autor/Data	Tipo	Plataforma	Conceitos teóricos	Argumentos
Costa; Souza (2019)	Artigo científico	Google Acadêmico	Direitos fundamentais; reserva do possível e saúde; ativismo judicial; separação de poderes; eficácia das normas constitucionais; ECI	Sustenta a existência de um ECI na área da saúde e defende a aplicação da teoria pelo STF, uma vez que o tribunal não pode ser limitado pelo princípio da separação de poderes nem ficar aguardando que os outros poderes se manifestem sobre as lesões.
Martins (2018)	Artigo científico	Google Acadêmico	ECI: conceito e pressupostos	Cita a lição de Pinto (2017) e sustenta a aplicação do ECI sempre que as políticas públicas do Executivo não surtirem efeitos.
Lima (2018)	Artigo científico	Google	Direitos fundamentais; saúde como direito fundamental; desarmonia entre situação fática e norma como situação de inconstitucionalidade; titularidade dos direitos sociais; ECI; ativismo dialógico	O autor caracteriza o sistema de saúde brasileiro como uma situação de ECI e sustenta que a declaração do ECI não será a solução dos problemas, mas poderá ser um passo importante para uma mudança na forma como o Executivo e o Legislativo fazem as políticas públicas.
Couto (2017)	Artigo científico	Google Acadêmico	ECI; sopesamento de valores; Karl Popper; Robert Alexy	Há ECI no sistema de saúde do Brasil como reflexo da dignidade humana; na colisão da saúde com a separação de poderes, esta deve prevalecer; STF precisa agir com ativismo estruturante.
Pinto (2017)	Artigo científico	Google Acadêmico	Desarranjo estrutural; vinculação orçamentária; ECI; falência estrutural das políticas públicas sociais;	A autora identifica a falência estrutural de políticas públicas que possuem vinculação orçamentária, tais como saúde, educação e sistema prisional; sustenta que isso caracteriza o ECI;
Pinto (2016)	Artigo científico	Portal de Periódicos Capes	Direito fundamental à saúde; macrojustiça; microjustiça; ECI	O subfinanciamento do SUS é um problema estrutural decorrente de fragilidade e descontinuidade da política pública; necessidade de declarar ECI por meio de ADPF e emitir ordens relacionadas aos comandos constitucionais que garantem o mínimo a ser aplicado em saúde no orçamento da União.

Continua

Continuação

Autor/Data	Tipo	Plataforma	Conceitos teóricos	Argumentos
Paixão (2016)	Livro	Portal de Busca Integrada da USP	Ativismo judicial; ECI	A autora sustenta a existência de um ECI pelo contraste entre o previsto no texto constitucional e a realidade fática.
Alvarenga (2018)	Dissertação de mestrado	Google	ECI; sistema de saúde brasileiro; descentralização da gestão de saúde; subfinanciamento do SUS; omissões institucionais	O autor identifica entraves para o desenvolvimento do SUS, tais como existência de um federalismo centralizador em contraposição a uma descentralização de gestão do SUS, centralização do financiamento dos direitos sociais na União, subfinanciamento do SUS e ausência de entendimento pacífico sobre a solidariedade dos entes federativos na promoção do direito à saúde; sustenta que o STF deve declarar o ECI para que as entidades responsáveis pela defesa do direito à saúde reformulem a política pública.
Santos; Pereira (2016)	Artigo científico	Google	Controle estrutural das políticas públicas; ECI	Os autores concluem pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na saúde brasileira como mecanismo de superação de bloqueios institucionais e de efetivação deste direito social; aumento do gasto do Ministério da Saúde com judicialização individual; necessidade de ECI para um controle estrutural, dialógico e coordenado da política pública.
Marmelstein (2015)	Artigo científico	Google	ECI	No artigo, o autor afirma que uma declaração do ECI da saúde poderia ajudar na formulação de uma política pública estrutural, impedindo que soluções pontuais, decorrentes da judicialização, causassem ainda mais iniquidade no sistema. Todavia, alerta que o Judiciário tem capacidade limitada e que a superação da violação de direitos fundamentais vai além do voluntarismo judicial.

Elaboração própria.

Conforme pode ser observado no Quadro 1, os artigos partem, em sua grande maioria, da conceituação da saúde como direito fundamental, bem como desenvolvem a conceituação e os pressupostos da teoria do ECI como premissa argumentativa.

Ademais, alguns deles, como os de autoria de Costa e Souza, Martins, Lima, Couto, Paixão, Santos e Pereira, também utilizam como premissa o fato (quase incontestável, na visão dos autores) de o sistema de saúde brasileiro caracterizar-se como um ECI e enxergam no STF o órgão que pode, no exercício da jurisdição constitucional, reorganizar a política pública e fazer com que o Executivo e o Legislativo cumpram o determinado pela Constituição Federal.

