



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS –
UFAL PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-
GRADUAÇÃO
COORDENADORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE
ALAGOAS

GUILHERME EMMANUEL LANZILLOTTI ALVARENGA

**DA POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA**

MACEIÓ-AL

2018

GUILHERME EMMANUEL LANZILLOTTI ALVARENGA

**DA POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

MACEIÓ-AL

2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante

A473d Alvarenga, Guilherme Emmanuel Lanzillotti.
 Da possibilidade de declaração do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira / Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga. – 2018.
 174 f.

Orientador: Andreas Joachim Krell.
 Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 163-174.

1. Estado de coisas inconstitucional. 2. Ativismo judicial. 3. Políticas públicas. 4. Saúde pública - Brasil. I. Título.

CDU: 342.56



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



GUILHERME EMMANUEL LANZILLOTTI ALVARENGA

**“DA POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA
SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. ANDREAS JOACHIM KRELL

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior (UFAL)

Julgamento: Aprovado (9,0) Assinatura: _____

Prof. Dr. George Sarmiento
FDA/UFAL
george_sarmiento@hotmail.com
+55(82) 9314-1414

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (UFAL)

Julgamento: Aprovado (9,0) Assinatura: _____

Prof. Dr. Márcio Oliveira Rocha (convidado externo/UNEAL)

Julgamento: Aprovado (7,0) Assinatura: _____

Maceió, 16 de maio de 2018.

Dedico este trabalho ao Dr. Sebastião, saudoso tio Carnut, e à minha mãe Regina, pelo apoio na carreira jurídica e na formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação de mestrado não poderia chegar a bom porto sem o precioso apoio das seguintes pessoas.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Andreas Joachim Krell, pela orientação, atenção e momentos de trocas de experiência que muito concorreram para a conclusão desta dissertação.

Não posso deixar de mencionar os professores doutores George Sarmiento e Alberto Jorge, que enriqueceram com suas contribuições no momento da banca de qualificação.

Aos colegas e amigos da minha turma, que cooperaram com indicações relevantes na produção deste trabalho, como no decorrer do curso, em especial a Janaína Helena, Douglas Bastos, Nigel Stewart, Cecília Monte, Bruno Batista, Daniel Borba, Jéssica Antunes e Márcio Torres.

Desejo ainda mencionar a amiga Thaiana Midlej pelo alerta sobre a teoria colombiana do estado de coisas inconstitucional, fio condutor desta dissertação; ao amigo Plínio Baima, por ter me ajudado a compreender o contexto acadêmico; e a amiga Laila Cavalcante, na vivência profissional da judicialização da saúde, com enfoque estrutural e dialógico com as instituições essenciais à Justiça.

Por último, quero agradecer a Deus e aos demais mentores espirituais, à minha família e amigos pelo apoio incondicional que me deram; ao doutor e professor Luiz Fernando Couto, incentivador para que eu seguisse a carreira pública; à minha mãe Regina e tia Haydée, pelos comentários e estímulo ao longo da elaboração deste trabalho.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo apurar a possibilidade de declaração do estado de coisas inconstitucional no setor da saúde pública brasileira. Parte-se da premissa de que a aplicação material da teoria colombiana na saúde pública brasileira pode viabilizar a adoção de medidas conjuntas e coordenadas na formulação e implementação de políticas públicas necessárias para a sua superação, com alocação inclusive de recursos orçamentários a fim de que sejam corrigidas falhas estruturais da política pública e das entidades públicas responsáveis pela prestação do serviço na área de saúde. Neste sentido, restaria extirpado este estado de inconstitucionalidade e concretizado o direito fundamental à saúde para a coletividade, sem distinção. A saúde pública brasileira nos estados e municípios da Federação vive um colapso devido à inércia, falta de estrutura e de gestão das secretarias de saúde, além da ausência de verba pública necessária a atender ao setor, gerando uma violação não somente à saúde e ao bem-estar, mas também à dignidade humana e à vida da população carente deste serviço público. O presente trabalho intenta identificar as iniquidades e paradoxos existentes no sistema de saúde que merecem extirpação, com a consequente reformulação de política pública nacional, a partir de um olhar atento à gênese do problema. Entre as iniquidades existentes no sistema federativo e de saúde, destacam-se: *i*) federalismo centralizador do direito brasileiro na normatividade das políticas públicas em antinomia com a descentralização político-administrativa do SUS; *ii*) financiamento centralizado do direito social no governo federal, devido à primazia de arrecadação por parte da União; *iii*) reduzido gasto da verba pública destinada à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, notadamente por parte da União Federal; e *iv*) ausência de entendimento jurídico pacífico com relação à questão da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito e à repartição de competências para a sua veiculação equânime e integral. A pesquisa será descritivo-comparativa, revelando as características e o funcionamento dos sistemas de saúde brasileiro e colombiano, demonstrando ainda a postura estrutural da Corte Constitucional Colombiana acerca da judicialização da saúde naquele país, em relação ao embrionário pensamento estrutural e de racionalização da judicialização do direito social no Brasil, com intuito de, através de uma macrovisão sistêmica, reduzir os litígios e, conseqüentemente, efetivar o direito à saúde. A adoção material da teoria do estado de coisas inconstitucional com decisões que reconheçam a exigibilidade do direito a saúde; ordens estruturais moderadas deixando o mérito da política pública para os poderes legitimamente competentes; a participação da sociedade no debate e monitoramento forte das decisões emanadas, com deliberação democrática na fase de execução das medidas e a adoção dos remédios dialógico-estruturais de reforma da política pública de saúde nacional constituem o remédio estrutural adequado para sanar a situação caótica das ações e serviços públicos de saúde no Brasil.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional; ativismo judicial dialógico-estrutural; reforma; política pública; saúde pública.

ABSTRACT

The present dissertation aims to investigate the possibility of declaring the unconstitutional state of things in the Brazilian public health sector. It is based on the premise that the material application of the Colombian theory in Brazilian public health can make feasible the adoption of joint and coordinated measures in the formulation and implementation of public policies necessary for its overcoming, including allocation of budgetary resources to correct the structural flaws of the public policy and of the public entities responsible for providing the service in the health area. In this sense, this state of unconstitutionality would be extirpated and the fundamental right to health for the community without distinction concretized. Brazilian public health in the states and municipalities of the federation is experiencing a collapse due to inertia, lack of structure and management of health secretariats, as well as the lack of public funds needed to serve the sector, generating a violation not only of health and well-being but also the human dignity and the life of the population in need of this public service. The present work will identify the inequities and paradoxes existing in the health system that deserve extirpation, with the consequent reformulation of national public policy, from a careful look at the genesis of the problem. Among the inequities existing in the federative and health system, the following stand out: i) centralizing federalism of Brazilian law in the normativity of public policies in antinomy with the political-administrative decentralization of SUS; ii) centralized financing of social law in the federal government, due to the primacy of collection by the Union; (iii) reduced spending of public funding for health promotion, protection and recovery, notably by the Federal Government; and (iv) lack of a peaceful legal understanding regarding the solidarity of federal entities in the provision of the right and the sharing of competencies for its equitable and integral transmission. The research will be descriptive-comparative revealing the characteristics and functioning of the Brazilian and Colombian health systems, also showing the structural position of the Colombian Constitutional Court on the judicialization of health in that country, in compensation with the embryonic structural thinking and rationalization of the judicialization of the social law in Brazil, with the aim of, through a systemic macro vision, can reduce litigation and, consequently, make the right to health as possible. The material adoption of the theory of the unconstitutional state of things with decisions that recognize the enforceability of the right to health; moderate structural orders leaving the merit of public policy to the legitimately competent Powers and the participating society itself in the debate and strong monitoring of the decisions emanated, from participatory mechanisms with democratic deliberation in the phase of execution of the measures, and the adoption of dialogical-structural remedies of national public health policy reform tends to be a suitable structural remedy to cure the diseases that live the actions and public health services in Brazil.

Keywords: unconstitutional state of things; dialogical-structural judicial activism; reform; public policy; public health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
- ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADI - Ação Direita de Inconstitucionalidade
- ADO - Ação de Inconstitucionalidade por Omissão
- ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AGU - Advocacia Geral da União
- ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária
- ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar
- APM - Associação Paulista de Medicina
- ASPS - Ações e Serviços Públicos em Saúde
- CCC - Corte Constitucional Colombiana
- CFM - Conselho Federal de Medicina
- CGU - Controladoria Geral da União
- CNJ - Conselho Nacional de Justiça
- CNS – Conselho Nacional de Saúde
- CONASS - Conselho Nacional de Secretários de Saúde
- CPC - Código de Processo Civil
- CPMF - Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira
- CREAS - Comissão de Regulação em Saúde
- CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil
- CSS - Contribuição Social para a Saúde
- CTC – Comitês Técnico-Científicos
- DENASUS – Departamento Nacional de Auditoria do SUS
- DESC- Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
- DRU - Desvinculação das Receitas da União
- EC - Emenda Constitucional

ECI- Estado de Coisas Inconstitucional

ESF - Equipes de Saúde da Família

EPS - Entidades Prestadoras de Saúde

EUA - Estados Unidos da América

FOSYGA - Fundo de Solidariedade e Garantias em Saúde

FUNPEN - Fundo Penitenciário Nacional

HER-2 - *Human Epidermal growth factor Receptor-type 2*

HIV - Síndrome de Imunodeficiência Adquirida

ICMS - Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação

IDH - Índice de Desenvolvimento Humano

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

IPS - Instituições Prestadoras de Saúde

IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano

IPVA - Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

ITBI - Imposto de Transmissão de Bens imóveis

ITCMD – Imposto sobre Transmissão Causa *Mortis* e Doação

ITR – Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural

IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte

ISS - Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza

IVA - Imposto sobre Valor Agregado

LC - Lei Complementar

LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias

LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal

NOAS - Normas Operacionais de Assistência à Saúde

NOB - Normas Operacionais Básicas

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OMS - Organização Mundial de Saúde

ONGs - Organizações Não Governamentais

ONU - Organização das Nações Unidas

OSS - Orçamento da Seguridade Social

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PL – Projeto de Lei

PLS - Projeto de Lei do Senado

PLP - Projeto de Lei Complementar

PIB - Produto Interno Bruto

POS - Plano Obrigatório de Saúde

PSOL - Partido Socialismo e Liberdade

RCL - Receita Corrente Líquida

RE - Recurso Extraordinário

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos

RSB - Reforma Sanitária Brasileira

SGSSS - Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde

SIOPS - Sistema de Informações e Orçamentos Públicos de Saúde

SNS - Superintendência Nacional de Saúde

STF - Supremo Tribunal Federal

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

SU- *Sentencia de Unificación*

SUS - Sistema Único de Saúde

T - *Sentencia de Tutela*

TAC- Termos de Ajuste de Conduta

TCU - Tribunal de Contas da União

TUNEP - Tabela Nacional de Equivalência de Procedimentos

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UBS - Unidades Básicas de Saúde

UPA - Unidades de Pronto Atendimento

UPC - Unidades de Pagamento por Captação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA COLÔMBIA	20
2.1 Constitucionalismo Social Colombiano	20
2.2 Origem do ECI e os Litígios Estruturais.....	23
2.3 Evolução Jurisprudencial	28
2.4 A <i>Sentencia</i> T-025, de 2004, e a Consagração dos Pressupostos da Declaração do ECI..	30
2.5 As Ações de Tutela no Direito Colombiano.....	32
2.6 O Ativismo Dialógico Estrutural, Efeitos da Declaração e o Acompanhamento pela Corte Constitucional.....	35
2.7 A Evolução Jurisprudencial do Direito à Saúde pela CCC e a <i>Sentencia</i> T-760, de 2008...	41
3 O SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRO DESCENTRALIZADO NO FEDERALISMO CENTRALIZADOR E A CONSEQUENTE JUDICIALIZAÇÃO MASSIVA DO DIREITO SOCIAL	59
3.1 Constitucionalismo Social Brasileiro e o Direito Fundamental à Saúde.....	59
3.2 Sistema Único de Saúde (SUS)	65
3.2.1 Histórico do direito à saúde no Brasil e a Constituição de 1988.....	65
3.2.2 Descentralização do Sistema Único de Saúde (SUS).....	68
3.2.3 O (sub)financiamento do SUS no federalismo centralizado brasileiro com estrutura de saúde descentralizada	74
3.2.4. Solidariedade dos entes federativos na prestação do serviço	89
3.3 Evolução Jurisprudencial do Direito à Saúde no Brasil	93
4 AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	107
4.1 Omissões Inconstitucionais Normativas e Não Normativas	107
4.2 Instrumentos Clássicos de Declaração de Inconstitucionalidade e o Ativismo Dialógico Estrutural.....	109
4.3 Da Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no SUS.....	114
5 CONCLUSÃO	144

REFERÊNCIAS.....	153
------------------	-----

1 INTRODUÇÃO

Consta no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal de 1988 que “são direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Adiante nos artigos 196 e 197, a Carta Magna garante que o direito fundamental à saúde é de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Entretanto, no plano fático, referido direito fundamental social vem sendo violado pelas autoridades públicas, que se mostram indiferentes com relação ao colapso que vive o serviço público de saúde atualmente. Pesquisa realizada pela Datafolha, encomendada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), verificou que de seis em cada dez brasileiros consideram a saúde do país como ruim ou péssima, enquanto este qualificador foi de 54% dos entrevistados ao avaliar o Sistema Único de Saúde (SUS). O instituto avaliou ainda a porcentagem dos entrevistados que deram nota zero e cinco para a saúde no país em uma escala de zero a dez, obtendo os seguintes resultados: 24% pontuaram zero para a saúde em geral e 20% deram cinco, enquanto 18% atribuíram zero para o SUS e 19%, cinco (DATAFOLHA, 2015).

Há ainda o fato de que no decorrer de cinco anos, cerca de R\$ 502 milhões de recursos públicos do SUS foram aplicados irregularmente por municípios, instituições públicas e particulares. Este valor cobrado pelo Ministério da Saúde refere-se a irregularidades identificadas em 1.339 auditorias feitas entre 2008 e 2012 pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS (DENASUS) (FOLHA DE SÃO PAULO, 2013). Relatório confeccionado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), como resultado de dez auditorias realizadas em dez estados, mostrou que 95% das 119 Unidades Básicas de Saúde (UBSs) e 35 Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), que totalizam investimentos de R\$ 137 milhões, apresentaram atrasos injustificados, além da ausência de providências para a retomada das obras, constatada em 21 intervenções (HOJE EM DIA, 2016).

Já na pesquisa realizada por Dias e Laurinho (2016, p. 8-9), com base nas auditorias realizadas pela Controladoria-Geral da União (CGU) em municípios, no período de 2009 a

2012, evidenciou-se que 86,73% dos municípios que receberam repasses da União para a área da saúde apresentaram pelo menos um problema relacionado à licitação neste setor, destacando-se que os recursos referentes à amostra referem-se ao montante de R\$ 631.091.483,96.

Devido à inércia e a falhas estruturais das entidades responsáveis pelo acesso às ações e serviços públicos de saúde, constata-se uma corrida ao Judiciário para vindicação do direito, que se comprova através de estudo formalizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ); este concluiu que no período entre 2011 e 2016 houve uma quintuplicação do número de demandas em saúde, com 1.346.931 processos pendentes de julgamento no ano de 2016.

Diante deste contexto de violação da dignidade humana da população brasileira, devido às históricas e corriqueiras falhas na prestação do serviço público de saúde em todo o país, causadas por paradoxos e iniquidades presentes no SUS, bem como na política nacional de saúde, a aplicação material da teoria colombiana do estado de coisas inconstitucional (ECI) na saúde pública brasileira pode viabilizar a adoção de medidas conjuntas e coordenadas na formulação e na implementação de políticas públicas necessárias para sua superação, com a alocação de recursos orçamentários a fim de que seja corrigida esta falha estrutural das entidades públicas responsáveis pela prestação do serviço na área de saúde. Desse modo, restaria extirpado este estado de inconstitucionalidade e concretizado o direito fundamental à saúde para a coletividade, sem distinção.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio, revelou-se simpático à importação da teoria do estado de coisas inconstitucional no setor carcerário brasileiro, diante da crise do sistema prisional nacional, com superlotação dos presídios e tratamento degradante dos presos. A Suprema Corte concedeu parcialmente liminar requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), determinando que os juízes e tribunais passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas, contadas do momento da prisão, e que a União liberasse, sem nenhum tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para a utilização na finalidade para que foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Foi a primeira vez que a Suprema Corte brasileira fundamentou sua decisão na doutrina sul-americana a fim de equacionar a crise institucional do sistema penitenciário nacional. Diante da gravidade excepcional do quadro, a Corte se afirma legitimada a emanar

mandamentos estruturais genéricos, mas sem especificar qual política pública deve ser adotada, deixando a cargo das entidades legitimadas constitucionalmente, em conjunto com os setores sociais afetados, a discussão democrática da reformulação das políticas, com a alocação de recursos orçamentários e a coordenação de medidas concretas necessárias a fim de aniquilar o estado de inconstitucionalidade.

Nota-se, contudo, que não é só o sistema prisional nacional que vive um estado de coisas inconstitucional atualmente, restando claro que a saúde pública brasileira nos estados e municípios da Federação vive um colapso devido à inércia, à falta de estrutura e de gestão das secretarias de saúde, além da ausência de verba pública necessária a atender ao setor, gerando uma violação não somente à saúde e ao bem-estar, mas também à dignidade humana e à vida da população carente deste serviço público, conforme se revela em pesquisa realizada pelo Datafolha, encomendada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pela Associação Paulista de Medicina (APM). A pesquisa revelou que 87% se sentem insatisfeitos em relação ao SUS (CFM, 2014).

O objeto da presente dissertação é tema atual e necessário para inclusão na pauta da Suprema Corte brasileira, porquanto se demonstrará no decorrer do estudo a indispensável adoção material das ordens estruturais da teoria do estado de coisas inconstitucional da saúde pública brasileira nos três entes da Federação, e como consequência, a imprescindibilidade de propositura de medidas conjuntas e coordenadas na formulação, implementação de políticas públicas e alocações orçamentárias no serviço público de saúde, com a participação de todos os Poderes da República em suas três esferas.

Como procurador do município, o presente trabalho permitirá identificar as iniquidades e os paradoxos existentes no sistema de saúde que merecem extirpação, com a consequente reformulação de política pública a partir de um olhar atento à gênese do problema. Ademais, o cargo de procurador, além de zelar pelo erário, tem a função de veicular os direitos sociais estampados nas políticas públicas municipais, defendendo sua fruição pela população local, tentando buscar saídas, até mesmo dialógico-estruturais, para a efetivação do direito perseguido, quando este estiver diante de bloqueios político-institucionais.

O desenvolvimento da dissertação percorrerá o caminho da pesquisa bibliográfica e documental, com consulta a livros, artigos, repositório jurisprudencial nacional e estrangeiro, notadamente o colombiano, relativos ao estado de inconstitucionalidade, ativismo judicial dialógico-estrutural e efetivação de direitos sociais. Serão analisados dados oficiais acerca da elevada quantidade de ações em saúde em trâmite no país, revelando sua característica

curativa e o perfil de demandas individuais, bem como do subfinanciamento das ações e serviços públicos em saúde, e o alto gasto derivado do desperdício efetuado pelas entidades responsáveis pela veiculação do direito social.

A pesquisa será descritivo-comparativa, revelando as características e o funcionamento dos sistemas de saúde brasileiro e colombiano, demonstrando ainda a postura estrutural da Corte Constitucional Colombiana (CCC) acerca da judicialização da saúde naquele país, ao lado do embrionário pensamento estrutural e de racionalização da judicialização do direito social no Brasil, com o intuito de, através de uma macrovisão sistêmica, reduzir os litígios e, conseqüentemente, efetivar o direito à saúde em sua maior medida possível.

Cesar Rodriguez Garavito e Gabriel Peña serão os autores colombianos utilizados para descrever e fundamentar a doutrina do estado de coisas inconstitucional e a natureza, forma e efeitos das decisões dialógico-estruturais, inclusive acerca da sentença estrutural na área da saúde, a T-760, de 2008, da CCC.

As contribuições doutrinárias de Andreas Krell, Luis Roberto Barroso e Maria Paula Dallari Bucci, acerca da importância da formulação e concreção das políticas públicas, o ativismo judicial e a necessária efetividade dos direitos sociais serão visitadas, assim como os estudos de Fernando Aith e Felipe Asensi, sobre direito à saúde.

As obras de Jane Reis Gonçalves e Carlos Alexandre Campos serão essenciais para a análise do novo tipo de controle de constitucionalidade: o de um estado fático contrário à Constituição e suas possíveis formas processuais e materiais de extirpação, para a superação dos bloqueios político-institucionais, com a adoção de medidas estruturais, através de reuniões interinstitucionais com participação democrática, para a discussão acerca da reformulação das políticas públicas.

Serão apontadas ainda críticas com relação às iniquidades e paradoxos existentes no sistema federativo e de saúde, como: *i*) federalismo centralizador do direito brasileiro na normatividade das políticas públicas, em antinomia com a descentralização político-administrativa do SUS; *ii*) financiamento centralizado do direito social no governo federal, devido à primazia de arrecadação por parte da União; *iii*) reduzido gasto da verba pública destinado à promoção, proteção e recuperação da saúde, notadamente por parte da União Federal; e *iv*) ausência de entendimento jurídico pacífico com relação à questão da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito e a repartição de competências para a sua veiculação equânime e integral.

Defender-se-á a adoção material da teoria do estado de coisas inconstitucional com decisões que reconheçam a exigibilidade do direito à saúde; a prolação de ordens estruturais moderadas, deixando o mérito da política pública e suas adequações aos Poderes legitimamente competentes e à própria sociedade participante no debate; um monitoramento forte das decisões emanadas, a partir de mecanismos participativos com deliberação democrática na fase de execução das medidas e adoção dos remédios dialógico-estruturais de reforma da política pública de saúde nacional.

Serão ainda identificados os pontos que merecem reformas urgentes da política pública de saúde, com enfoque na análise da manutenção ou não do modelo de sistema único de saúde gratuito, bem como na tentativa de alinhamento tanto da estrutura descentralizada do SUS quanto de seu (sub)financiamento, tomando como base o federalismo centralizado brasileiro, sob pena não só de perpetuação, mas de agravamento do estado de inconstitucionalidade no setor.

Por fim, será defendido um novo olhar para os efeitos indiretos e simbólicos das decisões dialógicas, observados a médio e longo prazo, que podem auxiliar na transformação da opinião pública sobre os problemas existentes no setor da saúde pública, incentivando a formação de coalizões de ativistas para influenciar as questões levantadas, para, através do debate democrático, fazer cessar as deficiências institucionais e estruturais do Estado e os bloqueios políticos, e ajudar na formulação e na (re)adaptação do plano da nova política pública nacional de saúde adotada.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA COLÔMBIA

2.1 Constitucionalismo Social Colombiano

Na Colômbia, com o advento da Constituição de 1991, o Estado trasmudou-se de um sistema liberal para o social-democrático, preocupado com a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos e com a participação do povo na defesa dos direitos fundamentais.

Chinchilla (1991, p. 11) apresenta o novo conceito de Constituição que desenvolveu a Carta Política de 1991, a partir das seguintes características essenciais que a diferenciam das anteriores: *i*) é considerada norma jurídica em sentido pleno; *ii*) é a primeira norma do ordenamento; *iii*) considerada fonte formal do direito; *iv*) tem força vinculante para todos os órgãos públicos; *v*) é norma de aplicação direta e imediata; *vi*) contém um estatuto da sociedade civil; *vii*) vincula diretamente os particulares; *viii*) modela as relações de poder em um Estado Social; *ix*) incorpora explicitamente e desenvolve uma ordem ética de valores materiais; e *x*) cumpre o papel social de estimular o cidadão e o político na luta pelas demandas sociais.

Fuentes Contreras, López e Villegas (2014, p.42) informam que a implementação de um novo marco constitucional para a Colômbia não só implicou mudança de estrutura normativa, como também a autoafirmação preconizada no artigo 4º da Carta Política¹, considerada a primeira norma jurídica do ordenamento, adjetivada com eficácia normativa direta e aplicação imediata, possuindo, ainda, caráter aspiracional.

Uprimny (2002, p. 59) ressalta que a Constituição de 1991 foi considerada um avanço jurídico importante em matéria de direitos humanos, por pelo menos quatro razões: *i*) a lista de direitos da presente Carta Política é mais generosa que da de 1886; *ii*) a Constituição atual permitiu uma incorporação vigorosa do direito internacional dos direitos humanos na prática jurídica, por meio da figura do bloco de constitucionalidade; *iii*) a Carta Política não se limitou a incorporar formalmente os direitos, mas também garantiu ações judiciais para a sua proteção efetiva, como as ações de tutela, já vistas, e as populares; e *iv*) na prática, muitos

¹ Artigo 4º A Constituição é norma das normas. Em todo caso de incompatibilidade da Constituição com a lei ou outra norma jurídica, se aplicarão as disposições constitucionais. É dever dos nacionais e dos estrangeiros na Colômbia acatar a Constituição e as leis, respeitar e obedecer às autoridades (tradução livre).

cidadãos têm encontrado respostas positivas perante os juízes, especialmente na justiça constitucional.

A Constituição colombiana é normativa e valorativa do constitucionalismo social, já que não só reconhece direitos liberais, mas também os sociais, outorgando-lhes força normativa.

Pérez, Uprimny e Rodríguez (2007, p. 36) defendem que a Carta Política de 1991 é vinculante como norma jurídica, pois estabelece limites legais às ações dos poderes públicos, e valorativa, uma vez que consagra princípios e valores específicos. Asseveram ainda que a Constituição é aberta, já que não constitucionaliza um modelo econômico preciso, mas admite políticas econômicas e sociais diversas, dentro de certos limites normativos e valorativos.

Na Colômbia, antes da Constituição de 1991, a Suprema Corte de Justiça exercia o controle de constitucionalidade em seu modelo clássico, ou seja, o controle próprio de um legislador negativo, atuando somente para excluir a norma do ordenamento jurídico quando encontrava sua inconstitucionalidade. A partir da Carta Política de 1991, com a implantação do Estado Social de Direito e a criação da Corte Constitucional, o país começou a exercer um avançado controle de constitucionalidade, utilizando técnicas jurídicas de controle segundo as experiências de tribunais constitucionais europeus e da Suprema Corte dos Estados Unidos (HERNÁNDEZ, 2011, p. 19).

Este novo controle tem como objetivo efetivar a força normativa da Constituição e realizar seus valores e princípios, sem deixar de considerar as consequências que podem ocorrer com os vazios jurídicos resultantes de suas decisões. Além disso, exerce uma atividade de colaboração com o legislador, que se encontra impossibilitado de suprir, de maneira urgente, as normas requeridas para evitar as consequências resultantes destes vazios, tendo a CCC papel fundamental de cooperação com o Legislativo, podendo os fundamentos de suas sentenças orientar da melhor maneira o trabalho da produção de leis.

As funções da CCC estão arroladas no art. 241 da Carta Política de 1991, entre as quais, decidir sobre as demandas de constitucionalidade que promovem os cidadãos contra as leis, sobre os decretos com força de lei editados pelo governo e sobre os atos legislativos reformadores da Constituição.

Vargas Hernandez (2011, p. 20) informa que o artigo 45 da Lei Estatutária da Administração da Justiça consagra que as decisões da Corte Constitucional em controle de constitucionalidade têm efeitos pró-futuro, sem retroagir, a menos que o Tribunal diga o contrário. Dessa maneira, as decisões possuem efeito *ex nunc*, salvo para garantir o princípio da favorabilidade em matéria penal, policial e disciplinar, e no caso previsto no artigo 149 da

Constituição, de invalidação das reuniões do Congresso sem atender aos requisitos constitucionais, conforme a Corte declarou na *Sentencia* C-113 de 1993.

A não retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade fundamenta-se nos vazios normativos que podem deixar a situação inconstitucional mais grave por razões econômicas, sociais ou de estabilidade política, possibilitando a intervenção do legislador para que corrija o vício da norma antes de fazer efetiva a dita determinação, evitando as consequências perniciosas de uma eliminação imediata desta. Vê-se a preocupação do legislador colombiano em concretizar os direitos fundamentais insculpidos na Carta, tentando ao máximo não deixar lacunas, em caso de declaração de inconstitucionalidade de normas.

Ressalte-se que, através da transformação do Estado Liberal em Democrático e Social de Direito, uma das consequências mais importantes é o reconhecimento dos direitos fundamentais, que detém aplicação imediata e eficácia direta, não dependendo de integração legislativa para o imediato cumprimento. Como consequência disso, os constituintes incluíram na Carta Política a ação de tutela (artigo 86), a ação de cumprimento (artigo 87) e as ações populares (artigo 88), três importantes institutos, todos destinados a fortalecer e concretizar os direitos fundamentais e os valores consagrados no preâmbulo da Carta.

A Constituição Colombiana de 1991, conjuntamente com os desenhos da justiça no país e a cultura jurídica nacional, possibilitou, na visão de Uprimny e García Villegas (2004, p. 477), um importante ativismo da Corte. A debilidade dos mecanismos de representação política, que parece mais profunda do que em outros países da região, faz aflorar a conduta do povo de substituir a política pela ação judicial, já que o Judiciário preenche os vazios que o Legislativo deixa.

A tradição histórica de movimentos sociais fracos, em comparação com outros países periféricos ou latino-americanos, aliada à violência que aumentou os custos e os riscos de seu funcionamento, pois muitos líderes e ativistas foram assassinados, é outro fator relevante. Atente-se para a facilidade do acesso à justiça constitucional, o que fez com que os grupos sociais procurassem o Judiciário em vez de se mobilizarem. Por fim, a materialização na Constituição de 1991 do neoconstitucionalismo, abertura e força normativa dos direitos humanos, aliada à conversão da CCC como a única executora do projeto constituinte, especialmente durante o governo neoliberal de Gaviria, contribuíram para o ativismo do Tribunal Constitucional.

Este ativismo da Corte foi e continua sendo marcado por seus mandamentos estruturais e dialógicos para a veiculação e a concretização dos direitos sociais, através da doutrina do ECI.

2.2 Origem do ECI e os Litígios Estruturais

O ECI teve sua origem formal nas sentenças da CCC, passando por outros tribunais constitucionais na América espanhola como Peru e Argentina. Sua origem teórica e seus fundamentos jusconstitucionais podem localizar-se nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, especificamente na chamada teoria da dimensão objetiva dos direitos humanos e com algumas influências dos *structural remedies* do direito anglo-saxão (PAEZ, 2008, p. 245).

Ramelli (2005, p.237) explica que as sentenças estruturais tiveram origem, como informa a *Sentencia* T-1.030, de 2003, na figura dos *structural remedies* nos Estados Unidos da América (EUA), a qual ia de encontro à teoria dos *political remedies*, que proibia que a Corte Suprema de Justiça se imiscuísse em temas políticos. A tese dos remédios estruturais baseia-se numa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, cujos antecedentes encontram decisões em *Brown vs. Board of Education*, pela discriminação racial nos EUA.

Esta decisão estrutural de *Brown vs. Board of Education* gerou uma mudança jurisprudencial da doutrina *equal but separated*, que se baseava no *case Plessy vs. Ferguson*, de 1896, a qual concebia como igualitário o direito de tratamento e proteção entre homens e mulheres negros e brancos, mas de forma separada, ou seja, ambas as raças tinham os mesmos direitos desde que estivessem segregados. Com a virada jurisprudencial em *Brown*, a Suprema Corte, com base na Emenda Constitucional (EC) XIV americana, eliminou a igualdade de forma separada, outorgando o direito à menina Linda Brown e demais demandantes a assistirem aula em escola próxima de sua casa, que a princípio era destinada apenas às crianças brancas. Entendeu o Tribunal americano que, em não se concedendo a igualdade material, estar-se-ia submetendo as crianças negras ao sentimento de inferioridade e até a espaços escolares com pior nível de ensino, devido à segregação (CABALLERO; FERNANDEZ, 2015, p. 123-124).

Em decisão proferida pela Suprema Corte em 1955, conhecida como *Brown II*, foi atribuída às autoridades escolares a responsabilidade por criar mecanismos que tornassem possível a dessegregação racial no sistema de ensino público americano, decidindo-se, ainda, que caberia ao Poder Judiciário federal, em escala nacional, a tarefa de monitorar as providências a serem adotadas e combater abusos e obstruções à decisão (CCC, 2003).

Bergallo (2005, p. 19-20) informa que nas décadas seguintes desenvolveu-se nos EUA um modelo de intervenção com um grau maior de especificidade. A autora, ao citar *Sabel y Simon*, relata que nas últimas décadas do litígio americano, ocorreu uma mudança desta última modalidade de remédio estrutural para soluções experimentais que combinam formas mais flexíveis, em que as partes colaboram num processo de aprendizagem e reconstrução.

Atuações como as da Suprema Corte americana para enfrentar uma situação generalizada de racismo; da Corte da África do Sul perante a violação do direito à moradia digna, devido a condições deploráveis em que vivia a maior parte de seus habitantes, ou da proteção do direito à saúde, em que interveio na política pública de prevenção e gestão da síndrome de imunodeficiência adquirida (HIV); as da Suprema Corte da Índia ante situações de fome e analfabetismo; da CCC que declarou o estado de coisas inconstitucional da população deslocada forçadamente, são exemplos de remédios constitucionais que afetaram a política pública por exigência judicial, perante o descumprimento da supremacia constitucional (PEÑA, 2011, p. 93).

Rodríguez Garavito (2015, p. 89) afirma que, ainda que a CCC não tenha se baseado de forma explícita no direito constitucional comparado para desenvolver sua jurisprudência sobre o ECI, há semelhanças entre o entendimento da Corte Colombiana e as medidas provisionais estruturais de jurisdição da Índia, da África do Sul e dos EUA.

Na América Latina, o ativismo judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) adquiriu proeminência de forma progressiva nas últimas décadas. A CCC foi provocada no período para analisar políticas públicas concretas, tendo identificado problemas estruturais que impediam a efetivação dos direitos reconhecidos pela Constituição, casos estruturais que se assemelham à figura do litígio estrutural desenvolvido nos EUA (RODRÍGUEZ CELY, 2014, p. 141).

Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco (2010, p.14) defendem que estes casos estruturais são caracterizados por: *i*) afetar um número amplo de pessoas que alegam a violação de seus direitos, diretamente ou através de organizações que litigam em sua causa; *ii*) envolver várias entidades estatais como demandadas por serem responsáveis pelas falhas sistemáticas de políticas públicas, e *iii*) implicar ordens de execução complexas, nas quais o juiz da causa determina a várias autoridades públicas empreender ações coordenadas para proteger toda a população afetada, e não somente as partes do caso concreto.

Os autores afirmam que com a crescente judicialização dos DESC, as decisões estruturais proporcionam uma alternativa processual ante as decisões judiciais tomadas caso a caso, sobretudo quando há muitos processos individuais. Isso devido ao fato de que há risco

latente de saturar a capacidade dos tribunais e de produzir resultados contraditórios, especialmente nos sistemas de direito franco-germânico, em que as sentenças dos tribunais superiores não são vinculantes para os inferiores em casos futuros. Por fim, entendem que quando o tribunal conserva sua jurisdição sobre o caso e monitora a implementação de sua decisão mediante autos de acompanhamento e mecanismos de supervisão, os casos estruturais podem fomentar um diálogo significativo e uma colaboração entre o Estado e a sociedade civil com relação aos impasses distributivos, o que, por sua vez, representa melhores perspectivas para alcançar progressos sustentáveis na proteção dos DESC (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 25).

Estes casos estruturais, causados pelas falhas, inércia ou incompetência dos entes e autoridades responsáveis constitucionalmente por proteger e promover os direitos fundamentais garantidos pela Carta, são marcados pela existência de uma contradição ente uma Constituição garantista, como a colombiana e a brasileira, e o contexto injusto e desigual na qual deve aplicar-se.

Como exemplo, Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco (2015, p. 33) citam a existência de contrastes econômico e institucional de países em desenvolvimento, que possuem mais recursos que os subdesenvolvidos, mas mantêm uma distribuição de riqueza igual ou mais desigual do que os últimos, fator que contribui para a judicialização massiva dos DESC, apontando uma falha estrutural em sua organização na viabilização desses direitos.

Garcia Jaramillo (2011, p. 87) conclui que estas características políticas e sociais da Colômbia justificam a intervenção da Corte Constitucional no processo de formação das políticas públicas, concebendo o ECI como um mecanismo para a transformação da ideia de Constituição formal para material.

Ressalte-se que a Constituição política colombiana, assim como a Constituição brasileira, prevê o sistema de freios e contrapesos. Peña (2011, p. 96) informa que pelo fato de a Colômbia ter se consagrado como um Estado Social e Democrático de Direito, há a necessidade do balanço democrático dos três poderes da República, em um sistema de freios e contrapesos necessários ao desenvolvimento harmônico da atividade estatal, ocorrendo a redefinição de suas atribuições para a concretização das políticas econômicas, sociais e culturais.

Em vista disso, a função da CCC, através de sua jurisprudência, é assegurar: *i*) o cumprimento e o desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito; *ii*) a divisão e o equilíbrio dos ramos do Poder Público; *iii*) o funcionamento e a colaboração harmônica

entre os diferentes poderes do Estado; e *iv*) a efetiva proteção e promoção dos direitos fundamentais, em especial, através de sua competência na revisão dos processos de tutela (PEÑA, 2011, p. 56-57). A Corte, como juiz máximo de tutela, deve utilizar todas as medidas necessárias para garantir que se cumpram os direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Como bem diz o próprio Tribunal Constitucional Colombiano, no apartado oito da sentença de tutela T-025/2004, “a função do juiz constitucional em um Estado social de direito é assegurar o gozo efetivo, não teórico, dos direitos fundamentais” (CCC, 2004) (tradução livre).