Desses autores, vale destacar Costa e Souza, para quem

A Suprema Corte, não pode ficar aguardando, a critério discricionário, que os outros poderes se manifestem a respeito dessas lesões. Como, também, não pode ficar inerte, se sustentando ou se limitando no princípio da separação dos poderes. É de extrema relevância a declaração e aplicação da técnica de Estado de Coisas Inconstitucionais para superação da realidade inconstitucional, seja aplicando os seus efeitos, tais como o efeito de sobrelevação e efeito recíproco, seja intervindo na seara típica dos outros poderes. Assim, com a publicação de sentenças estruturais e fiscalização por um grande número de entidades, o direito fundamental à saúde poderá ser enfim efetivado¹⁵.

Outro autor a ser destacado é Martins, que afirma que

A título de exemplo, no âmbito da saúde, Pinto (2017a) destaca que o piso destinado à saúde também não pode ser objeto de contingenciamento, considerando a previsão expressa no art. 9º, §2º da Lei de Responsabilidade Fiscal e art. 28 da Lei Complementar n. 141/2012, mesmo que seja utilizada a falsa sujeição à programação financeira, nos termos do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ocorre que isto não vem sendo cumprido, segundo Pinto (2017a, p. 9), pois —a União tem mantido, ano após ano, restos a pagar pendentes de processamento desde 2003, para não ter de cancelá-los e compensar proporcionalmente o quanto deixou de aplicar no seu piso em saúde¹⁶.

¹⁵ COSTA, Paulo Victor Rodrigues; SOUZA, Elden Borges. A efetividade do direito fundamental à saúde à luz do Estado de Coisas Inconstitucional. *Rev. Campo Jurídico*, Barreiras-BA, v. 7 n. 2, p. 204-227, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/download/281/459>. <https://doi.org/10.37497/revcampojur.v7i2.281>.

¹⁶ MARTINS, Urá Lobato. Estado de Coisas Inconstitucional: Reflexões acerca do novo instituto e sua aplicabilidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Ius Gentium*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 156-170, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/444> <https://doi.org/10.21880/ius%20gentium.v9i2.444>.

Entre esses autores, por fim, destacam-se ainda Santos e Pereira

A falta de leitos nos hospitais, a escassez de medicamentos nas redes de saúde pública, a infraestrutura deficiente do Sistema Único de Saúde e o acúmulo vertiginoso de demandas judiciais relacionadas à saúde são fatores que se somam a inúmeros outros para provar o mau funcionamento estrutural e histórico do Estado, em todas as suas esferas, como fator da violação de direitos fundamentais dos indivíduos carentes de cuidados médicos. [...] É clara a configuração, portanto, do “Estado de Coisas Inconstitucional” na área da saúde pública brasileira, de acordo com aqueles mesmos moldes apresentados mais acima¹⁷

Por sua vez, em estudo de Marmelstein¹⁸ há a menção, apenas a título exemplificativo, da possibilidade de uma declaração de ECI na área da saúde reduzir litígios individuais e possibilitar “macrosoluções sistêmicas” para a “construção de um plano racional de longo alcance”. O autor, todavia, mostra-se crítico a atribuir ao Poder Judiciário a função de elaborar “soluções de largo alcance” e destaca que a superação de situações de violação sistêmica de direitos depende de fatores que “vão muito além do voluntarismo judicial”.

Os trabalhos de Alvarenga¹⁹ e Pinto²⁰ constroem uma argumentação mais sofisticada para justificar a aplicação do ECI à saúde no Brasil. Com efeito, em Alvarenga, além da análise conceitual e dos pressupostos da teoria do ECI, houve a preocupação de identificar algumas questões estruturais do SUS para justificar a necessidade de uma intervenção do STF na política pública, conforme segue:

Primeiramente retomam-se as conclusões do capítulo anterior em que se constataram entraves para o pleno funcionamento do sistema de saúde pública, quais sejam: i) federalismo centralizador do direito brasileiro em antinomia com a descentralização político-administrativa do SUS; ii) financiamento centralizado do direito social no governo federal; iii) reduzido gasto da verba pública destinado à promoção, proteção e recuperação da saúde, notadamente por parte da União Federal; e

¹⁷SANTOS, Gabriel Faustino; PEREIRA, Camilla Martins Mendes. Em busca de alternativas para a judicialização da saúde: estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Brasília-DF, v. 2, n. 1, p. 67-84, jan./jun. 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/download/544/pdf_1.

¹⁸MARMELSTEIN, George. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica, *cit*.

¹⁹ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. *Da possibilidade de declaração de estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito público) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Alagoas, 2018.

²⁰PINTO, Élda Graziane. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. *Futuros do Brasil: Textos para debate*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 1-13, jun. 2016. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/28232>. Acesso em: 08 abr. 2020 e PINTO, Élda Graziane. Da saúde ao sistema prisional, vivemos um estado de coisas inconstitucional, *cit*.

iv) ausência de entendimento jurídico pacífico com relação à questão da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito e na repartição de competências para sua veiculação equânime e integral²¹.

O autor aponta os referidos entraves estruturais para justificar o subfinanciamento do SUS, bem como aponta condutas omissivas e comissivas (práticas inconstitucionais) do poder público que caracterizariam o ECI. Outro problema identificado pelo autor é a explosão da judicialização da saúde, que contribui para a descoordenação administrativa, ante a ausência de um entendimento pacificado sobre a solidariedade dos entes federativos. O autor sinaliza, como conclusão, a necessidade de uma postura estrutural e dialógica do STF, por meio de ADPF, para a declaração do ECI na área da saúde.

Em Élide Graziane Pinto²², a causa do problema de inefetividade do direito à saúde no Brasil também é relacionado com problemas estruturais. O cerne do problema identificado pela autora reside no crônico subfinanciamento do Sistema Único de Saúde, decorrente da regressividade da participação da União em razão da “diferença de critério para a União em seu piso de custeio, tal como foi estabelecida pela Emenda Constitucional 29/2000 e agravada pelas Emendas 86/2015 e 95/2016”²³. A autora, ainda, caracteriza o ECI na saúde nos seguintes termos:

No caso do direito fundamental à saúde, parece-nos ser inadiável o diagnóstico do Estado de Coisas Inconstitucional quanto à fragilidade e à descontinuidade das políticas públicas que deveriam lhe assegurar efetividade, até para que se evidenciem impasses e omissões históricas na federação brasileira, bem como para que sejam implementadas rotas de pactuação intergovernamental que não sejam preteridas ou fraudadas. Sem o reconhecimento da omissão estrutural do Estado quanto ao arranjo federativo do SUS e ao seu financiamento adequado, ao nosso sentir, não se viabilizará alternativa possível para fazer face ao “quadro de violação massiva e persistente” do direito fundamental à saúde, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária²⁴.

A autora conclui, nesse sentido, pela necessidade de declaração do ECI pelo STF, por intermédio de ADPF, para que nossa corte constitucional possa debater a saúde sob o prisma da “macrojustiça”:

²¹ ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. *op. cit.*, p. 114.

²² PINTO, Élide Graziane. Da saúde ao sistema prisional, vivemos um estado de coisas inconstitucional, *cit.*

²³ *Id. Ibid.*

²⁴ *Id. Ibid.*

o que, por óbvio, passa pela pactuação da governança federativa do SUS, pelo financiamento constitucionalmente adequado da saúde e pelo regime de responsabilidade quanto ao descumprimento de ambos²⁵.

2. Da inaplicabilidade dos pressupostos da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema de saúde brasileiro

2.1. Pressupostos de aplicabilidade do ECI no direito brasileiro: STF e a ADPF n. 347

A incorporação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no direito brasileiro deve ser feita com muito critério, sob pena de banalização de seus pressupostos.

Foi o que fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar da ADPF n. 347, na qual o ministro Marco Aurélio destacou que a atuação do STF, de forma atípica e excepcional, deve ser legitimada mediante a observância de inconstitucionalidades patentes, sendo certo que meras discussões teóricas não possuem esse condão. Ao analisar o problema do sistema carcerário brasileiro, o relator destacou que a “intervenção judicial mostra-se legítima nesse presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais”²⁶.

No caso da ADPF n. 347, duas razões levaram Marco Aurélio a identificar a evidente situação de “paralisia dos poderes políticos”, que caracterizaria um obstáculo intransponível para solucionar a violação massiva e generalizada dos direitos dos presos. Primeiramente, há a sub-representação parlamentar: as pessoas condenadas criminalmente com sentença judicial transitada em julgado têm os direitos políticos suspensos e, por isso, não possuem representação política direta. Em segundo lugar, os presos constituem, nas palavras do ministro do Supremo, “minorias socialmente desprezadas”, seja pela opinião pública, que raramente se preocupa com os direitos fundamentais da população carcerária, seja pelos próprios políticos, que não reivindicam recursos públicos para conferir ao sistema carcerário condições dignas para a ressocialização dos presos.