Percebe-se que nos países em desenvolvimento, especialmente os latino-americanos, vive-se não uma crise de garantia e positivação de direitos fundamentais, senão uma violação destes no plano fático, ilustrada pela ausência de efetividade destas garantias, causada por um bloqueio político institucional.

Nesse sentido, o ECI pode ser definido como um juízo empírico da realidade que culmina em um descumprimento reiterado e sistemático da norma constitucional, cabendo à Corte Constitucional, como guardiã da integridade e supremacia da Constituição, salvar referida situação inconstitucional por meio de ações estruturais que só podem ser resolvidas através de um marco de política do Estado, comprometendo o esforço conjunto de várias entidades (PEÑA, 2011, p. 11). Como se trata de uma falha generalizada do Estado, materializada ante a ausência ou a ineficácia das políticas públicas para adequar-se aos postulados da Carta Política, a Corte deve atuar sob pena de permitir a inobservância da Constituição pela ação, omissão ou inoperância dos governos na proteção efetiva dos direitos fundamentais (PEÑA, 2011, p. 13).

Campos (2015, p. 2) relata que quando é declarado o ECI, a Corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Informa o autor que perante a gravidade excepcional do quadro, o Tribunal legitima-se a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários, bem como coordenar as medidas concretas necessárias à superação do estado de inconstitucionalidade.

Devido a esta postura ativista da CCC na declaração do ECI para resolver referido litígio estrutural e extirpar o estado de inconstitucionalidade, críticas não faltam acerca desta figura jurídica, que acusam sua ilegitimidade e a extralimitação da função da Corte

Constitucional (PEÑA, 2011, p. 95). Os críticos alegam questões relativas a abalos na democracia pela substituição do Poder Judiciário pelo Executivo, que é o gestor legitimado para elaboração e implementação das políticas públicas, bem como a ausência de *expertise* das Cortes nos setores específicos que viabilizam a execução das políticas, veiculando, assim, os direitos fundamentais.

Streck (2015, p. 2) é um exemplo de jurista que apresenta críticas ao instituto do ECI. Ao ligar a tese à palavra “estruturante”, acredita que o Judiciário, com sua postura ativista, poderá albergar “tudo” como se fosse inconstitucional.

O autor informa a violação ao princípio democrático, aduzindo que o legitimado a fazer escolhas é o Poder Executivo, que foi eleito justamente para desenhar as políticas públicas, não cabendo ao Judiciário escolher, mas apenas analisar a constitucionalidade de normas e não de estados. Streck (2015, p. 3) defende que o objeto de controle de constitucionalidade são as normas jurídicas e não a realidade empírica sobre a qual elas incidem. Alega que não há um suposto “abismo” entre norma e realidade, mas uma construção normativa, hermenêutica e argumentativamente inadequada da compreensão da situação de aplicação. Enfatiza que não há como se definir o que é um “estado dessas coisas” que sejam inconstitucionais no entremeio de milhares de outras situações ou coisas inconstitucionais. Do contrário, poder-se-ia declarar inconstitucional o estado de coisas da desigualdade social e assim por diante, e até mesmo de toda a Constituição (STRECK, 2015, p. 4).

O jurista defende que o ECI ameaça o princípio da separação dos poderes, já que confere superpoderes ao Poder Judiciário, questionando, por exemplo, qual seria a competência da Suprema Corte para compensar a incompetência do sistema político; quem controlaria a correção jurídica do decreto político do ECI; se o reconhecimento do ECI seria político ou jurídico; qual a sanção prevista em caso de descumprimento da declaração do estado e das decisões estruturantes; e o que faria a Corte, persistindo a inércia. Em sua opinião, não se pode fazer um Estado Social com base em decisões judiciais (STRECK, 2015, p. 5).

Apesar de suas críticas ferrenhas à teoria colombiana, Streck, de forma contraditória, torce para que o instituto dê certo e renda frutos, pois, em sua dicção, trata-se de questão que envolve um atrito no e do diálogo institucional entre os poderes, o que leva a entender que o jurista acredita no diálogo interinstitucional e nos remédios estruturais na defesa dos direitos fundamentais, ponto-chave da teoria do ECI.

De todo modo, cabe salientar que com a declaração do ECI, não está a se falar em violação do sistema de freios e contrapesos dos poderes da República, do princípio da legitimidade democrática, e de que a intervenção do Judiciário pode, em vez de proteger, ferir os direitos fundamentais garantidos. Isso porque o juiz constitucional não irá emitir ordens específicas que adentrem no mérito da política pública a ser adotada, mas funcionará mediante ordens gerais e como um coordenador no diálogo interinstitucional dos ramos de poder envolvidos e dos setores sociais direta e indiretamente atingidos pela política na fase de monitoramento, como uma forma de reestruturar o sistema para a consagração empírica das garantias constitucionais.

Atente-se que a doutrina do ECI não se iniciou da mesma forma como é aplicada pela CCC atualmente, pois sofreu uma evolução em seus requisitos e pressupostos, que serão a seguir delineados.

2.3 Evolução Jurisprudencial

A *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 1997, é considerada a fundadora da linha, pois introduziu pela primeira vez o ECI como instrumento através do qual a CCC pode declarar formalmente a existência de uma situação social ou estado de coisas que não é compatível com a Constituição (PAEZ, 2008, p. 245). Na ação, os autores buscavam a tutela de seus direitos de igualdade, seguridade social e saúde, pois a entidade de pensão (Caixa Nacional de Previdência) encarregada de resolver solicitações de reliquidações, reconhecimento e pagamento de aposentadorias, demorava excessivamente para saná-las. A Corte, com base na argumentação mencionada, resolveu declarar o ECI em virtude da demora da resposta sobre o reconhecimento dos direitos previdenciários dos professores públicos e ordenou que em seis meses as autoridades do caso adequassem os recursos humanos e econômicos necessários para que a Caixa Nacional de Previdência cumprisse com suas obrigações legais e constitucionais, além de adotar decisões para impedir que se perpetuem as transgressões à Constituição (CCC, 1997).

Vargas Hernández (2003, p. 214) informa que a CCC, para transcender o efeito *interpartes* das sentenças associadas a direitos fundamentais como direitos subjetivos, utilizou a figura do ECI com arrimo no art. 113 da Constituição Colombiana, que consagra o dever harmônico entre os diversos setores do Poder Público, bem como no raciocínio de que custava menos ao Judiciário realizar pronunciamentos que abarcassem múltiplas situações semelhantes, do que resolver ações de tutela individuais.

Os primeiros fundamentos para a declaração do ECI na SU 559/1997 foram: *i)* o princípio-dever de colaboração harmônica entre os ramos do poder, com o qual se antecipa a crítica que supõe ir além de suas funções ordinárias para ingressar no campo de determinação das políticas públicas; e *ii)* em caso de não determinação de ordens para autoridades com o fim de evitar a situação inconstitucional, um número imenso de ações de amparo (tutela) individuais surgiria, cuja argumentação seria idêntica e cuja proteção procederia favoravelmente, razão pela qual o juiz deveria antecipar-se a tal situação de congestionamento judicial, oferecendo um remédio estrutural ao problema (CCC, 1997).

Percebe-se que nesta decisão embrionária de verificação de um estado real de coisas contrárias às garantias constitucionais insculpidas na Carta Política da Colômbia, a Corte descreveu dois elementos que caracterizaram o ECI: violação de direitos fundamentais de caráter generalizado e ausência de planejamento do Estado para materializar uma política pública, o que se denominou falha estrutural.

Continuando o acompanhamento da evolução jurisprudencial da doutrina estrutural adotada pela CCC, Campos (2015) informa que na *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998, ao verificar a violação generalizada dos direitos humanos dos presidiários nas carceragens do país, o Tribunal imputou a responsabilidade pela superlotação e pelo império da violência nos presídios a um conjunto de autoridades nacionais, ante a absoluta ausência de políticas públicas voltadas a minimizar a situação. Na oportunidade, aquela Corte: *i)* declarou o estado de coisas inconstitucional; *ii)* ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; *iii)* determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; *iv)* exigiu dos governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e *v)* requereu ao presidente da República medidas necessárias a assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país. Entretanto, em que pese o forte reconhecimento do direito fundamental pelo Tribunal, a ausência de monitoramento da Corte contribuiu para que a execução das ordens judiciais não alcançasse o sucesso esperado, notadamente na implementação da decisão (CCC, 1998).

Na SU 090 de 2000, a CCC sintetizou sua doutrina explicando que era aplicável o ECI quando: *i)* apresenta-se uma repetida violação de direitos fundamentais de muitas pessoas, que podem recorrer às ações de tutela para obter a defesa de seus direitos e satisfazer os despachos judiciais; *ii)* a causa desta violação não é imputável unicamente à autoridade demandada, mas repousa em fatores estruturais (CCC, 2000).

Contudo, a sentença paradigmática da doutrina do ECI foi a T-025, de 2004, em que a CCC acumulou petições de amparo apresentadas por mais de 1.150 famílias deslocadas

forçadamente no meio do conflito armado colombiano. Neste caso, a CCC declarou um estado de coisas inconstitucional em virtude da violação massiva de direitos humanos destas famílias, associada com casos sistêmicos de ação estatal, uma vez que as demandas eram procedentes de todas as regiões do país e evidenciavam que não houvera nenhuma política pública eficaz e coordenada para prestar auxílio a este grupo de deslocados, aliado à insuficiência do orçamento destinado a esse pessoal (CCC, 2004). A CCC, com o fito de eliminar este estado inconstitucional, ordenou um conjunto de medidas estruturais, que desencadeou um processo de execução e acompanhamento longo, com diálogos interinstitucionais e emissão de novas ordens através dos autos de seguimento (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2015, p. 90).

Em suma, a Corte declara a existência de um estado de coisas inconstitucional e assinala que devem ser adotados todos os remédios estruturais de acordo com a competência das autoridades responsáveis por incrementar as políticas correspondentes e executar as leis pertinentes. Por isso, tanto as autoridades nacionais quanto estaduais e municipais terão de ministrar os corretivos para superar tal situação.

Nota-se que na primeira sentença declaratória do ECI, a Corte limitou-se a comunicar a decisão a algumas autoridades do Poder Executivo, para que em um tempo razoável adotassem medidas que cessassem o estado de inconstitucionalidade, como se fosse um apelo ao gestor para readequar a política pública. A partir da sentença referente ao sistema carcerário colombiano, a CCC emanou ordens rígidas definindo melhor o tempo de execução destas. Não obstante, existe uma mudança da postura da Corte na sentença T-025/2004 sobre os *desplazados*, pois as ordens deixaram de ser precisas e específicas para ser genéricas e estruturais, com forte acompanhamento na fase de execução da decisão, trazendo concretude à proteção e à promoção dos direitos pleiteados.

2.4 A Sentencia T-025, de 2004, e a Consagração dos Pressupostos da Declaração do ECI

Em sua evolução jurisprudencial, o ECI teve sua consolidação de requisitos para a declaração formal pela CCC na decisão T-025, de 2004, quais sejam: *i*) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, que afeta a um número significativo de pessoas; *ii*) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; *iii*) a adoção de práticas inconstitucionais; *iv*) a não expedição de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; *v*)

a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; e *vi*) um iminente congestionamento judicial pelo alto número de ações propostas (CCC, 2004).

Para Manuel José Cepeda (CCC, 2004), o ECI representa na Colômbia uma necessária inovação jurisprudencial que avança ao estender os efeitos protetores da ação de tutela do individual para o social. O ex-ministro entende que o ECI é uma figura que permite à Corte atuar sobre a realidade além do direito, pois, em sua dicção, não se julga um ato jurídico, mas uma realidade, um estado de coisas contrário à Constituição.

Na mesma linha, a Corte, durante o julgamento da sentença T-025, reafirmou que:

Em um Estado Social de Direito as autoridades têm a obrigação de corrigir as desigualdades sociais, facilitar a participação dos setores fragilizados e vulneráveis, e estimular uma melhoria progressiva das condições materiais de existência dos setores mais deprimidos da população (CCC, 2004) (tradução livre).

Após esta decisão, pode-se afirmar que, essencialmente, o ECI responde a problemas estruturalmente políticos, para os quais a Corte adota a ideia de que a principal função de um Estado Social e Democrático de Direito é o controle do poder visando ao fiel cumprimento da Constituição. Como se trata de enfrentar uma falha generalizada e sistêmica do Estado, materializada na ausência ou na ineficácia das políticas públicas para adequar-se aos postulados da Carta Magna, o Tribunal deve atuar, sob pena de permitir a inobservância da Constituição pela ação, omissão ou inoperância dos governos na proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Nesta sentença estrutural, a Corte empregou três mecanismos de supervisão: *i*) a remessa periódica de informações por parte de diferentes autoridades públicas; *ii*) os autos de seguimento, que consistem em novos pronunciamentos judiciais, pelos quais a Corte analisa as informações prestadas acerca dos cumprimentos de suas decisões; e *iii*) as audiências públicas, nas quais funcionários públicos prestam contas ao Tribunal acerca das gestões realizadas com a participação das organizações da sociedade civil, bem como de organismos internacionais e de cooperação internacional (RIVERA RUGELES, 2012, p. 88-93).

Nesta fase de execução, abrem-se diálogos interinstitucionais entre os tribunais que emanam as sentenças, as autoridades competentes encarregadas de cumprir as ordens emitidas

e as pessoas afetadas que são as beneficiárias das ordens prolatadas, diálogo que se produz desde antes da emissão da sentença e continua durante sua execução, através dos mecanismos de acompanhamento (RIVERA RUGELES, 2012, p. 70).

A sentença T-025, de 2004, representa um espaço institucional judicial de participação social e política e de ação coletiva cuja finalidade é obter a mudança do poder. Peña (2011, p. 80) assevera que por meio deste espaço as ações judiciais afetam a realidade social, mediante o ajuizamento de ações de tutela por parte dos afetados, que evidenciam ao Tribunal Constitucional uma violação sistemática, massiva e intolerável de seus direitos humanos. Devido a isso, o ECI desenhou-se como uma evolução da ação de tutela, dada a gravidade e a habitual reincidência das violações a direitos humanos e a impossibilidade de proteger os direitos constitucionais de grande parte da população através de sentenças individuais (PEÑA, 2011, p. 15).

2.5 As Ações de Tutela no Direito Colombiano

Precisamente entre os diferentes mecanismos e estratégias estabelecidas constitucionalmente para a promoção e garantia do texto constitucional, e em seu sentido mais amplo, do bloco de constitucionalidade, a ação de tutela encontra lugar central no artigo 86 da Carta Política de 1991 (FUENTES CONTRERAS, LÓPEZ, VILLEGAS, 2014, p.43).

A ação de tutela como mecanismo de acesso à administração da justiça, em um processo preferencial e sumário, efetua a proteção imediata dos direitos fundamentais, sendo uma das ferramentas mais eficazes para a proteção dos direitos fundamentais dos habitantes do território colombiano. Neste sentido, em que pesem as críticas mais ferrenhas, destaca-se a importância que têm tido as ações de tutela para trazer o direito à realidade, proteger os setores mais frágeis e vulneráveis e promover uma cultura fundada no respeito aos direitos fundamentais.

Blacio Aguirre (2012, p. 2) define a ação de tutela como um mecanismo de direito processual constitucional com caráter específico e direto que toda pessoa pode utilizar quando há violação ou ameaça aos direitos fundamentais por parte de uma autoridade pública ou de um particular prestador de um serviço ou atividade pública, a qual se encontra em circunstâncias de subordinação. Conforme o autor, toda pessoa poderá reclamar aos juízes, ela própria ou por quem atue em seu nome, ação de tutela em todo momento e lugar, mediante processo preferencial e sumário; ou a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais quando estes são violados ou ameaçados por ação ou omissão de qualquer

autoridade pública. A proteção é uma ordem para aquele a quem se dirige a tutela, atua ou se abstenha de realizar alguma conduta. Importante observar a abertura democrática e o acesso à justiça que a Constituição Colombiana atual garantiu aos cidadãos, já que é possível o ajuizamento direto da tutela sem a necessidade de representação de advogado.

Peña (2011, p. 50) indica que a maior novidade da tutela é sua criação como uma ação e não como um recurso, que se exerce perante qualquer juiz da República, de forma simples, sem maiores considerações técnicas. Pode-se dizer que em comparação com o direito brasileiro, a ação de tutela corresponderia a um *habeas corpus* com amplitude normativa alargada, ou seja, não apenas para proteger o direito constitucional à locomoção, mas para toda ameaça ou violação de direito fundamental insculpida na Carta ou dela derivada, bem como do bloco de constitucionalidade, advindo do art. 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988.

A ação de tutela detém caráter subsidiário, já que não há como utilizar este meio jurídico caso existam outros recursos de defesa judicial, exceto quando: *i*) outro meio se esgotou ou não serviu; *ii*) outro meio existe, mas se acode à tutela para evitar um prejuízo irremediável; *iii*) quando meio de defesa existe, mas não goza de eficiência da tutela (BLACIO AGUIRRE, 2012, p. 2). Entende-se haver prejuízo irremediável na ação de tutela quando: *i*) seja iminente ou prestes a acontecer; *ii*) as medidas que se requerem são de caráter urgente, dada a prontidão ou iminência do sucesso que esta pode realizar; *iii*) que o dano seja de grande intensidade ou deterioração material ou moral em relação ao afetado.

Em que pese haver entendimento doutrinário acerca da redução do alcance do objeto das ações de tutela, Blacio Aguirre (2012, p. 3) demonstra que a CCC defende a amplitude de sua abrangência englobando os direitos amparáveis, os nominados, os de aplicação imediata e os de criação jurisprudencial ou pretorianos. Os primeiros são o direito subjetivo de ser amparado diretamente pelo juiz; direitos fundamentais por expreso comando constitucional; direitos que integram o bloco de constitucionalidade e direitos fundamentais por conexão. Já os segundos são a dignidade da pessoa humana; o mínimo vital; a seguridade pessoal ante riscos extraordinários e a estabilidade laboral de sujeitos de especial proteção constitucional.

Por sua vez, os direitos de aplicação imediata são: direito à vida; a não ser ou torturado; proibição de escravidão; liberdade de consciência de culto; direito ao desenvolvimento da personalidade e à honra; de petição; de liberdade de circulação; livre exercício profissional; devido processo legal; de revisar as decisões judiciais e de não fazer prova contra si.

Por fim, os direitos de criação jurisprudencial delineados pela CCC são: dignidade da pessoa humana; vigência efetiva da Constituição; viver em paz; identidade étnica; subsistência; direito ao amor; à comunicação; à conservação do emprego; de discordar; à informação; à alimentação; à qualidade de medicamento e a saúde. Saliente-se que os atos impugnados são ações ou omissões que violam ou ameaçam um direito fundamental de caráter legislativo, administrativo, judicial ou particular (BLACIO AGUIRRE, 2012, p. 4).

O autor lembra que a ação de tutela não cabe quando se busca direito coletivo, exceto quando exista conectividade entre o direito coletivo e um direito fundamental do demandante, como no caso de proteção à saúde, por exemplo. A preocupação dos colombianos com a defesa e proteção dos direitos fundamentais é tamanha, que a Constituição Colombiana garante o ajuizamento das ações de tutela inclusive durante períodos de estado de exceção.

Entretanto, manifestações contra a ação de tutela têm procurado apontá-la não somente como mecanismo judicial, mas também como um método de abertura para a mercantilização e a distribuição não equitativa dos recursos por parte do Judiciário, o qual limitaria o papel da Administração Pública e possibilitaria o acesso à judicialização da política, especialmente em matérias administrativas e tributárias (FUENTES CONTRERAS, LÓPEZ, VILLEGAS, 2014, p.43). Um exemplo claro é verificado no setor da saúde, onde as decisões de caráter judicial, a partir das ações de tutela, têm produzido desníveis significativos de recursos econômicos, diante da concessão de medicamentos, tratamentos e intervenções com um alto preço, não obstante esta perspectiva meramente utilitarista deixaria de lado as proteções dos direitos fundamentais, os avanços obtidos em defesa dos usuários do referido serviço e a modelação de um sistema integral em saúde mais incluyente e garantidor.

De toda forma, acredita-se que não é o mecanismo de acesso à justiça que resultaria na mercantilização e na distribuição desigual por parte do Judiciário, vilipendiando a garantia da separação dos poderes, bem como a própria efetividade dos direitos fundamentais tutelados, devido a eventual microvisão da justiça, e não sua visão em aspecto sistêmico. Será, sim, a forma de atuação do Poder Judiciário que ditará como se dará a proteção dos direitos fundamentais e a implementação das políticas públicas para veiculá-los, e não a ação de tutela em si, importante ferramenta na defesa dos direitos fundamentais em razão de ser um instituto democrático e célere, uma vez que a Constituição Colombiana prevê o prazo de dez dias entre o seu ajuizamento e a resposta do pedido.

Peña (2011, p. 56) afirma que em seu primeiro ano de validade, os juízes e tribunais receberam mais de 10 mil ações de tutela, graças a sua legitimidade democrática de ajuizamento e a seu processamento simplificado, além de sua eficácia em comparação com

um sistema judicial que deixava para trás os litígios em busca de direitos. O autor informa ainda que até 2011, mais de quatro milhões de pessoas fizeram uso da ação para solicitar a proteção de seus direitos fundamentais.

Como se pode notar, o uso da ação de tutela pelos cidadãos colombianos, combinado com a jurisprudência progressiva da CCC, gerou uma revolução social que culminou na modernização do Estado colombiano, em meio a um constante conflito com poderosos interesses econômicos, políticos e sociais que viram ameaçados seus privilégios historicamente impostos (PEÑA, 2011, p. 61).

No mesmo sentido encontra-se Cepeda (CCC, 2004), que nos autos de seguimento nº 385, de 2010, da Sentença T-025, asseverou que a ação de tutela converteu-se numa ponte entre a realidade e a Constituição que vai além de um mecanismo jurídico, para transformar-se numa fonte material de gozo efetivo de direitos.

2.6 O Ativismo Dialógico Estrutural, Efeitos da Declaração e o Acompanhamento pela Corte Constitucional

Com a declaração do ECI, três etapas são realizadas para reestruturar as políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais que não estão sendo implementados empiricamente devido ao bloqueio político institucional existente.

Conforme enuncia Garcia Jaramillo (2011, p. 104), a Corte Constitucional intervém em um primeiro momento, protegendo um direito social num caso concreto mediante ordem específica da garantia deste direito, notadamente nos autos de revisão da ação de tutela. Em seguida, o Tribunal emana outra ordem para que seja desenhado um programa de atenção integral, de natureza estrutural, para as entidades envolvidas direta e indiretamente na política pública voltada ao direito fundamental contestado, estabelecendo prazos de cumprimento. A partir deste ponto, entra-se na última etapa, a de monitoramento do plano de ação, no qual são abertos autos de seguimento que contêm uma série de ordens encaminhadas a dinamizar processos e a estabelecer parâmetros substantivos para avaliar os resultados desses, com o intuito de aferir se as ordens emitidas foram cumpridas ou não, e em que graus ocorreram, até que o estado de inconstitucionalidade seja extirpado.

Estas ordens estruturais, em que pesem serem flexíveis, são proferidas com o propósito de ser cumpridas. No entanto, elas deixam margens de criação legislativa e de execução a serem delineadas e avançadas pelos outros poderes, para que, através de um

diálogo estrutural e cooperativo, realizem planos de ação para a superação dos bloqueios institucionais que ameaçam e/ou violam direitos fundamentais.

O monitoramento permanente sobre a execução das medidas impostas pela Corte é fundamental, pois permite aos juízes averiguar se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram.

A declaração do estado de coisas inconstitucional tem um fim prático: através de um ativismo dialógico e estrutural, impulsionar o aparato estatal para que se (re)formule, implemente, financie e avalie as políticas públicas necessárias para cessar a transgressão massiva de direitos que deu lugar à declaratória (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2010, p. 447).

Como citado, a Corte assinalou que embora a ação de tutela tenha um efeito *interpartes*, pode-se estender sua aplicação a casos semelhantes, justamente para se evitar o bloqueio do Judiciário com a discussão de ações de mesma natureza. Assim, nos eventos da declaração do ECI, ordena-se a adoção de programas, planos ou políticas que beneficiam pessoas diferentes dos autores, ou seja, as ordens da Corte se alargam ao caso concreto. Outro efeito da declaração é o seguimento, que está contido no artigo 27 do Decreto 2.591/1991: “o juiz constitucional para o caso concreto pode manter a competência até que seja reestabelecido o direito ou eliminadas as causas de sua ameaça”.

Rodríguez Garavito (2015, p. 92) chama atenção para dois fatores que podem melhorar os efeitos de uma decisão: a classe das ordens que se proferem e a natureza do acompanhamento estabelecido pela Corte. O autor entende que os efeitos são maiores quando há o ativismo dialógico mediante dois mecanismos institucionais: primeiro, as sentenças dialógicas pontuam fins gerais e processos de execução claros, com prazos firmes e exigência de informações de avanços na execução, deixando as decisões substantivas e os resultados detalhados aos órgãos administrativos. Em segundo lugar, um enfoque dialógico dos DESC fomenta os mecanismos de participação, como as audiências públicas, as comissões de vigilância nomeadas pelo Tribunal e convites à sociedade civil e órgãos administrativos para que apresentem informações relevantes, participando dos debates promovidos pela Corte, promovendo a deliberação democrática e melhorando os efeitos das intervenções do Judiciário.

Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco (2015, p. 41-42) apresentam os efeitos nas decisões. Neste ponto, extrai-se tabela contida em sua obra para uma melhor explicação:

Tabela 1 – Tipos e exemplos dos efeitos das decisões judiciais

	DIRETOS	INDIRETOS
MATERIAIS	Desenho das políticas públicas ordenadas na sentença.	Formação de coalizões de ativistas para influenciar na questão considerada.
SIMBÓLICOS	Definição e percepção dos problemas como uma violação de direitos.	Transformação da opinião pública em relação à urgência e à gravidade do problema.

Fonte: RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 41 (tradução livre).

Analisando a tabela e observando o eixo horizontal, as decisões podem ter efeitos diretos ou indiretos. Os primeiros incluem ações ordenadas pela Corte que afetam os participantes do caso, como os litigantes, os beneficiários e os órgãos e entidades públicas destinatários das ordens judiciais. Já os indiretos abarcam todas as consequências que, sem estar contidas nas ordens do Tribunal, derivam da decisão, afetando não só os atores envolvidos no caso, como também outros agentes sociais (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 41-42).

Examinando o eixo vertical da tabela, as decisões judiciais podem gerar efeitos materiais ou simbólicos. Os primeiros correspondem às mudanças tangíveis da conduta dos grupos ou indivíduos, enquanto os simbólicos consistem em mudanças de ideias, percepções e construtos sociais coletivos relativos ao objeto das demandas, ou seja, implicam alterações culturais ou ideológicas com relação aos problemas presentes no caso (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 41-42).

Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco (2015, p. 39-41) demonstram ainda quem se ocupa com: *i*) impacto material direto, isto é, com a formulação de políticas públicas emitidas pelos tribunais; *ii*) impacto material indireto, quando há formação de coalizões de ativistas para influenciar essas questões levantadas; *iii*) impacto direto simbólico, os quais são

definidos e percebidos como problemas (violações de direito etc.); e por fim, *iv*) impactos simbólicos indiretos, em que é perceptível a transformação da opinião pública sobre os problemas calamitosos existentes.

Os autores colombianos enumeram as duas escolas que analisam os efeitos das decisões judiciais através de suas perspectivas: os neorrealistas, como Rosenberg, e os construtivistas, como Bourdieu. Os primeiros conferem ênfase às decisões que possuem impactos diretos, mais palpáveis, já que entendem ser a lei uma forma de moldar a conduta humana, logo eficaz para produzir uma mudança relevante e visível dessa conduta. Já os construtivistas apreciam decisões indiretas e simbólicas, pois acreditam que as decisões judiciais geram transformações sociais também quando produzem modificações indiretas nas relações sociais ou quando alteram as percepções dos agentes sociais e legitimam a visão do mundo dos demandantes (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 40).

Devido aos neorrealistas se concentrarem mais nos efeitos materiais diretos da decisão, isto é, no seu cumprimento, enquanto os construtivistas consideram os quatro tipos, explica-se o fato de uma sentença ser considerada ineficaz para os neorrealistas, mas eficaz para os construtivistas, já que os últimos levam em conta um conjunto de efeitos mais amplos.

Essa explanação é fundamental para o estudo das decisões dialógicas e estruturais, já que o dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais revela-se contínuo. Atente-se para a questão de que a própria sociedade é mutável e sempre evolui, logo, há um dinamismo nas relações sociais que gera problemas e barreiras na concretização dos direitos fundamentais a todo instante, sendo imprescindível o diálogo interinstitucional e a participação popular nas (re)formulações das políticas públicas.

Os casos T-025 da CCC e *Grootbom* da Corte Constitucional da África do Sul são considerados paradigmas no constitucionalismo comparado por defenderem a proteção judicial dos DESC e promoverem a deliberação democrática (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2015, p. 101). Os estudiosos defensores do ativismo dialógico buscam uma via intermediária entre a restrição judicial e o ativismo em grau forte, já que defendem a exigibilidade judicial dos DESC, mas criticam decisões que impõem políticas e programas detalhados, invadindo o âmbito de competência dos poderes Executivo e Legislativo e reduzindo ainda mais as oportunidades do debate democrático sobre os problemas socioeconômicos.

A aferição do grau de dialogismo da sentença sobre os DESC é tomada a partir das escolhas efetuadas pelos tribunais com respeito a três elementos da decisão: *i*) o conteúdo

substantivo, *ii*) as medidas judiciais e *iii*) os mecanismos de acompanhamento (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2015, p. 103).

O primeiro refere-se a se o Tribunal declara que houve uma violação de DESC exigível judicialmente e até que ponto o tenha violado, ou seja, se a Corte afirma que o direito exigível é forte ou não. Com relação às medidas judiciais, enquanto as sentenças monológicas implicam ordens precisas orientadas ao resultado, as dialógicas tendem a estabelecer as principais linhas dos procedimentos, assinando a responsabilidade das entidades públicas de formular e implantar as políticas. Por fim, com relação aos mecanismos de acompanhamento, os tribunais não de decidir se conservam uma jurisdição supervisora sobre a execução.

As decisões dialógicas tendem a estimular um processo de acompanhamento que enaltece o debate sobre as alternativas das políticas públicas para solucionar o problema estrutural detectado na sentença, diferenciando-se das sentenças monológicas, nas quais o detalhe das políticas públicas é determinado no bojo da própria sentença. Ressalte-se que nos tribunais dialógicos, há a aprovação com frequência de novas decisões na evolução do processo de monitoramento, estimulando o debate entre os interessados em audiências públicas deliberativas, como as vítimas cujos direitos foram violados, as organizações relevantes da sociedade civil e os organismos internacionais de proteção de direitos (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2015, p. 103).

Rodríguez Garavito (2015, p. 104) defende que as decisões dialógicas e os casos estruturais envolvem um reconhecimento claro de exigibilidade de direitos sociais (direito forte); as decisões sobre políticas públicas devem ficar a cargo dos ramos eleitos do poder, porém o tribunal deve estabelecer um cronograma para medir o progresso (medidas judiciais moderadas) e supervisionar ativamente a execução das ordens do Tribunal mediante mecanismos participativos com deliberação democrática através de audiências públicas, informes de progresso e decisões sobre acompanhamento (acompanhamento forte).

A sentença T-025, de 2004, adotou de forma explícita um enfoque dialógico em relação a sentenças estruturais na Colômbia, como a da superpopulação carcerária (T-153, de 1998) que se inclinou por uma combinação monológica de direitos com ordens fortes, mas sem nenhum tipo de acompanhamento. A sentença estrutural T-760, de 2008, que tratou acerca da saúde e será analisada adiante, é classificada pelo autor colombiano como moderada, pois a maioria de suas ordens é de meio, definindo que o governo formule um plano de contingência para se ocupar da quebra iminente dos sistemas de saúde pública, crie protocolos administrativos para resolver as reclamações dos pacientes e estabeleça os

mecanismos para supervisionar de maneira eficiente os prestadores privados de serviços de saúde (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 213-214).

Os autores afirmam que, em que pese o monitoramento ter sido parecido com a sentença T-025, de 2004, com a abertura de autos e sala especial de seguimento pela CCC, o acompanhamento perdeu força com rapidez, já que a execução converteu-se numa série de informações puramente formais dos organismos públicos ao Tribunal (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 215).

Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco (2015, p. 224) defendem que as sentenças dialógicas têm maior repercussão por se ocuparem de dois obstáculos fundamentais no momento de implementar as decisões estruturais: a resistência política e a capacidade institucional. Ao autorizar uma categoria maior de agentes sociais a participar no processo de seguimento, os tribunais geram efeitos diretos e indiretos que podem ajudar a superar a resistência política. O principal efeito é o envolvimento direto de intervenientes políticos, como as organizações não governamentais (ONGs) de direitos humanos, os órgãos públicos orientados a realizar a reforma e as organizações de base, que adotariam a efetivação da sentença como parte de seu próprio programa de ação e se converteriam numa fonte de poder de mudança. Ademais, acreditam os juristas colombianos que as ordens desta natureza podem levar à formação de coalizões políticas em apoio dos tribunais ou provocar a cobertura dos meios de comunicação que amplie os efeitos materiais e simbólicos do caso (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 225).

Com relação ao segundo obstáculo, os mecanismos de ativismo dialógico podem ajudar as Cortes a se ocuparem das deficiências estruturais na hora de abordar questões socioeconômicas complexas. Embora os tribunais não detenham conhecimento técnico, pessoal e recursos para encontrar e efetivar as soluções para problemas de inefetividade de direitos fundamentais, podem provocar ou moderar um diálogo entre as autoridades públicas e os agentes da sociedade sobre os temas. Ao convocar não somente os funcionários do governo, mas também uma ampla variedade de sujeitos com conhecimento relevante, tais como líderes e membros da população beneficiária, especialistas acadêmicos e agências internacionais de direitos humanos, os tribunais dialógicos podem promover uma busca colaborativa de soluções, ou ao menos a discussão pública sobre as vias de ação alternativas (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 225).

Os efeitos diretos e indiretos que surgem potencialmente deste diálogo incluem desbloquear processos de política pública, melhorar a coordenação entre os organismos

públicos desarticulados e criar políticas públicas molduradas na linguagem dos direitos (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2015, p. 226).

Destaca-se a importância desta ampla participação na formulação das políticas públicas, a fim de que sejam pensadas com enfoque nos direitos e não fiquem atreladas a discursos progressistas retóricos. Pérez Murcia (2007, p. 74) corrobora a necessidade de que as políticas de desenvolvimento sejam elaboradas e implementadas tomando como referência as obrigações constitucionais e internacionais do Estado em matéria de respeito, proteção e garantia dos direitos humanos. O autor informa que esta relação impacta em três dimensões: *i*) contribui para descongestionar o Poder Judiciário; *ii*) os recursos que se liberam no processo de exigência judicial dos direitos por falhas nas políticas públicas encontram um melhor uso alternativo em investimentos sociais; e *iii*) previnem-se demandas nacionais e internacionais ao Estado que implicam pagamento de indenizações por descumprimento de suas obrigações em matéria de direitos humanos (PÉREZ MURCIA, 2007, p. 74).

Em suma, ao combinar os direitos, remédios e mecanismos de acompanhamento do ativismo dialógico, os tribunais podem compensar algumas deficiências políticas e institucionais que tornam as intervenções ineficazes em questões distributivas complexas e reforçar os efeitos gerais dos tribunais relativos ao cumprimento dos DESC.

Para que ocorra a extinção do estado de inconstitucionalidade e o sucesso das sentenças estruturais, cabe não somente a contribuição das autoridades destinatárias das ordens emanadas da Corte Constitucional em cumpri-las, como também uma postura ativa do Tribunal no acompanhamento e seguimento de suas decisões, sempre respeitando as funções precípuas de cada Poder, enaltecendo o diálogo harmônico interinstitucional e o debate democrático.

2.7 A Evolução Jurisprudencial do Direito à Saúde pela CCC e a *Sentencia T-760*, de 2008

A Carta Política de 1991, de caráter progressista e social, garantiu direitos fundamentais e os meios para concretizá-los. Entre eles, observa-se o direito à saúde, insculpido no art. 44, que garante a saúde das crianças, e no art. 49, que estabelece a saúde como um serviço público. Arango (2009, p. 30) afirma que, em que pese a saúde não ser reconhecida como direito fundamental no texto constitucional, adquire este caráter sendo tutelável, quando por conexão seu reconhecimento pode afetar outros direitos fundamentais como a vida e a integridade pessoal.

A judicialização do direito à saúde na Colômbia e a evolução jurisprudencial da CCC ao analisar os pedidos de tutela passaram, na visão de Rodríguez Garavito, por três fases: *i*) a fase inaugural, entre 1992 a 1997; *ii*) a fase de explosão de tutelas, entre 1998 e 2008; e *iii*) a fase estrutural, com o intuito de desjudicialização do direito.

A primeira fase estendeu-se por seis anos, desde o começo do funcionamento da jurisdição constitucional, em fevereiro de 1992, até a expedição de decisões importantes, em 1997, quando a CCC fez um primeiro esforço sistematizador da jurisprudência sobre o tema. A Corte, desde a sua segunda sentença (T-02, de 1992), decidiu pela fundamentalidade, aplicação direta e justiciabilidade dos DESC, como educação, trabalho e saúde (CCC, 1992).

A partir da Sentença T-406, de 1992, corroborando a teoria da aplicação direta dos DESC, sem a intermediação legislativa ou administrativa, a CCC revelou sua vontade de fundamentalizar verdadeiras reivindicações de bem-estar social que envolve a utilização, por parte do Estado, de vultosos recursos, com consequências econômicas diretas (CCC, 1992).

Com isso, a Corte acolheu tutelas sobre o direito à saúde, ordenando o fornecimento de medicamentos, cirurgias e demais tratamentos necessários para garantir o direito constitucional a uma vida digna. Ao interpretar o artigo 49 da Carta Política recém-expedida, a Corte decidiu que, embora o direito à saúde não fosse exigível judicialmente de forma direta, por não ser considerado um direito constitucional fundamental, poderia ser reclamado perante os juízes quando a falta de uma prestação pusesse em perigo a vida do demandante. Nesta fase, definiu-se a possibilidade de acionar a tutela e se estabeleceu o critério de conexão com o direito a vida (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 511-512).

Esta posição jurisprudencial daria lugar à segunda característica do período inicial que teria impacto profundo nos anos posteriores. Uma vez expedida a Lei nº 100, de 1993, que criou os planos obrigatórios de saúde (POS) como mecanismo de racionalizar e fixar as prioridades no sistema, a jurisprudência nascente da Corte se viu perante casos difíceis em que um paciente pleiteava a tutela para um tratamento ou medicamento que havia sido receitado pelo seu médico, mas que não se encontrava no POS. A decisão da Corte foi aplicar o critério da conexão também a estes casos e ordenar o fornecimento do prescrito pelo médico tratante, mesmo que o tratamento não estivesse incluído no POS. Com isso deu-se início a uma linha de sentenças que, ante o descumprimento sucessivo do Estado do dever de atualizar o POS, viria a criar um POS jurisprudencial, ou seja, a ampliação na prática de medicamentos e tratamentos que deveriam ser fornecidos aos pacientes pelo Poder Público (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 512).

Começou, então, o choque entre o sistema de saúde, entendido como mecanismo de circulação de recursos e de fontes aos usuários, e o direito a saúde, delineado como conjunto otimizado de prestações às quais os usuários devem ter acesso imediato. Os casos que chegaram às Cortes começaram a mostrar uma interpretação preocupante sobre o POS. Inicialmente, foram levadas ao Judiciário reclamações sobre a interpretação no sentido de que o POS implicava renunciar os tratamentos de casos de doenças incuráveis, pois, segundo se argumentava, o tratamento não teria um custo-benefício por ser ineficiente, logo deveria ser excluído do pacote geral. Por outro lado, a excessiva rigidez do POS começou a se chocar com a liberdade profissional e científica dos médicos, que viam no sistema um zelo excessivo em homogeneizar o tratamento de doenças, segundo protocolo da medicina baseada na evidência (MEDINA, 2009, p. 391).

Um sistema que excluía estas formas de enfermidade parecia insensível, defeituoso e violador do direito à saúde. A sentença SU-043, de 1995 (CCC, 1995), definiu que as entidades, públicas ou privadas, encarregadas de entregar ao afiliado e sua família os benefícios dos planos obrigatórios de saúde não poderiam mais alegar que o diagnóstico de incurabilidade da doença seria razão válida para negar todo tipo de atenção ao paciente.

Em que pesem os entendimentos divergentes e negativos das entidades prestadoras de saúde (EPS) para fornecer os tratamentos de saúde, cabe ressaltar que nesta primeira fase, entre os anos de 1992 e 1996, um estudo revelou que apenas 4% das tutelas representavam conflito no setor da saúde, em comparação com outros direitos como o de petição com 24%, o de trabalho com 16% e o do devido processo legal com 13% (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 512).

Na segunda fase, denominada pelo autor colombiano de explosão da tutela em saúde, durante os anos de 1998 a 2008, ocorreu um elevado aumento na judicialização do direito. Para fins comprobatórios, com base nos dados recolhidos em levantamento realizado pela Defensoria Pública, verificou-se que no ano de 1999 o quantitativo de tutelas de saúde alcançou o patamar de 24%, ou seja, seis vezes mais que a média do período anterior, com elevação do percentual durante os nove anos seguintes, chegando a alcançar 41% em 2008 (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 513). E não foi só. Além do aumento percentual, houve aumento do quantitativo absoluto do número de ações no período: entre 1999 e 2008, o volume de casos se multiplicou por um fator de quase sete, passando de 21.301 a 142.957. De acordo com o estudo, o total de tutelas interpostas sobre o direito à saúde foi bastante considerável, chegando a 674.612, demonstrando um aumento expressivo na judicialização da saúde na Colômbia (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 513).

Nestas ações, a grande maioria dos casos terminava com decisões favoráveis ao paciente, com a taxa de êxito das tutelas aumentando progressivamente, saindo de 72% em 1999 para 86% em 2008. Na maior parte dos casos, as sentenças eram de reiteração, nas quais a Corte reforçava sua jurisprudência de que o POS deve ser flexibilizado para que o direito à saúde fosse protegido (MEDINA, 2009, p. 398). Vê-se a similaridade de contextos e números da judicialização da saúde colombiana com a da saúde brasileira, que detém taxa de êxito de aproximadamente 90% (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 515).

O fenômeno da crescente busca pela tutela de saúde na Colômbia durante a segunda fase apresentada é explicado através de sentenças emanadas da CCC que garantiram êxitos individuais. Na SU-111, de 1997, o Tribunal tentou combater a imprecisão e amplitude do critério de conexidade mediante outro, o do mínimo vital, que define o conjunto de condições básicas de bem-estar material que conferem padrão de conteúdo a uma vida digna (CCC, 1997). Já na SU-480, de 1997, a Corte abriu a possibilidade de que as EPS cobrassem ao Fundo de Solidariedade e Garantias em Saúde (FOSYGA) pelos serviços e medicamentos fornecidos que não estivessem incluídos no plano obrigatório de benefícios (CCC, 1997).

Entretanto, Rodríguez Garavito (2012, p. 516) indica que o efeito destas sentenças foi contrário ao buscado, já que, de um lado, o critério do mínimo vital da primeira acabou sendo interpretado de forma tão ampla como o da conexidade, dando azo ao fornecimento de uma grande quantidade e variedade de tratamentos e medicamentos considerados necessários a garantir o mínimo vital, na dicção dos juízes de tutela; por outro lado, o mecanismo de cobrança em regresso criado pela segunda sentença viria a ser um estímulo para que os diferentes atores do sistema utilizassem de forma ainda mais intensa o mecanismo da tutela, correspondendo a uma verdadeira corrida ao Poder Judiciário em busca do tratamento médico.

Percebe-se que o contexto do segundo período jurisprudencial acerca do direito à saúde na Colômbia coincide com a situação recente da judicialização da saúde no Brasil, que revela números elevadíssimos, conforme levantamento realizado pelo CNJ. De acordo com o estudo, o total de processos julgados em 2012 subiu em relação a 2011, notadamente nos tribunais de Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Norte, que apresentaram aumento respectivo de 118.225, 132.561 e 21.384 processos julgados em relação ao ano anterior (CNJ, 2015, p. 39).

Confirmando ainda mais a ausência de estruturação do SUS, viu-se que em dados mais recentes divulgados pelo CNJ, com relação ao quantitativo da judicialização da saúde no país, até o mês de junho de 2014, existiam 62.291 demandas pleiteando o direito na

Justiça Federal e 330.630 na Justiça Estadual, totalizando o estrondoso número de 392.921 ações judiciais vindicando o direito fundamental (CNJ, 2014, p. 1)². Além disso, apurou-se que o foco das demandas está lastreado na saúde curativa, como medicamentos, tratamentos e próteses, e menos sobre aspectos preventivos, como vacinas e exames (CNJ, 2015, p. 43). Outro dado relevante analisado no estudo é a predominância da litigância individual em relação às ações coletivas, o que revela a similaridade com as ações de tutela presentes na Colômbia.

Ademais, as duas sentenças colombianas analisadas apresentam similaridade com a atual jurisprudência brasileira com relação ao direito fundamental à saúde. Em primeiro lugar, é pacífico nos tribunais pátrios que o direito fundamental à saúde deve ser respeitado, devendo ser garantido pelo Poder Público, sob pena de se violar o mínimo vital dos pacientes (STF, 2000; STF, 2012). Em segundo lugar, a jurisprudência brasileira entende que deve ser concedida a tutela da saúde em favor do demandante em face de qualquer ente público, quer seja a União, estados ou municípios, de forma isolada ou conjunta, cabendo direito de regresso de um ente contra outro ou compensação financeira dos custos (STF, 2015). Entretanto, a tutela da saúde deve ser concedida de forma direta ao demandante, o que em muito se assemelha ao decidido pela CCC, quando estabeleceu que as EPS devem fornecer o tratamento pleiteado, autorizando-as, por conseguinte, a pedir a recuperação do custo dos serviços não previstos no POS ao FOSYGA.

Com o excessivo quantitativo de ações de tutela em busca da garantia do direito à saúde, e a consequente desregulação no sistema, a CCC percebeu que era necessário reestruturar a prestação do serviço e desjudicializar o direito à saúde. A terceira fase jurisprudencial apresentada por Rodríguez Garavito é caracterizada pelo enfoque estrutural e pelo intuito de desjudicialização, sendo marcada por diversos esforços do Judiciário, do Executivo e do Legislativo para reduzir o fluxo de tutelas, atendendo a suas causas estruturais.

Diante do volumoso percentual de demandas de saúde, a CCC, o Congresso e o Governo empreenderam iniciativas para racionalizar o uso da tutela. Era fundamental fortalecer a capacidade de resolução de conflitos no interior do sistema de saúde e que este cumprisse tanto com o POS legal quanto com sua extensão jurisprudencial, sem que a ação de tutela fosse considerada um requisito burocrático adicional.

² Conforme consulta extraída do sítio eletrônico do CNJ, os números foram divulgados pelos tribunais e sua assessoria de imprensa, em relatório de cumprimento da Resolução CNJ nº 107, em junho de 2014.

A Lei nº 1.122, de 2007, cooperou com a Corte Constitucional, sem impedir sua intervenção em temas de saúde nem reduzir ou eliminar o POS jurisprudencial. A referida norma buscou diminuir as recuperações ao fundo de solidariedade e garantias em saúde, ao criar incentivos para que os comitês técnico-científicos (CTC) das EPS analisassem rigorosamente as petições de medicamentos de alto custo não incluídos no POS.

Nos casos em que os CTC realizassem a análise e o paciente, posteriormente, conseguisse a tutela, a lei em seu art. 14, *j*, determinou que as EPS pudessem recuperar ao fundo de solidariedade e garantias em saúde somente 50% da despesa, enquanto a outra metade deveria ser coberta com recursos próprios. Dita norma foi declarada constitucional pela Corte na sentença C-463, de 2008, que reforçou o desincentivo das recuperações, ao estender a regra do copagamento das tutelas entre as EPS e FOSYGA a todos os casos de medicamentos e serviços de que os CTC não fizera o estudo e a tutela haja sido favorável ao paciente (CCC, 2008).

Outra medida da Lei nº 1.122, de 2007, foi a ampliação da competência de julgamento e de conciliação da Superintendência Nacional de Saúde (SNS) para resolver reivindicações que estavam surgindo massivamente nos tribunais. Esta lei foi declarada constitucional pela CCC, sob o entendimento de que as medidas racionalizantes não implicavam violações do conteúdo mínimo do direito à saúde definido por sua jurisprudência (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 517).

Entretanto, o marco da reestruturação do sistema de saúde colombiano foi a Sentença T-760, de 2008, que significou uma aproximação casuística dos conflitos de tutela a um enfoque estrutural que se concentrava em resolver falhas sistêmicas subjacentes à avalanche de litígios individuais existentes. Com esta decisão, o Tribunal Constitucional retornou ao mecanismo jurisprudencial das ordens complexas que envolvem múltiplas entidades públicas e privadas, cujo cumprimento é monitorado periodicamente pela própria Corte. Na espécie, a CCC acumulou 22 casos que constituíam uma amostra dos conflitos de tutela mais recorrentes. Além disso, declarou o direito à saúde como fundamental, suscetível de ser protegido pela tutela de forma autônoma, passando a expedir ordens dirigidas a todos os atores relevantes do sistema de saúde para que atendessem em prazos peremptórios às falhas estruturais das políticas subjacentes à judicialização da saúde (CCC, 2008). A finalidade da ação era obrigar o governo a ocupar-se das demoras legislativas e administrativas que debilitavam o sistema de saúde pública e sobrecarregavam os tribunais com milhares de solicitações de pacientes que reclamavam remédios e tratamentos básicos.

Antes de enumerar a natureza e o tipo de ordens expedidas pelo Tribunal Constitucional, cabe demonstrar uma incoerência argumentativa da Corte na análise da sentença T-760. Isso porque, em que pese ter utilizado todos os mecanismos da essência do ECI, a CCC não o declarou formalmente.

Peña (2011, p. 14) defende que a sentença T-760, de natureza estrutural, não declarou o ECI, sob o argumento de que o sistema de saúde dispõe de recursos suficientes. De acordo com os dados colhidos pelo autor, despende-se cerca de 34 bilhões anuais, entre recursos públicos e privados, que não são suficientes devido ao modelo, que é inclinado ao prejuízo patrimonial, sem contar os altos custos da intermediação presente no sistema. Igualmente, de acordo com o autor, a saúde possui uma infraestrutura para proteger os direitos dos usuários, com órgãos e entidades competentes para exercer seu ofício, como Ministério da Proteção Social, Superintendência de Saúde, rede de hospitais públicos e privados, EPS, instituições prestadoras de saúde (IPS) e mecanismo de participação dos usuários, não se tratando de falha do Estado, mas de um problema configurado pelos desvios ocorridos no sistema. Em suma, na visão do jurista colombiano, o ECI deve ser declarado quando há a ausência de estrutura no Estado para formular políticas públicas que garantam os direitos constitucionais.

No mesmo sentido encontra-se Cepeda, relator da T-760, ao dispor que, apesar de toda problemática verificada no setor, não se declarou um ECI no sistema de saúde colombiano, o que demonstra o uso prudente e racional da figura pela Corte, que sempre espera esgotar a última instância antes de tomar a derradeira decisão (CCC, 2008).

A comunidade acadêmica colombiana criticou a postura tímida da Corte em não haver declarado na T-760 que o problema da saúde na Colômbia era tão grave que requeria uma declaração do ECI. Assinalou-se que a CCC não declarou o ECI mesmo estando presentes as condições que, em outras ocasiões, como o deslocamento forçado, levaram a utilizar esta figura (MEDINA, 2009, p. 407).

Tanto é que, como bem informado por Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco (2015, p. 22), as falhas estruturais do Estado no sistema de saúde na Colômbia ocasionavam o ajuizamento de cem mil pedidos de tutela anuais, com o fito de garantia do direito à saúde, já que os prestadores públicos e privados se negavam a prestar o tratamento médico pleiteado.

Ora, mesmo havendo, em tese, estrutura física de órgãos ou entidades no sistema de saúde, como informou Peña, mas inexistindo fluxo adequado de recursos e condutas aptas a viabilizar o direito à saúde aos cidadãos, resta incongruente a conclusão da CCC de que no caso do sistema de saúde colombiano não se configurava um estado de inconstitucionalidade,

de acordo com as provas da existência de bloqueios políticos institucionais e a ausência de diálogos interinstitucionais.

Rodríguez Garavito (2015, p. 91) afirma que na *Sentencia* T-760, de 2008, mesmo não declarando formalmente o ECI, a CCC aprovou uma série de medidas provisionais para as autoridades competentes, a fim de que os problemas estruturais no sistema de seguridade social de saúde se superassem, iniciando um processo de acompanhamento não muito distinto da T-025, de 2004. A decisão da CCC expôs as falhas estruturais do sistema de proteção do direito à saúde e a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir o direito.

As ordens estruturais buscaram cinco objetivos: *i)* promover a precisão, atualização, unificação e acesso aos planos de benefícios; *ii)* impulsionar a sustentabilidade e o fluxo de recursos; *iii)* aumentar a transparência do sistema de saúde através da criação e difusão de cartilha de direitos e deveres dos pacientes; *iv)* avançar para uma cobertura universal; e *v)* criar indicadores de acompanhamento e de divulgação da sentença (CCC, 2008).

Em face da vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, a CCC assinalou que a saúde é um dos direitos mais afetados pela população colombiana, indicando que existe um grande número de tutelas solicitando o acesso aos seus serviços. Essa violação do direito à saúde por parte do Estado é ilustrada pela incerteza ante os serviços incluídos ou não no POS, a revelar a sua desatualização (COCK, 2012, p. 215).

Ademais, o Estado colombiano ignora o direito ao permitir que só através da ação de tutela sejam obtidos os serviços de saúde. As EPS adotam práticas inconstitucionais para permitir o acesso aos serviços, por admitirem a desigualdade entre o plano subsidiado e o contributivo, diferença mais gravosa para os menores de idade. Há ainda a ausência de regulação transparente, que conduz a que não se possam fazer efetivos os direitos dos usuários quando requerem um serviço de saúde diferente, como um medicamento não incluído no POS, condutas que fazem com que a tutela seja um mecanismo generalizado para acessar os serviços de saúde não incluídos no plano (COCK, 2012, p. 215-216).

A CCC comprova que não existe fluxo de recursos adequado para garantir o acesso dos serviços de saúde e que o Estado não está assumindo adequadamente os serviços necessários que não se acham incluídos no POS, afetando o gozo do direito à saúde. Deste modo, a Corte evidencia que as autoridades competentes não expediram as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação do direito à saúde.

A decisão revela que a negação dos serviços incluídos nos planos obrigatórios constitui uma violação ao direito fundamental à saúde, já que se trata de uma prestação exigível e suscetível de proteção através da ação de tutela. Os serviços de saúde que não estejam incluídos nos POS, mas requeridos de maneira urgente e que comprometam a dignidade ou a integridade da pessoa, podem ser exigidos mediante o exercício da ação de tutela, já que a referida garantia, conforme entendimento da Corte, é tutelada pela dogmática constitucional, e não necessariamente pelo plano obrigatório. Assim, pode existir um serviço de saúde que não esteja incluído no POS, mas cuja falta comprometa de forma grave a vida, a dignidade da pessoa ou sua integridade pessoal. Logo, o âmbito de proteção do direito à saúde não está delimitado pelos planos obrigatórios de saúde.

Diante da situação, a CCC criou regras jurisprudenciais para garantir o direito à saúde, presentes no apartado 4.4.5.5.5 da *Sentencia T-760*, de 2008, a seguir enumeradas: *i*) não se pode deixar de proteger o direito à saúde por falta de provas; *ii*) as entidades do setor da saúde não podem obstaculizar o acesso aos serviços de saúde para obter o pagamento do serviço; *iii*) não se pode negar acesso a um serviço de saúde, por omitir algumas cotações, quando a entidade aceitou a mora ao receber novos pagamentos; *iv*) o dever de solidariedade e de suportar cargas suportáveis; *v*) a prestação dos serviços deve ser oportuna, eficiente e de qualidade, para garantir o princípio da integralidade; *vi*) as entidades devem garantir integralmente o acesso aos serviços de saúde requeridos; *vii*) o dever de garantir o acesso aos serviços de saúde livre de trâmites e procedimentos administrativos complexos e desnecessários; *viii*) o respeito ao princípio da continuidade, pois um serviço de saúde não pode ser interrompido subitamente; e *ix*) o acesso aos serviços de saúde por sujeitos de proteção constitucional como os menores: o direito à saúde destes é fundamental e deve ser protegido de forma imediata pelo juiz constitucional nos casos em que for ameaçado ou violado (CCC, 2008).

A CCC (2008) estabeleceu ainda quatro critérios para o acesso a serviços de saúde não contemplados nos planos obrigatórios de saúde: *i*) quando a falta do serviço médico viola ou ameaça os direitos à vida e à integridade pessoal de quem o requer; *ii*) o serviço não pode ser substituído por outro que se encontre incluído no plano obrigatório de saúde; *iii*) o interessado não pode custeá-lo; e *iv*) o serviço médico haja sido prescrito por médico vinculado à entidade encarregada de garantir a prestação do serviço a quem o está solicitando.

Toda pessoa que necessita de um serviço de saúde não contemplado no plano obrigatório tem o direito de ter acesso a este, desde que assuma um custo adicional. Todavia, a jurisprudência da CCC considera que se o indivíduo necessita, mas carece de capacidades

econômicas para assumir tal custo, é possível autorizar o serviço médico requerido e permitir que a EPS obtenha perante o fundo de solidariedade e garantias em saúde, o reembolso do serviço não coberto pelo POS.

Com respeito aos planos obrigatórios de saúde (contributivo e subsidiado), a Corte observou que não haviam sido igualados os serviços disponíveis em cada um, com a consequente violação do direito à igualdade. As pessoas filiadas ao regime contributivo recebiam melhor atenção do que as filiadas ao regime subsidiado. Também se verificou que existiam problemas e dúvidas concernentes aos serviços efetivamente incluídos no POS. Diante desta situação, a Corte, mediante uma sentença programática, ordenou precisar os conteúdos dos planos, atualizar e reduzir as dúvidas sobre o que estava incluso e disponibilizar as informações sobre as deficiências nos fornecimentos dos serviços e sobre as EPS que haviam transgredido o direito à saúde. Outra decisão importante foi a de elaborar um programa e cronograma para unificar o POS, tanto para menores de idade, de maneira prioritária, quanto para o restante da população.

Quanto ao fluxo de recursos para financiar o sistema, devido às disputas entre as EPS e o Estado sobre os regressos dos serviços prestados e excluídos do POS, a Corte decidiu que se devia desenhar um plano de contingência para cancelar recuperações atrasadas e confeccionar um sistema eficiente para fazê-lo. De igual modo, estabeleceu a obrigação de assegurar o fluxo de recursos para o Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde (SGSSS) para o futuro (CCC, 2008).

As ordens emanadas da Corte Constitucional, num total de 32, estão divididas entre as que solucionaram os casos concretos de tutela (de 1 a 15), que buscaram assegurar o gozo efetivo do direito da saúde a cada tutelante, impedindo que por ação ou omissão se obstaculize a uma pessoa o acesso a um serviço de saúde de que necessite; e as que estipulam ordens gerais para a solução dos problemas regulatórios no sistema de seguridade social em saúde, como meio normativo para a diminuição das demandas judiciais que versam sobre o direito à saúde (de 16 a 32).

Deste modo, para alcançar a garantia do direito à saúde e superar as falhas estruturais do Sistema de Seguridade Social, a CCC (2008) transmitiu ordens ao Governo Nacional, mais exatamente, à Comissão de Regulação em Saúde (CREAS), para atualizar os POS e unificar os planos de benefícios para os menores, dos regimes contributivo e subsidiado, medida que deveria ser realizada antes de 1º de outubro de 2009, e adotar um programa e cronograma para a unificação gradual e sustentável dos planos de benefícios dos regimes contributivo e subsidiado.

A diferenciação entre os planos obrigatórios de saúde do regime contributivo e do subsidiado foi considerada constitucional pela Corte, porém apenas de modo temporal. Para a consecução de tal objetivo, foi ordenada a ordem vigésima segunda, afim de que, em não havendo a igualização dos dois regimes de assistência de saúde entre as crianças, a CREAS unifique os planos de benefícios, contributivo e subsidiado (CCC, 2008).

Além disso, para sanar as falhas da regulamentação relativas aos serviços previstos nos POS, a CREAS, por decisão da Corte Constitucional, deverá estabelecer quais os serviços que não se encontram contemplados nos planos de benefícios, mas que serão incluídos gradualmente, indicando, paralelamente, quais as metas para a ampliação e as datas em que elas serão cumpridas; decidir que serviços passarão, eventualmente, a ser suprimidos dos planos de benefícios, indicando as razões específicas pelas quais se tomou esta decisão; e levar em conta a sustentabilidade do sistema de saúde e o financiamento dos planos de benefícios pelos afiliados e pelas demais fontes de recursos, quando das decisões de incluir ou não um serviço de saúde. Para o cumprimento destas ordens, a Corte garantiu a participação ativa da comunidade médica, assim como dos usuários do sistema de saúde, através de seus órgãos representativos (CCC, 2008).

A CCC afirma ainda na decisão que o direito fundamental à saúde compreende, entre outros, o direito ao acesso a serviços de saúde de maneira oportuna, eficaz e com qualidade. Neste sentido, a Corte tem considerado como inconstitucional um sistema de tarifas para a prestação de todos os serviços de saúde, incluindo a atenção básica, por mínima que seja, porquanto a Constituição obriga o legislador a reconhecer uma atenção básica gratuita de serviço de saúde. O principal critério para se determinar quais os serviços mínimos de saúde a que a pessoa tem direito de acesso é o conceito científico do médico, ainda que não de forma exclusiva (CCC, 2008).

Com relação a assegurar o fluxo dos recursos no sistema, ordenou o FOSYGA acelerar os processos de recuperação/cobrança; ordenou o Ministério da Proteção Social a adoção de medidas para garantir que todas as EPS confeccionem um informe trimestral em que se indiquem os serviços médicos que foram negados, ordenando também o referido ministério e a SNS que se adotem medidas para identificar as EPS e IPS que com maior frequência se negam a autorizar os serviços de saúde contidos no POS (CCC, 2008).

Assim como em outros casos estruturais, a Corte tem acompanhado a sentença através de um processo de seguimento que compreende novas decisões e audiências públicas e que promove um diálogo ente os integrantes do sistema de saúde, respaldado pela pressão das ordens coativas, para atender às causas da tutela. Esta aproximação estrutural e dialógica é o

contraponto necessário para as reformas regulatórias, ponto-chave para a deliberação transparente, pública e racional sobre as decisões difíceis de priorização do sistema de saúde. Assim, em vez de impor unilateralmente o critério dos juízes, estas decisões promovem a eficiência, a transparência e a prestação de contas na tomada de decisão dentro do sistema de saúde (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 551).

Foram realizadas audiências públicas em julho de 2011 e maio de 2012 para ampliar o debate democrático entre as entidades envolvidas na prestação do serviço de saúde e seus destinatários, e também para subsidiar as demais ordens expedidas pela CCC, principalmente no que se refere à precisão, atualização, unificação e acesso aos planos de benefícios; sustentabilidade financeira do sistema e fluxo de recursos; carta de direitos e deveres, desempenho, cobertura universal e prestação de contas.

Neste período, constata-se um decréscimo das ações de tutela de saúde: enquanto as ações de tutela em geral cresciam, as que versavam sobre direito à saúde diminuía; entre 2008 e 2009 a queda foi de 30%, e entre 2009 e 2010, mais 6%. Os litígios sobre saúde, embora elevados (94.502 em 2010), vêm se distanciando do topo de 2008. Assim mesmo, o peso relativo destes casos no universo de tutelas retornou à porcentagem do início do segundo período – em 2012 foi de 24% (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 519).

Em consulta realizada no *site* da CCC, verificou-se que não fora cessado o estado de inconstitucionalidade no sistema de saúde na Colômbia, em que pesem os avanços ocorridos na estrutura administrativa e financeira para o custeamento do serviço. O Tribunal Constitucional permanece emanando ordens através dos autos de seguimento de referida sentença estrutural, monitorando a execução do *decisum*, demonstrando que este tipo de ativismo judicial dialógico estrutural praticado na Colômbia é um importante exemplo a ser observado por países de características semelhantes, como o Brasil, constituindo uma possível orientação jurisprudencial para as Cortes brasileiras na concretização de direitos fundamentais de forma racional e equitativa.

Com a T-760, de 2008, a Corte buscou agregar informações sobre o impacto de sua jurisprudência sobre um subsetor social e econômico. Sua participação como regulador do sistema de saúde cresce, na medida em que explicitar em sua análise a relação entre sistema e direito (MEDINA, 2009, p. 405).

Assim como na sentença estrutural T-025, de 2004, sobre o deslocamento forçado na Colômbia, a T-760, de 2008, também possui efeitos diretos e indiretos, materiais e simbólicos.

O efeito direto, ou seja, as ações ordenadas pelo juiz que afetam a todos os participantes do caso – sejam litigantes, beneficiários ou organismos estatais destinatários das ordens e das tutelas individuais típicas – é o fornecimento de tratamento médico pleiteado ao paciente, e no caso de prestações não incluídas no POS, a recuperação do custo realizado pelas EPS ao fundo de solidariedade e garantias em saúde.

Já os efeitos indiretos são todas as consequências que, sem estar estipuladas nas ordens do juiz, derivam da sentença e afetam não só as partes do caso, como também os atores sociais. Como exemplo deste efeito, tem-se que com a possível geração de regressos milionários ao FOSYGA, as tutelas massivas possam obstar este orçamento para outras necessidades da saúde pública.

Com relação aos efeitos materiais, há a possibilidade de mudanças na conduta de grupos ou indivíduos, como as que afetem as EPS, fundo de solidariedade e garantias em saúde e outros atores do sistema de saúde. Já os simbólicos são as mudanças nas ideias, percepções e concepções sociais coletivas relativas à matéria objeto do litígio, o que implica modificações culturais ou ideológicas com respeito ao problema levantado pelo caso. Exemplificando, quando as sentenças recebem ampla cobertura dos meios de comunicação, aumenta o interesse da população em compreender e debater o problema correspondente.

Assim ocorreu na Sentença T-760, de 2008, que chegou a reformular o problema da saúde pública na Colômbia. A investigação empírica resultou na análise que indica que antes da decisão da Corte, o contexto mais provável sobre o tema era o de crise institucional, que dominava 60% dos escritos publicados entre 2004 e meados de 2008. O processo de reformulação pode ser visto claramente na ação de cobertura da imprensa que seguiu a decisão: entre meados de 2008 e final de 2010, a imprensa destacou na grande maioria dos artigos o marco direito à saúde (72%) (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 540).

Contudo, os juízes e os defensores da tutela tendem a concentrar-se nos efeitos materiais diretos da decisão, ou seja, na atenção das necessidades concretas e imediatas dos pacientes. Trata-se de um raciocínio não consequencialista, que não se detém no impacto indireto coletivo que pode ter este tipo de decisões, como no caso da realocação de recursos públicos escassos para atender a enfermidades de alto custo ou cobrir tratamento de marca solicitado mediante tutela em detrimento de outras necessidades da saúde pública.

Estes efeitos materiais indiretos são ressaltados por críticos da tutela que provêm da ciência econômica. Estes tendem a seguir um raciocínio utilitarista, que se concentra no custo de oportunidade das tutelas e no impacto destas na política econômica e social, antes que a resolução dos casos concretos chegue à Corte (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 541).

Um efeito indireto positivo da decisão estrutural analisada é a pressão que as tutelas têm exercido para a inclusão no POS de alguns medicamentos e tratamentos que, embora necessários à luz da evolução do perfil epidemiológico dos colombianos, continuavam excluídos da atualização do POS (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 543).

Para o propósito das recomendações sobre ajustes institucionais, revela-se salutar averiguar se os juízes conhecem e aplicam a Sentença T-760, de 2008, da CCC. Dado que as decisões da Corte não são precedentes estritamente obrigatórios para os juízes que decidem as tutelas de saúde, o grau do enfoque estrutural racionalizante da tutela nos juízos de primeiro grau é uma incógnita. Conforme estudo presente no trabalho de Rodríguez Garavito (2012, p. 525), somente 18,9% dos juízes de primeira instância fazem referência à decisão. Embora seja possível que parte do fenômeno se explique, na dicção do autor, pela demora de quase dois anos para ser expedida, tempo curto para difundi-la amplamente, mostra-se essencial a desenvoltura de estratégias de capacitação e informação com os juízes das jurisdições que na prática decidem as tutelas. Desse modo, pode-se evitar a incongruência existente na judicialização da saúde no país, de um lado com enfoque casuístico da resolução de milhares de tutelas por parte de juízes de primeira instância, e de outro, com intuito e esforço da CCC de promover um olhar estrutural.

Em suma, o litígio de saúde na Colômbia tem um perfil claro: trata-se fundamentalmente de petições de pacientes que solicitam a juízes de tutela, penais ou civis, que ordenam o fornecimento de tratamentos, medicamentos ou cirurgias que estão incluídos no POS, onde a maioria das disputas tem a ver com regime subsidiado (65%) (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 527) e não passam pelos CTC. Soma-se ainda o fato de que as ações de tutela acabam quase sempre com resultado favorável ao peticionante e são decididas casuisticamente, deixando intactos os fatos estruturais. Como exemplo, após a concessão da tutela de medicamento não incluído no POS, os reguladores do sistema não respondem com uma atualização sistemática do plano de benefícios, o que perpetua as falhas estruturais que motivam a judicialização massiva de novas petições similares.

Na verdade, existe um círculo de retroalimentação entre respostas pré-judiciais e pós-judiciais dos atores do sistema. Rodríguez Garavito (2012, p. 529-530) sugere que o ciclo de judicialização descreve uma trajetória de espiral: a falta de reformas institucionais e as falhas

de procedimentos e políticas motivam as tutelas a se manterem e, por sua vez, alimentam novas tutelas, tornando-se um círculo vicioso.

Em outras palavras, a judicialização da saúde tem origem nas falhas estruturais que originam reclamações não resolvidas internamente pelo sistema de saúde e que, graças à acessibilidade do sistema de justiça, terminam por gerar uma alta demanda de ações judiciais. O ciclo se repete quando as respostas das entidades responsáveis por garantir o direito deixam intactas as falhas originais, alimentando explicitamente a utilização excessiva da tutela.

Descrita a evolução da judicialização da saúde na Colômbia, bem como a postura estruturante e dialógica da Corte Constitucional no setor, Rodríguez Garavito (2012, p. 552) afirma que as intervenções judiciais estruturais e sistêmicas possuem três vantagens em relação aos litígios individuais e casuísticos. Primeiramente, respondem à objeção sobre a ausência de conhecimento técnico dos juízes, pois ao convocar o processo de seguimento, não somente os funcionários públicos como também uma ampla variedade de atores com conhecimento relevante podem auxiliar os tribunais dialógicos a promover a busca colaborativa de soluções em uma discussão pública sobre as alternativas de ação. Os efeitos diretos e indiretos que podem surgir com este diálogo incluem o desbloqueio de processos de política pública, a melhora na coordenação entre organismos públicos que previamente estavam desconectados e a criação de políticas públicas na linguagem jurídica. Estas mudanças podem prevenir disputas que hoje se convertem em tutelas.

Segundo, este tipo de decisões fulmina a crítica segundo a qual, ao outorgar uma prestação médica, o juiz estaria invadindo a competência de autoridades como o CTC ou o SNS. Em sentenças como a T-760, o juiz promove o processo de reformas, mas não decide seu conteúdo, já que a maioria das ordens é de meio e não de resultados. Como exemplo, nesta decisão, a CCC ordena o governo a formular um plano de contingência para evitar a quebra do sistema de saúde pública, criar protocolos administrativos para resolver as queixas dos pacientes e prestadores e estabelecer os mecanismos para supervisionar os seguradores e prestadores. A debilidade relativa a estas ordens é compensada pelos prazos estritos para cumpri-las e pela obrigação de informar à Corte sobre seus avanços.

Finalmente, as decisões estruturais podem aprofundar os efeitos positivos das intervenções judiciais e, ao mesmo tempo, mitigar os riscos de efeitos negativos. Com relação aos efeitos positivos, podem não somente provocar as mudanças institucionais e de política assinaladas, como impulsionar os efeitos simbólicos, a saber: demonstrar as falhas do sistema de saúde perante a opinião pública que geram pressão na sociedade para atender às causas da

tutela. Com relação aos efeitos negativos, as intervenções judiciais evitam o tratamento casuístico e desigual de litígios dispersos e neutralizam o risco de consequências não equitativas da tutela.

Sobre a execução da prestação do sistema de saúde na Colômbia, após reformas a análise dos expedientes de tutela realizada pelo Programa de Justiça Global indagou se os pacientes haviam levado suas petições ao CTC antes de se socorrer da tutela. Os resultados mostram que os CTC não têm cumprido sua função de instância administrativa de solução de conflitos na maioria dos casos, já que 65% dos pacientes permanecem recorrendo à tutela. No entanto, uma terça parte dos casos é conhecida pelos CTC, fator que representa o começo da direção desenhada pelas medidas jurisprudenciais, administrativas e legislativas que são adotadas desde 2007, com o fim de fortalecer a eficiência e a qualidade dos mecanismos de disputas de conflitos do sistema de saúde (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 521).

Outra análise relevante para o estudo consiste em averiguar se a prestação objeto do litígio encontra-se contemplada no POS ou se se trata de uma pretensão fora do catálogo. Em 2010, os dados da Defensoria Pública mostram um claro predomínio dos conflitos do primeiro tipo, aqueles em que os tratamentos, medicamentos, cirurgias e demais prestações estão incluídos no POS. Isso indica que mais da metade dos litígios não corresponde a casos difíceis que o CTC enfrenta por não estarem incluídos na lista, senão a casos de prestações presentes nesta e que deveriam ser resolvidos de maneira rotineira pelas EPS, mediante o fornecimento do benefício ao paciente. Neste sentido, em boa parte dos litígios o juiz cumpre a função de cobrador do devido, antes que de ordenador de gasto de uma prestação extraordinária (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 521).

E esse quantitativo aumentou. Em pesquisa mais atualizada sobre os números da tutela de saúde e sua abrangência, em consulta aos informativos emitidos pela Defensoria Pública da Colômbia, verificou-se que a tutela de saúde em 2014 alcançou o número de 118.281, o que representa 23,7% do total deste tipo de ação jurídica interposta pelos colombianos (COLÔMBIA, 2015, p. 167).

Chama atenção a falha na organização administrativa em assegurar os serviços de saúde presentes no POS, já que em 2014, 70% das solicitações em matéria de violação ao direito à saúde estava prevista no plano: 61,70% encontravam-se dentro do POS contributivo, enquanto 70,24% das solicitações pertenciam ao POS subsidiado (COLÔMBIA, 2015, p. 169-171).

Contudo, há tutelas que demandam tratamentos que não estão no POS e que apresentam porcentagem significativa. Sua recorrência indica a necessidade de reformas de política pública, com a atualização periódica do POS, e administrativa, com o fortalecimento dos CTC e do sistema de resolução de conflitos, que garantam o direito à saúde ao interior do mesmo sistema, evitando a utilização massiva da tutela (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2012, p. 522).