A aplicação do ECI pressupõe, assim, a existência de bloqueios políticos insuperáveis que exigem a atuação do STF quanto à situação de violação massiva de direitos fundamentais. A esse respeito, destaca Breno Baía Magalhães que a decisão

²⁵PINTO, Éliada Graziane. Da saúde ao sistema prisional, vivemos um estado de coisas inconstitucional, *cit.*

²⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 09 abr. 2020. p. 13.

do STF, no voto do ministro Marco Aurélio, reconheceu a aplicação do ECI em situações nas quais ficam caracterizados “bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos”²⁷.

A declaração do ECI pelo STF visa apenas à superação dos referidos bloqueios institucionais, mas não exclui a responsabilidade dos demais poderes de tomar as medidas necessárias para a correção da política pública que originou o pedido de ECI. Conforme explica Magalhães, com a declaração do ECI, o STF passaria a atuar como “coordenador institucional que produz um efeito desbloqueador, e não como um elaborador de políticas públicas”²⁸.

Da mesma forma, a atuação do Estado e da iniciativa privada diverge em cada um desses sistemas, diferenciando-se quanto à forma de financiamento, ao prestador de serviços e, ainda, aos serviços ofertados. Isso significa que a eficácia da medida exigirá que o Supremo mantenha diálogo com os demais poderes e com a sociedade para “monitorar a eficiência das soluções”²⁹.

2.2 A polêmica em torno do ECI e do sistema de saúde brasileiro

Será que, no caso do sistema de saúde, esses pressupostos mostram-se presentes? Há, para os cidadãos que utilizam o SUS, bloqueios político-institucionais semelhantes àqueles identificados pelo ministro Marco Aurélio no sistema carcerário?

A resposta é negativa. Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que a posituação da saúde como direito social no artigo 6.º, *caput*, do texto constitucional foi o resultado de um movimento social pela reforma sanitária, que “defendia um sistema de saúde público, de acesso universal e de qualidade, à luz de outros sistemas nacionais de saúde, como o do Reino Unido”³⁰. O grande marco histórico desse movimento foi a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, presidida pelo sanitarista Sérgio Arouca e cujo relatório final contém a descrição do desenho institucional do sistema de saúde brasileiro, que posteriormente seria adotado pelo constituinte de 1988.

A opção, naquele momento, foi pela adoção de um sistema nacional de saúde, no qual o financiamento é realizado por meio de impostos e contribuições sociais e com o princípio de “cobertura universal gratuita, a gestão pública e estatal, a prestação dos serviços é pública ou concentrada pelo poder público”³¹.

²⁷ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, p. 6, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272>. Acesso em: 20 out. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

²⁸ *Id.*, p. 7.

²⁹ *Id.*

³⁰ SCHEFFER, Mario Cesar; AITH, Fernando Mussa Abujamra. O sistema de saúde brasileiro. In: MARTINS, Milton de Arruda et al. (Orgs.). *Clínica médica*. 2. ed. Barueri-SP: Manole, 2016. v. 1, p. 355-365.

³¹ *Id.*, p. 2.

Nesse contexto, necessário se faz destacar que a organização dos prestadores, das instituições, dos recursos e das políticas públicas de saúde nos diversos países acarreta o estabelecimento de pelo menos três tipos de sistema de saúde. Assim, sob o ponto de vista da análise comparada de sistemas de saúde, é possível classificar os sistemas em: (i) sistemas nacionais de saúde; (ii) sistemas de seguros sociais; e (iii) sistemas liberais de saúde. Os sistemas nacionais de saúde são financiados predominantemente por impostos e contribuições sociais e possuem o objetivo de propiciar à população o acesso universal, gratuito e integral aos serviços de saúde prestados pelo Estado. Afirma Conill que o *National Health Service* (NHS) inglês, criado em 1948, foi um marco da criação dessa modalidade de sistema, fazendo com que o direito à saúde fosse “dissociado do nível de renda ou do vínculo de trabalho, passando a ser considerado um direito de cidadania”³². Por sua vez, os sistemas de seguros sociais podem ser compreendidos como aqueles que são

financiados por contribuições e geridos por representantes de empregados e trabalhadores. De adesão obrigatória, os seguros são pacotes de benefícios, administrados por fundos com base na área geográfica ou na categoria profissional. O Estado dita regras e regula o campo de ação dos seguros, além de garantir a assistência a desempregados e grupos vulneráveis. Alemanha, França, Áustria, entre outros, seguem esse modelo³³.

Nesse sentido, ainda segundo Conill, os diferentes sistemas de saúde pelo mundo diferenciam-se

quanto à forma como esses serviços são organizados e quanto ao seu desempenho. Essas diferenças são resultado de uma complexa interação entre elementos históricos, econômicos, políticos e culturais específicos de cada sociedade³⁴.