Rodríguez Garavito (2012, p. 545) assevera que qualquer proposta de reformulação do sistema de saúde deve seguir dois parâmetros: coadunação com a Constituição e tratados internacionais de direitos humanos e a promoção da eficiência administrativa e equidade global do sistema. Partindo destas premissas, conclui-se que deve haver um equilíbrio entre as garantias do direito fundamental à saúde e sua manutenção através de um sistema equânime e eficiente que atenda à cobertura necessária. Em outras palavras, deve-se manter um espaço para ação de tutela, levando em conta que os princípios sobre o direito à saúde são desenvolvidos tanto pela CCC como pelo Comitê DESC e relatoria sobre o direito à saúde da Organização das Nações Unidas (ONU). Contudo, em respeito à separação dos poderes, há a necessidade de fortalecer os mecanismos administrativos de solução de conflitos, para fazê-los mais eficazes e justos, garantindo o direito sem a necessidade de se acudir à tutela.

Fazer compatíveis os dois parâmetros implica encontrar uma via intermediária entre as posições opostas que foram descritas: a postura não consequencialista, que tem dominado as decisões judiciais que se concentram na definição dos conflitos imediatos, e a postura utilitarista, que predomina entre os críticos que privilegiam as consequências globais da tutela.

Rodríguez Garavito (2012, p. 546) entende que pela leitura da T-760, o critério da razoabilidade com prestação de contas é um candidato forte a cumprir esta função, já que se distancia dos dois modelos anteriormente delineados e oferece um ponto intermediário entre as posições opostas. Pelo ponto de vista procedimental, a ênfase deste critério em condições de transparência, participação, prestação de contas, razoabilidade e devido processo encaixa bem no enfoque promissório, de tipo estrutural e procedimental que a CCC propôs com a T-760.

Mesmo com as decisões estruturais da CCC em racionalizar o sistema de saúde no país, a fim de que o direito e o seu devido acesso sejam concretizados no plano fático, infelizmente houve o aumento do número de tutelas em saúde na Colômbia. Contudo, percebe-se uma preocupação da Corte no caso, já que não declarou findado o estado de

inconstitucionalidade do direito no país, continuando a emanar ordens e a monitorá-las, com a participação inclusive da Defensoria Pública, conforme se verifica nos informes periódicos emitidos, além da pressão junto ao governo, comprovada pelo ministro da Saúde, Alejandro Gaviria, que anunciou que a unidade de pagamento por captação (UPC), que é o valor que o sistema reconhece pela saúde de cada colombiano, aumentará 8,2% em 2017 (EL TIEMPO, 2016).

A Sentença T-760, de 2008, embora distante de conseguir as mudanças pretendidas no sistema de saúde, impulsionou reformas importantes, como a regulação dos preços exorbitantes dos medicamentos, a equalização gradativa dos planos obrigatórios contributivo e subsidiado e o fortalecimento dos mecanismos de resolução de conflitos extrajudiciais no âmbito dos CTC, colocando no centro do debate público a crise do sistema de saúde. Com isso, a Corte adotou de maneira explícita uma interpretação mais firme do direito à saúde, fazendo-o diretamente exigível nos tribunais, no lugar de condicionar seu cumprimento pelo Judiciário à sua conexão com o direito a uma vida digna, mas preocupando-se com uma visão macro do sistema, a fim de que o direito fundamental à saúde não seja somente garantido, como mantido ao longo do tempo, na maior medida possível, em conformidade com o princípio da progressividade dos DESC, presente no artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica.

Através do estudo e da investigação do ativismo judicial dialógico estrutural, presente no setor da saúde na Colômbia, vê-se que o reconhecimento e a exigência do direito forte só se concretizam com ordens estruturantes moderadas e pelo monitoramento forte da Corte, caso contrário, o quantitativo da judicialização em busca da efetivação do direito crescerá. Todavia, não há como desconsiderar os ganhos conquistados com a postura ativa do Tribunal, com enfoque democrático e estrutural, tendo como desafio o avanço contínuo da reestruturação do sistema de saúde pública colombiano.

Esta postura dialógica estrutural deve ser investigada para verificar a possibilidade de sua aplicação no sistema de saúde pública brasileiro, que apresenta bloqueios político-institucionais, falhas estruturais e paradoxos normativos e sistêmicos que contribuem para a não concretização do direito social e para o aumento de sua judicialização.

3 O SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRO DESCENTRALIZADO NO FEDERALISMO CENTRALIZADOR E A CONSEQUENTE JUDICIALIZAÇÃO MASSIVA DO DIREITO SOCIAL

3.1 Constitucionalismo Social Brasileiro e o Direito Fundamental à Saúde

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova ordem positivista, retomando os valores de equidade e justiça para o sistema jurídico, concedendo força normativa aos princípios que, ao lado das regras, passam a ter natureza cogente. Barroso (2013, p. 92) informa que a Lei Maior alcança papel de destaque no ordenamento jurídico, passando a ser a Lei Fundamental regedora da interpretação de todas demais leis e atos normativos, ganhando supremacia e força normativa, irradiando os valores por todo o ordenamento jurídico e ordenando fins a serem perseguidos para a efetivação de direitos.

A crise do positivismo jurídico com sua rigidez lógico-formal na interpretação das normas abriu espaço à doutrina que associa o direito à realidade social. Barcellos (2013, p. 98) relata que esta doutrina, denominada pós-positivismo, resgata valores para preencher o conteúdo das normas jurídicas, reaproximando direito e ética, mas rejeitando, ao mesmo tempo, os ideais jusnaturalistas.

No Brasil, a força normativa das normas constitucionais se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. A essência desta doutrina é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa (BARROSO, 2009, p. 36).

Cabe ressaltar que o Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. Barroso (2009, p. 38) entende que a dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o “núcleo essencial de tais direitos”. Para o ministro do STF, o conceito de mínimo essencial, ligado à dignidade da pessoa humana, corresponde “às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público” (BARROSO, 2009, p. 38).

O direito ao mínimo existencial gera debates na doutrina pátria. Sarlet e Figueiredo (2010, p. 21) o diferenciam do mínimo vital, já que abrange tanto o mínimo fisiológico quanto o mínimo sociocultural, ocorrendo a concretização da dignidade humana quando verificadas

as condições mínimas oferecidas pelo Estado e pela sociedade que garantam uma vida saudável ao indivíduo, e não meros recursos para a sua sobrevivência, sendo este mínimo a uma vida saudável o núcleo essencial do direito fundamental social, blindado contra qualquer intervenção estatal, respeitada a contextualização em que se insere.

Já Torres (2009, p. 89) entende que o mínimo existencial deriva da própria Constituição, enquanto os direitos sociais dependem da integração do legislador ordinário, que pode ser orçamentário; logo, de acordo com o jurista, o princípio da reserva do possível, não prevalece sobre o mínimo existencial. Todavia, o princípio orçamentário deve ser observado, ou seja, a superação da omissão do legislador ou a lacuna orçamentária deve ser integrada por meios orçamentários com a abertura de créditos adicionais pelos poderes políticos, e não pelo Judiciário adjudicando bens individualizados.

Os direitos sociais positivados, considerados até então meros projetos e programas de governo, passam a ser considerados normas de natureza cogente e impositiva em face do Estado e dos cidadãos, dotados de eficácia direta e aplicabilidade imediata, através de prestações positivas estatais para a sua concretude. Segundo Bucci (2006, p. 27), um dos efeitos da aplicabilidade das normas programáticas é a proibição de omissão dos Poderes Públicos na realização dos direitos sociais.

Com isso, a Lei Maior deixa de ser dirigente e torna-se garantista; seu maior desafio é a efetividade de seu extenso rol de direitos fundamentais. O constituinte ainda determinou a obrigação aos três poderes da República para realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos. Para Krell (2002, p. 23), “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos”.

A compreensão dos direitos sociais demanda ainda que se recorra ao direito ao desenvolvimento e à progressividade da implantação desses direitos. Com efeito, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2014, p. 91-92).

A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, adota a expansão do bloco de constitucionalidade, ao consagrar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A saúde é direito humano fundamental, garantido pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 como um direito social. A Convenção Americana de Direitos Humanos complementa a Declaração Universal de 1948 e salvaguarda a proteção e a promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais no seu artigo 26, que determina que devem ser protegidos e progressivamente efetivados na medida dos recursos disponíveis por via legislativa ou outros meios apropriados, devendo os Estados ratificantes providenciar, no âmbito interno e internacional, medidas para a sua implementação.

No âmbito interno, o direito fundamental à saúde, garantido na Constituição Federal no rol dos direitos sociais do artigo 6º, é considerado por Alexy (2014, p. 499) como direito à prestação em sentido estrito, já que são direitos do indivíduo em face do Estado a algo que aquele, se tivesse meios financeiros ou ofertas suficientes no mercado, poderia também obter de particulares. Sarlet e Figueiredo (2010, p. 19) defendem que o direito à saúde, além de ser uma prestação em sentido estrito, encontra-se sob a lógica do art. 5º, § 1º, da Lei Maior, em que pese não constar da listagem dos direitos individuais e coletivos daquele dispositivo, devendo ser outorgada a máxima eficácia e efetividade possível, e ser levada em conta a necessária otimização dos princípios e direitos fundamentais envolvidos, à luz do caso concreto. Merece menção a contribuição de Krell (1999, p. 240), ao lecionar que os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo-se do Poder Público prestações materiais para o seu cumprimento.

Devido à possível colisão do direito fundamental à saúde com os demais princípios constitucionais, como a limitação orçamentária dos entes na prestação dos direitos e serviços públicos imanescentes e a incapacidade jurídica destes em concretizar o extenso catálogo de direitos sociais, principais argumentos que corporificam a reserva do possível, Sarlet (2012, p. 317) entende que não se pode negar a dependência da realização dos direitos prestacionais sociais à conjuntura socioeconômica, mas se pode sustentar que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontra-se um claro limite à liberdade de conformação do legislador, notadamente os direitos ligados à vida e à dignidade da pessoa humana, como o caso do direito à saúde.

Isso porque o direito à saúde tem aplicabilidade imediata, mas depende de recursos para ser efetivado, já que exige prestações positivas do Estado. A Carta de 1988 instituiu deveres à Administração Pública para concretizar os direitos sociais através de políticas públicas, que devem ser elaboradas e implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo de cada ente federativo. Krell (1999, p. 241) aduz que em um sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas

efetivações, consoante às alternativas escolhidas pelo eleitorado periodicamente. A legitimidade para a apreciação dos fatores econômicos numa tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe especialmente aos órgãos políticos e legislativos.

Krell (2012, p. 143) define as políticas públicas como um “conjunto articulado de ações, decisões e incentivos que buscam alterar uma realidade em resposta a demandas e interesses envolvidos”. As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Bucci et al. (2001, p. 13) afirmam que toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos para a sua realização.

Entretanto, deve-se conceber a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, como forma de garantir ideais fundamentalizados, regulados pelas leis e pelos atos administrativos capazes de definir, executar ou implementar as chamadas políticas públicas de interesse coletivo (KRELL, 2002, p. 19).

A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis, existindo delegação constitucional para que o legislador concretize o conteúdo desses direitos (KRELL, 1999, p. 241). É através do orçamento público que o Estado irá veicular as políticas públicas e concretizar os direitos sociais esculpido na Constituição Federal.

Oliveira (2008, p. 315) identifica o orçamento como instrumento de programa de governo, pelo qual há de se demonstrar não apenas a elaboração financeira, mas também definir a orientação do governo, razão por que adquire caráter político. A peça orçamentária não é mais vista como uma lei meramente autorizativa, onde figura previsão de entradas e gastos públicos, sem responsabilidade com a programação dos projetos sociais e a vida financeira do país. O orçamento passa de mero instrumento de previsão de receitas e despesas para plano de governo.

No caso brasileiro, o Poder Executivo encaminha projeto de lei orçamentária contendo as políticas públicas a serem incrementadas no âmbito de seu ente federativo, indicando o orçamento disponível que será despendido para a concretização dos direitos fundamentais estampados nestas políticas. O Poder Legislativo, por sua vez, como mandatário do povo, aprova o referido orçamento, podendo realizar emendas, autorizando o Executivo a efetivar as políticas públicas ali consignadas. Entretanto, os recursos financeiros são escassos, e ao

encaminhar os projetos de lei para os parlamentos, os governos realizam escolhas difíceis, decidindo em quais áreas fundamentais realizará maiores investimentos.

Neste ponto, é importante destacar a eleição de critérios técnicos, a partir de estudos científicos e de avaliações empíricas que indiquem quais as políticas públicas mais eficientes para maximizar o gasto social. Somada aos critérios técnicos, a figura do orçamento participativo, instrumento de democratização das relações povo-governo, com o qual a participação da sociedade descentraliza a tomada de decisões do chefe do Executivo, abrindo espaço para o debate democrático acerca das necessidades mais urgentes solicitadas pela população local, é um importante vetor na escolha.

A participação democrática constitui um instrumento de gestão de serviços públicos essencial para o aperfeiçoamento desses serviços e para a integração da sociedade nos processos de elaboração, regulamentação normativa, planejamento e execução das políticas e serviços públicos de saúde (AITH, 2010, p. 82).

Contudo, uma vez ineficazes as políticas públicas escolhidas pelos representantes, que ocasionam a ineficiência dos direitos sociais e a prestação defeituosa de serviço público, subsiste a possibilidade de ajuizamento de demandas judiciais, exigindo-se a contemplação do direito subjetivo a prestações sociais. Cabe ao Poder Judiciário no ordenamento jurídico constitucional vigente, como forma de efetivar estes direitos, analisar a interpretação das normas constitucionais e legais que veiculam as políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 4).

A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica, pois são autênticos direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância (PIOVESAN, 2004, p. 31).

Como frisam Asbjorn Eide & Allan Rosas (1995, p. 17-18):

Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, abrangendo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. [...] As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas são definidas como direitos.

Os direitos sociais, como direitos subjetivos a ditas prestações, impõem, cada vez mais, a atuação ativa e engajada do Judiciário para o adimplemento dos preceitos constitucionais, enaltecendo seu papel de fiador das garantias e dos imperativos categóricos da Carta da República.

A Suprema Corte tem respondido às omissões inconstitucionais do Poder Público na efetividade dos direitos sociais. O primeiro caso discutido no STF foi a ADPF nº 45, de abril de 2004, relatada pelo Ministro Celso de Mello, na qual se averiguou a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em temas de implementação de programas sociais, consagrando que, em caráter excepcional, poder-se-á invocar a jurisdição diante da inércia dos órgãos competentes em cumprir tais encargos (STF, 2004).

Na referida ação objetiva, sustentou-se que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado brasileiro com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando a conduta negativa resultar na nulificação ou na aniquilação de garantias fundamentais. A Corte entendeu que diante da dicotomia existente entre reserva do possível e mínimo existencial, ao se apurar os elementos intrínsecos da dignidade humana, devem ser estabelecidos os alvos prioritários dos gastos públicos. Tão somente após atingi-los é que se poderia discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos poder-se-ia investir (STF, 2004).

Paralelamente, identificou a Corte o princípio do não retrocesso social, expressamente acolhido pelo ordenamento jurídico pátrio por meio da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, caracterizado pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição Federal.

Nesse processo de avaliação, a racionalidade econômica, entendida como limitação de recursos e sua capacidade de disposição, incorpora-se à racionalidade do julgador, de forma a constituir um elemento a mais na conjugação do equilíbrio de recursos diante das demandas às prestações materiais. Diante desta celeuma, surge a necessidade de se utilizar o ativismo judicial estrutural, objeto desta dissertação, a fim de que, com uma macrovisão sistêmica, possa se reduzir a judicialização, e conseqüentemente, efetivar o direito à saúde em sua maior medida possível. A postura judicial de conceder a tutela individualmente, a partir de uma microvisão, leva ao desequilíbrio do sistema e do fluxo de recursos para a concretização do direito de forma igualitária, universal e ampla, conforme os ditames da justiça social.

Entretanto, antes de adentrar na questão da judicialização da saúde, será analisado o Sistema Único de Saúde e suas estruturas e princípios, bem como as iniquidades existentes, que geram a corrida ao Judiciário para o atendimento deste direito social.

3.2 Sistema Único de Saúde (SUS)

3.2.1 Histórico do direito à saúde no Brasil e a Constituição de 1988

A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa. Barroso (2009, p. 39) relata que nesse período eram realizadas algumas ações repressivas, como o combate à lepra e à peste, e certo controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. Somente durante o período entre 1870 e 1930, o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas na área da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial, obtendo importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, como na erradicação da febre amarela da cidade do Rio de Janeiro. Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade (BARROSO, 2009, p. 39).

A partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. São criados o Ministério da Educação e Saúde Pública e os institutos de previdência que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns desses institutos previdenciários possuíam hospitais próprios; tais serviços estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência.

Barroso (2009, p. 40) afirma que ao longo do regime militar, os antigos institutos de previdência foram unificados, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. No entanto, grande parte da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluída do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública (BARROSO, 2009, p. 40).

E é a partir dos anos 1980 que o projeto de Reforma Sanitária Brasileira (RSB) tem início, achando-se expresso no Relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, o conceito de saúde, definida no contexto histórico de determinada sociedade e num

dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas (SILVA, 2014, p. 161). De acordo com este documento, verificou-se que as reformas da saúde ultrapassam transformações administrativas e financeiras, ampliando-se o próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, revendo-se a legislação que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde.

O projeto de RSB da década de 1980 foi formulado com base nos princípios da saúde enquanto direito de todos e dever do Estado; acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, com ênfase na descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e com a participação da comunidade (SILVA, 2014, p. 161).

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer formalmente a saúde como direito fundamental em seu art. 6º, estabeleceu como obrigação do Estado garantir a integridade física e também psíquica do sujeito, não somente no acesso, mas em todas as etapas do tratamento de saúde do paciente.

O conceito empregado pelo constituinte no art. 196 da Carta, em alinhamento com o conceito de saúde abrangente da Organização Mundial de Saúde (OMS), definido como estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos, revela o avanço na concepção do direito à saúde na sociedade brasileira:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Essa previsão constitucional foi uma conquista da Reforma Sanitária, dado que anteriormente este direito era apenas conferido à determinada parcela da sociedade ligada ao mundo do trabalho, deixando de lado também apenas seu aspecto curativo. Entretanto, não ocorreu a reforma sanitária pretendida na VIII Conferência Nacional de Saúde, mas apenas uma mudança no sistema de serviços de saúde.

Ao tratar de acesso universal e igualitário, buscou o constituinte atender a um grave reclamo social existente no antigo regime, pois o sistema anteriormente estabelecia que a previdência social fosse prestada exclusivamente em favor daqueles indivíduos que estivessem inseridos no sistema previdenciário. Em oposição a este atendimento restritivo,

buscou-se garantir o acesso universal e igualitário como forma de assegurar a todos os indivíduos o tratamento preventivo e a assistência curativa das enfermidades.

Hodiernamente, a saúde pública é considerada por Fernando Aith como:

A ciência e a arte de prevenir as doenças, de prolongar a vida e de promover a saúde e a integridade física através de esforços coordenados da comunidade para a preservação do meio ambiente, o controle das infecções que podem atingir a população, a educação do indivíduo sobre os princípios de higiene pessoal, a organização dos serviços médicos e de saúde para o diagnóstico precoce o tratamento preventivo de patologias, o desenvolvimento de dispositivos sociais que assegurem cada nível de vida adequado para a manutenção da saúde. (AITH, 2007, p. 50).

Ademais, insta salientar que o constituinte de 1988 democratizou o debate da saúde, criando mecanismos de participação direta na Administração Pública, instituindo órgãos populares com funções de direção administrativa, como é o caso da participação popular no sistema de saúde (art. 198, III, CRFB) ou da subordinação de todo o planejamento da atuação estatal no município à cooperação das associações (art. 29, X, CRFB).

As Conferências de Saúde, fórum realizado pelas esferas municipal, estadual e federal de quatro em quatro anos, que reúne todos os segmentos representativos da sociedade, é um espaço de debate para avaliar a situação de saúde e propor diretrizes para a formulação da política de saúde nas três esferas de governo (BRASIL, 2013b, p. 4).

Já os conselhos de direito, criados por lei em âmbito municipal, estadual e federal, são órgãos colegiados, permanentes, paritários e deliberativos, com funcionamento em reuniões mensais, que formulam, supervisionam, avaliam, controlam e propõem políticas públicas. Por meio desses conselhos, a comunidade (com seus representantes) participa da gestão pública (BRASIL, 2013b, p. 5). Ao lado desses, existem os conselhos locais de saúde, que possibilitam a proximidade entre a comunidade, os serviços de saúde e as demais organizações do bairro; e os conselhos de saúde distritais, que cuidam de uma região ou de um distrito sanitário com uma ou mais unidades de saúde e uma ou mais comunidades que guardam entre si identidade geográfica, socioeconômica e epidemiológica (BRASIL, 2013b, p. 12).

Relatada a evolução conceitual do direito à saúde, passa-se a analisar efetivamente as características e princípios regedores do SUS, suas deficiências, iniquidades e paradoxos.

3.2.2 Descentralização do Sistema Único de Saúde (SUS)

No Brasil, a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve elaborar políticas públicas para a prevenção e assistência, de modo a prestar atendimento integral através da participação da sociedade e do fomento à constituição de uma rede regionalizada e descentralizada. O direito deve ser prestado diretamente pelo Poder Público ou indiretamente por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, a fim de ser garantido de forma universal e com acesso integral.

O sistema universal é baseado na saúde como direito, na redistribuição da riqueza, financiado por toda a sociedade por meio de impostos e contribuições sociais, e não pelo sistema contributivo dos regimes anteriores.

Na Colômbia, o modelo de sistema de saúde adotado foi o misto, combinando o de seguro social alemão, que centra a proteção nos assalariados, com o do acesso gratuito aos que não detêm capacidade contributiva, em vez de orientar o sistema ao conjunto da população (TORRES, 2013, p. 52). A Lei nº 100, de 1993, consagrou as linhas centrais do modelo denominado “pluralismo estruturado” em saúde, que o Banco Interamericano de Desenvolvimento havia fomentado em toda a região, como alternativa técnica e política aos sistemas existentes.

Rey e Scobie (2012, p. 210) definem este novo modelo, no qual se incorporam novos arranjos institucionais e regras relacionados com a prestação de serviços de saúde e o financiamento do sistema: mercado regulado, solidariedade financeira através da criação de regimes de seguro, competência com participação do setor privado na prestação de garantias e no fornecimento de serviços de saúde. Os grandes objetivos deste novo modelo podem ser assim resumidos: *i*) aumentar a cobertura e o acesso aos serviços de saúde; *ii*) melhorar sua qualidade e eficiência; *iii*) aprimorar a equidade no acesso aos serviços; e *iv*) alcançar melhores condições de saúde para a população colombiana (REY; SCOBIE, 2012, p. 210).

Ressalte-se que nos debates da Assembleia Constituinte adotou-se certa indiferença com relação ao modelo concreto de sistema de saúde que o país deveria seguir, optando o constituinte por prever princípios e regras gerais, sem constitucionalizar de forma definitiva nenhum modelo particular (MEDINA, 2009, p. 378-379). O art. 49 da Carta Política de 1991, que define a saúde como serviço público, não constitucionalizou o pluralismo estruturado, mas positivou regras fundamentais para a sua implementação, como a que permite a participação do setor privado na configuração do sistema.

Assim como no Brasil, a saúde desenvolveu-se em duas vertentes inter-relacionadas, mas relativamente autônomas, na dicção de Medina (2009, p. 375-376). De um ponto de vista, a saúde é vista como uma política pública do Estado, que se expressa em um sistema de saúde, ou seja, um conjunto de instituições, regras e recursos, em que se articula de forma explícita o circuito de financiamento-prestação da saúde para os membros da comunidade. Por outro lado, começou-se a falar em direito à saúde como um conjunto de reivindicações que poderiam ser cobradas individualmente pelos cidadãos ao seu sistema, a partir da própria Constituição e do desenvolvimento que este direito tem no direito internacional dos direitos humanos. Observou-se que a partir da vertente direito à saúde, prevaleceu uma visão mais individual da questão, focada no desfrute pessoal de direitos para o caso concreto e na resolução autorizada de conflitos no interior do sistema, o que ocasionou a já mencionada e excessiva judicialização, em busca da efetivação do direito à saúde de forma individual, cenário semelhante ao brasileiro.

A Lei nº 100, de 1993, incorporou várias das recomendações de organizações internacionais, especialmente a do Banco Mundial, levando à implementação universalizada do sistema de seguros privados em saúde que, no caso da população pobre, é ainda subsidiado pelo governo e pelos trabalhadores (SANABRIA; CHAVES, 2014, p. 39).

Retornando às características do SUS, Asensi (2013, p. 140) assevera que o princípio da integralidade corresponde à ideia de que o indivíduo deve ser visto como uma totalidade biopsicossocial, além de ter direito aos serviços de saúde de baixa, média e alta complexidade de forma humanizada. Alia-se ainda com o entendimento de que os problemas de saúde vão além da mera presença ou ausência de doença, pois envolvem condicionantes sociais de múltiplas naturezas, ou seja, busca-se uma atenção em saúde mais integral, que considere o usuário como um sujeito partícipe do seu processo de prevenção, proteção e recuperação.

Isso não se confunde com a noção de direito a todo tipo de tratamento ou ao dever estatal prestacional amplo e irrestrito no tocante à saúde, até porque não há país no mundo que garanta direito nesta proporção. O que se deve garantir é a realização de políticas públicas preventivas, protetivas e de recuperação, num programa que seja o mais abrangente possível, sendo a presença dos critérios técnico-científicos fundamental para a seleção e a incorporação das tecnologias que serão ofertadas no sistema de saúde.

Para tanto, o SUS apoia-se na integralidade das ações e serviços de saúde, com base em três postulados: a descentralização das ações e diretivas em saúde como parte de uma rede regionalizada e hierarquizada; o fomento da participação social; e a integração entre as atividades preventivas e os serviços assistenciais. Deste modo, não basta o desenvolvimento

de ações e serviços de assistência objetivando a cura pontual de doenças ou a elaboração de programas voltados a socorrer o indivíduo quando este estiver acometido por alguma mazela, devendo ser desenvolvidas ações preventivas (ASENSI et al., 2015, p. 5).

Conjuntamente à universalidade e à integralidade no acesso às ações e aos serviços de saúde, há a equidade, que tem por finalidade minimizar as desigualdades, garantindo ao cidadão condições iguais de acesso ao serviço público de saúde. Saliente-se ainda que a regionalização e a hierarquização compõem a rede. Asensi (2016, p. 152) enuncia que a primeira valoriza a consideração dos aspectos regionais e locais na prestação dos serviços de saúde, inclusive no que concerne a carências, costumes, valores, crenças e hábitos específicos de cada lugar. Com relação à hierarquização, o autor entende que esta característica traz a necessidade de que o conjunto de unidades, serviços e ações de saúde seja articulado, responsabilizando-se pela atenção integral de uma determinada região a partir de diversos recortes territoriais.

Neste sentido, visando possibilitar uma maior amplitude do atendimento aos cidadãos, foi sancionada a Lei nº 8.080/90, que criou o SUS e trouxe as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização, o funcionamento dos serviços correspondentes, a regulamentação, a fiscalização e o controle. A referida lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração Direta e Indireta, podendo a iniciativa privada participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “formulação da política de medicamentos, equipamentos imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”, conforme o art. 6º do diploma legal.

Esta estrutura administrativa descentralizada também foi adotada no modelo colombiano, caracterizada na distribuição territorial de competência de recursos na Lei nº 60, de 1993, posteriormente modificada na Lei nº 715, de 2001. Com ambas as leis, os municípios e departamentos adquirem um *quantum* de responsabilidade de saúde, verificado na Lei nº 100, de 1993. Ademais, as entidades territoriais têm o dever de organizar, planejar e financiar os investimentos e o funcionamento de setores, inclusive a saúde (REY; SCOBIE, 2012, p. 230), demonstrando a similaridade com a característica da regionalização do sistema brasileiro.

A Lei nº 8.080, de 1990, buscou definir a atribuição de cada um dos entes federativos na matéria, de forma a racionalizar a distribuição das ações e serviços públicos de saúde para o atendimento dos princípios da equidade e da regionalização, bem como das diretrizes de integralidade, participação da comunidade e descentralização (AITH, 2010, p. 89). No art. 15 definiu as competências comuns às três entidades federativas. Logo em seguida, estabeleceu que à direção nacional do SUS atribui-se a obrigação de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”, conforme o art. 16, XIII, devendo “promover a descentralização, para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal”, conforme o art. 16, XV. À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde, consoante reza o art. 18, I e III.

Igualmente, os entes federativos organizaram-se por meio de normas jurídicas infralegais, pactuadas entre eles e editadas pelo Ministério da Saúde, entre as quais se destacam as Normas Operacionais Básicas do SUS de 1996 (NOB/SUS-1996), as Normas Operacionais de Assistência à Saúde de 2001 (NOAS/2001) e o Pacto pela Saúde de 2006. Este Pacto apresenta as responsabilidades de cada ente, com o propósito de evitar superposições e duplicidades de esforços e de promover uma atuação mais orgânica e coerente entre eles. Referido ajuste, além de definir as diretrizes gerais, preocupa-se em avançar na descentralização do SUS, respeitando as diversidades locais e regionais. Asensi (2016, p. 153) observa que o pacto ainda explicita as diretrizes para o sistema de financiamento público tripartite, ao procurar critérios de alocação equitativa dos recursos, reforçar os mecanismos de transferência deles, integrar o financiamento e estabelecer relações contratuais entre os entes federativos.

Em outras palavras, a lógica da descentralização política e administrativa transfere aos municípios a importante tarefa de realizar e prestar diretamente, ou por terceiros, de forma indireta, a grande parte das ações e os serviços públicos de saúde para a população de seu território, em que pese ser a entidade que detém menos recursos financeiros para se aplicar nos serviços, em comparação com os estados e a União.

Aos estados cabem quatro papéis: *i*) exercer o papel de Gestor estadual do SUS; *ii*) promover as condições e incentivar os municípios para que assumam a gestão da atenção à

saúde de seus municípios, sempre na perspectiva da atenção integral; *iii*) assumir, em caráter transitório, a gestão da atenção à saúde daquelas populações pertencentes a municípios que ainda não tomaram para si essa responsabilidade; e *iv*) exercer o seu papel mais importante, que é o de promover a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas municipais, compondo, assim, o SUS estadual.

No que se refere ao Gestor Federal do SUS, a NOB/SUS-1996 identifica quatro papéis básicos: *i*) exercer a gestão do SUS no âmbito nacional; *ii*) promover as condições e incentivar o gestor estadual com vistas ao desenvolvimento dos sistemas municipais, de modo a conformar o SUS Estadual; *iii*) fomentar a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas estaduais, compondo, assim, o SUS Nacional; e *iv*) exercer as funções de normatização e de coordenação no que se refere à gestão nacional do SUS. A divisão de competências materiais entre os diversos entes federativos, detalhada pela NOB/SUS-1996, foi aprofundada por diversas normas infralegais posteriores, a exemplo da NOAS/20016 e do Pacto pela Saúde.

Barroso (2009, p. 41) afirma que estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos municípios. Isso decorre do princípio da descentralização administrativa, já que a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização.

Esse modelo de organização de competências faz com que o SUS seja formado, em verdade, pela soma dos subsistemas de saúde federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, pois cada ente federativo possui o seu sistema de saúde com direção única em cada esfera de governo.

Em síntese, percebe-se que há quatro macrofunções do SUS a fim de garantir o direito com acesso igualitário e universal e o atendimento integral: planejamento; financiamento; regulação; prestação direta do serviço.

Já no sistema de saúde colombiano, a Lei nº 100 define a saúde como um serviço público essencial, defendendo um sistema de solidariedade, visto como caridade do Estado. Cria-se um sistema misto, administrado e controlado pelo Estado em associação com entidades territoriais, seus entes descentralizados e pessoas privadas autorizadas para tal. Assim, o sistema compõe-se essencialmente de um setor privado, representado pelas entidades prestadoras de saúde (EPS) e instituições prestadoras de saúde (IPS), e de um setor público, representado pelas direções das entidades territoriais, bem como seccionais,

departamentais ou locais de saúde, as IPS e EPS públicas e o Fundo de Solidariedade e Garantias em Saúde (FOSYGA). Além disso, há a existência de dois sistemas coexistentes: o contributivo e o subsidiado, a depender da capacidade de contribuição da população (TORRES, 2013, p. 56).

Se, por um lado, o financiamento do sistema contributivo recai sobre as contribuições dos assalariados e da firma onde trabalham, o do sistema subsidiado é mais complexo e provém de diferentes fontes: das receitas afetadas (impostos sobre licores, cigarros, loterias e jogos de azar); das remessas da exploração do petróleo; do sistema geral de participação, que corresponde à porcentagem do orçamento geral que por lei se transfere aos municípios e departamentos para investimentos nos setores sociais; 1,5% das contribuições do regime contributivo. Posteriormente, para a isonomia dos planos de benefício, estabeleceu-se uma sobretaxa ao imposto sobre valor agregado (IVA), que se destina ao regime subsidiado (GUTIÉRREZ; ACOSTA; ALFONSO, 2012, p. 120).

Os atores principais da saúde na Colômbia desde a Lei nº 100, de 1993, são as EPS, responsáveis pela filiação, registro e repasses dos afiliados e da arrecadação das contribuições por delegação do FOSYGA. De outra banda, a oferta dos serviços médicos corresponde às IPS. A função básica das EPS consiste em organizar e garantir, direta ou indiretamente, a prestação do plano obrigatório de saúde (POS) aos afiliados do sistema e rodar a diferença entre os ingressos por contribuições de seus afiliados e o valor das correspondentes unidades de pagamento por captação (UPC) que lhes reconhece o sistema, fora as licenças de maternidades pagas por elas ao FOSYGA (TORRES, 2013, p. 56-57). Ressalte-se que as EPS e IPS estão obrigadas por lei a garantir o POS.

O POS é um plano obrigatório de saúde que proporcionará aos afiliados do sistema: educação, informação e fomento da saúde; prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação da enfermidade, incluído o fornecimento de medicamentos essenciais em sua denominação genérica. Esta última é o grande entrave do sistema de saúde colombiano, uma vez que, na realidade, os tratamentos e a cura de doenças são mais custosos do que previsto pelas EPS, e os medicamentos genéricos não funcionam para todas as enfermidades e tratamentos.

Percebe-se que o sistema de saúde na Colômbia opera com o princípio da concorrência regulada entre agentes públicos e privados. A prestação de serviços de saúde não é realizada pelo setor privado, de acordo com os ditames do mercado, já que as variáveis relevantes do regime de seguro atual (a unidade por captação, o prêmio cobrado aos afiliados e o conteúdo da política e do Plano de Saúde Obrigatório) estão reguladas e definidas pelo Estado. Ao Estado cabe: observar o cumprimento dos regulamentos, com a responsabilidade de tornar o

sistema sustentável ao longo do tempo; que o modelo de negócio das EPS seja viável financeiramente e que não se verifique abuso por parte destas (ARGÁEZ, 2012, p. 5).

Apesar dos avanços obtidos com o SUS, Souza e Costa (2010, p. 513) identificam problemas que se colocam como desafios para a sua consolidação, entre eles: regionalização; acesso; fragmentação das políticas e programas; qualificação da gestão, universalização; financiamento.

Os entraves mais graves que se podem identificar de pronto correspondem: *i)* ao federalismo centralizador do direito brasileiro em antinomia com a descentralização político-administrativa do SUS; *ii)* ao financiamento centralizado do direito social no governo federal; *iii)* ao reduzido gasto da verba pública destinada à promoção, proteção e recuperação da saúde, notadamente por parte da União Federal; e *iv)* à ausência de entendimento jurídico pacífico com relação à questão da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito e à repartição de competências para a sua veiculação equânime e integral.

3.2.3 O (sub)financiamento do SUS no federalismo centralizado brasileiro com estrutura de saúde descentralizada

O federalismo teve suas origens a partir da confederação das ex-colônias britânicas da América do Norte. Bercovici (2004, p. 11) informa que a Confederação Norte-Americana possuía um órgão político central (Congresso), de caráter predominantemente diplomático, que carecia de autoridade própria, respeitando a absoluta independência dos Estados associados. Os representantes dos Estados se reuniam no Congresso para deliberar assuntos de interesse comum, que em sua maioria eram ligados às relações e comércio internacionais. Por sua vez, o Congresso era subordinado ao poder dos Estados, sujeitando-se ao seu poder de veto; as decisões só poderiam ser tomadas pela unanimidade dos 13 Estados (BERCOVICI, 2004, p. 11).

Contudo, devido à necessidade de unidade para a estabilidade, notou-se que a confederação não passava de uma soma de componentes políticos das antigas colônias inglesas, gerando um governo extremamente instável devido aos constantes impasses políticos, o que causava certa fragilidade diante de tentativas de recolonização por parte da Coroa britânica (BERCOVICI, 2004, p. 12). Como bem relata Dallari (2005, p. 257), a experiência demonstrou, em pouco tempo, que os laços estabelecidos pela confederação eram demasiado frágeis e que a união dela resultante era pouco eficaz.

Diante das instabilidades políticas, a formação do federalismo era o instrumento jurídico-político adequado à formação de uma unidade política com a garantia da autonomia dos organismos jurídicos que o compunham, com distribuição de competências legislativas, organizacionais e administrativas entre eles e o ente federal, com os poderes e funções bem definidos, e com o oferecimento de instrumento de solução de eventuais conflitos internos.

Neme (2007, p. 103-104) expõe as fontes de validade do federalismo nos artigos publicados por Hamilton, Alexander e Jay, nos quais os valores e ideais que modelaram a referida forma de Estado podem ser desdobrados em três aspectos: *i*) a soberania exercida pela União é partilhada pelas unidades federadas na proporção da representação das autonomias na vontade geral; *ii*) as liberdades devem ser preservadas e as unidades federadas têm autonomia para se autogovernar e autoadministrar; e *iii*) o relevo na ausência de hierarquia entre as unidades federadas. Em outras palavras, a base ideal de sustentação do federalismo repousa no valor da liberdade, na autonomia dos Estados federados e na unidade do Estado federal.

Os Estados Unidos inicialmente optaram pelo federalismo dualista ou competitivo³, no qual o governo federal dispunha de poderes enumerados, limitados pelas disposições constitucionais, dotando-se os estados dos poderes residuais. O traço dualista do federalismo americano foi a saída para aglutinar todos os estados em um só, dividindo-se competências entre eles e o governo federal (REVERBEL, 2012, p. 19).

Já a Lei Fundamental de Bonn estabeleceu um sistema de repartição de competências que se baseava muito mais na cooperação entre a instância federal (Bund) e as instâncias estaduais (Länder), do que na separação, independência e autonomia típicas do modelo dual estadunidense. Reverbel (2012, p. 111) informa que o federalismo cooperativo alemão passou a ser considerado como a forma mais evoluída de repartição de competências constitucionais, baseado nos princípios da social-democracia, do Estado de Direito, da solidariedade e na execução e promoção do bem social e econômico do país. Devido a essas características do federalismo alemão, entende-se que no âmbito legislativo houve fortalecimento do poder central, sem que se tornasse excessivamente centralizador.

Neme (2007, p. 111) revela que no Brasil o movimento federalista irrompe em um momento histórico sublimado pela queda da monarquia e pelo surgimento da República, mas a realidade nacional das instituições fez com que os valores federais fossem, nesta fase inicial,

³ Após o *New Deal*, enfatizaram-se mais nos Estados Unidos a coordenação e a cooperação entre União e estados com o federalismo cooperativo, instrumento da promoção do bem-estar coletivo (BERCOVICI, 2004, p. 22-23).

muito mais presentes na teoria constitucional que na realidade fática. O federalismo brasileiro, ao contrário do americano, formou-se a partir do desmembramento de um Estado Unitário, e não conforme o modelo que o inspirava, da união de Estados soberanos.

No decorrer do histórico de nossas Constituições, verificou-se uma alternância de democracia e autoritarismo, com a presença do federalismo, como na Constituição de 1934 ou a presença do Estado Unitário na de 1937, bem como um federalismo fortemente centralizador, com excessivo poder para o governo federal, como se verifica na Emenda nº 1/1969, na ditadura militar, em que, sob o pretexto de integração nacional, os instrumentos de promoção do desenvolvimento econômico deveriam ser centralizados na esfera federal (BERCOVICI, 2004, p. 51).

A Constituição de 1988 optou por um federalismo, em tese, cooperativo, estruturado através de uma repartição de competências horizontal e vertical. Assim, mediante a repartição horizontal, foram distribuídas competências privativas, materiais e legislativas entre a União, os estados e os municípios, que a partir da Carta de 1988 passaram a ser componentes da Federação dotados de autonomia e poder de autogoverno. Utilizou-se a técnica de enumerar expressamente as competências da União e dos municípios, reservando aos estados a competência residual, assim como o federalismo americano.

Paralelamente, foram verticalmente atribuídas competências materiais comuns a todos os entes, e legislativas concorrentes para a União e os estados. A Lei Maior traz um rol de competências materiais comuns no art. 23, composto por matérias de grande projeção social, em face da necessidade de soma de esforços de todos os entes para a superação do quadro de carência desses bens e direitos no cenário nacional, como o direito à saúde. Entretanto, em que pese o intuito do constituinte de instalar um Estado federal brasileiro cooperativo, nosso federalismo é bastante centralizado.

Cambi afirma:

Ainda que se possa dizer que essa Constituição tenha privilegiado a mais moderna técnica de repartição de competências, elencando um rol extenso de competências comuns e concorrentes com a finalidade de privilegiar o equilíbrio e a eficiência do federalismo cooperativo, nos moldes alemães, não se pode deixar de criticar o constituinte de 1988 por não ter rompido com a tradição centralizadora do federalismo brasileiro. (2000, p. 249).

Existe no Brasil um cenário de forte desequilíbrio entre a geração de receitas e as responsabilidades dos estados e municípios na esfera administrativa. Tem-se, de um lado, uma excessiva centralização reguladora e arrecadatória por parte do governo federal, e de outro, uma excessiva descentralização político-administrativa diluída com os demais entes

federativos. Reverbel (2012, p. 133) aduz que nosso federalismo, na prática, engessa tanto os mecanismos de competição quanto os de cooperação entre os estados, deixando-se de “federalizar” o país para unitarizá-lo.

Na mesma linha, Souza (2005, p. 110) lembra que o modelo de federalismo adotado no Brasil implica graus variados de cooperação política e financeira entre a União e as demais esferas de poder, já que poucas competências constitucionais exclusivas foram atribuídas aos estados e municípios. Consequência deste fato é que o federalismo brasileiro tem sido marcado atualmente por políticas públicas federais que se impõem às instâncias subnacionais.

A Constituição de 1988 assegurou à União “o maior e mais importante leque de competências exclusivas” (SOUZA, 2005, p. 111). As políticas sociais, de modo geral, foram estabelecidas como competências comuns à União, estados e municípios, sendo definidas no campo legislativo como concorrentes a estas três esferas de governo. No setor da saúde não há, em geral, salvo algumas exceções definidas na Lei nº 8.080/1990, exclusividade ou jurisdição própria de alguma esfera de governo sobre determinada área de atuação ou nível de atenção à saúde.

As especificidades da atuação de cada uma delas são, claramente, mais funcionais que jurisdicionais, cabendo à União a coordenação, a normatização e a definição de padrões nacionais para a ação governamental no setor da saúde. Aos estados foram reservadas funções de coordenação e normatização complementar na sua esfera, além de acompanhamento, avaliação e controle das redes regionalizadas do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como apoio técnico e financeiro, enquanto aos municípios foram reservadas as funções de “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde” (artigo 18, inciso I, da Lei nº 8.080/90).

Neste arranjo setorial, o Executivo federal foi o agente investido de autoridade para tomar as decisões mais importantes da política pública (ARRETCHE, 2004, p. 22), não obstante a dependência da cooperação de governos subnacionais para a sua materialização, uma vez que são responsáveis diretos pela gestão das unidades e dos serviços de saúde, ou seja, os governos locais são desde então os principais provedores dos serviços de saúde no Brasil, devido à municipalização imposta pela política nacional de saúde com estrutura definida na Lei nº 8.080/90. Em suma, eis o primeiro paradoxo: enquanto a autoridade sobre a definição das diretrizes gerais das políticas sociais é centralizada, sua implementação é descentralizada.

A supremacia da legislação federal sobre as subnacionais também é notória na análise das normas constitucionais. A obrigação de “legislar para proteger e defender a saúde” foi

prevista pela Constituição Federal como sendo de competência legislativa concorrente, conforme o art. 24, XII. Entretanto, a Lei Maior é clara ao definir que a legislação estadual, no que se refere às denominadas normas gerais, não pode contrariar a legislação federal, sob pena de perda de eficácia. Aith (2010, p. 83) também utiliza o mesmo entendimento com relação aos municípios, já que conforme o art. 30, II, da Constituição Federal, as câmaras municipais podem participar da produção de normas jurídicas sobre saúde de forma suplementar, preenchendo eventuais lacunas normativas necessárias para atender às peculiaridades existentes em cada município brasileiro, porém subordinando-se às normas gerais estabelecidas pelos respectivos estados e pela União.

Este é o ponto central da concepção do SUS: a obrigatória participação de todos os entes em um sistema coordenado no plano federal, mas executado, localmente, pelos entes subnacionais, principalmente os municípios. Do contrário, o próprio conceito de unidade ruiria, pois o ente coordenador e gestor nacional nenhum poder de interferência teria quanto à aplicação das normas e diretrizes gerais por ele traçadas.

O centralismo da União pode ser verificado nas discussões das implementações das políticas sociais, através das comissões intergovernamentais. O desenho institucional das comissões inclui elementos congruentes com o federalismo cooperativo, como a composição paritária e a regra do consenso para a tomada de decisão, na presunção de relações simétricas entre entes autônomos. Nas três comissões, há uma equivalência entre representantes dos governos federal, estadual e municipal. Entretanto, em que pese a composição paritária, nota-se um uma preponderância dos interesses da União na tomada de decisões no seio destas comissões, corroborando a tese defendida da existência de um federalismo centralizado no Brasil. Machado e Palotti (2015, p. 73) acreditam que o poder de agenda assimétrico, com nítido predomínio do Executivo federal, pode ser interpretado como sintoma de problemas de ação coletiva de estados e municípios, mais numerosos e heterogêneos.

Em tese, poder-se-ia afirmar que não há problema algum em a União traçar as diretrizes gerais da política pública nacional de saúde, e os estados e municípios, através da sua competência complementar, elaborarem normas específicas de acordo com as suas necessidades regionais e locais concernentes ao referido direito social e suas ações e serviços públicos. Até porque, conforme leciona Bercovici (2004, p. 57), é necessária a unidade de atuação, presente no federalismo cooperativo, a qual necessita de tratamento uniforme em escala nacional, principalmente nas políticas públicas sociais e econômicas. Entretanto, ressalta o autor que unidade de atuação não significa centralização. Com a centralização há a concentração de poderes na esfera federal, debilitando os entes federados em favor do ente

central; já a homogeneização é baseada na cooperação, caracterizada pelo processo de redução das desigualdades regionais em favor de uma progressiva igualação das condições sociais de vida em território nacional.

Todavia, a saúde como um autêntico direito social necessita de recursos para ser implementada, mesmo sendo direito fundamental de aplicabilidade imediata. É neste ponto que persistem o problema e a incongruência constitucional entre a centralização de receitas na União e a descentralização dos gastos com o setor pelos demais entes subnacionais.

O financiamento das ações e serviços públicos de saúde no Brasil deve ser analisado sob dois aspectos: das fontes de receitas e da forma como se estruturam os gastos.

O SUS é financiado por toda a sociedade de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das contribuições sociais previstas no art. 195 da Carta Magna, bem como de impostos, tais como o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD), o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, o intermunicipal e o de comunicação (ICMS), o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), o imposto de renda retido na fonte (IRRF), o imposto predial e territorial urbano (IPTU), o imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI), o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), e transferências legais e constitucionais definidas nos arts. 157 a 159. Ademais, a Constituição Federal garante no art. 165, § 5, III, o orçamento da seguridade social destacado dos orçamentos fiscal e de investimento na lei orçamentária anual.

Devido à importância da seguridade social para a garantia da dignidade do ser humano, a Constituição determina ainda que as receitas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios destinadas à seguridade social constem dos respectivos orçamentos. Essa proposta específica de orçamento da seguridade social deve ser elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

A Lei Maior prevê ainda, conforme a EC nº 86/2015, a obrigatoriedade da execução orçamentária das emendas parlamentares individuais no valor mínimo correspondente a 1,2% da receita corrente líquida (RCL) da União a partir de 2015, sendo 0,6% da RCL de aplicação em ações e serviços públicos de saúde, sem alocação adicional de recursos para esse fim.

Com relação à gestão financeira dos recursos destinados à saúde, o art. 33 da Lei Federal nº 8.080/90 prevê que os recursos financeiros do SUS serão depositados em conta

especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob a fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde. O § 1º do referido artigo preconiza que, na esfera federal, os recursos financeiros, originários do orçamento da seguridade social, de outros orçamentos da União, além de outras fontes, são administrados pelo Ministério da Saúde, por meio do Fundo Nacional de Saúde.

A Lei Federal nº 8.142/90 veio complementar a regulação da gestão financeira dos recursos destinados ao SUS, estatuidando que todos os entes federativos devem instituir fundos de saúde, para os entes subnacionais poderem receber os repasses federais e estaduais quando contarem com seus respectivos fundos, sob pena de não o fazendo, referidos recursos sejam administrados, respectivamente, pelos estados ou pela União. Por fim, o § 4º do art. 34 da Lei Federal nº 8.080/90 dispõe que o Ministério da Saúde acompanhará, por meio de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a estados e municípios, sob pena da aplicação das medidas punitivas previstas em lei pelo Ministério da Saúde no caso de malversação, desvio ou não aplicação dos recursos.

A partir de uma leitura atenta da Carta, nota-se que o financiamento do SUS é marcadamente federal, pois é a União quem detém, com exclusividade, a competência tributária para instituir e cobrar as contribuições de seguridade social. Como a execução das ações e serviços públicos de saúde é descentralizada, os recursos obtidos dessa fonte devem ser, em grande parte, transferidos para os estados e municípios, o que, contudo, não implica a perda da respectiva natureza federal. Em outras palavras, à primeira vista percebe-se que é a União que financia as ações e serviços de saúde, tanto diretamente, quanto indiretamente – através dos repasses constitucionais aos demais entes subnacionais. Porém a realidade é outra.

Como relatado, a participação da União no SUS seria feita com recursos do Orçamento da Seguridade Social (OSS), dos quais viriam os recursos para a saúde, previdência e assistência social. Piola et al. (2013b, p. 9) informa que até que a regra de financiamento para a União fosse explicitada por lei complementar, a saúde deveria ficar com 30% desse orçamento. Esta disposição teria validade até que fosse aprovada a primeira Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que deveria definir a cada ano qual o percentual a ser destinado à saúde. Na prática, parte desses recursos foi usada para custear pagamentos de despesas de outras áreas como as de servidores inativos e da dívida pública, e não no setor da saúde, gerando assim uma crise de financiamento do direito (BRASIL, 2013c, p. 47).

A partir de 1993, inúmeras propostas de vinculação de receitas ao setor público de Saúde foram realizadas para superar a crise do financiamento do serviço. Em 1997 o governo instituiu a contribuição provisória sobre movimentação financeira (CPMF); a arrecadação

deveria ser adicionada aos recursos da saúde, o que até sua extinção, em 2007, não resultou em aumento de recursos, já que, à proporção que o dinheiro da nova contribuição ingressava, havia redução de participação de outras contribuições sociais no financiamento federal, de forma que o volume de recursos destinados à saúde ficava sempre no mínimo estabelecido pela Emenda Constitucional nº 29/2000 (BRASIL, 2013c, p. 10).

A referida emenda trouxe normas mais rígidas para o financiamento e controle dos gastos nas ações e serviços públicos de saúde com relação aos entes subnacionais. Ressalte-se que sua aprovação final restou bem distante da proposta original. A primeira versão da proposta legislativa de vinculação de recursos para a saúde (proposta de emenda constitucional – PEC nº 169A/1993) estabelecia que a participação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios seria baseada em percentual de sua receita de impostos, inicialmente com percentual igual a 10%, de forma indistinta, enquanto a União contribuiria com 30% da receita das contribuições vinculadas à seguridade social e 10% da receita de impostos (PIOLA et al., 2013b, p. 19-20). Entretanto, a redação final promovida pelo constituinte derivado fixou percentuais de gasto em saúde para estados e municípios, respectivamente, de 12% e 15% de suas receitas próprias e das transferências constitucionais realizadas pela União conforme os arts. 157 a 159 supracitados.

Relativamente à regra de aplicação de recursos pela União em saúde, abandonou-se a vinculação a um percentual de receitas do OSS. O orçamento federal da saúde passou a ser orientado por um piso mínimo, obtido a partir da correção dos valores de despesa empenhada no ano anterior pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) (crescimento econômico mais a inflação), até edição de lei complementar, que definiria o mecanismo de fixação do orçamento da Saúde.

O art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu a seguinte regra de aplicação de recursos em ações e serviços públicos de saúde: *i*) valor mínimo, em 2000, não inferior ao montante empenhado em 1999, corrigido em 5%; e *ii*) para os anos subsequentes, até 2004, o valor empenhado no ano imediatamente anterior, corrigido pela variação nominal do PIB, regra que perdurou e foi mantida pela lei complementar que regulamentou o § 3º do art. 198.

A partir deste dispositivo, surgiu a seguinte discussão sobre a aplicação do dispositivo constitucional: o Ministério da Fazenda adotou o conceito de base fixa, entendendo que a correção pelo PIB deveria incidir sempre sobre o valor apurado em 2000 (valor de 1999 corrigido por 5%), e não sobre o do ano imediatamente anterior. Já o Ministério da Saúde adotou o conceito de base móvel, interpretando a expressão “valor apurado no ano anterior”

como o montante efetivamente empenhado pelo Ministério em cada exercício financeiro, ou seja, se o valor empenhado pelo órgão, mesmo em 2000, para os gastos em ações e serviços públicos de saúde fosse superior ao mínimo, este valor passaria a ser a base para a aplicação da variação do PIB (PIOLA et al., 2013b, p. 21).

A escolha, respaldada por parecer da Advocacia-Geral da União, foi o critério de base fixa, ou seja, não revelou a realidade dos dados econômicos ano a ano, causando grandes prejuízos à saúde. Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) calculou a perda de R\$ 2,9 bilhões entre 2001 e 2004 pelos cálculos, segundo fator a aumentar a crise do financiamento do direito social (BRASIL, 2013c, p. 28).

Além desta ausência de regulamentação clara com relação à base de aplicação para cálculo dos dispêndios federais com a saúde, a definição de ações e serviços de saúde restou incompleta, gerando debates na interpretação da norma. Em que pese o Conselho Nacional de Saúde, através da Resolução nº 322/2003, ter definido o conceito, nem todos os atores e gestores públicos a reconheceram como instrumento suficiente à definição do vocábulo, incluindo gastos em ações que não deveriam ser assim considerados para efeito de cumprimento da EC nº 29. Para se ter uma ideia, gastou-se mais de R\$ 1 bilhão de 2000 a 2008 com assistência médica a servidores, R\$ 3,2 bilhões com a bolsa alimentação e R\$ 1,8 bilhão com farmácia popular, alcançando a cifra de R\$ 6,0 bilhões com ações e serviços não contemplados pelo conceito infralegal (PIOLA et al., 2013a, p. 32).

Cabe ainda mencionar outro vazamento existente no sistema: o cancelamento dos restos a pagar, ou seja, valores que constaram como gasto realizado para fins de cumprimento da emenda que podem ser eventualmente cancelados. O Ministério da Saúde cancelou R\$ 2,6 bilhões dos restos a pagar do SUS de 2000 a 2008 (PIOLA et al., 2013a, p. 31), revelando o rombo que ficou no setor neste período.

Não se pode deixar de revelar as demais consequências que a EC nº 29/2000 trouxe e que contribuíram não somente para acentuar a crise de financiamento da saúde pública brasileira, bem como para contribuir com um estado de coisas inconstitucional no setor. De fato o constituinte derivado dispôs mais recursos e promoveu o aumento da participação de estados, Distrito Federal e municípios no financiamento do SUS. Através de dados do Sistema de Informações e Orçamentos Públicos de Saúde (SIOPS), no início de sua vigência, em 2000, a União ainda respondia por quase 60% do recurso público total aplicado em saúde, enquanto sua participação foi decrescendo, ficando em torno de 44% em 2011. Nesse mesmo período, a participação dos estados passou de 18,5% para 25,7%, ao passo que a dos municípios foi de 21,7% para 29,6% (PIOLA et al., 2013b, p. 13).

Uma boa indicação do descrito é a evolução histórica das transferências de recursos federais para estados e municípios no conjunto das despesas discricionárias da União entre 1995 e 2008. Estas saltaram de 18,3% para 57,7%, enquanto a execução própria das despesas pela União ou por meio de entidades privadas e outras entidades governamentais caíram, respectivamente, de 79,2% para 40,0% e de 2,5% para 2,4% (MACHADO; PALOTTI, 2015, p. 69-70).

Mesmo com a queda do financiamento da saúde por parte do governo federal, a União continuou desrespeitando a EC nº 29/2000, apresentando um déficit de aplicação no setor. Segundo dados da Câmara Técnica do SIOPS, no período 2000 a 2008 o déficit de aplicação do Ministério da Saúde foi estimado em R\$ 3,08 bilhões. Este déficit representa o somatório da diferença entre o valor mínimo a ser aplicado a cada ano, de acordo com os critérios da emenda, e o valor empenhado pelo Ministério, sem compensação dos valores aplicados acima do piso em alguns anos. Caso a compensação fosse realizada, mesmo assim o déficit se manteve no elevado valor de R\$ 1,8 bilhão (PIOLA et al., 2013a, p. 31).

Comparando a participação das despesas públicas nas ações e serviços de saúde pelos entes federativos e levando-se em conta o PIB, observa-se que essa participação aumentou em um ponto percentual entre 2000 e 2011 (2,89% para 3,91%). Este incremento observado no indicador citado foi proveniente do aumento da participação dos estados e dos municípios no PIB, uma vez que a participação da União permaneceu estável ao longo destes anos.

Nesse período, o gasto federal no setor correspondeu a 1,73% do PIB em 2000 e 1,75% do PIB em 2011; o gasto estadual correspondeu a 0,54% do PIB em 2000 e 1% em 2011; e o municipal, a 0,6% do PIB em 2000 e 1,16% em 2011 (PIOLA et al., 2013b, p. 14-15). Concluiu-se que o gasto da União com a saúde por parte da União cresceu 0,2% em 11 anos, enquanto os demais entes subnacionais, com menos condições financeiras, aplicaram mais que o dobro do valor despendido pelo governo federal no mesmo período.

Outro fator que contribui para o estado de inconstitucionalidade vivenciado no setor da saúde pública brasileira é a iniquidade do financiamento do sistema. Deve-se atentar que no âmbito das transferências constitucionais da União para estados e municípios, o denominado repasse financeiro igualitário não revela, necessariamente, uma distribuição equitativa, uma vez que a equidade na distribuição de recursos financeiros é a que se dá de modo a privilegiar municípios e/ou regiões em condições sanitárias e socioeconômicas desfavoráveis.

A alocação de recursos para o custeio de ações e serviços de saúde deve partir da base populacional e também incorporar indicadores que sejam capazes de refletir as necessidades e

mensurar as desigualdades em diferentes áreas geográficas (UGÁ; PORTO; PIOLA, 2012, p. 417).

A equidade no financiamento insere-se como um objetivo que está relacionado a uma distribuição adequada e justa dos recursos financeiros, aliada à qualidade do gasto e a sua distribuição de forma equânime, além de uma gestão racional que evite desperdícios. Contudo, a realidade ficou distante da teoria. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde, investigando a relação entre o índice de desenvolvimento humano (IDH) dos estados da Federação e as transferências do Ministério da Saúde *per capita*, concluiu que uma distribuição de recursos próxima da igualdade formal pode levar à iniquidade. De acordo com o levantamento, o Rio Grande do Norte, com IDH de 0,705, recebeu no ano de 2005, R\$ 125,91 *per capita*, enquanto São Paulo, com um dos melhores IDH do país, 0,80, recebeu R\$ 126,43 (COELHO; SCATENA, 2014, p. 283), comprovando-se a desproporcionalidade no financiamento da saúde.

Todavia, não se pode culpar apenas o ente federal pelo reduzido investimento de verba nas ações e serviços públicos de saúde e desvios ocorridos na aplicação dos recursos ao SUS. A equipe do SIOPS, ao analisar o balanço dos estados no ano de 2008, indicou que apenas 13 teriam aplicado o mínimo de 12% de sua receita vinculada em saúde conforme estabelecido pela EC nº 29/2000 (FIOCRUZ, 2012, p. 180). De acordo com o estudo, os estados teriam destinado, em média, 10,8% de sua receita vinculada para a saúde. Esses vazamentos permitiram, segundo estimativas, que cerca de R\$ 16,0 bilhões deixassem de ser aplicados no SUS apenas pelos estados no período entre 2004 e 2008 (FIOCRUZ, 2012, p. 181).

A soma dos fatores elencados comprova o subfinanciamento do SUS. Vê-se que o valor despendido pelo governo brasileiro para o setor acha-se bem abaixo do numerário gasto por países que adotam o mesmo modelo de acesso igualitário e universal, como o Reino Unido. Estudo baseado nos anos 1997, 2001 e 2005 verificou que 37% do total de gastos do Brasil foram para o refinanciamento da dívida pública, enquanto o Reino Unido gastou, em média, 7% com o serviço da dívida. A saúde pública representou 15% dos gastos naquele país, enquanto no Brasil, o gasto com o setor foi de apenas 3,9% do total (BRASIL, 2013c, p. 13).

Em 2007, o gasto público com saúde foi responsável por 42% dos recursos aplicados no setor, enquanto nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a participação do gasto público no financiamento do sistema representa, em média, 70% da despesa total (PIOLA et al., 2013a, p. 20-21). Uma das possíveis consequências do reduzido gasto em saúde pelo Brasil em comparação a países que adotam

modelo de sistema de saúde idêntico é a baixa despesa da União Federal com as ações e serviços de saúde, o que leva a refletir se se deve alterar o modelo gratuito existente no país, ou sua base de financiamento, ou ambos.

A regulamentação da EC nº 29/2000, ocorrida tão somente 12 anos depois de sua promulgação, através da Lei Complementar (LC) nº 141/2012, manteve a regra até então vigente, segundo a qual os gastos mínimos a serem realizados pela União serão obtidos da correção dos valores empenhados no ano anterior pela variação nominal do PIB, enquanto estados e municípios deveriam direcionar 12% e 15% respectivamente de suas receitas gerais para aplicação nos serviços e ações de saúde, sob pena de intervenção federal e estadual, conforme o caso.

Piola et al. (2013b, p. 22) apresentam pontos positivos da regulamentação. O primeiro foi definir, por meio de instrumento adequado, o que se entende por ações e serviços públicos de saúde para fins de verificação do cumprimento da emenda, de forma a uniformizar o entendimento do conceito e evitar os vazamentos e desvirtuamentos ocorridos, em virtude da ambiguidade da regulamentação infralegal anterior. As despesas foram definidas como aquelas voltadas para promoção, proteção e recuperação da saúde, desde que cumpridas simultaneamente três condições: destinadas a ações e serviços de acesso universal, igualitário e gratuito; previstas nos planos de saúde de cada ente federado; e de responsabilidade específica do setor da saúde.

O segundo ponto positivo foi o tratamento conferido aos restos a pagar cancelados. A lei definiu que os recursos cancelados que entraram na conta para se alcançar o valor mínimo devem ser repostos, fato que diminui o rombo existente no financiamento do setor.

Entretanto, a regulamentação ignorou a proposta de instituição de uma contribuição específica para a Saúde, a Contribuição Social para a Saúde (CSS), e outra, sobre cigarros e bebidas alcoólicas, que compensariam a perda de receitas decorrente da extinção da CPMF. Além disso, embora a EC nº 29/2000 estabeleça, e a LC nº 141 reforce, que os limites de aplicação em Saúde são os valores mínimos, a prática demonstra que o piso se transformou em teto, tendo os entes se acomodado naquele percentual mínimo (BRASIL, 2013c, p. 60).

E as expectativas de melhor financiamento do SUS não são muito animadoras. Estimativas do Ministério da Saúde indicam que a correção pela variação nominal do PIB adotada na lei complementar é, entre todas as propostas discutidas no Congresso, a pior para a saúde. Em 2010 as despesas do Ministério da Saúde foram de R\$ 61,9 bilhões, valor obtido com a aplicação da variação nominal do PIB. Caso fosse adotada a vinculação de 18% da receita líquida da União, como previa o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156, o orçamento

subiria para R\$ 89,9 bilhões. Se o Congresso optasse pela vinculação a 10% da receita bruta, prevista no PLS nº 121, o orçamento da Saúde ficaria por volta dos R\$ 89 bilhões, representando um incremento de R\$ 20 bilhões (BRASIL, 2013c, p. 59-60).

A correção das despesas pela variação nominal do PIB estabilizou a participação da União nos gastos em ações e serviços públicos em saúde (ASPS) na média de 1,7% do PIB (BRASIL, 2013c, p. 86). Ao relacionar receitas tributárias com as receitas totais dos municípios, concluiu-se que a maioria dos municípios brasileiros é dependente dos recursos de outros entes federativos. Dados evidenciam que a receita tributária da maioria absoluta dos municípios brasileiros é insuficiente para cobrir o custo das ações e serviços de saúde demandados pela população, já que em 86% deles as receitas tributárias não ultrapassam 10% das receitas totais (BRASIL, 2013c, p. 89).

A participação da União Federal nos custos das ações e serviços públicos de saúde piorou ainda mais com o advento da EC nº 86/2015. De acordo com o poder constituinte derivado, a União Federal não mais aplicaria o mínimo de recursos consoante à variação do PIB, mas conforme a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%. De certo modo, em tese, haveria um avanço no financiamento das ações e serviços públicos de saúde por parte do governo federal, já que estabelecido um piso mínimo fixo de 15% sobre a receita corrente líquida, não ficaria o setor da saúde à disposição das variações da economia.

Contudo, este piso de 15% não seria automático, pois o art. 2º da EC nº 86/2015⁴ definiu subpisos progressivos e anuais para que se atingissem os 15% tão somente no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta emenda, ou seja, apenas em 2020.

A Procuradoria-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.595⁵ em que pleiteia a suspensão dos arts. 2º e 3º da EC nº 86/2015 e, ao final, sua declaração de inconstitucionalidade, por entender que os subpisos progressivos criados geram

⁴ Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo: I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

⁵ Conforme consulta ao andamento processual do STF, a ADI nº 5.595 encontra-se com o julgamento da medida cautelar suspenso, mas com a liminar proferida ainda surtindo seus efeitos de suspensão da execução dos arts. 2º e 3º da EC nº 85/2015.

uma diminuição na alocação do orçamento da União para as ações e serviços públicos de saúde, com retrocesso social. Demonstrou ainda um estudo do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), que realizou projeção do decréscimo de financiamento do SUS causado por referida emenda constitucional, com base em dois diferentes cenários (em razão da variação do produto interno bruto e da RCL da União) e considerando a execução de emendas parlamentares individuais e as diferenças de aplicação mínima da União determinadas pela emenda. Constatou-se que, nos exercícios de 2015 a 2017, as perdas máximas poderiam ser de R\$ 3,18 bilhões em 2015, R\$ 12,53 bilhões em 2016 e R\$ 4,29 bilhões em 2017, totalizando cerca de R\$ 20 bilhões a menos para financiar um sistema que já padece de subfinanciamento crônico (STF, 2017).

O ministro Ricardo Lewandowski concedeu a liminar requerida suspendendo a eficácia dos arts. 2º e 3º da emenda, demonstrando em sua decisão, através de dados do próprio orçamento federal, o corte considerável nas verbas alocadas para a saúde: 2011 – R\$ 71 bilhões; 2012 – R\$ 91,7 bilhões; 2013 – R\$ 99,8 bilhões; 2014 – 106 bilhões; 2015 – 91,5 bilhões (corte de 11,7 bi em relação a 2014) e 2016 – 88,9 bilhões (necessidade de corte de 2,5 bilhões em relação a 2015) (STF, 2017).

Não há como negar que houve redução dos valores alocados para custear as ações e serviços públicos de saúde, que já sofrem com o subfinanciamento por parte do governo federal com a EC nº 86/2015.

Outro fator importante que contribuiu para o subfinanciamento da saúde foi a Desvinculação de Receitas da União (DRU), inaugurada no ordenamento constitucional pátrio com a EC nº 10, de 1996. Os recursos originalmente seriam aplicados no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive na liquidação de passivo previdenciário e em outros programas de relevante interesse econômico e social, nos termos do artigo 71 do ADCT.

Com a EC nº 27, de 2000, o sistema desvinculava 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, com previsão para vigorar apenas entre 2000 e 2003, nos termos do que dizia o *caput* do artigo 76 do ADCT, porém foi prorrogado por sucessivas emendas até o fim de sua vigência, em 31 de dezembro de 2015.

Conforme a sua última configuração, dada pela emenda constitucional nº 68, de 2011, a DRU desvinculava de órgão, fundo ou despesa, 20% da arrecadação da União de impostos e contribuições sociais, e incluía também as contribuições de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que viessem a ser criados até a data da sua vigência, 31 de dezembro de 2015. Ou seja, na prática, apenas 80% da arrecadação com contribuições sociais

e de intervenção no domínio econômico eram efetivamente empregados em suas finalidades, pois 20% eram utilizados em outras áreas, mediante determinação expressa da Constituição.

Com a EC nº 93, de 2016, alterou-se o art. 76 do ADCT para prorrogar a DRU até 31 de dezembro de 2023 e estabelecer desvinculação de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, de 30% da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data, além de estabelecer a desvinculação de receitas dos estados, Distrito Federal e municípios, também no percentual de 30%.

O resultado desta desvinculação implica o fato de que a União retira 30% do valor arrecadado a título de contribuições sociais que deveriam ser aplicadas na saúde, minguando ainda mais seu orçamento destinado ao setor, e conseqüentemente sua execução orçamentária. Ademais, ao criar ou aumentar as contribuições especiais desvinculadas, não é mais se obriga a repartir com os estados, o Distrito Federal e os municípios o respectivo produto da arrecadação, diversamente do que ocorreria se tivesse majorado os impostos referentes à sua competência ordinária. Essa política arrecadatória do governo federal tem contribuído para o esvaziamento da autonomia dos estados e municípios, que, à míngua de recursos suficientes para o desempenho normal de suas atividades, acabam se sujeitando à política ditada pelo governo central.

Não é só no Brasil que há iniquidades e paradoxos de financiamento da saúde. Na Colômbia há falhas estruturais do financiamento do direito, como: impasses na questão do fiador; cálculo e atualização da UPC; cálculo e atualização do POS; evasão do pagamento das contribuições; contratação e pagamentos entre EPS e IPS; e portabilidade (REY; SCOBIE, 2012, p. 232).

Gutiérrez, Acosta e Alfonso (2012, p. 114) afirmam que na Colômbia surgiu uma população intermediária que não é suficiente pobre para filiar-se ao regime subsidiado, nem tem recursos para migrar ao regime contributivo ou privado. Há no país 10% da população que não está afiliada a nenhum regime. Os autores defendem ainda que a unificação dos sistemas, em princípio, parece um objetivo desejável, mas que o financiamento mediante impostos gerais não garante que não haja segmentação, como mostra o caso brasileiro, que revela queda na qualidade do serviço, que fez com que 25% da população mais rica optassem por sair do sistema público e se afiliar ao privado. Com este fato, o apoio político e a disponibilidade de contribuir para o sistema público de saúde diminuem por parte de quem pode aportar mais (GUTIÉRREZ; ACOSTA; ALFONSO, 2012, p. 116).

Diante das considerações postas, verifica-se que devem ser realizadas alterações na política pública de saúde, com enfoque na análise da manutenção ou não do modelo de sistema único de saúde gratuito, bem como na tentativa de alinhamento tanto da estrutura descentralizada do SUS quanto de seu (sub)financiamento, tomando como base o federalismo centralizado brasileiro; ou até mesmo, a investigação de uma proposta mais ousada que reformule o próprio federalismo existente para se chegar a uma real cooperação federativa, sob pena não só de perpetuação, mas de agravamento do estado de inconstitucionalidade no setor.

3.2.4. Solidariedade dos entes federativos na prestação do serviço

Neste subtópico, analisar-se-á mais uma iniquidade, a da interpretação jurídica acerca da solidariedade dos entes federativos na prestação do serviço. O STF, no julgamento da repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) 855178/SE, fixou a tese de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. (STF, 2015).

A partir desta decisão, em caso de necessidade de tratamento de saúde, a ação, individual ou coletiva, poderá ser proposta em face dos três entes federativos conjuntamente, ou de cada um, isoladamente, não havendo a obrigação de chamar ao processo as demais entidades solidárias. Trata-se de interpretação literal dos artigos 6º, 23, II, 196 e 197 da Constituição Federal.

Da leitura dos dispositivos, conclui-se que a promoção da saúde é dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que será regulamentado, fiscalizado e controlado nos termos da lei. O texto constitucional, portanto, expressamente autoriza o legislador ordinário a organizar a prestação deste serviço de modo a conferir racionalidade e eficiência ao sistema. E é a já mencionada Lei nº 8.080/90 que disciplina em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, efetuando a repartição de competências em matéria de saúde entre os três entes

federativos, de acordo com a complexidade do tratamento (arts. 16, 17 e 18) – tanto no aspecto preventivo, quanto curativo –, preconizando a regionalização e a hierarquização dos serviços, autorizando ainda a cada ente dispor por normas infralegais acerca das técnicas, procedimentos médicos, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (art. 7º).

Entretanto, como demonstrado, o entendimento uníssono da jurisprudência brasileira é que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente. Ressalte-se que a questão relativa ao reembolso e/ou cobrança dos custos suportados por determinado ente federativo em decorrência da prestação do serviço de saúde pleiteado é medida a ser resolvida no âmbito administrativo, e não nos autos em que se discute o fornecimento do tratamento médico pleiteado.

O resultado desta interpretação realizada pelo Excelso Pretório é revelado através da ineficiência das decisões judiciais nas demandas que protegem o direito à saúde, especialmente devido à microvisão do Poder Judiciário sobre a matéria, que concede tutelas específicas indiscriminadamente. Há, inevitavelmente, a interferência negativa no plano governamental de ações e serviços que são oferecidos à população como um todo (macrovisão), pois retira verbas de destinações mais amplas para cumprir com as determinações judiciais.

A gestão dos recursos públicos e a visão transversal das políticas públicas não são de conhecimento do Estado-juiz, de forma que decisões que ordenam cumprimento de tutela de saúde em favor de determinado indivíduo, sem analisar a repartição de competências da Lei nº 8.080/90, pode não só comprometer a integridade das políticas públicas de saúde, como também de outros domínios. Pesquisa realizada pelo CNJ, intitulada “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências”, verificou a predominância da litigação individual em detrimento das ações coletivas, reforçando a ideia de que a microlitigação é um dado relevante em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, para o Judiciário e para a própria gestão em saúde (CNJ, 2015, p. 43).