A cristalização do direito à saúde na Constituição Federal de 1988³⁵ (CF/88) é, sem dúvida alguma, uma conquista da reforma sanitária. Segundo Jairnilson Paim, a reforma sanitária não apenas consagrou o direito universal, com sua vinculação ao conceito de seguridade social, como também representou um reforço da própria noção de cidadania no Brasil³⁶.

³²CONILL, Eleonor Minho. Sistemas comparados de saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al. (Orgs.). *Tratado de saúde coletiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. p. 564.

³³SCHIEFFER, Mario Cesar; AITH, Fernando Mussa Abujamra. *op. cit.*, p. 356.

³⁴CONILL, Eleonor Minho. *op. cit.*, p. 563.

³⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

³⁶PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma sanitária brasileira: contribuição para compreensão e crítica* [online]. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/4ndgv/pdf/paim-9788575413593.pdf>.

Com efeito, corolário do reconhecimento do caráter prestacional da saúde, o artigo 196 da CF/88 declarou que a saúde é direito de todos e dever do Estado, determinando que o Estado brasileiro garanta a todos os brasileiros o acesso universal e igualitário aos serviços para a garantia desse direito. Outrossim, a Constituição declarou as ações e serviços de saúde como de relevância pública, determinando sua regulamentação, sua fiscalização e seu controle pelo Estado brasileiro (art. 197, CF/88).

Ademais, ao inserir o direito à saúde no contexto da proteção da seguridade social, o texto constitucional determinou como dever do Estado a efetivação desse direito mediante políticas econômicas e sociais para sua promoção, proteção e recuperação, bem como que fosse garantido a todos os cidadãos brasileiros o acesso universal e igualitário aos respectivos ações e serviços (art. 196, CF/88).

O artigo 196 da CF/88 constitui a linha mestra da construção do sistema de saúde brasileiro. O texto constitucional previu também o Sistema Único de Saúde financiado com recursos públicos (art. 198, §1, CF/88) e constituído em uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral; e (iii) participação da comunidade.

Acerca da regionalização e descentralização do SUS, necessário se faz consignar que o texto constitucional, ao fazer a repartição de competências entre os entes federativos, prevê em seu artigo 23, inciso II, a competência comum de todos os entes federativos para cuidar da saúde e assistência pública (federalismo cooperativo); e no artigo 24, inciso XII, estabelece a competência concorrente de todos os entes federativos para regulamentar a defesa da saúde (repartição horizontal de competências).

Além disso, a Constituição não se preocupou com a organização apenas da prestação dos serviços de saúde, mas também das ações relacionadas ao sistema nacional de vigilância sanitária como competência do SUS (art. 200), demonstrando a preocupação do constituinte não somente com as ações médicas de caráter assistencial, como também com a proteção de outros determinantes sociais de saúde, tais como ações de caráter epidemiológico e vigilância sanitária, fiscalização da segurança de medicamentos e alimentos, proteção da saúde do trabalhador e proteção do meio ambiente.

Ademais, o texto constitucional foi regulamentado pela Lei n. 8.080/1990³⁷, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que reforçou o reconhecimento da saúde

³⁷BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

como direito fundamental (art. 2.º), bem como especificou os objetivos do SUS (art. 5.º) e declarou os princípios e diretrizes do sistema, dentre os quais destacam-se a universalidade de acesso aos serviços, a integralidade de assistência, a igualdade de assistência à saúde, a descentralização político-administrativa e a participação da comunidade (art. 7.º, I, II, IV, VIII e IX).

Não se pretende, aqui, fazer uma descrição exaustiva do sistema de saúde brasileiro, mas apenas demonstrar: (i) que a adoção de um sistema nacional de saúde no Brasil foi uma conquista social, fruto da redemocratização da sociedade e de uma concepção da saúde como direito de cidadania; (ii) que o texto constitucional e a legislação pátria declaram a saúde como direito fundamental, bem como descrevem, de forma exaustiva, os princípios, as diretrizes, a forma de custeio e a estrutura institucional que o Estado deve adotar para garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde, inclusive com um complexo sistema de vigilância sanitária; (iii) que a participação da comunidade constitui um dos princípios que iluminam a elaboração das políticas de saúde.

Assim, não há que se falar em falha estrutural intransponível para a efetivação do direito à saúde no Brasil, a justificar a intervenção do STF na coordenação dos respectivos responsáveis pela elaboração e implementação da política de saúde.