Sarmiento (2008, p. 556) segue a mesma linha de pensamento e argumenta que, a cada vez que uma decisão judicial concede uma prestação material a um indivíduo, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais, já que “cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa”. O autor ainda defende que os direitos sociais não contariam com uma dimensão subjetiva, nem ensejariam a exigibilidade

de quaisquer prestações positivas pelos seus titulares, mas apenas um controle judicial da razoabilidade das políticas públicas adotadas para realizá-los (SARMENTO, 2008, p. 566).

Para exemplificar sua afirmação, Sarmiento (2008, p. 582) descreve o caso *Grootbom*, julgado pela Corte Constitucional Sul-Africana, no qual se discutiu a possibilidade de controle da razoabilidade das políticas públicas voltadas à moradia, sendo necessário, no momento, incluir medidas emergenciais focadas nas pessoas em situação de carência desesperadora (*desperate need*).

Revela que o Tribunal determinou que a política fosse reformulada de modo que contemplasse medidas de alívio imediato daquelas pessoas, sem, entretanto, adentrar no mérito da política pública, ou seja, decidir quais as providências que deveriam ser efetivamente tomadas, diferentemente do que ocorre no Brasil, na judicialização dos direitos sociais, em que a tutela deferida é uma ordem específica para satisfazer o direito, que muitas vezes se demonstra ineficaz. Sarmiento (2008, p. 583) anota que para a fiscalização da execução de sua decisão, a Corte Sul-Africana atribuiu a um órgão técnico independente (*Human Rights Commission*), de reconhecida *expertise* e prestígio no país em matéria de direitos sociais, a tarefa de supervisionar a elaboração e a implementação do novo programa, reportando-se ao Tribunal.

Resta claro que o Judiciário não deve se ater somente à microvisão da judicialização da saúde, mesmo que seja seduzido pela alta demanda de ações individuais propostas diariamente. Deve-se levar em conta a análise macro da situação exigida judicialmente, ou seja, a razoabilidade ou não da decisão para todos aqueles que se encontram em situação similar à do autor, pois, caso contrário, além de malferir a isonomia dos necessitados pelo serviço, prejudica a administração da política pública e o fluxo para a concretização do direito, como será agora evidenciado.

À primeira vista, o reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes da Federação pode parecer fortemente positivo sob o prisma do usuário, que terá mais atores possíveis no polo passivo da ação. Contudo, conforme sinaliza Asensi (2016, p. 149) sob o prisma da gestão do serviço, pode trazer desafios de sobreoneração de um dos entes da Federação em detrimento dos demais, já que um ente de menores condições financeiras, como o município, pode ser condenado a realizar tratamento de saúde de alto grau de complexidade, que em princípio fica a cargo da União Federal.

Segatto (2012, p. 57) exemplifica a afirmação com o caso Buritama, cidade de 15 mil habitantes do interior de São Paulo, cujo orçamento para fornecimento de remédios é de R\$ 650 mil por ano. Todavia, em 2011, mais da metade dos recursos foi destinada apenas ao

cumprimento de demandas judiciais, tendo um único paciente pleiteado e auferido judicialmente uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkinson, no valor de R\$ 108 mil, ou seja, fora destinado um sexto do orçamento reservado à saúde apenas para o tratamento de um cidadão.

Outro ponto importante é a tendência dos órgãos judiciários de confundir a competência comum com a responsabilidade solidária. Asensi (2016, p. 150) explica que a competência comum não corresponde ao fato de que todos os entes da Federação têm os mesmos deveres e atribuições. Aduz o autor que a Constituição de 1988 e as normas posteriores, como a Lei nº 8.080/90, estabelecem atribuições comuns e exclusivas (já mencionadas) de cada ente, buscando uma previsibilidade administrativa dos deveres de cada um. A relação de atribuições é decisiva para que os diversos governos possam envidar esforços e estratégias comuns para a efetivação da saúde, ou seja, o efeito prático é a necessidade de os três entes federativos conjugarem esforços para efetivar a saúde no Brasil.

Desse modo, a competência refere-se à repartição administrativa de atribuições entre os três entes da Federação, prevista nos artigos da Lei nº 8.080/90, portarias e listas do SUS, sendo discutível apenas se essas relações são taxativas ou exemplificativas. Já a responsabilidade diz respeito ao dever jurídico de cada ente federativo de, em conjunto ou isoladamente, efetivar um determinado direito específico (ASENSI, 2016, p. 154).

Saliente-se que seria inocente afirmar que todas as atribuições dos entes estão claramente delineadas nos artigos e atos infralegais e que não há espaço para imprecisões, omissões ou contradições. Porém, não se pode ignorar que houve um avanço institucional na repartição de competências, especialmente no que concerne a medicamentos. Neste quesito, as competências da União, estados e municípios não estão explicitadas nem na Constituição nem na lei. Barroso (2009, p. 41) esclarece que a definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos, na qual, de forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

Com isso, o gestor federal fica incumbido da formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Ao município cabe definir a relação de medicamentos essenciais, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica, uma vez que seu propósito prioritário é assegurar o suprimento de

medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. A União, em parceria com os estados e o Distrito Federal, ocupa-se da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, conforme disposto nas Portarias nº 2.577/2006 e nº 1.321/2007, do Ministério da Saúde, ficando o gestor estadual responsável pela definição do elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional (BARROSO, 2009, p. 42).

Vê-se que se faz necessário uma interpretação sistemática e teleológica do Poder Judiciário acerca da solidariedade dos entes nas ações e serviços públicos de saúde, buscando o fim e a efetividade da norma constitucional ao analisar e decidir conforme a repartição de competências federativas presentes na Lei nº 8.080/90 e atos infralegais que regulam o SUS, sob pena de cada vez mais aumentar a desestruturação do fluxo da política pública da saúde na veiculação do direito social.

Em que pese o elevado número de demandas judiciais nos quais se discute o acesso às ações e serviços de saúde ao redor do país, e principalmente as queixas da população por não ver seu direito realizado até mesmo por via judicial, o Estado-juiz parece começar a compreender que apenas por remédios estruturais poderá se restabelecer o fluxo da política pública idealizado pelo constituinte e legislador ordinário, o que será mais bem analisado no próximo item.

3.3 Evolução Jurisprudencial do Direito à Saúde no Brasil

Com o advento da Constituição de 1988, o direito à saúde foi considerado fundamental, embora houvesse divergências acerca de sua aplicabilidade imediata, devido à sua natureza dependente de prestações positivas estatais para a sua concretização, necessitando de projetos de leis orçamentarias como meio de veiculação. Conforme já demonstrado, a Carta Cidadã afastou a antiga noção de que direitos sociais seriam meros programas de governo sem justiciabilidade.

Com a consagração pelo Judiciário que o direito à saúde pública é fundamental e como norma constitucional deve ter aplicabilidade direta, ocorreu uma corrida à justiça com pedidos, inicialmente individuais, posteriormente coletivos, de proteção e recuperação do direito, fenômeno conhecido como judicialização da saúde.

Este fenômeno ganhou força na década de 90, com pacientes contaminados pelo vírus da síndrome de imunodeficiência adquirida (HIV) que se uniram através de ONGs e outras

associações criadas na sua defesa para, coletivamente, pleitear novos medicamentos e tratamentos. A liminar julgada favorável, em 25 de julho de 1996, movida pelo Grupo de Apoio à Prevenção à Síndrome de Imunodeficiência Adquirida contra o Estado de São Paulo, para fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público, foi o marco inicial. A decisão abriu precedente ao ajuizamento de outras demandas. Em 2001, as ações tiveram grande impacto no orçamento e no Programa Estadual de Doenças Sexualmente Transmissíveis de São Paulo (BRASIL, 2005, p. 24-25).

A judicialização da saúde vem crescendo de forma vertiginosa e a cada ano há incremento das ações contra o Poder Público. As decisões dos processos podem ser favoráveis aos cidadãos, obrigando os sistemas de saúde a arcar com a viabilização dos direitos, que nem sempre significam benefícios para o próprio indivíduo, e ainda podem acarretar desequilíbrios sociais.

Pode-se indagar se a atuação judicial no controle das políticas públicas não afrontaria a cláusula pétreia da separação dos poderes pelo fato de o Judiciário invadir a competência do Executivo e do Legislativo para tratar sobre a matéria, o que desequilibraria o sistema de freios e contrapesos dos poderes republicanos. Contudo, afigura-se prudente uma revisão do dogma da “separação dos poderes” em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social e Democrático de Direito, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A legitimidade dos tribunais para tomar decisões politicamente sensíveis não pode ser negada com o argumento de que os juízes não são escolhidos pelo voto popular, já que não se pretende substituir a esfera político-representativa por aquela de ordem funcional (KRELL, 2012, p. 172), mas sim efetivar os direitos sociais e garantir a força normativa da Constituição.

Krell (2012, p. 152) entende que o ativismo na ordem jurídica brasileira deve ser moderado, não havendo nenhum tipo de dificuldade contramajoritária, já que a obrigação de agir foi assentada nas normas jurídicas constitucionais e ordinárias. O ativismo moderado concede ao Judiciário uma interpretação mais expansiva da Constituição e um papel mais proativo e racional na concretização dos direitos fundamentais esculpido na Carta (KRELL, 2012, p. 151).

A rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha e de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução

plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta e justa à luz dos elementos do caso concreto. Barroso (2009, p. 14) entende que o dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

O ministro do STF defende que cabe ao juiz: *i*) agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; *ii*) ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; e *iii*) não perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível (BARROSO, 2012, p. 23-32).

Barroso (2012, p. 23-32) chama a atenção para os efeitos sistêmicos da atuação dos juízes e afirma que eles nem sempre dispõem de tempo, informações e conhecimento para avaliar o impacto das suas decisões sobre a realidade social. A saúde tem sido considerada um exemplo emblemático, pois tem havido uma profusão de decisões emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.

Souza Neto (2008, p. 546) afirma que a judicialização das políticas sociais depende de decisões construídas horizontalmente, a partir da interlocução permanente entre magistrados, administradores, técnicos, universidades e associações da sociedade civil, em conjunto com “a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá”.

Krell (2012, p. 140) informa que os altos gastos de verbas públicas provocados pela judicialização da saúde têm dificultado e até inviabilizado a realização de benfeitorias ou de outros melhoramentos dos serviços de saúde nos estados e municípios. Explana que vários estados, seguindo a Recomendação nº 31 do CNJ, de 30.3.2010, instituíram unidades de apoio técnico para coibir eventuais abusos e racionalizar o atendimento das demandas da saúde.

Estudo realizado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde junto às Secretarias Estaduais de Saúde (BRASIL, 2013a, p. 21) analisou gastos judiciais dos anos de 2009 e 2010 que foram informados por algumas Secretarias ao Ministério da Saúde. Foi verificada que só no ano de 2010 foi despendida a quantia de R\$ 949.230.598,54 (novecentos e quarenta e nove milhões, duzentos e trinta e mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos), ou seja, quase um bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e

os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gérias, Tocantins e Alagoas.

Referidos gastos estão relacionados também à prevalência de ações individuais em detrimento de tutelas coletivas, desequilibrando o sistema, que já possui recursos escassos. Ultrapassado o plano individual da discussão sobre o direito à saúde, é possível constatar que atualmente as ordens judiciais de todo o Brasil acabam drenando anualmente bilhões de reais que deveriam ser investidos no atendimento coletivo. Evidentemente que este desvirtuamento orçamentário, somado ao baixo financiamento da saúde e, por vezes, à má gestão desses recursos, acaba por impedir que o SUS tenha um funcionamento mais eficiente.

Além da prevalência de ações individuais sobre direito à saúde, verifica-se a primazia do enfoque da medicina curativa na judicialização, o que demonstra a preocupação maior, não só do Estado como gestor, mas também do Poder Juiz e das demais funções essenciais à Justiça, como Ministério Público e Defensoria Pública, na recuperação da saúde, com pouca ênfase na prevenção. Estudo realizado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu que a Corte estadual não foi muito ativada pelos indivíduos e pelas demais instituições jurídicas no que concerne às estratégias de prevenção com foco em vacinas, já que em 12 anos, somente 29 resultados trataram de fornecimento de vacinas por parte do estado (ASENSI et al., 2015, p. 8).

O que se infere a partir dos estudos e pesquisas realizadas é que, no Brasil, a cultura da prevenção é prejudicada, pois a recuperação da saúde é a área que mais recebe atenção dos poderes políticos e até das entidades que lutam pela efetivação do direito, indo de encontro ao brocardo “é melhor previr do que remediar”.

O aumento do quantitativo de demandas judiciais em que se discutem as ações e serviços públicos de saúde retrata a omissão estatal que deve ser suprida pelos entes federativos com a prestação da assistência devida. O motivo que originou a convocação de audiência pública nº 4, sobre o direito à saúde em 2010 pelo STF, foi a controvérsia sobre o dever do Estado de fornecer quaisquer medicamentos em contraposição às alegações de separação dos poderes e de escassez de recursos.

Na época, o ministro Gilmar Mendes, relator da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175-CE, demonstrou esse dualismo da intervenção do Poder Judiciário, que transita entre o direito individual e os direitos sociais à coletividade, ao afirmar que, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, mas, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores de políticas públicas, que se veem

compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias (BRASIL, 2009, p. 31).

A falta de parâmetros claros e coordenados institucionalmente pode, paradoxalmente, levar à própria inviabilização do direito à saúde. Um sistema não organizado, em que não há compartilhamento de informações entre os órgãos, causa uma falsa impressão de resolução de problemas, uma vez que a decisão judicial impacta diretamente no orçamento disponível para todo o setor da saúde. Dessa forma, atender à necessidade integral de um único indivíduo pode ocasionar desamparo da coletividade, que não receberá atendimento adequado, além de outros motivos, por falta de verba. Ademais, ações descoordenadas podem ir contrariamente à expectativa dos cidadãos de que as medidas judiciais promovam o acesso aos serviços de saúde de forma mais célere e eficaz.

Percebe-se mais um argumento para a adoção de postura ativa do Judiciário mais racional, de natureza estrutural, com diálogo entre as partes envolvidas na veiculação do direito social em deslinde. A Audiência Pública nº 4 do STF é considerada o início para a democratização do debate e uma tentativa de fixação de critérios objetivos para a judicialização da saúde.

Na audiência pública foi destacado que a negativa da prestação não decorre sempre do mesmo fundamento, mas sim de três hipóteses: *i*) em alguns casos, há política pública que não é executada; *ii*) em outros, a política pública é inadequada; e *iii*) finalmente, há casos em que não há política pública definida (BRASIL, 2009, p. 37). Realizando um comparativo com a conjuntura colombiana de saúde pública, vê-se que há similaridade com aquele caso, pois no julgamento da T-760-2008 constatou-se que havia judicialização de serviços que estavam previstos no POS, mas não eram oferecidos à população, situação semelhante à existência de política pública que não é executada; casos em que o POS se encontrava desatualizado, o que pode ser entendido no caso brasileiro como política pública inadequada; e serviços de que necessita o cidadão, mas não se encontram no POS, que comparativamente com o caso brasileiro, o que pode ser entendido como a inexistência de política pública definida.

Exemplificando, fora mencionado que não existe clareza mínima sobre o tratamento previsto na política pública e que esta situação motiva prescrições médicas, inclusive de médicos do SUS, que recomendam o uso de medicamentos e a realização de tratamentos não oferecidos ordinariamente pelo sistema. Esta situação esclarece uma das faces da judicialização. A falta de conhecimento clínico somado a um conhecimento raso das políticas é o ponto de partida para que o cidadão acione o Poder Judiciário em busca do que entende

ser um direito. Surge com isso a necessidade do cidadão de entender questões organizativas do Estado, como, por exemplo, a identificação das responsabilidades de cada ente da Federação.

O ponto em comum de todos os representantes dos órgãos participantes da Audiência Pública nº 4 foi a falta de recursos e de investimento na área da saúde, com a necessidade de se destinar maior quantidade de verba pública para essa área, a fim de que os serviços não fiquem sucateados e aumentem mais ainda o estado de inconstitucionalidade. Contudo, devido à burocratização do Estado brasileiro para a reformulação do sistema de financiamento e alocação de maiores recursos para a saúde, faz-se necessária a intervenção judicial na política pública de saúde (STF, 2009).

No julgamento da STA 175-CE, o STF fez as seguintes considerações:

Sob o primeiro ângulo de análise, a Suprema Corte asseverou que o comando normativo constitucional do art. 196, que estabelece a saúde como um direito de todos, dá ensejo tanto a direito individual quanto a direito social da coletividade. A dimensão individual constitui um direito público subjetivo e conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Já a dimensão coletiva traduz a necessidade prestacional positiva do Estado, que se materializa dentro de uma discricionariedade administrativa, de onde se extrai a seguinte interpretação da Corte: “a garantia judicial da prestação judicial individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS” (BRASIL, 2009, p. 110).

Em suma, o Excelso Pretório reconheceu a força normativa do art. 196 e afastou as interpretações que lhe atribuíam a simples natureza programática, pois a mera alegação da falta de recursos ou do alto custo de um medicamento para negar a prestação de serviço a um indivíduo não era um argumento justificado nem razoável, visto que a saúde foi acolhida no texto constitucional como um direito fundamental.

Sob o segundo ponto de análise, a Corte afirmou a importância de se distinguir duas situações. A primeira é o problema de execução administrativa de políticas públicas pelos entes administrativos, o que corresponde a grande parte das demandas de judicialização da saúde (BRASIL, 2009, p. 15). Neste caso, é evidente o direito subjetivo público; não se cogita qualquer interferência do Judiciário na discricionariedade administrativa de outro Poder, porquanto a política pública já está estabelecida e falta apenas o seu cumprimento efetivo (STF, 2009).

A segunda situação é quando ocorre o acionamento da justiça para a prestação de serviço de saúde não contemplado em uma política pública. Aqui é preciso distinguir três ocorrências diferentes: *i*) a não prestação decorre de uma omissão legislativa; *ii*) a não prestação decorre de uma decisão administrativa de não fornecimento; ou *iii*) a não prestação decorre de uma vedação legal à sua dispensação (STF, 2009).

A primeira ocorrência consubstancia-se na situação de quando determinado medicamento não tem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O STF entendeu que, a princípio, o Estado não tem a obrigatoriedade de fornecimento, porque o registro junto a essa autarquia é o primeiro requisito para que o SUS possa incorporá-lo e, especialmente, porque este registro funciona como um atestado da segurança e do benefício do fármaco (STF, 2009).

A segunda ocorrência, quando há decisão administrativa para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, pode acontecer porque o sistema fornece tratamento alternativo àquele demandado pelo indivíduo na ação ou porque o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Na primeira hipótese, entendeu a Corte que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, exceto se for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde adotada pelo SUS (STF, 2009).

Já se a rede pública não fornecer nenhum tratamento específico para a patologia, é, uma vez mais, preciso se ater a duas distinções: *i*) o tratamento solicitado é experimental; ou *ii*) o tratamento solicitado apenas não foi ainda testado pelo SUS. Sendo experimental, o Estado não pode ser obrigado a seu fornecimento, seja porque lhe falta o registro da ANVISA, justamente porque ainda não foram comprovados os efeitos do fármaco; seja porque a participação neste tipo de tratamento rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica; seja porque o SUS se filiou à corrente da medicina com base em evidências (STF, 2009).

Todavia, se a questão versar sobre novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, o entendimento é diverso. A Suprema Corte afirmou que a saúde do indivíduo não pode estar submetida aos ritmos da burocracia estatal. Assim, “a inexistência de protocolo clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema” (BRASIL, 2009, p. 22); como consectário lógico, o indivíduo deve ter atendido o seu pleito, uma vez que não se justifica “a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada” (BRASIL, 2009, p. 22).

Ressalte-se que, em que pese a delimitação destes novos requisitos para a interpretação das ações de saúde, o STF consignou que o julgador, diante das peculiaridades

do caso concreto e após seu juízo de ponderação, pode conceder tutelas individuais para efetivar o direito.

A Audiência Pública nº 4 foi fundamental para que o STF através do julgamento da STA 175-CE destrinchasse as situações que motivam a judicialização da saúde, como nos casos em que há política pública que não é executada, ou quando esta é inadequada; e nos casos em que não há política pública definida, fixando critérios que servirão de vetores interpretativos para os demais órgãos judiciários, ressaltando, por fim, a possibilidade de concessão de liminares nos litígios individuais diante da peculiaridade do caso concreto após a realização de um juízo de ponderação.

Entretanto, a Suprema Corte não adotou uma postura ativa estruturante, como ocorreu na sentença T-760, de 2008, acerca da judicialização da saúde da Colômbia, perdendo a oportunidade de fomentar a propositura por parte do Executivo e do Legislativo de reformas estruturais no sistema, tendo adotado a postura de um ativismo forte. Isso se justifica pelo fato de a Corte ter permitido a concessão indiscriminada de liminares ao conceder abertura aos demais juízes do país na análise do caso concreto, mas não incentivando, naquela decisão, reformas de natureza sistêmica.

O CNJ vem envidando esforços para racionalizar a judicialização e garantir o direito à saúde. Esse órgão de controle vem estabelecendo parâmetros para que os tribunais consigam lidar com as demandas de judicialização. A Portaria nº 650/2009 criou grupos de trabalho com a finalidade de “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. Já em 2010, o CNJ editou a Resolução nº 107, instituindo o fórum nacional judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a criação de comitês estaduais de saúde. No ano seguinte, 2011, editou a Recomendação de nº 36, solicitando a adoção de medidas, por parte dos tribunais, que visem a subsidiar o trabalho dos magistrados e a assegurar com maior eficiência a solução dos casos de judicialização da atenção à saúde.

Além dos esforços empreendidos pelo CNJ para reduzir as demandas judiciais em saúde e as iniquidades de acesso às ações e aos serviços de saúde, estados e municípios do Brasil têm buscado alternativas à judicialização, como propostas de convênios, perícias técnicas, câmaras técnicas, câmaras de mediação e via administrativa de acesso, envolvendo o Judiciário, o Ministério Público e o Executivo (CHAGAS; PROVIN; AMARAL, 2016, p. 75).

Apesar de todo o esforço, verifica-se que essas medidas não têm sido consideradas nas decisões. O próprio CNJ (2015, p. 43) identificou na pesquisa “Judicialização da saúde no

Brasil: dados e experiência”, a baixa menção à audiência pública nº 4 do STF, às Recomendações 31 e 36 do Conselho, ao Fórum Nacional e aos Comitês Estaduais, nas decisões judiciais proferidas em seis estados. Essa pesquisa revela que ainda permanece certo distanciamento dos tribunais sobre a discussão nacional acerca da judicialização da saúde, onde se percebe mais uma semelhança com a situação colombiana, mostrada no capítulo anterior, na qual os juízes de primeiro grau não fazem menção à Sentença T-760 e suas ordens estruturais, faltando vontade dos magistrados em racionalizar o fluxo para a prestação do direito.

Saliente-se ainda que, mesmo com toda a força conjunta entre as instituições para o estabelecimento de diálogo entre os Poderes Executivo e Judiciário, a fim de conciliar seus diferentes pontos de vista, as ações judiciais continuam a aumentar. Estudo contratado pelo Conselho Nacional de Justiça revelou que em 2011 havia 240.980 processos judiciais em trâmite sobre o tema saúde, enquanto no último relatório feito em 2017, que toma como ano base 2016, existiam 1.346.931 demandas no setor, um aumento de aproximadamente 559% do número de ações pendentes de julgamento (CNJ, 2017, p. 182).

Apesar da tentativa de racionalização do fluxo para a prestação das ações e serviços de saúde sem a judicialização, mas com a manutenção da atual política pública do SUS, as demandas em saúde têm aumentando vertiginosamente, revelando que o estado de inconstitucionalidade ainda persiste. Deve-se rediscutir o SUS e toda sua estrutura, modelo e financiamento, visando reformular a política pública de saúde nacional e adequá-la à nova realidade social brasileira.

Tentando solucionar o problema da excessiva judicialização do direito social, Barroso (2009, p. 47-48) propõe parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial da política pública da saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos. Ressalte-se que sua metodologia não abarca todas as ações ou serviços de saúde, mas mostra um norte em que o Poder Judiciário pode rumar para que contribua com a diminuição da judicialização e a normalização do fluxo do sistema.

O ministro da Suprema Corte defende que no âmbito das ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, já que o art. 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, como forma de assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos. Um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto acima é a presunção legítima de que os poderes públicos, ao elaborar as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma

avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos.

Barroso (2009, p. 48) entende que a alteração das listas pode ser objeto de discussão das ações coletivas, podendo o Judiciário rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos poderes públicos, estabelecer a inclusão de determinado medicamento. Essa revisão seria realizada somente no âmbito de ações coletivas para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produziria efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator, ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.

O ministro apresenta as seguintes razões para a defesa deste parâmetro: *i*) a discussão coletiva ou abstrata exigirá um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, o que não ocorre nas ações individuais, tornando mais provável esse exame, já que os legitimados ativos terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los; *ii*) o juiz, preocupado com a solução dos casos concretos, ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas; e *iii*) a decisão tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população, evitando o desperdício de recursos públicos e facilitando o planejamento da atuação estatal.

Complementando este segundo parâmetro, Barroso (2009, p. 48) apresenta ainda requisitos complementares para a atualização da lista, como: *i*) possibilidade de o Judiciário só determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; *ii*) o Judiciário optar por substâncias disponíveis no Brasil; *iii*) e as Cortes optarem pelo medicamento genérico, de menor custo, averiguando ainda se é indispensável para a manutenção da vida.

Por fim, o ministro defende que o ente federativo que deve figurar no polo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido, já que, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, este se autovincula a fornecer o medicamento, caso contrário, quebrar-se-á todo fluxo lógico da prestação das ações e serviços de saúde.

Os esforços despendidos pelas autoridades, principalmente após a decisão da STA 175-CE, a fim de defender a desjudicialização da saúde e a criação de mecanismos e fluxos racionais administrativos e interinstitucionais, não vêm obtendo o resultado desejado, pois se

analisa o fornecimento do serviço de saúde de forma individual, não se atentando para o relevo macroeconômico da política pública social.

Estudo realizado por Chagas, Provin e Amaral (2016, p. 73) informa que entre os efeitos negativos mais relatados pelos usuários do SUS estão as iniquidades no acesso às ações e aos serviços de saúde, uma vez que se privilegiam determinados segmentos sociais, favorecendo aqueles que têm acesso à justiça, aliado ao fato de que as demandas judiciais não são estendidas aos demais portadores da mesma condição patológica, comprometendo o princípio da integralidade do SUS. Em outras palavras, o Brasil passa por situação semelhante à da Colômbia, verificada na Sentença T-760, de 2008, devido à falha na política pública de acesso à saúde, o que compromete a universalidade e a integralidade da atenção à saúde.

Além deste fator, os usuários dos serviços do SUS reclamam: *i)* a não inclusão do medicamento nas políticas, mesmo com a sua presença na oferta nos mercados, ou seja, trata-se de desatualização da lista de medicamentos, que pode se comparar com a lista do POS colombiano; *ii)* a inclusão de medicamento na política, mas sem a garantia de fornecimento, que comparando com o país vizinho, refere-se ao não fornecimento de serviço de saúde previsto na lista oficial, que era o maior índice de judicialização; e *iii)* até mesmo o requerimento de medicamentos em fases ainda experimentais de pesquisa clínica, sem o devido registro e avaliação no país, indicando a forte atuação da indústria farmacêutica (CHAGAS, PROVIN, AMARAL, 2016, p. 74).

Além da STA 175-CE, que iniciou o processo de tentativa de desjudicialização da saúde, o STF reafirmou sua jurisprudência acerca da solidariedade dos entes federativos na prestação dos serviços de saúde na fixação da tese de repercussão geral do já mencionado RE 855.178/SE, que, de certa forma, prejudica a organização do fluxo da veiculação do direito à saúde, devido à má interpretação que o Judiciário realiza desta tese. Como explicitado neste trabalho, os juízes confundem os significados dos termos solidariedade e repartição de competência, acabando na maior parte das vezes por condenar judicialmente ente federativo à ação e a serviço de saúde diversos dos atribuídos à sua competência.

Entretanto, ainda há uma esperança de fortalecimento do processo de desjudicialização de saúde no Brasil. Estão com julgamento em trâmite e em conjunto no Excelso Pretório os RE 657.718/MG e RE 566.471/RN, ambos de relatoria do ministro Marco Aurélio. O primeiro recurso discute a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na

ANVISA, enquanto o segundo analisa a discussão acerca da obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Inicialmente, o relator entendeu que o Estado pode ser obrigado a fornecer remédios de alto custo, desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e sua família para aquisição, consignando ainda que a obrigação não pode prevalecer quando os remédios não são registrados pela agência reguladora. Antes do voto-vista do ministro Barroso, o relator reajustou seu voto com a tese de repercussão geral, no sentido de que o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade e da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, assegurado o direito de regresso (STF, 2016).

Entretanto, Barroso abriu divergência do relator, afirmando que cada cidadão brasileiro faz jus, sem discriminação ou privilégio, ao máximo de justiça em termos de saúde que o Estado possa pagar, mas há limites, pois nenhum país do mundo oferece todo tipo de medicamento e tratamento de saúde a todas as pessoas. Confirmando sua tese doutrinária, o ministro defendeu mais uma vez a desjudicialização da saúde no país, destacando as altas quantias despendidas pelos entes federados com o fenômeno, atentando ainda para a produção da seletividade no sistema que a judicialização produz, pois as decisões beneficiam apenas as partes do processo e são soluções que não atingem a todas as pessoas em igual situação. O ministro defendeu a racionalização da judicialização de saúde, com o prestígio das decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamento não incluído na política pública (STF, 2016).

Como tese de repercussão geral, votou pela possibilidade de o Estado não ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas. Já em relação a medicamentos não registrados na ANVISA, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: *i*) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; *ii*) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e *iii*) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Por fim,

ressaltou que as ações que demandam fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (STF, 2016).

Último julgador a votar antes do pedido de vista do ministro Teori Zavascki, o ministro Edson Fachin fixou parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo, quando em caráter excepcional, entre eles: *i*) prévio requerimento administrativo que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; *ii*) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificação da impossibilidade; *iii*) indicação do medicamento por meio da denominação comum brasileira ou da denominação internacional; *iv*) justificativa da inadequação da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e *v*) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a moléstia. Com relação ao registro da ANVISA, o ministro entendeu que no âmbito de política e assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação do pagamento do ressarcimento, do pagamento ou do reembolso do produto nacional ou importado sem registro na agência reguladora (STF, 2016).

A partir da leitura dos três votos disponíveis, percebe-se além da divergência de entendimento entre eles, uma evolução dos parâmetros estatuídos na STA 175-CE. Entretanto, quaisquer que sejam as balizas fixadas no julgamento em deslinde, já que até o final do julgamento os ministros que prolataram seus votos podem ajustá-los, fato é que terão caráter vinculante, pois se consolidará tese de repercussão geral sobre o tema, que servirá de vetor interpretativo e decisório para todo o território nacional. De qualquer sorte, em que pese a prematuridade de qual será o entendimento do STF acerca da obrigação do Estado em fornecer medicamento de alto custo, estando previsto na política pública ou não, bem como de oferecer medicamento não registrado na ANVISA, observa-se um forte ativismo judicial nos três primeiros votos analisados, que ao tentarem interpretar a política pública de saúde, acabam por criar regras que ultrapassam os métodos racionais de interpretação, inovando praticamente na ordem jurídica.

Em outras palavras, pode-se dizer que, de um lado, apresenta-se uma esperança de fomento ao processo de desjudicialização da saúde no Brasil, mas com a manutenção da atual política nacional; contudo, por outro lado, permanecerá o subjetivismo do julgador ao analisar os casos excepcionais em exame, bem como a falta de organização administrativa

para a execução das políticas existentes e a omissão em sua atualização, além de demais omissões normativas e fáticas persistentes.

Referidos recursos não discutirão a (re)formulação da política pública de saúde em sua totalidade, já que esta nem sequer foi proposta, inclusive de ofício pelo próprio relator. Haverá uma nova audiência pública para tratar da questão, com a oitiva de órgãos e entidades técnicos, administrativos, legislativos e judiciais, e principalmente das associações que representam o destinatário das políticas públicas, o cidadão.

Diante deste estado de inconstitucionalidade vivenciado pelo SUS, presentes as omissões normativas e não normativas que açoitam o sistema e vilipendiam a cada dia o direito fundamental, essencial é a mudança de postura da Suprema Corte, transmutando de um ativismo judicial forte para um ativismo dialógico-estruturante, a fim de reformular e adequar a atual política pública de saúde.

4 AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

4.1 Omissões Inconstitucionais Normativas e Não Normativas

Neste tópico pretende-se demonstrar a existência não só das omissões inconstitucionais normativas, como a das não normativas, pouco exploradas no Brasil, e que servem de base da teoria do estado de coisas inconstitucional, que deriva, principalmente, de falhas estruturais e bloqueios políticos institucionais, a gerar a violação sistêmica de direitos fundamentais – no caso estudado, o da saúde.

Com o fim de combater as possíveis inconstitucionalidades, tanto pela ação quanto pela omissão dos Poderes, a Constituição de 1988, desde a sua promulgação, procurou estabelecer ferramentas a serem utilizadas nesses casos junto ao Poder Judiciário. Dessa forma, a Lei nº 9.868/1999 procurou disciplinar o processo e julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), bem como da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), na qual seria cabível impugnar o dispositivo de lei ou ato normativo que afrontasse a Lei Maior. Entretanto, a lei em questão não abarcava as omissões inconstitucionais totais ou parciais provenientes de agentes políticos ou administrativos.

A Lei nº 12.063/2009 veio aprimorar a primeira, acrescentando a disciplina processual da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Referida ação teria a finalidade de conferir a máxima efetividade do que fora proposto pelo artigo 103, § 2º, da Constituição, buscando opor-se à falta de iniciativa por parte de qualquer dos poderes ou órgão administrativo em tomar medida que torne efetiva a norma constitucional.

A omissão inconstitucional informada pelo constituinte diz respeito tão somente ao retardamento na produção de norma regulamentadora, ou seja, as denominadas omissões normativas. Contudo, estas não abrangiam a omissão relacionada à inércia do Estado em promover políticas públicas relevantes para a concretização dos direitos sociais estampados na Carta. Tanto um quanto o outro tipo de omissão causam sérios danos à sociedade, que vê seus direitos sociais inefetivados.

Pereira e Gonçalves (2015, p. 131) entendem ser possível afirmar que a inconstitucionalidade é um fenômeno relacional, em cuja análise se avalia a congruência entre o objeto controlado, tradicionalmente uma norma jurídica ou omissão normativa, e o parâmetro de referência, ou seja, o sistema normativo constitucional.

Entretanto, defendem os autores que a Constituição não se resume ao ápice de uma pirâmide normativa autossuficiente, mas passa a ser entendida como um documento com múltiplos campos de irradiação, conformando o agir dos agentes públicos e da sociedade como um todo. Diante disso, repagina-se o conceito de inconstitucionalidade, reconhecendo-se que essa categoria nem sempre se resume ao exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, passando a abarcar a noção de efetividade da Constituição (PEREIRA; GONÇALVES, 2015, p. 133).

Logo, um estado fático contrário à Constituição, em que a omissão de políticas públicas veiculadoras de direitos sociais pelo Poder Público fere os direitos constitucionais da sociedade, é considerado uma omissão inconstitucional não normativa, que deve ser extirpada a fim de que se realizem os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Trata-se do momento de controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional diante de uma realidade fática.

A implementação dos direitos sociais é uma matéria que guarda conexão estrita com o tema das omissões. Na jurisprudência nacional, um exemplo do processo de reconhecimento das omissões não normativas é a progressiva judicialização dos direitos sociais.

O STF já admitiu expressamente que as políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais podem ser apreciadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No julgamento da ADI nº 1.698, o Excelso Pretório entendeu que há possibilidade de a Constituição ser descumprida por uma omissão em relação a políticas públicas que são exigidas das entidades do Poder Público (STF, 2010).

A partir deste julgado depreende-se que não apenas a ausência de atos normativos, mas também a inexistência de programas de governo que efetivem as normas de direitos fundamentais torna-se objeto de análise da Corte em processos objetivos, a fim de se mensurar se o comportamento dos agentes estatais está, ou não, conforme a Constituição.

Essa nova leitura do controle de constitucionalidade implica que a tarefa de velar pelo cumprimento da Constituição não é apenas examinar a compatibilidade entre atos normativos (validade), mas, também, fiscalizar a sua realização pelos agentes públicos (efetividade). Essa atividade nada mais é que um monitoramento e coparticipação, pelo Judiciário, da materialização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (MARTÍNEZ, 2006, p. 285).

Verificada a existência de omissões inconstitucionais não normativas, ao lado das clássicas omissões normativas, percebe-se a estrita ligação das primeiras com o estado de coisas inconstitucional. Este, como visto, ocorre quando há cumulação de um contexto fático de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais (identidade com estado fático

contrário à Constituição), agravado pelo fracasso absoluto das políticas públicas (ausência de políticas públicas eficazes, o que gera inefetividade dos direitos) e causado pelo bloqueio de todos os processos institucionais, políticos e deliberativos previstos pela Constituição para a solução da questão, o que gera a judicialização massiva para a proteção dos direitos fundamentais não efetivados.

Analisa-se no próximo tópico as omissões inconstitucionais violadoras do direito à saúde em cada poder da República.

4.2 Instrumentos Clássicos de Declaração de Inconstitucionalidade e o Ativismo Dialógico Estrutural

Como demonstrado, verificada a existência de falhas na formulação da política pública de saúde nacional, causadas pela inércia das entidades responsáveis pela fruição do direito, e de bloqueios político-institucionais, que geram o congestionamento do Judiciário com demandas reivindicando a concretização do direito fundamental, revela-se aconselhável a reunião de todos os entes e poderes da República a fim de dialogar institucionalmente para planejar e implementar uma possível política pública mais eficaz e efetiva, que não apenas garanta na teoria a prestação do serviço de saúde pública para população, mas que o faça na prática.