É preciso deixar claro que se reconhecem todos os problemas diários vivenciados pela sociedade brasileira, principalmente pelos mais vulneráveis, quando da utilização dos serviços públicos de saúde, tais como falta de leitos, indisponibilidade de medicamentos, longo tempo de espera para agendamento e realização de exames, dentre outros, tampouco se discorda dos problemas crônicos de subfinanciamento do SUS descritos por Élidea Pinto. Trata-se, no entanto, de problemas que devem ser superados por meio da participação da sociedade nos fóruns políticos, seja nos espaços institucionais criados no próprio SUS para a participação da comunidade, seja cobrando do Poder Executivo e do Congresso Nacional para que sejam efetivamente implementadas medidas para a melhoria da saúde pública.

A esse respeito, necessário se faz destacar que inexistente bloqueio político para que os cidadãos brasileiros, em especial os usuários do SUS, se façam ouvir pelas autoridades sanitárias e influenciem a tomada de decisão. Com efeito, a participação da comunidade constitui um dos princípios do SUS, sendo certo que existem espaços institucionais que permitem a participação direta da sociedade na gestão do sistema.

A esse respeito, destaca Aith que

O campo do Direito Sanitário possui, nesse contexto, uma função de modelo paradigmático de forma de organização estatal para a consecução dos objetivos constitucionais democráticos. O SUS possui canais de participação direta da sociedade na sua gestão e na elaboração das normas que o regem. Destaque-se, no âmbito do Poder Executivo, as Conferências Nacional, Estadual

e Municipal de Saúde, os Conselhos de Saúde e as audiências públicas. No âmbito do Poder Legislativo podemos destacar os projetos de lei de iniciativa popular (C.F., Art. 14, III e 61, §2.º) e também as audiências públicas³⁸.

As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde constituem instâncias de efetivação da democracia sanitária – ou seja, de participação da comunidade – e, portanto, permitem a influência no conteúdo da política de saúde e na elaboração de suas normas. Nas palavras de Aith,

a democracia sanitária constitui um princípio constituinte do próprio direito à saúde, que deverá ser sempre considerado na produção, interpretação e aplicação concreta das normas jurídicas de saúde. O princípio da democracia sanitária desponta como um mandado de otimização do Direito na aplicação concreta do direito à saúde³⁹.

Ademais, além da participação direta da comunidade, é de se ressaltar que o tema da saúde pública possui bastante apelo no Congresso Nacional (ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o sistema prisional). A esse respeito, o ministro Marco Aurélio, em seu voto na Medida Cautelar na ADPF n. 347, fez exatamente esta comparação:

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não pautar a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional⁴⁰.

Dessa forma, não há que se falar em bloqueios políticos para que os cidadãos sejam ouvidos nas instâncias decisórias do SUS. A atuação da suprema corte, nos moldes preconizados pela teoria do ECI, não pode ser banalizada – não se pode perder de vista que o ECI, em sua origem, teve o objetivo de possibilitar

³⁸ AITH, Fernando Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2006. p. 261-262. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/pt-br.php>. Acesso em: 08 abr. 2020.

³⁹ AITH, Fernando Abujamra. *Direito à saúde e democracia sanitária*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 113.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, *cit.*

o enfrentamento da violação massiva de direitos fundamentais de uma minoria vulnerável e excluída das instâncias políticas – a ponto de fazer com que o Poder Judiciário seja utilizado para suprir eventuais falhas no debate político ou como órgão salvador da pátria para suprir problemas de representação e participação cuja superação depende, na verdade, de uma atuação presente e eficaz de diversos atores sociais na vida política da sociedade brasileira.

Aliás, coloca-se até em questão se, no caso do sistema de saúde brasileiro, o Poder Judiciário é a instância indicada para reformular a política de saúde. Comparando-se o caso brasileiro com o que ocorreu na Colômbia com a decisão T-760, cumpre destacar que muitas das inovações inseridas por aquela decisão no ordenamento jurídico colombiano (como a reafirmação da saúde como direito fundamental, a previsão de acesso a diversos serviços de saúde pelos cidadãos, o dever do Estado de efetivar as políticas de saúde de forma progressiva e de adotar mecanismos de supervisão e prestação de contas, o direito dos cidadãos de participar da elaboração da política pública) já estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, se por um lado a *Sentencia* T-760 foi um marco para o reconhecimento da saúde como direito de cidadania e para a estruturação institucional do sistema de saúde colombiano, no Brasil uma intervenção como essa mostra-se desnecessária e até contraindicada⁴¹.

Também a judicialização do direito à saúde não pode ser, por si só, uma justificativa para a declaração do ECI na saúde. Em primeiro lugar, a judicialização da saúde ocorre justamente pelo fato de a ordem jurídica brasileira declarar que a saúde é um direito fundamental e, enquanto direito, habilita o cidadão a recorrer ao Judiciário toda vez que sofrer lesão ou ameaça de lesão, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5., XXXV, CF/88). Todavia, isso não significa transferir para o Poder Judiciário a responsabilidade de elaborar (ou “corrigir”) a política pública de saúde, o que pode, na verdade, ter efeito reverso e aumentar as iniquidades no acesso à saúde no Brasil. Na verdade, a intervenção do Judiciário na política de saúde tem sido compreendida mais como um desafio para a organização da política de saúde pelo Executivo do que como um corretor de iniquidades do sistema.

A esse respeito, destaca Octávio Luiz Motta Ferraz que a judicialização da saúde, em si, não deve ser necessariamente compreendida como um fenômeno deletério em um Estado Democrático de Direito. Alerta, entretanto, que no Brasil esse fenômeno tem sido descrito em diversos estudos como “fonte crescente e preocupante de desorganização administrativa do sistema público de saúde [...]”⁴². Aliás,

⁴¹ MARMELSTEIN, George. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica, *cit.*

⁴² FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, p. 2, set./dez. e1934, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712/77053>. Acesso em: 20 out. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>.

muitos dos problemas identificados pela doutrina brasileira, como o subfinanciamento, para defender a aplicação do ECI ao sistema de saúde não são corrigidos pela judicialização da saúde. A esse respeito, ainda de acordo com Ferraz, a intervenção do Poder Judiciário não é, na maioria das vezes, motivada pelos problemas do sistema de saúde, de modo que “não ataca o subfinanciamento, o subdesempenho e as persistentes desigualdades da atenção básica, dos medicamentos essenciais, dos determinantes sociais da saúde, sentidos principalmente pelos mais pobres”⁴³.

O argumento do presente artigo é que o sistema de saúde brasileiro não se enquadra nos pressupostos de aplicabilidade do ECI. Não há, no caso da saúde, a chamada sub-representação parlamentar nem a violação massiva de direitos fundamentais voltados a uma minoria socialmente desprezada, como ocorre, por exemplo, no sistema carcerário que motivou o precedente do STF na ADPF n. 347. Argumenta-se, ademais, que, embora a saúde seja direito fundamental protegido pela inafastabilidade da jurisdição, não se pode transferir para o Poder Judiciário a responsabilidade pela formulação e/ou coordenação da política pública de saúde.

O entendimento ora esboçado é o de que a teoria do ECI deve ser incorporada com critério e que as tentativas de alargamento de seus pressupostos para enquadrar situações que, originalmente, não seriam tratadas como ECI podem prejudicar e estigmatizar um instrumento que pode ser muito útil para o direito brasileiro em casos que restar caracterizada a existência de bloqueio institucional para a defesa do direito de minorias socialmente desprezadas.

A sociedade brasileira possui inúmeros desafios em que a declaração do ECI apresenta-se como técnica decisória promissora. O instituto poderá ser utilizado, desde que respeitados os pressupostos de cabimento, para que seja superado o estado de coisas inconstitucional em relação a grupos minoritários como quilombolas, ciganos, índios e presos (como já declarado pelo STF), bem como grupos vulneráveis de usuários de drogas (caso da Cracolândia no município de São Paulo).

Considerações finais

Na primeira parte do artigo, foi exposto o surgimento da teoria do ECI a partir da jurisprudência da CCC, por meio da qual foi possível construir o conceito e detalhar os pressupostos de aplicabilidade do instituto. Por sua vez, a segunda parte do artigo destinou-se à análise de um caso paradigmático da CCC – a *Sentença T-760* – no qual a corte colombiana reafirmou o direito à saúde como direito fundamental e realizou verdadeira reestruturação do sistema de saúde colombiano. E, na terceira parte do artigo, foi apresentada a revisão bibliográfica que identificou os trabalhos acadêmicos que defendem a aplicabilidade da teoria do ECI ao sistema

⁴³FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *op. cit.*, p. 3.

de saúde brasileiro. Nesse contexto, foram apresentados os argumentos que levam os autores a sustentar a possibilidade de o STF, em sede de ADPF, declarar o ECI e reformular a política de saúde do SUS.

Ao contrário do defendido pelos autores mencionados, o presente artigo pretendeu demonstrar que a utilização do ECI deve sempre se pautar pelo preenchimento e pela adequação de seus pressupostos ao caso apresentado. Em suma, para a declaração do ECI, deve existir massiva e reiterada violação de direitos fundamentais de minorias estigmatizadas em função de omissões estatais estruturais, decorrentes de bloqueios políticos e/ou institucionais.