Os respectivos instrumentos clássicos de declaração de inconstitucionalidade não produzem os efeitos trazidos pelo ativismo judicial dialógico-estrutural, pois detém, em sua essência, tão somente efeito de apelo ao legislador e ordem mandamental para o Poder Executivo, sem que ordene reunião para o diálogo interinstitucional que reformule a política pública nacional de saúde de forma sistêmica.

Sendo o ECI uma técnica de decisão de controle concentrado de constitucionalidade, em razão da inércia deliberada e da falha estrutural das instituições públicas em geral, o instituto colombiano é imune a essas técnicas de decisão clássicas. A complexidade da situação exige atuação positiva dos órgãos ligados à situação de inconstitucionalidade, de forma que cada um contribua de acordo com sua capacidade institucional.

Se o ECI se limitasse às técnicas declaratórias de inconstitucionalidade tradicionais, seria desnecessária a sua importação para o Brasil. Isso porque já existem medidas jurídico-processuais previstas na Constituição Federal para a proteção de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. A própria ADPF pura parece cumprir essa

função a contento. Caso a medida envolva a elaboração de uma norma regulamentadora capaz de viabilizar o exercício do direito, tem-se o remédio do mandado de injunção.

Em algumas situações de âmbito regional ou local, a ação civil pública também pode ser um instrumento adequado de proteção contra as violações sistemáticas a direitos fundamentais. Além disso, com o advento súmula vinculante trazido pela EC nº 45/2004, o STF poderia estender os efeitos de uma demanda individual para todos os que estivessem em situação semelhante, e a decisão seria vinculante também para os demais órgãos do Poder Público, mesmo que não fosse parte da ação originária.

Entretanto, referidos remédios constitucionais citados não têm o intuito dialógico e estruturante como o ECI propõe, de discussões e deliberações interinstitucionais e democráticas para a reestruturação da política pública veiculadora de direito fundamental sistematicamente violado e que gera uma realidade social inconstitucional.

A macrossentença do ECI é uma técnica decisória e uma ferramenta processual pela qual as Cortes Constitucionais produzem uma norma declaratória da contradição insuportável entre texto constitucional e realidade social (CAMPOS, 2016, p. 185).

Ressalte-se que além dos casos individuais e dever de proteção da dimensão subjetiva, o Judiciário, ao cumprir com seu dever constitucional, deve atentar para o zelo da efetividade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, rompendo com o ciclo de falhas estruturais e não permitindo que se protraia no tempo a crise de ineficiência constitucional.

Analisa-se no momento quais seriam os meios processuais mais indicados para sanar as inconstitucionalidades sistêmicas. Em princípio, a ADPF revela-se como meio processual indicado para provocar a jurisdição constitucional nas situações em que esteja presente a inconstitucionalidade sistêmica, já que a lei que a disciplina prevê objeto de controle amplo, por fazer referência a atos do Poder Público (Lei nº 9.882/99, art. 1º), abarcando, assim, não apenas os atos normativos, mas também políticas e ações concretas dos agentes do Estado (PEREIRA; GONÇALVES, 2015, p. 145).

Contudo, parte da doutrina não descarta a possibilidade de recebimento de outras ações de controle concentrado em cenários nos quais a Corte julgue haver um estado de coisas inconstitucional, na esteira do entendimento de serem fungíveis as ações de controle abstrato de constitucionalidade, e considerando que são cada vez mais indeterminadas as balizas que separam as variadas formas de inconstitucionalidade.

Pereira e Gonçalves (2015, p. 155) não excluem a hipótese de invocação dessa tese em processos subjetivos coletivos, devido aos contornos amplos ou difusos que essas formas de inconstitucionalidade tendem a assumir. De acordo com os autores, processualmente, deverá

ser seguido o entendimento geral sobre o controle incidental de constitucionalidade em ações coletivas, o de que a arguição de inconstitucionalidade não configura o objeto da demanda, mas sim questão prejudicial.

Entretanto, outra parte da doutrina, como Carlos Campos, defende que além da ADPF, o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida é instrumento viável para a declaração do ECI (CAMPOS, 2016, p. 296-297). Isso porque, na visão do autor, uma vez observados rigorosamente os pressupostos do ECI, a declaração será sempre excepcional, não havendo espaço para ubiquidade, pois haverá uma zona de certeza objetiva de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais, cuja solução depende de medidas também estruturais, correspondendo a casos quantitativamente raros, mas qualitativamente impactantes.

O jurista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em contraponto à tese defendida por Jane Reis Gonçalves, cita três motivos por que não se pode utilizar a técnica do ECI no controle difuso.

Primeiramente, entende que nem toda técnica processual é adequada à afirmação do ECI e ao manejo das sentenças estruturais para a sua superação, haja vista a necessidade de medidas estruturais de larga escala que alcançam expressivo quantitativo de autoridades estatais de diferentes níveis governamentais e poderes. Alia-se a isso a divisão das competências legislativas e materiais, marcas do federalismo cooperativo brasileiro, a defender que a superação do quadro de violações de direitos deve se dar por meio de instrumentos que são de competência do órgão que possui tal alcance decisório, o STF. Em sua dicção, a Corte Constitucional faz o julgamento de uma realidade inconstitucional em que o instrumento mais adequado é a ADPF, por força dos arts. 1º, 5º e 10 da Lei nº 9.882/99, razão pela qual os denominadores competência e instrumento excluem a possibilidade de uso difuso.

O segundo argumento utilizado por Campos (2016, p. 298) é a impossibilidade de caracterização da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, pressuposto do ECI, como um problema local a ser resolvido por juízes e tribunais de jurisdição restrita. Na visão do jurista, as demandas do ECI podem até se iniciar como locais, mas o progresso do exame das violações acaba por revelar que essas são generalizadas e vinculadas a razões que transcendem a omissão das autoridades locais, atraindo a competência do STF para o julgamento da realidade inconstitucional, através da ADPF.

Por fim, como terceiro argumento apresentado, as tarefas de definir o nível e a sistematicidade das violações dos direitos e identificar o alcance das falhas estruturais, que

estão na origem do problema, requerem poderes e competência próprios de um órgão judicial da cúpula do STF, afastando, assim, o uso do controle difuso.

Cabe destacar ainda o entendimento pela possibilidade de conexão por prejudicialidade de outras ações coletivas com relação à ADPF, como atração de competência para monitoramento e execução desses processos, além da possibilidade de ajuizamento de reclamações diretamente no Supremo, em caso de descumprimento das ADPFs para preservar ou garantir autoridade das decisões da Corte Constitucional brasileira perante os demais órgãos, conforme art. 102, I, *l*, da CRFB (PAIXÃO, 2017, p. 105).

Interessante anotar o pensamento de Paixão (2017, p. 111-112), que defende a possibilidade de aplicação da técnica do ECI no âmbito estadual, por força do princípio da simetria no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade adotado pelo constituinte no art. 125, § 2º, da CRFB. De acordo com a autora, além de ser possível o julgamento do controle abstrato de constitucionalidade pelo pleno ou por órgão especial do Tribunal de Justiça local, é possível a previsão da ADPF na Constituição Estadual que delimitaria as regras processuais e materiais do instrumento, possibilitando, ainda em sua visão, a possibilidade de instrumentos de natureza subjetiva para se tratar do litígio estrutural como ações civis públicas, mandado de injunção coletivo e ações populares.

Explanadas as correntes teóricas acerca do instrumento processual adequado para se chegar à técnica de decisão do ECI no controle de constitucionalidade, analisam-se neste momento quais são os instrumentos processuais ideais para a declaração do ECI defendidos no presente trabalho científico.

Filia-se à tese defendida por Campos, na qual os instrumentos processuais adequados à sua implementação dão-se através da ADPF e do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, podendo ainda ser utilizada a reclamação constitucional em casos de descumprimento da decisão do STF em sede da ADPF, ou tese de repercussão geral firmada.

Isso porque, assim como pensa o autor, no ECI o Judiciário se depara com controle de constitucionalidade de um estado fático contrário à Constituição, no qual se deve, através de um diálogo estrutural, interinstitucional e democrático, localizar o foco, a origem do problema persistente, para (re)formular a(s) política(s) pública(s) porventura existente(s) e suas falhas, superando o estado de inconstitucionalidade com políticas e ações concretas dos agentes do Estado em seu sentido lato.

Contudo, discorda-se da possibilidade de declaração do ECI nas ações subjetivas, devido à incompatibilidade do instituto, notadamente em dois pontos.

Primeiramente, cabe lembrar que o ECI é figura com espectro dialógico e estrutural, dada a violação massiva e generalizada de direito fundamental ocasionada pela ausência de estruturação das entidades responsáveis pela fruição do direito; logo, o intuito principal do instituto é resolver o problema constitucional na origem.

Por outro lado, ações subjetivas, notadamente as coletivas como as ações civis públicas, não possuem, em sua grande maioria, caráter estrutural, mas sim condenatório, para que o ente forneça uma ação ou serviço de saúde. Mesmo que seu pedido fosse estrutural, não teria o condão de resolver o problema na origem da política pública de saúde, pois como visto no capítulo anterior, a referida política pública nacional deve passar por uma reformulação generalizada nos pontos indicados, quais sejam: modelo de sistema, financiamento e estrutura organizacional, coadunando-se o federalismo brasileiro com marcas centralizadoras na arrecadação e normatividade.

Cai por terra ainda o argumento de que eventual acordo em júízo entre as partes litigantes na ação civil pública visando à formação de fluxo para a viabilidade da ação ou serviço de saúde vindicado supriria o instituto estrutural colombiano, pois permanecerá em vigor a fracassada política pública de saúde nacional existente, aparentando-se assim apenas com um paliativo e não com um verdadeiro remédio estrutural que cura a doença na origem. Tanto é que a título de exemplo, muitos dos acordos judiciais e termos de ajuste de conduta (TAC) firmados são rotineiramente descumpridos sob a justificativa financeira e orçamentária, principalmente devido à impossibilidade legal de remanejamento orçamentário, impedimento inexistente no ECI, que permite além da reformulação da política pública a (re)alocação orçamentária.

Em segundo lugar, com a utilização do ECI em sede de ações coletivas, há grande risco de usurpação da competência do STF, mesmo que seja em sede de controle difuso de constitucionalidade até em questão prejudicial, uma vez que, de acordo com a técnica do ECI, o Poder Judiciário terá de emitir ordens estruturais e em um segundo momento monitorar o cumprimento destas. Em vista disso, na prática, o juiz terá de analisar diretamente o pedido de inconstitucionalidade estrutural, o que é vedado no ordenamento constitucional pátrio.

A positivação da técnica de decisão do estado de coisas inconstitucional pode estar perto. O PLS nº 736/2015, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, prevê a positivação do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” e o “compromisso significativo” no sistema de controle da constitucionalidade difuso e concentrado das normas brasileiras. Este PLS propõe a alteração da Lei nº 9.882, de 1999, que disciplina o processo e o julgamento da ADPF, inserindo dispositivos que: *i*) indicam de forma objetiva os requisitos

a serem observados pela Suprema Corte para que seja reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” (art. 9º-A); *ii*) determinam que o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” ocasionará a celebração de “compromisso significativo” entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados (art. 9º-B); e *iii*) apontam as diretrizes (art. 9º-C) e os pressupostos necessários (art. 9º-D) para a celebração do compromisso significativo.

Além destas alterações, propõe modificações na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, estabelecendo que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, que reconhece o estado de coisas inconstitucional e determina a realização de compromisso significativo entre o Poder Público e a camada popular diretamente afetada, observará o preconizado nas propostas de alteração da lei que regula a ADPF.

A utilização da figura do compromisso significativo com a declaração do estado de coisas inconstitucional, além de permitir a participação efetiva popular no debate da (re)formulação e implementação da política pública da saúde no Brasil juntamente com os entes e órgãos do Executivo e Legislativo das três esferas da Federação e o monitoramento do Supremo Tribunal Federal, pode superar a crise da legitimidade democrática das instituições democráticas e abrir espaço para a efetiva concretização de direitos sociais, como o da saúde.

4.3 Da Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no SUS

Encaminhando-se para o desfecho da dissertação, é chegado o momento de responder ao cerne do trabalho: a possibilidade ou não da declaração do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira. Contudo, antes de responder à indagação central da pesquisa, resta desvendar se o setor da saúde pública vivencia um estado de inconstitucionalidade, para em seguida verificar a possibilidade de sua declaração no ordenamento jurídico brasileiro pela Corte Constitucional do país.

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 *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 integral.

Com o resgate destas informações, será feita uma ligação demonstrando de que forma cada poder da República contribuiu para o agravamento da crise na saúde pública brasileira, revelando suas omissões e até ações com direção diametralmente opostas à consecução do pleno funcionamento das ações e serviços públicos de saúde.

Logo após, serão rememoradas as balizas jurisprudenciais fixadas na Sentença T-025/2004 pela Corte Constitucional Colombiana, para a declaração do ECI, realizando a subsunção dos seus pressupostos à realidade brasileira apresentada, para responder ao cerne da pesquisa.

Pois bem, fora demonstrado que nossa comunidade jurídica é mais apegada à análise da inconstitucionalidade por omissão normativa, deixando de lado a verificação das denominadas omissões inconstitucionais não normativas, isto é, aquelas omissões de políticas públicas veiculadoras de direitos sociais pelo Poder Público que ferem os direitos constitucionais da sociedade e trazem uma realidade fática contrária à Constituição.

A ausência de política pública sólida, coerente e livre de paradoxos e iniquidades contribui para bloqueios político-institucionais, agravamento estrutural das entidades encarregadas em garantir o direito, congestionamento da Justiça com elevado grau de demandas vindicando a realização do direito social, fomento a um estado contrário à Constituição e descrença da população nas autoridades, por não observarem a efetividade de seus direitos.

Caso a origem e as raízes do problema não forem sanadas, ocorrerá tão somente o tratamento dos sintomas e não do mal acometido.

Verifica-se atualmente a total desorganização administrativa por parte do Poder Executivo das três esferas federativas, através de seus ministérios e secretarias de saúde e finanças, nas áreas logística, financeira e orçamentária, no tocante à alocação de recursos para a melhoria do sistema de saúde, aliada ao desperdício dos recursos públicos, na presença de condutas corruptas e ineficientes dos gestores administrativos, além do agravamento do subfinanciamento, já existente, das ações e serviços públicos em saúde ocorrido em 2015 e persistente até hoje.

Henao Perez (2013, p. 69) defende que a implantação do Estado em seu território enfrenta problemas em todo o mundo, a exemplo de implementação e déficit de desempenho, ineficácia, corrupção e clientelismo, todos esses fatores relacionados à crise da governança. Para evitar esses transtornos e perseguir os objetivos plasmados nas campanhas, e sobretudo os estampados na Carta Magna, os gestores públicos necessitam de logística.

Em geral, para que as atividades de logística tenham um bom resultado, devem ser cumpridas sete condições: o material certo, no momento certo, na quantidade certa, pelo custo correto, da qualidade certa, com a informação certa, no lugar certo. Se essas características forem observadas, fala-se de um bom gerenciamento logístico (VELASCO; BARRERA; AMAYA, 2012, p. 309).

O conceito de atividades logísticas envolve uma série de procedimentos como o planejamento, a concepção e a implementação do fluxo de recursos, de modo a suportar a tomada de decisões em diferentes áreas. O principal objetivo da logística é fornecer de maneira oportuna e no lugar indicado o produto ou serviço necessário ou requerido (VELASCO; BARRERA; AMAYA, 2012, p. 310).

De acordo com o conceito mencionado, a logística hospitalar abrange áreas tão diversas como o gerenciamento de compras de materiais clínicos, sanitários e medicamentos, sua ordem e armazenamento, o gerenciamento de lavanderia, cafeteria, instrumentos cirúrgicos e gerenciamento de resíduos. Além disso, as atividades de logística hospitalar também incluem o planejamento e a programação eficiente de atividades para recepção, atendimento e transferência de pacientes às diferentes unidades de serviço.

Ressalta-se que a logística hospitalar abrange não somente os hospitais, mas também as unidades básicas de saúde (UBS) e as unidades de pronto atendimento (UPAs) do Poder Público.

Contudo não se pode esquecer, acerca da saúde preventiva, que apesar de estar esquecida pelas autoridades – como visto no capítulo anterior, em que há uma predominância de ações de saúde de medicina curativa – é garantida pela Constituição. Em vista disso, necessita-se de toda uma logística para a consecução da saúde preventiva e a difusão das ideias e ensinamentos da educação em saúde preventiva, como contratação de profissionais qualificados para a área e realização de campanhas para orientar a população acerca dos cuidados e prevenções com a saúde, a fim de que não se infle mais ainda a área da recuperação da saúde.

Tendo como base o conceito de logística, verifica-se que a realidade brasileira no setor da saúde encontra-se em sentido oposto ao fluxo formulado na teoria. Como visto no capítulo antecedente, grande parte das demandas de judicialização da saúde resulta do descumprimento de políticas públicas formuladas pelos entes administrativos, ou seja, há política pública de saúde, mas as entidades administrativas não se organizam de forma racional e sistêmica para garantir o que assumiram como obrigação perante a sociedade.

São elementos que contribuem para bloqueios institucionais que quebram o fluxo da prestação de ações e serviços de saúde de forma efetiva: problemas relacionados às licitações e prorrogação/alteração dos contratos administrativos de fornecimento de serviços médico-hospitalares por hospitais e clínicas conveniadas ao SUS, de medicamentos, insumos, equipamentos, materiais hospitalares, causados em sua maioria pela ausência de fiscalização dos procedimentos prévios e posteriores às contratações dos objetos e serviços, como falta de pagamentos aos fornecedores e parceiros conveniados, ausência de poder de polícia administrativa por parte do Estado na fiscalização de cumprimento integral dos contratos/convênios por parte das clínicas e hospitais conveniados e má gerência na aquisição dos medicamentos e insumos, que ocasiona estoques vazios.

Podem-se ainda elencar: *i*) a ausência de poder disciplinar do Poder Público na verificação do cumprimento da jornada de trabalho dos seus servidores, bem como na qualidade do atendimento médico e sanitário à população; *ii*) deficiência na marcação e agendamento das consultas e exames a serem realizados na rede pública e na rede conveniada dos parceiros da administração, que causa aumento de filas de espera; *iii*) falta de tecnologia de informação moderna como forma de realizar e/ou aprimorar fluxo de informações, dados, procedimentos e processos para a fruição do direito; *iv*) abertura, por parte do Executivo, de intervenção de pedidos políticos para fornecimento de tratamento de saúde em favor de grupos específicos em detrimento de uma coletividade precedente na fila de atendimento; *v*) desoneração tributária, que nem sequer respeita o imperativo do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) de planejamento através de estudo de impacto financeiro para os dois exercícios seguintes, ao conceder isenções e anistias de forma irresponsável, sem provisionar possíveis perdas financeiras; *vi*) baixa afetação da receita pública auferida ao sistema de saúde; e *vii*) ausência ou falha nas atividades de controle interno do ente.

Se os entes sequer conseguem efetivar as políticas públicas assumidas, tampouco realizam a atualização da lista de medicamentos e insumos necessária para o combate e até a prevenção de doenças, tendo em vista o dinamismo dos estudos científicos em saúde.

Outro elemento que contribui para a descoordenação da prestação das ações e serviços públicos em saúde pelos entes é o desperdício das verbas públicas, que tem como espécies a corrupção enraizada na estrutura estatal brasileira e a ineficiência.

Bandiera et al. (2009, p. 1.282) trazem o conceito de desperdício de recursos públicos, que se refere a todos os gastos desnecessários realizados pela administração pública. Os autores classificam tal desperdício em corrupção, quando há o gasto desnecessário e alguém

se beneficia financeiramente disto, como no caso de superfaturamento na aquisição de medicamentos, por exemplo, e ineficiência, levando a um gasto desnecessário.

Avritzer e Filgueiras (2011, p. 8) entendem que a organização do sistema político, a organização do Estado e a organização das formas de controle sobre o sistema administrativo-estatal são as principais dimensões da corrupção que a tornam um fenômeno fortemente contencioso no Brasil. De acordo com os autores, o efeito da naturalização da prática da corrupção é uma crescente deslegitimação da política democrática (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, p. 9) e afeta a própria capacidade das instituições de definir e tornar acessível o espaço público no país.

Defendem ainda que o problema da corrupção no Brasil deve ser pensado não na dimensão do moralismo e da lógica criminal, mas na de seus controles democráticos. Trata-se de mudar as estruturas que concedem oportunidades de corrupção, pois muitas vezes é mais fácil combater a corrupção ao mudar as estruturas de oportunidades do que as pessoas envolvidas no trato da coisa pública. Não adianta trocar os gestores como forma de combater a corrupção, mas sim as estruturas que permitem sua realização, como um maior controle interno das contratações e despesas realizadas pelas entidades públicas.

Entretanto, não é isso o que vem ocorrendo, já que são públicos e notórios os casos de ineficiência e corrupção no setor da saúde que carregam o descontentamento generalizado da população com esta omissão do Estado na veiculação do direito social. Reportagens jornalísticas com base em dados oficiais revelam que a situação da saúde pública só piora.

Em cinco anos, R\$ 502 milhões de recursos públicos do SUS foram aplicados irregularmente por municípios, instituições públicas e particulares. Este valor cobrado pelo Ministério da Saúde refere-se a irregularidades identificadas em 1.339 auditorias feitas entre 2008 e 2012 pelo DENASUS (FOLHA DE SÃO PAULO, 2013).

Conforme investigação da CGU, as áreas de saúde e educação foram alvo de quase 70% dos esquemas de corrupção e fraude desvendados em operações policiais, e de fiscalização do uso de verba federal pelos municípios nos últimos 13 anos (ESTADÃO, 2016). Relatório confeccionado pelo TCU, como resultado de dez auditorias realizadas em dez estados, mostrou que 95% das 119 UBSs e 35 UPAs, que totalizam investimentos de R\$ 137 milhões, apresentaram atrasos injustificados, além da ausência de providências para a retomada das obras, constatada em 21 intervenções (HOJE EM DIA, 2016).

Na pesquisa realizada por Dias e Laurinho (2016, p. 8-9), com base nas auditorias realizadas pela CGU em municípios no período de 2009 a 2012, evidenciou-se que 86,73% dos municípios que receberam repasses da União para a área da saúde apresentaram pelo

menos um problema relacionado à licitação neste setor, destacando-se que os recursos referentes à amostra referem-se ao montante de R\$ 631.091.483,96. Os autores verificaram um total de 1.655 ocorrências relativas a algum tipo de problema nos processos licitatórios da saúde, dos quais 23,93% correspondem a constatações de evidências de corrupção e 76,07%, de evidências de ineficiência (DIAS; LAURINHO, 2016, p. 10). Ressalte-se que o resultado encontrado na pesquisa realizada fora o mesmo do identificado nas pesquisas de Bandiera et al., o que corrobora a malversação da verba pública destinada às ações e aos serviços públicos de saúde, ocasionada pelo desperdício por ineficiência e corrupção.

Os resultados mostram que o percentual ínfimo de apenas 7,26% dos municípios estudados (municípios de todos os estados brasileiros) não exhibe nenhum tipo de desperdício (DIAS; LAURINHO, 2016, p. 12).

Não bastasse todo o quadro fático temerário do setor de saúde vivenciado nos últimos anos, o relatório do 3º Ciclo do Programa de Fiscalização em Entes Federativos da CGU constatou diversas irregularidades na aplicação dos recursos federais destinados às ações e aos serviços públicos de saúde, confirmando a malversação do uso da verba pública e a predestinação ilícita da quantia.

Entre as principais irregularidades encontradas, por área de governo, destacam-se: *i*) assistência farmacêutica: deficiência no controle de estoques de medicamentos, falta de remédios básicos, falhas no planejamento, ocasionando expiração do prazo de validade de medicamentos e transferência bancária da conta-corrente do Bloco de Assistência Farmacêutica sem a devida comprovação; *ii*) a não aplicação do gestor local, de forma tempestiva, dos recursos federais recebidos, nas ações de vigilância em saúde, em 14 dos 66 municípios (21%) no combate à dengue, zika e chikungunya; *iii*) a compra ou o uso de equipamentos e veículos, em 15 de 66 municípios (23%) não foi plena; *iv*) a inadequação nos controles dos estoques de inseticidas e outros insumos em 23 de 66 entes (35%); *v*) a contratação de pessoal e a realização de visitas e capacitação de agentes são ineficazes; *vi*) o desvio de finalidade na execução dos recursos; e *vii*) o superfaturamento na aquisição de insumos (BRASIL, 2016, p. 8-9).

Além das falhas mencionadas, o relatório verificou inconsistências na construção e ampliação de UBSs, como: apontamentos relacionados a superfaturamento, que causaram prejuízo ao erário; a efetividade dos recursos empregados foi prejudicada por conta do atraso no início ou na conclusão das obras; restrição à competitividade nos processos licitatórios realizados para a execução das obras; o acompanhamento e a fiscalização da

execução das obras foram deficientes; e não utilização dos bens e equipamentos adquiridos, acarretando um potencial prejuízo ao erário (BRASIL, 2016, p. 9).

A má gerência e o poder disciplinar também foram apurados no documento oficial, que identificou o descumprimento da carga horária prevista pelos médicos em 22 de 34 Equipes de Saúde da Família (ESF) avaliadas (65%), além da carência de equipamentos ou insumos necessários à realização das atividades dos profissionais em cinco de 34 ESF avaliadas (15%) e falta de estrutura adequada nas UBS (BRASIL, 2016, p. 10).

Não se pode deixar de mencionar o agravamento na crise do subfinanciamento das ações e serviços públicos de saúde, ocorrido notadamente a partir de 2015, o que contribui para o indesejado estado de coisas contrário à Constituição. O ápice da criticidade do subfinanciamento do SUS pode ser encontrado na rejeição do Relatório Anual de Gestão de 2016, do Ministério da Saúde, pelo Conselho Nacional de Saúde, conforme Resolução CNS nº 551/2017, entre outros motivos, por déficit de aplicação federal no setor e também por falta de compensação dos restos a pagar cancelados que haviam sido computados no piso federal em saúde em anos anteriores (BRASIL, 2017, p.1).

Para piorar a situação de subfinanciamento da saúde pública, especialmente pelo déficit de aplicação federal no setor, a EC nº 95/2016 instituiu o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, com duração de vinte exercícios financeiros, e estabeleceu tetos de gastos públicos, com a inclusão das ações e serviços de saúde.

De acordo com o poder constituinte reformador, na vigência do Novo Regime Fiscal as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde equivalerão, no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal, enquanto nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em outras palavras, referida emenda toma como base para aplicação mínima nas ações e serviços de saúde o gasto despendido no exercício financeiro anterior, ou seja, uma base de cálculo regressiva de aplicação financeira, já que é vedado gastar-se mais no ano seguinte, do que foi despendido no ano anterior. Além da redução orçamentária, está suspensa, pelos próximos vinte anos, a eficácia do inciso I do § 2º do art. 198, que estabelece pisos mínimos de gastos pela União com saúde que ficam desvinculados da arrecadação.

Com o novo regime fiscal, e sua intenção de reduzir os gastos públicos, a tendência é que a cada exercício financeiro se dispensarão menos recursos para o setor da saúde,

influenciando diretamente no cálculo da aplicação mínima do ano subsequente, gerando o retrocesso social e fomentando o estado contrário à Constituição.

Diante da violação dos direitos sociais perpetrada pela emenda do teto dos gastos públicos e seu retrocesso social, já foram ajuizadas ao menos sete ADIs nº STF (5.633; 5.643; 5.655; 5.658; 5.680; 5.715 e 5.734), de relatoria da ministra Rosa Weber, com alegações de vícios materiais e formais de inconstitucionalidade por não ter observado a regra do art. 60, parágrafo 2º, da Constituição, não havendo sido proferida liminar alguma até o presente momento.

Verifica-se que o subfinanciamento da saúde é em grande parte responsabilidade da União Federal que, apesar de deter a centralização da política arrecadatória, é o ente que menos executa seu orçamento para as ações e serviços de saúde, apresentando um déficit histórico no setor, com respaldo na EC nº 29/2000, LC nº 141/2012, EC nº 86/2015 (onde surtiu efeitos durante dois anos, até sua suspensão com relação ao subtetos progressivos por liminar do STF), EC nº 95/2016 e em todas as emendas constitucionais que prorrogaram a DRU, que agora tem validade até 31 de dezembro de 2023.

Entretanto, não é apenas o Poder Público sozinho que contribui para o estado de inconstitucionalidade do setor de saúde. Consigna-se ainda que a saúde suplementar coopera na intensificação da crítica situação da saúde pública brasileira. Este setor se beneficia quando o SUS atende pacientes que são usuários de planos e seguros de saúde nos casos de não ressarcimento dos custos do atendimento prestado pelo SUS; ademais, quando há ressarcimento ao SUS, usa-se a tabela SUS, e não a Tabela Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP).

De acordo com o caderno de informação de ressarcimento e integração com o SUS, entre setembro de 1999 e junho de 2006 foram identificados 992.110 atendimentos hospitalares do SUS prestados aos beneficiários de planos e seguros de saúde. O valor desses atendimentos superou R\$ 1,4 bilhão. Todavia, quase 73% dos atendimentos identificados tiveram seu pedido de ressarcimento impugnado pelas operadoras. Assim, quando da elaboração do caderno, apenas 473.540 atendimentos, no valor de aproximadamente R\$ 652 milhões, eram passíveis de ressarcimento, e apenas 76.675, no valor de R\$ 97,3 milhões, tinham sido efetivamente ressarcidos, enquanto os demais valores estavam pendentes de decisões administrativas ou judiciais. Verifica-se que apenas 46,57% dos gastos públicos em saúde suplementar eram passíveis de reembolso, mas apenas 6,95% dos dispêndios efetuados pelo Poder Público foram efetivamente restituídos pelas operadoras de saúde (PIOLA et al., 2013b, p. 24).

As alegações das operadoras para não cumprir com o ressarcimento instituído pela Lei nº 9.656, de 1998 são a garantia constitucional de acesso aos serviços públicos de saúde por todos os brasileiros e os valores envolvidos, além de as dificuldades para o ressarcimento efetivo não superarem os custos da estrutura necessária à sua cobrança. Isso porque os críticos defendem que, quanto aos valores envolvidos, há dificuldades administrativas de identificação do usuário na maioria dos procedimentos realizados pelo SUS, o que impede a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) de incluir no ressarcimento os demais tipos de atendimento (PIOLA et al, 2013b, p. 24).

Contudo, recente decisão do STF conferiu a possibilidade de ressarcimento das operadoras de plano e seguro de saúde ao Poder Público, ao declarar a constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656, de 1998, *caput* e parágrafos, que prevê o ressarcimento, por planos de saúde, de despesas relativas a serviços de atendimento aos consumidores, previstos nos contratos prestados por entidades do SUS. Entendeu-se que o tratamento em hospital público não deve ser negado a nenhuma pessoa, considerada a universalidade do sistema, contudo, se o Poder Público atende a particular em virtude de situação incluída na cobertura contratual, deve o SUS ser ressarcido tal como faria o plano de saúde em se tratando de hospital privado. Diante deste entendimento fora fixada tese de repercussão geral no sentido da constitucionalidade do ressarcimento, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa no âmbito administrativo em todos os marcos jurídicos.

Todavia, persiste o impasse com relação à referência de preços dos ressarcimentos: se a tabela do SUS para os procedimentos, ou a tabela fixada pela ANS na TUNEP, uma vez que o plenário do Excelso Pretório compreendeu que se trata de tema infraconstitucional, não enfrentando a matéria.

Dos males, o menor. Tal decisão vinculativa ao menos alivia as despesas públicas no tratamento de saúde de pessoas que contêm planos e seguros de saúde, ao permitir o reembolso dos gastos; por outro lado, persiste o embate sobre qual referência de preços deve ser usada, a tabela SUS ou a tabela TUNEP, o que, de certa forma, aumenta o déficit de aplicação de recursos no setor, pois ao fim o SUS não é ressarcido pelo preço integral. Desse modo, a iniciativa privada coopera para o agravamento da situação inconstitucional nas ações e serviços públicos de saúde.

Além do agravamento da crise do subfinanciamento da saúde pública demonstrado, observa-se uma postura omissa das administrações públicas na fruição do direito à saúde, como: *i*) omissão em não executar a política pública existente, não fornecendo as ações e os

serviços públicos de saúde garantidos nas listas oficiais do SUS; *ii*) omissão em não promover uma atualização (reformulação/adaptação da política pública) das listas com os tratamentos de saúde do SUS, tendo em vista os avanços científico-tecnológicos do setor; *iii*) omissão em não se estruturar administrativamente, rompendo com os bloqueios político-institucionais persistentes e criando fluxos contínuos para o acesso da sociedade às ações e aos serviços públicos de saúde; *iv*) omissão na fiscalização dos firmamentos e execução dos contratos através do controle interno, como forma de barrar a corrupção e a malversação dos recursos públicos afetos ao setor; e *v*) como corolário da omissão de fiscalização e controle da atividade administrativa, as ações por corrupção e ineficiência, que vão de encontro à consecução dos direitos sociais, ou seja, em direção contrária à consecução do pleno funcionamento das ações e serviços públicos de saúde, contribuindo para um estado fático no setor da saúde incompatível com a Constituição.

Tampouco o Parlamento contribui para a efetivação do direito à saúde. Verifica-se a omissão do Poder Legislativo ao não exercer de forma satisfatória sua função constitucional precípua, a saber, a análise dos projetos de emendas constitucionais, leis complementares e leis ordinárias, para sua deliberação e aprovação.

Para se ter uma ideia, estudo realizado pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados verificou que mais de 3 mil projetos de lei relacionados à área de saúde tramitam atualmente na casa; mais de 91% desses projetos estão no Parlamento desde 2003. Os temas encontrados com mais frequência foram: prevenção, direitos e responsabilidades, atenção à saúde e gestão de recursos (GOMES, 2016, p. 33).

Um exemplo de tema de projeto de lei, exaustivamente debatido nesta dissertação, é o financiamento da saúde. A PEC nº 1/2015, assim como a EC nº 86/2015, previu pisos federais progressivos, porém contando como piso inicial para o primeiro ano o valor de 15% sobre a receita corrente líquida, depois 16%, e assim sucessivamente, até alcançar o mínimo de 18,7%. Referida proposta de emenda teve votação favorável em primeira rodada, mas encontra-se parada desde 6 de julho de 2016 no plenário da Casa, devido ao encerramento da sessão.

Ainda sobre o financiamento da saúde, há o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 321/2013 e o PLP nº 123/12, que se encontram apensados por tratarem da mesma matéria. Ambos preveem a fixação de aplicação pela União, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, de montante igual ou superior a 10% de suas receitas correntes brutas, alterando o investimento mínimo em saúde do governo federal definido pela LC nº 141/12, que é calculado com base no valor empenhado na área no ano anterior, acrescido da variação

nominal do PIB ocorrida no período. Referidos projetos encontram-se em trâmite há seis anos na Casa Legislativa, não tendo ao menos indício de definição, pois o último andamento processual verificado no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, datado de 29/11/2017, menciona a sua devolução pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sem manifestação do relator.

Essa morosidade na análise e deliberação dos projetos de lei e da emenda constitucional indicados pode ser explicada pelo bloqueio político, e agora jurídico, causado pela promulgação da EC nº 95/2016, que limitou o teto dos gastos públicos e influenciou diretamente no financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Outros exemplos de lentidão na apreciação de projetos de lei são o PL nº 3.343/08 e PL nº 4.247/2008, que se encontram apensados, e consolidam a legislação federal em saúde. Ambos tratam da renovação da Lei nº 8.080/90, dispondo acerca dos objetivos, atribuições, princípios e diretrizes, organização, direção, gestão, financiamento do SUS, competências e atribuições dos entes federativos nas ações e serviços públicos de saúde, participação da comunidade na gestão do SUS, saúde do indígena, da criança e adolescente, do idoso, entre outros assuntos afetos à estruturação, gestão, fiscalização e funcionamento do SUS.

Como forma de identificar a demora na análise dos projetos, o Projeto de Lei (PL) nº 4.247/2008 teve origem no PLS nº 619, de 2007, encontrando-se desde 23/3/2012 pronto para apreciação do plenário da casa, sofrendo um adiamento em 29/4/2014, devido ao encerramento da sessão. Ou seja, o PLS já tem mais de uma década e encontra-se pronto para votação pelo plenário da Câmara, mas se acha paralisado há mais de seis anos, enquanto a saúde pública brasileira sucumbe diante dos paradoxos e iniquidades presentes no sistema e revelados exaustivamente na pesquisa.

Dallari (2013, p. 80) defende a necessidade de atenção dos parlamentares às necessidades dos sistemas de saúde, promovendo a indispensável adequação legislativa, sempre respeitando os mecanismos democráticos que devem informar o processo legislativo.

Entretanto, devido ao aumento considerável de intervenção do Estado nas mudanças sociais e econômicas exigidas pela sociedade, a estrutura parlamentar atual carece de agilidade para as modificações necessárias aos encargos estatais.

O sistema político formalizado a partir da Constituição Federal de 1988 garante ao Poder Executivo amplos meios institucionais capazes de definir a sua predominância sobre o Poder Legislativo, como: *i)* o instituto da medida provisória; *ii)* a centralização dos trabalhos legislativos no Colégio de Líderes; *iii)* o poder de veto; *iv)* a exclusividade de propor projetos de lei em matérias específicas como orçamento, criação, extinção, previsão de atribuições e

redesenho institucional de órgãos da Administração Pública; e v) solicitar unilateralmente urgência para matérias de sua autoria. Esse agrupamento de causas revela o controle do Executivo sobre a agenda legislativa, com predomínio sobre o total de leis sancionadas e a alta proporção de aproveitamento em relação às proposições que têm início no Congresso Nacional.