Nesse sentido, procurou-se demonstrar que os referidos pressupostos, definitivamente, não estão presentes no caso do Sistema Único de Saúde, uma vez que, embora se reconheça que na prática possa haver um problema de subfinanciamento crônico do SUS, bem como a ocorrência de situações que possam ser caracterizadas como violações a direitos fundamentais dos usuários do SUS (falta de leitos, longa espera para exames e internações, ausência de medicamentos e materiais, dentre outros), inexistem bloqueios políticos e institucionais para que essas violações sejam superadas pelos próprios mecanismos institucionais existentes.

A incorporação do instituto do ECI pode ser, de fato, muito útil para fazer com que o Estado brasileiro enfrente problemas que, historicamente, maculam as instituições pátrias. Pode, ainda, ter um efeito emancipador para minorias que são reiteradamente menosprezadas pela classe política. Não se pode, todavia, banalizar o instituto (“tudo é inconstitucional”) a ponto de conferir ao Poder Judiciário excessiva discricionariedade para selecionar quais “inconstitucionalidades do estado das coisas” são toleráveis e quais justificam a declaração do ECI.

Referências

AITH, Fernando Abujamra. *Direito à saúde e democracia sanitária*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

AITH, Fernando Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2006. v. 1. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/pt-br.php>. Acesso em: 08 abr. 2020.

ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. *Da possibilidade de declaração de estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito público) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.

ANDREA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2011.

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

CONILL, Eleonor Minho. Sistemas comparados de saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al. (Orgs.). *Tratado de saúde coletiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

COSTA, Paulo Victor Rodrigues; SOUZA, Elden Borges. A efetividade do direito fundamental à saúde à luz do Estado de Coisas Inconstitucional. *Rev. Campo Jurídico*, Barreiras-BA, v. 7 n. 2, p. 204-227, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/download/281/459>. <https://doi.org/10.37497/revcampojur.v7i2.281>.

COUTO, Souza. Cem miligramas de Alexy a Popper: prescrição para a saúde do povo brasileiro. *Revista de Direito da UNIFACS*, n. 203, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4783>. Acesso em: 08 abr. 2020.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, p. 1-39, set./dez. e1934, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712/77053>. Acesso em: 20 out. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>.

LIMA, Rodrigo de Luna. O estado de coisas inconstitucional da saúde e o necessário diálogo institucional entre as funções estatais. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, v. 10, n. 2, p. 111-132, 2018. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-7.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020. <https://doi.org/10.54275/raesmpce.v10i2.109>.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272>. Acesso em: 20 out. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

MARMELSTEIN, George. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Orgs.). *Diálogos jurídicos luso-brasileiros*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MARTINS, Urá Lobato. Estado de Coisas Inconstitucional: Reflexões acerca do novo instituto e sua aplicabilidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Ius Gentium*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 156-170, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/444> <https://doi.org/10.21880/ius%20gentium.v9i2.444>.

PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma sanitária brasileira: contribuição para compreensão e crítica* [online]. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/4ndgv/pdf/paim-9788575413593.pdf>.

PAIXÃO, Juliana Patricio. *Estado de coisas inconstitucional: sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PARRA-VERA, Oscar. YAMIN, Alicia Ely. La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica. In: CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana; ADAO, Martín (Coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. p. 2591-2649. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

PINTO, Élide Graziane. Da saúde ao sistema prisional, vivemos um estado de coisas inconstitucional. *Consultor Jurídico*, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/contas-vista-saude-aos-presidios-temos-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 08 abr. 2020.

PINTO, Élide Graziane. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. *Futuros do Brasil: Textos para debate*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 1-13, jun. 2016. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/28232>. Acesso em: 08 abr. 2020.

SANTOS, Gabriel Faustino; PEREIRA, Camilla Martins Mendes. Em busca de alternativas para a judicialização da saúde: estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Brasília-DF, v. 2, n. 1, p. 67-84, jan./jun. 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/download/544/pdf_1.

SCHEFFER, Mario Cesar; AITH, Fernando Mussa Abujamra. O sistema de saúde brasileiro. In: MARTINS, Milton de Arruda et al. (Orgs.). *Clínica médica*. 2. ed. Barueri-SP: Manole, 2016. v. 1, p. 355-365.

Gianfranco Faggin Mastro Andréa – Doutorando e mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; especialização em Direito Público pela Faculdade Direito Damásio de Jesus; graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor titular de Direito da Universidade Paulista. Analista do Ministério Público Federal em São Paulo. São Paulo/SP, Brasil. *E-mail*: professorgianfaggin@gmail.com

Marcos Paulo Falcone Patullo – Doutor em Ciências pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FM/USP); mestrado e graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (Napdisa-USP). Advogado. São Paulo/SP, Brasil. *E-mail*: marcos.patullo@usp.br