Figueiredo e Limongi (2004, p. 54), sobre o controle do Poder Público no tocante à agenda do Poder Legislativo, informam que tanto o poder de colocar e retirar projetos de lei da agenda do plenário, quanto o poder de proteger esses projetos de emendas, são controlados pelo Executivo e pelos líderes partidários. Os autores ainda expõem a ambiguidade de concepções acerca das críticas levantadas ao Poder Legislativo:

O fato é que os juízos sobre o Legislativo no Brasil são marcados pelas ambiguidades dos modelos usados como referência. O Legislativo no Brasil é, por vezes, rotulado de fraco por não participar decisivamente da elaboração das leis, sendo visto como um mero carimbador das iniciativas do Executivo. Por vezes, a visão se inverte completamente e o Legislativo passa a ser visto como um obstáculo intransponível, pois se as “reformas” não avançam, o problema é a resistência do Legislativo, quaisquer que sejam as reformas e seu estágio de elaboração. (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2004, p. 49).

Além da falha estrutural do sistema político, o Legislativo cria óbices na inclusão da pauta plenária de matérias de forte impacto social, em virtude de interesses próprios, ou da legenda do partido ou coligação política (lembrando-se que a estrutura política brasileira é baseada no presidencialismo de coalizão), ou até mesmo para satisfazer “metas” do governo federal através de articulações políticas, sob a justificativa, por exemplo, de desenvolvimento da economia e funcionalidade das ações e serviços públicos, que na prática, como mostram os dados do subfinanciamento da saúde elencados, causam retrocesso social ao minar a efetividade dos direitos sociais.

Campos (2011, p. 64) assevera que a inércia legislativa decorre de fatores diversos, como, por exemplo, do que se tem classificado como pontos cegos legislativos de perspectiva (*legislative blind spots of perspective*), que surgem quando um grupo carece de representação descritiva no Legislativo e os legisladores carecem do apropriado incentivo ou mecanismo para ouvir os segmentos excluídos. O jurista traz mais um caso de inércia legislativa em razão do temor do legislador quanto aos riscos políticos das decisões mais controvertidas. Para todos esses casos e também para aqueles em que não se encontra razão alguma que justifique a inércia, Campos (2011, p. 64) defende que a Corte Constitucional precisa contar com instrumentos que lhe permitam superar estes bloqueios do processo legislativo que obstam o gozo de direitos fundamentais.

É a partir deste momento que, depois de desveladas as omissões e ações em sentido diametralmente oposto ao espírito da Constituição Federal, por parte dos Poderes que têm a função coordenada de formular e implementar as políticas públicas veiculadoras de direitos sociais, provocar-se-á o debate acerca da postura do Poder Judiciário diante da inefetividade do direito à saúde.

Como visto no capítulo antecedente, o quantitativo de ações em saúde continua aumentando vertiginosamente no decorrer dos anos, com prevalência de ações individuais e perfil de recuperação em saúde, baseada na medicina curativa, em especial na dispensação de medicamentos e terapias, tanto previstos nas listas oficiais quanto não previstos, mas com autorização da ANVISA, ou não previstos, mas sem autorização na agência reguladora, porém com eficácia comprovada no exterior, e até mesmo os experimentais, que não possuem eficiência confirmada.

O diagnóstico que se tem é que o modelo de litigância individual que prevalece no cenário brasileiro das tutelas judiciais de saúde sobrecarrega os nossos tribunais e contribui para a ineficiência, descontrole e desproporcionalidade. Uma das razões para as consequências reveladas é a postura que tem tomado o Poder Judiciário diante das ações em saúde que chegam à sua análise.

As decisões judiciais têm sido principalmente fundadas no texto literal da Constituição Federal, ignorando-se tanto os dados da realidade quanto o regramento infraconstitucional que organiza o SUS, como as leis nº 8.080/90 e 8.142/90. As Cortes brasileiras têm passado ao largo de qualquer consideração sobre como são escolhidas as políticas na área da saúde, ignorando completamente a existência da ampla participação social, por intermédio das conferências municipais, conferências estaduais de saúde e conferência nacional de saúde.

Isso porque o Poder Judiciário não realiza uma interpretação sistemática hábil a dirimir o conflito existente na busca pela tutela efetiva do direito à saúde, já que ao determinar a solidariedade dos entes federados, sem examinar a atribuição de cada um, emana ordens inflexíveis e faticamente inexecutáveis, haja vista a existência de falhas estruturais nas entidades responsáveis pela implementação da política pública da saúde.

Verifica-se que proliferam decisões extravagantes que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis (inacessíveis ou destituídos de essencialidade) bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Isso fica claro a partir dos estudos do CNJ apontados anteriormente, que revelaram que a maioria das decisões sobre saúde nem sequer mencionam os parâmetros estatuidos na STA

175/CE, o que contribui para a desorganização do fluxo administrativo na prestação das ações e serviços públicos de saúde.

Ademais, não há um critério firme para a aferição de qual entidade federativa deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de tratamento de saúde. Barroso (2009, p. 35) esclarece que os processos acarretam superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos, que representam gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Este ministro do Supremo informa que muitas vezes ocorre a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados, em detrimento da generalidade da cidadania, que continua a depender das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo (BARROSO, 2009, p. 35), causando, além de desequilíbrio, tratamento anti-isonômico entre os destinatários das ações e serviços públicos de saúde.

A inobservância do regramento infraconstitucional do Sistema Único de Saúde (SUS) gera tumulto administrativo e bloqueios de verbas públicas para a execução das liminares, sangrando as contas que poderiam estar atendendo às inúmeras demandas por que a sociedade clama. Souza Neto (2008, p. 528) enfatiza que a atuação judiciária na concretização de direitos sociais desorganiza a Administração Pública, já que ao invés de se voltarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, os administradores se dedicam ao atendimento de demandas individuais.

Barroso (2009, p. 16) já assinalava que o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. Os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas também as implicações decorrentes das decisões para o andamento regular da gestão pública (BARROSO, 2009, p. 17).

Diante deste cenário de ausência de efetividade do direito fundamental à saúde, que por comando normativo tem aplicação imediata, saudável é a reformulação da interpretação constitucional desta garantia de forma racional, com o fito de concretizá-la no plano real. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, até mesmo para impedir resultados injustos ao bem comum ou aos direitos fundamentais; tão só pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p. 18). Estes limites são os cânones interpretativos, os denominados métodos tradicionais, que auxiliam na produção das normas jurídicas extraídas dos textos constitucionais e legais.

Observa-se que a atual interpretação constitucional do direito à saúde é lastreada na literalidade do texto constitucional e na declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que delimitam atribuições e competências entre os entes federados no tratamento da saúde. Entretanto, apontou-se a ineficácia deste tipo de interpretação, devido à ineficiência de realização do direito em seu maior grau possível.

Devido à sistematicidade dos direitos sociais, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico como um todo se revela essencial para o cumprimento da Constituição. A observância do regramento infraconstitucional que discrimina as entidades detentoras das condições financeiras e técnicas para a real concretização do direito fundamental à saúde revela-se imprescindível, não permitindo que a já reportada microvisão da judicialização da saúde se sobreponha à macrovisão, que alberga o fluxo e a organização administrativa das políticas públicas de saúde do Estado. Caso contrário, será apenas uma decisão judicial inexecutável e simbólica, podendo ser atentatória contra o bem maior de todos, ou seja, a vida.

Os suportes legais das políticas públicas podem estar positivados em normas constitucionais, leis e atos infralegais nos três níveis da Federação, em instrumentos consensuais e contratos do setor privado, como concessões (KRELL, 2012, p. 144). Além das normas constitucionais e legais existentes, há os acordos e convênios de cooperação entre os entes federados, que autorizam a gestão associada de serviços públicos preconizados no art. 241 da Lei Maior, planejando a repartição das competências dos serviços de saúde com vistas a prestá-los de uma forma adequada, que podem ser considerados na interpretação judicial para concretizar o direito.

Krell (2017, p. 210) defende a utilização destes acordos e ajustes de cooperação e colaboração administrativa entre os entes federativos, a fim de que se evitem esforços duplicados e até triplicados do Poder Público, o que aumenta os custos dos respectivos serviços, sem que haja incremento de sua eficiência.

Barroso (2013, p. 94) traz como princípio instrumental da interpretação constitucional o da efetividade, consubstanciado na realização do direito, na atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Ao realizar-se apenas uma interpretação literal dos artigos 6º, 23, II e 196 da Constituição Federal, não se observa a realização desse princípio, pois não há a concretização do direito social à saúde em sua maior medida possível, causando violações a este direito e aumentando a desorganização administrativa para o cumprimento da tutela.

Ao realizar uma interpretação sistemática e teleológica das normas, na medida em que o fim perseguido pelo intérprete é o alcance de um resultado correto e justo para o caso a ser

decidido, o Judiciário, através de um ativismo moderado, deve analisar quais normas são compatíveis com o regramento constitucional do SUS. Pelo princípio da ressunção da constitucionalidade de leis e atos normativos, Barroso (2013, p. 93) define que não podem os tribunais e juízes declará-los inconstitucionais quando a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, ou existindo tese razoável para a preservação da norma, seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro poder, e existir interpretação alternativa possível, que afirme a compatibilidade da norma com a Constituição, quando se utiliza a técnica de interpretação de acordo com a Constituição.

A delimitação de competências entre os entes federativos nos tratamentos de saúde, como mencionado no capítulo anterior, não afronta a Constituição Federal nem deve ser inobservada e rechaçada do sistema jurídico pelo Poder Judiciário, pois organiza a Administração Pública para prestar o serviço da melhor forma possível. Entretanto, eventuais normas e cláusulas contratuais, de convênios ou congêneres, que esvaziem a obrigação do Estado em prestar o serviço, podem ser consideradas inconstitucionais por violarem a jusfundamentalidade e a obrigatoriedade do Poder Público em garantir o direito à saúde a todos.

Destaca-se que o próprio artigo 197 da Constituição da República autoriza o Poder Público, nos termos de lei, a dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, sendo entendido que o Estado pode definir a atribuição de cada ente no tratamento da saúde preventiva e curativa, de acordo com sua complexidade técnica e financeira.

Pode-se indagar como o Judiciário, através de uma interpretação sistemática e teleológica, poderia julgar causas da saúde a partir de um olhar macro do sistema (com atenção à desigualdade que pode provocar na concessão indiscriminada do tratamento de saúde requerido, além dos reflexos econômicos gerados, danosos aos demais membros da sociedade), mas sem violar o princípio da demanda e o da adstrição do pedido. Em outras palavras, como o juiz, através de uma visão macro que leva em conta as políticas públicas de saúde, julgará pedido acerca de um ação ou serviço público de saúde específico, tendo de se ater apenas à concessão ou à negação daquele pedido (adstrição), sob pena de conter vícios de julgamento *ultra* ou *extra petita*, e até mesmo analisar as políticas públicas voltadas àquela ação ou serviço pleiteado, se nem sequer foi impulsionada a ação neste sentido (princípio da demanda)?

Há sim essa possibilidade de coadunação, sem que o julgador fique limitado à microvisão daquela demanda em detrimento de todo um sistema composto por políticas públicas de saúde com características de universalidade e acesso integral a todos.

O juiz, ao deparar com demanda, individual ou coletiva, em que se pleiteia a condenação de ente federativo a alguma ação ou serviço público de saúde, interpretando o ordenamento jurídico de forma sistemática e teleológica, terá como primeiro passo a verificação de se realmente o pedido autoral se encontra sob a competência/atribuição do ente federativo processado. Em caso positivo, o juiz analisará eventual tutela de urgência, citará a parte adversa, formando-se a relação jurídica processual, e prosseguirá com a instrução da ação até seu julgamento.

Entretanto, em caso negativo, uma vez verificado pelo juiz que não é de competência/atribuição do ente demandado o tratamento de saúde requerido, poderá, em respeito ao princípio e dever fundamental de cooperação⁶, garantido no art. 6º do Código de Processo Civil (CPC)⁷, intimar o autor, informando-o acerca da competência correta do ente a ser processado, para, querendo, emendar a inicial, alterar o polo passivo da demanda e prosseguir a ação, agora em face do real ente competente pelo tratamento, o que, por si só, auxiliaria na coordenação do fluxo de prestação do tratamento de saúde, e por fim, da tutela judicial.

Pode-se questionar o fato de o autor da ação, uma vez intimado, se recusar a alterar o polo passivo ou incluir o ente correspondente à ação ou serviço de saúde pleiteado, sob o argumento de que ninguém é obrigado a demandar em face de alguém que acredite não ser legítimo para responder à ação. Mas no caso específico da saúde, todos os entes são solidariamente responsáveis em prestar o direito social, conforme já desvelado no RE 855.178/SE; logo, cairia por terra a eventual alegação de que o outro ente não seria parte legítima para compor o polo passivo da ação.

Além disso, existindo política pública lastreada em normas e acordos de cooperação federativa que preveem a atribuição do novo réu por aquele tratamento de saúde vindicado,

⁶ Vale destacar que antes mesmo de sua positivação pelo CPC no capítulo das normas fundamentais de processo civil, o dever de colaboração já era aceito na doutrina. Daniel Mitidiero (2012, p. 71) informa que o princípio tem como função organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada. A busca perseguida pela norma fundamental é que todos os sujeitos que de algum modo façam parte do processo tenham uma postura de colaboração, tendo em vista que se assim não agirem, estarão prejudicando o andamento do processo. Trata-se de uma ferramenta que vocaciona o processo à prestação efetiva da tutela jurisdicional.

⁷ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

não restam dúvidas de que é o próprio que terá (ou deveria ter) condições financeiras, técnicas e logísticas para a consecução do próprio tratamento disponível, o que se revela mais adequado para a perseguição do objetivo do autor, isto é, da tutela justa e efetiva.

Superada a questão da possibilidade de alteração do polo passivo da demanda, da presença do dever de cooperação do juiz e das partes para obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva, ainda mais diante de um direito fundamental, e por isso, indisponível, tem-se também o caso em que o autor demanda em face de ente que não é competente pelo tratamento, e o pedido é urgente, tendo o requerimento de liminar ou tutela de urgência.

Neste caso, o juiz, ao verificar que o tratamento é devido e deve ser realizado de forma urgente, pode deferir a liminar ou tutela antecipada para que o ente cumpra, e logo após, realizar o procedimento anterior informado, de intimar o autor para, querendo, emendar a inicial e alterar o polo passivo da ação. Por conseguinte, uma vez verificada a correção do polo passivo pela emenda na inicial, o juiz poderá reapreciar a decisão precária concedida, e entendendo satisfeitos os requisitos da tutela de urgência, conceder agora liminar ou tutela ao ente devidamente competente pelo tratamento.

Com relação ao ente que não era competente para o tratamento, durante o período em que vigorou a liminar sob sua responsabilidade, poderá pedir reembolso ou ressarcimento administrativo ou judicial ao ente realmente devedor. Com isso aquele ente não mais suportará os efeitos da decisão por todo o processo ou até mesmo enquanto perdurar o tratamento, em caso de sentença favorável e posterior trânsito em julgado, mas tão somente por pequena parte de tempo, podendo ter seus custos reembolsados pelo ente competente.

Com a adoção desta colaboração do Judiciário, há elevada probabilidade de as partes estudarem as competências e atribuições de cada ente e seus respectivas ações e serviços públicos de saúde, para já direcionarem as demandas ao ente encarregado do tratamento, diminuindo as condenações faticamente inexequíveis e auxiliando o Executivo em sua organização e na reordenação do fluxo para a prestação do serviço de saúde.

Como demonstrado, urge a superação da interpretação literal da Constituição Federal pelo Poder Judiciário com relação ao tratamento de saúde fornecido pelo SUS, podendo ser utilizados os cânones da interpretação sistemática e teleológica e o princípio fundamental de cooperação processual, para o fim de concretizar o direito fundamental à saúde, caso contrário, o estado de inconstitucionalidade no setor se perpetuará.

Explanadas as omissões e ações em sentido diametralmente oposto ao espírito da Constituição efetuadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, bem como a postura tímida do

Poder Judiciário ao interpretar literalmente a Constituição, sem realizar uma interpretação sistemática e teleológica que ao menos reconheça a divisão de competências de cada ente na prestação das ações e serviços de saúde estampados nas normas infraconstitucionais e acordos e instrumentos congêneres de cooperação interfederativas, analisa-se neste momento a primeira pergunta formulada no início do tópico: a saúde pública brasileira vive um estado de coisas inconstitucional?

Para responder a essa indagação, resgatam-se as balizas fixadas pela CCC no julgamento da Sentença T-025, de 2004, quais sejam: *i*) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta a um número significativo de pessoas; *ii*) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; *iii*) a adoção de práticas inconstitucionais; *iv*) a não expedição de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; *v*) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; e *vi*) um iminente congestionamento judicial pelo alto número de ações propostas.

Realiza-se agora a subsunção dos fatos expostos no decorrer de toda a dissertação com as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas pela Corte colombiana, para se concluir se há ou não um estado de inconstitucionalidade sistêmica na saúde pública brasileira.

O primeiro pressuposto prevê a soma de dois fatores: violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais mais a afetação a um número significativo de pessoas. O primeiro fator delineado resta presente na saúde pública brasileira, uma vez que não somente o direito à saúde é cotidianamente violado pelo Estado brasileiro, como o direito à dignidade da pessoa humana, já que o indivíduo, quando necessita da prestação positiva do Poder Público, nem sempre tem a garantia de acesso às ações e serviços públicos de saúde, necessitando correr ao Poder Judiciário para obter uma tutela judicial em seu favor. Além disso, há a violação à isonomia material, ao direito ao bem-estar e ao direito a uma sociedade justa e solidária, uma vez que alguns conseguem ter o tratamento de saúde pleiteado, em detrimento de outros, seja: *i*) pela ausência de política pública para o caso; ou *ii*) pela desatualização da política pública veiculadora do tratamento; e/ou *iii*) pelo subfinanciamento das ações e serviços públicos de saúde, em que não há lastro financeiro para suportar as despesas com o setor, o que faz com que nem todos tenham um atendimento de qualidade. Tanto no espectro individual como no difuso da saúde, há a violação ao bem maior constitucional, a vida, já que inexistindo ações e coordenações nas condutas de prevenção,

promoção e recuperação em saúde por parte do Estado, não ocorrendo a realização do direito fundamental à saúde, conseqüentemente, não haverá a proteção do direito à vida.

O segundo fator resta igualmente percebido, pois se constatou no decorrer da dissertação o descontentamento da população com as ações e serviços de saúde. O CFM verificou que seis em cada dez brasileiros avaliam a saúde do país como ruim ou péssima, enquanto este qualificador foi de 54% dos entrevistados ao avaliar o SUS. Além disso, foi constatado que 87% sentem-se insatisfeitos em relação ao SUS (CFM, 2014). Soma-se ainda o quantitativo excessivo da judicialização em matéria de saúde, revelado na pesquisa através de estudos da AGU e do CNJ, nos quais se, no período de 2009 a 2015, aumento de 1,241% referente a ações de medicamentos, e de 1,558% nas ações em que se discutem serviços de média e alta complexidade, que englobam não só medicamentos, mas exames, cirurgias e insumos. A absurda quantidade de ações espalhadas pelos estados das cinco regiões do país comprova o amplo número de pessoas afetadas pela violação massiva e generalizada do direito à saúde e dos demais delineados, de proporções continentais.

A segunda baliza também é verificada na saúde pública brasileira. Neste tópico foram observadas as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos. Percebeu-se: *i*) omissão do Poder Público na execução das políticas públicas de saúde existentes, não fornecendo as ações e os serviços públicos de saúde garantidos nas listas oficiais do SUS; *ii*) omissão em não promover uma atualização das listas com os tratamentos de saúde do SUS, tendo em vista os avanços científico-tecnológicos do setor (reformulação/adaptação das políticas públicas); *iii*) omissão na fiscalização dos firmamentos e execução dos contratos através do controle interno, para, por exemplo, supervisionar o fornecimento de serviços médico-hospitalares por hospitais e clínicas conveniadas ao SUS, de medicamentos, insumos, equipamentos, materiais hospitalares; coordenar o pagamentos aos fornecedores e parceiros conveniados e fiscalizar o cumprimento integral dos contratos/convênios por parte das clínicas e hospitais conveniados; *iv*) ausência de poder disciplinar do Poder Público na verificação do cumprimento da jornada de trabalho dos seus servidores, bem como da qualidade do atendimento médico e sanitário à população; e *v*) omissão em não se estruturar administrativamente, com a ausência de gestão e logística, como no caso de falta de tecnologia de informação moderna para realizar e/ou aprimorar o fluxo de informações, dados, procedimentos e processos para a fruição do direito e o acesso da sociedade às ações e aos serviços públicos de saúde.

Com relação ao Poder Legislativo, constatou-se a omissão dos parlamentares em não exercer de forma satisfatória sua função constitucional primária, na análise dos projetos de

emendas constitucionais, leis complementares e leis ordinárias para sua deliberação e aprovação, na matéria de saúde. Através de estudo realizado pela própria Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, verificou-se que mais de 3 mil projetos de lei relacionados à área de saúde tramitam na casa; entre eles, 91% desses projetos estão no Parlamento desde 2003, aguardando deliberação e votação por 15 anos, o que revela a pouca importância que os representantes do povo conferem ao direito à saúde de seus próprios eleitores.

Verificam-se omissões administrativas e legislativas que cada vez mais se protraem no tempo, contribuindo para a violação ao direito à saúde e para o agravamento de um estado fático contrário à Constituição no setor, que ocasiona o aumento progressivo de ações judiciais sobre o tema pelos tribunais do país.

O terceiro requisito jurisprudencial fixado pela CCC para o reconhecimento de um estado de coisa inconstitucional, a adoção de práticas inconstitucionais, além de se revelar uma consequência do segundo pressuposto que trata das omissões prolongadas das autoridades, revela a outra face da postura das entidades encarregadas de garantir direitos fundamentais, as ações em sentido diametralmente oposto ao espírito da Constituição.

As omissões perpetradas pelas autoridades responsáveis pela formulação, implementação e monitoramento das políticas públicas de saúde, como forma de veicular o direito na maior medida possível, revelam-se como práticas inconstitucionais, pois a ausência destas entidades em cumprir com seu ofício viola a Constituição. Além destas omissões, tais entidades realizam ações contrárias à garantia da efetividade dos direitos fundamentais, entre eles, a saúde.

O Poder Executivo, como já demonstrado, notadamente o Federal, vem desde a EC nº 29/2000 se furtando da obrigação de alocar maiores recursos para o orçamento da saúde, sobreonerando estados e principalmente municípios, que arcam muito mais com as ações e serviços públicos de saúde, mas em contrapartida são os entes em que menos arrecadam e possuem condições financeiras mais limitadas, porquanto a União concentra a arrecadação em suas mãos.

Com a alteração do cálculo para despesas federais com a saúde, introduzida pela EC nº 86/2015, que fixou pisos progressivos, começando com 13,2% da receita bruta até atingir 15% em 2020, apurou-se que os valores alocados ao orçamento do setor em 2015 e 2016 ficaram aquém dos valores destinados nos anos anteriores, quando o cálculo era feito conforme a variação do PIB, revelando uma má-fé do governo federal, resultando no subfinanciamento da saúde.

Não se pode deixar de mencionar as emendas constitucionais que tratam da DRU, prorrogada na última vez até 31 de dezembro de 2023, que historicamente desvinculavam a receita afeta à saúde. A última prorrogação, ocorrida com a EC nº 93/2016, contribuiu diretamente para o incremento do subfinanciamento à saúde, pois a União retira 30% do valor arrecadado a título de contribuições sociais que deveriam ser aplicadas na saúde, minguando ainda mais seu orçamento destinado ao setor, e conseqüentemente sua execução orçamentária. Ao criar ou aumentar as contribuições especiais desvinculadas, a União não é mais obrigada a repartir com os estados, o Distrito Federal e os municípios o respectivo produto da arrecadação, diversamente do que ocorreria se tivesse majorado os impostos referentes à sua competência ordinária.

O terceiro fator que auxilia no subfinanciamento no setor refere-se à já mencionada PEC nº 95/2016, que toma como base para aplicação mínima nas ações e serviços de saúde o gasto despendido no exercício financeiro anterior. Trata-se de uma base de cálculo regressiva de aplicação financeira, já que é vedado se gastar mais no ano seguinte do que foi despendido no ano anterior, além de se suspender os pisos mínimos de gastos pela União com saúde, que restam desvinculados da arrecadação.

Além do subfinanciamento das ações e serviços públicos de saúde, há outras práticas inconstitucionais efetuadas pelo Poder Executivo, como: *i*) má gerência na aquisição dos medicamentos e insumos para tratamento de saúde previsto em política pública; *ii*) deficiência na marcação e agendamento das consultas e exames a serem realizados na rede pública e na rede conveniada dos parceiros da administração, o que gera o aumento de filas de espera; *iii*) a abertura por parte do Executivo de intervenção de pedidos políticos para fornecimento de tratamento de saúde em favor de grupos específicos e em detrimento de uma coletividade precedente na fila de atendimento; *iv*) a desoneração tributária, que nem sequer respeita o imperativo do art. 14 da LRF de planejamento, através de estudo de impacto financeiro para os dois exercícios seguintes, ao conceder isenções e anistias de forma irresponsável, sem provisionar possíveis perdas financeiras; *v*) a baixa afetação da receita pública auferida ao sistema de saúde; e *vi*) o desperdício das verbas públicas, que tem como espécies a corrupção enraizada na estrutura estatal brasileira e a ineficiência, fatores contribuintes para a descoordenação da prestação das ações e serviços públicos em saúde.

Cita-se ainda uma prática inconstitucional no setor da saúde pública, não empreendida pelo Poder Público, mas pelas operadoras de planos e seguros de saúde, que se negam a reembolsar (ou quando reembolsam, o fazem a menor) os entes públicos pelo tratamento

realizado por segurados, e que constam em suas respectivas apólices, o que ocasiona um desequilíbrio nas contas públicas alocadas ao SUS.

Não se pode deixar de mencionar, mais uma vez, que o Poder Legislativo adota práticas inconstitucionais quando cria objeções à inclusão na pauta plenária de matérias de forte impacto social, como reestruturação e financiamento das ações e serviços públicos de saúde, em virtude de interesses próprios, ou da legenda do partido ou coligação política, ou até mesmo para satisfazer “metas” do governo federal mediante articulações políticas.

Continuando a análise meticulosa dos requisitos à configuração dum estado fático contrário à Constituição, observa-se a presença da quarta baliza, interligada aos segundo e terceiros parâmetros. Com a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos, aliada à aplicação de práticas inconstitucionais no setor, o que se espera, naturalmente, é uma conduta positiva das entidades responsáveis pela fruição dos direitos, como forma de evitar sua violação. Mas não é isso o que ocorre no caso das ações e serviços públicos de saúde nacionais.

Além da prolongada omissão do Poder Legislativo na deliberação e votação dos projetos de lei que tratam da saúde, ocasionada por bloqueios políticos institucionais expostos, não há sinalização de avanço na expedição de medidas que rediscutam, revisitem e reestruturem o setor da saúde, tampouco as que discutam o financiamento do setor, ainda mais após a aprovação da emenda do teto dos gastos públicos.

Não há, de fato, um projeto que rediscuta o SUS em sua origem, em seus pontos nodais como modelo de sistema de saúde, financiamento e estrutura organizacional, para alinhar-se com o atual federalismo brasileiro; tampouco há vontade política, na gestão pública, para uma reestruturação administrativa que delinear fluxos efetivos para o acesso às ações e aos serviços públicos de saúde.

O que ocorre atualmente é a inclusão de terapias de saúde pela rede pública, após muita pressão popular, como o coquetel para tratamento da AIDS e, recentemente, o medicamento traustuzumabe, para tratamento de câncer de mama *Human Epidermal growth factor Receptor-type 2* (HER-2) positivo metastático, através da Portaria nº 29/2017, do Ministério da Saúde.

O quinto pressuposto para a verificação de um estado de coisas inconstitucional no setor da saúde requer a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades: a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, a exigir um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante.

Pelo exposto no decorrer da dissertação, pode-se concluir que o descompasso político que gera o problema social indicado encontra-se na origem, ou seja, na própria política pública nacional da saúde, na estrutura do SUS e no financiamento de ações e serviços de saúde. Paradoxos como: *i)* o federalismo centralizador do direito brasileiro, nas atividades normativa e arrecadatória, 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, que contribui para a oneração dos custos do direito por parte dos estados e municípios; e *iv)* ausência de entendimento jurídico pacífico com relação à questão da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito e à repartição de competências para sua veiculação equânime e integral, revelam os fios condutores de desestruturação sistêmica do setor, que abalam a efetividade do direito.

Devem ser realizadas alterações sistêmicas na política pública de saúde, com enfoque na análise da manutenção ou não do modelo de sistema único de saúde gratuito, bem como na tentativa de alinhamento tanto da estrutura descentralizada do SUS quanto de seu (sub)financiamento, tomando como base o federalismo centralizado brasileiro; ou até mesmo, a investigação de uma proposta mais ousada que reformule o próprio federalismo existente para se chegar a uma real cooperação federativa, sob pena não só de perpetuação, mas de agravamento do estado de inconstitucionalidade no setor.

Para isso, é necessária a realização de reuniões entre as entidades responsáveis pela saúde pública, para deliberarem sobre esse conjunto complexo e coordenado de ações – algo como um programa de ações, com a rediscussão da própria política pública nacional de saúde e suas implicações, que exigirá aporte e realocações orçamentárias para o custeio do serviço.

As falhas estruturais na política pública e na repartição de competências provocam abalos na estruturação dos órgãos e entidades responsáveis por garantir o acesso da população às ações e aos serviços públicos de saúde, acarretando uma violação massiva e generalizada do direito fundamental em questão e provocando um congestionamento judicial devido ao alto número de ações propostas reivindicando o direito, o que impõe analisar o último requisito para o reconhecimento efetivo de um estado contrário à Constituição.

Por fim, como última baliza para constatação de um estado de coisas inconstitucional no SUS, identifica-se uma explosão da judicialização da saúde nos últimos cinco anos, conforme relatórios anuais confeccionados pelo CNJ que contabilizam o número de processos por matéria. Verificou-se que em 2011 havia 240.980 processos judiciais em trâmite sobre o tema saúde, enquanto no último relatório, de 2017, que toma como ano base 2016, existiam

1.346.931 demandas no setor, ou seja, um aumento de 559%, mais que a quintuplicação do número de ações pendentes de julgamento (CNJ, 2017, p. 182).

Logo, não há como negar que há um congestionamento judicial devido ao elevado número de ações propostas, conforme revelado nas pesquisas. O Judiciário fica abarrotado com tais ações, julgando-as em detrimento de outras causas igualmente relevantes.

Há ademais a tímida postura do Poder Judiciário para analisar as competências e atribuições de cada ente federativo nas ações e serviços públicos de saúde, concedendo, em sua maior parte, liminares e sentenças indiscriminadas, que além de contribuir para a descoordenação administrativa no fluxo das ações e serviços públicos de saúde, retroalimentam novas demandas, pelo fato de as tutelas nem sempre serem efetivadas.

Uma vez reconhecido o estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira, analisa-se a segunda questão formulada no início deste tópico: a possibilidade de declaração do ECI no ordenamento jurídico brasileiro pela Corte Constitucional do país. Para responder a tal indagação, deve-se averiguá-la a partir de duas vertentes: a material e a processual. A primeira fora constatada a partir de seis requisitos traçados pela Corte Colombiana em comparação com a realidade da saúde pública brasileira.

Com relação à segunda vertente, resta saber se há possibilidade processual de se dar conhecimento à mais elevada Corte do país acerca deste estado fático contrário à Constituição. No tópico antecedente, fora revelado que há possibilidade de declaração do ECI pelo Excelso Pretório através da ADPF e do manejo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

Tanto é que o STF já deparou com pedido de declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional por meio da ADPF nº 347. Na ação, o PSOL busca o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que decorrem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal (STF, 2015).

O requerente formulou sete pedidos cautelares, seis deles direcionados ao Poder Judiciário e um de natureza administrativo-orçamentária. Pleiteou com relação aos juízes e tribunais que: a) lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, como estabelecido no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o

comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão; c) considerem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

Aos juízes pediu que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo.

Com relação aos juízes da execução penal pediu que abrandassem os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas condições de cumprimento das penas mais severas do que as previstas na ordem jurídica, em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e que abatam da pena o tempo de prisão, caso constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal.

Ao CNJ requereu que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade.

Por fim, requereu liminarmente que determine à União a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

No mérito, além da confirmação das medidas cautelares, pleiteou que haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e sejam determinados ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro.

Com relação ao plano, requereu que contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à: *i*) redução da superlotação dos presídios; *ii*) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; *iii*) diminuição do número de presos provisórios; *iv*) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; *v*) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; *vi*) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à

educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; *vii*) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; *viii*) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; *ix*) adoção de providências visando propiciar o tratamento adequado a grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

O plano deve conter ainda o montante dos recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; deve ser submetido à análise do CNJ, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.

O PSOL requereu que o STF delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; e que, uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao STF, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos.

Pleiteou ainda que sejam submetidos os planos estaduais e distrital à análise do CNJ, da Procuradoria-Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) da unidade federativa e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, bem como da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade.

Solicitou ainda que o STF delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

E por fim, requereu que o STF monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho

Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil.

Ao analisar os pedidos cautelares formulados, a Suprema Corte deferiu a cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, e determine à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Verifica-se que na ADPF nº 347, o STF se mostra simpático à recepção da técnica de declaração do estado de coisas inconstitucional, admitindo que, ao menos no sistema carcerário, há entraves políticos institucionais e problemas estruturais que geram violações massivas e sistêmicas de direitos fundamentais dos presidiários, setor que, conforme entendem os ministros, encontra-se sub-representado pelos parlamentares.

O ministro relator Marco Aurélio deixou claro em seu voto que se limitou a analisar os pedidos cautelares da ação, em que pese acreditar que o sistema carcerário brasileiro vive um estado de inconstitucionalidade, por restarem, em tese, previstos os pressupostos para a sua declaração de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana.

Entretanto, não se pode afirmar que a Suprema Corte adotou materialmente a teoria do estado de coisas inconstitucional no setor prisional, pois ao deferir dois pedidos cautelares, não os monitorou, não tendo aberto sequer autos de seguimento ou acompanhamento para verificação do cumprimento de sua decisão.

Tanto é que, em visita ao andamento processual da ação no *site* do Excelso Pretório, observaram-se pedidos de ingresso como terceiros interessados (*amici curiae*) por parte de Defensorias Públicas Estaduais e associações e entidades representativas de direitos humanos e ciências criminais. Para não dizer que não houve monitoramento algum, apenas ocorreu uma petição do Estado do Ceará informando o descumprimento por parte da União da medida cautelar concedida, por não repassar os valores do FUNPEN.

Além disso, passados dois anos e meio do deferimento das cautelares, o STF ainda não convocou audiência pública para debater a situação carcerária nacional, já que os pedidos finais da ADPF se concentram na elaboração de plano nacional estrutural no setor e em planos estaduais e distritais de acordo com as diretrizes nacionais, visando à redução da superlotação dos presídios e à cessação das violações a direitos humanos nos cárceres.

Como visto, o STF, ao fundamentar o recebimento da ADPF nº 347 e analisar a situação excepcional do sistema carcerário no país, deu um importante passo na importação da teoria do estado de coisas inconstitucional. Entretanto, a Suprema Corte não adotou materialmente as medidas estruturais e democráticas típicas da teoria colombiana.

Espera-se que quando do julgamento do mérito da ADPF em questão, o STF adote uma postura dialógico-estrutural ao reconhecer formalmente o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário e incorpore materialmente os efeitos da técnica da declaração como emanção de ordens gerais flexíveis, assunção do papel de construir o sentido da Constituição em compatibilidade com a realidade social, sendo visto como coordenador da deliberação democrática entre o diálogo dos Poderes da República, a Administração Pública e a sociedade civil, notadamente o setor social afetado.

Para demonstrar de uma forma mais clara a questão central da presente dissertação, sobretudo após as críticas formuladas a partir da postura da Suprema Corte na ADPF nº 347, verifica-se que mesmo com a importação ou até a adaptação da teoria do estado de coisas inconstitucional colombiana, o importante é observar que se trata de técnica de controle de constitucionalidade baseada nos remédios estruturais informados no primeiro capítulo da dissertação, com a adição de diálogos interinstitucionais e democráticos.

A abertura democrática baseia-se na realização de audiências políticas que contem com a efetiva participação da sociedade na construção dos programas socioeconômicos em conjunto com o Poder Público, aproximando-se da tese de Peter Häberle (1997, p. 27), da sociedade aberta dos intérpretes, em que as forças sociais e privadas não podem ser tratadas como mero objeto, porém ativamente, como sujeitos. Logo, abre-se espaço a um diálogo não somente interinstitucional, mas com os próprios setores populares afetados pela política pública a ser adotada, já que haveria um compartilhamento de decisões entre a sociedade e o governo na discussão das diretrizes da reformulação da política do SUS.

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

O que realmente importa é não apenas a declaração formal do estado de coisas inconstitucional no setor, mas a incorporação material da teoria pela Suprema Corte brasileira, através de: *i*) decisões que reconheçam a exigibilidade do direito à saúde e sua aplicação direta e imediata; *ii*) ordens estruturais moderadas deixando o mérito da política pública e suas adequações para os poderes legitimamente competentes e a própria sociedade participante no debate; e *iii*) um monitoramento forte das decisões emanadas, a partir de mecanismos participativos com deliberação democrática através de audiências públicas, informes de progresso e decisões sobre acompanhamento, a fim de que se extirpe o estado de inconstitucionalidade vigente.

Não se deve apenas ter um olhar focado nos efeitos materiais e diretos das decisões dialógicas, vistos em curto prazo, mas atentar para os efeitos indiretos e simbólicos destas, observados a médio e longo prazo, porquanto as decisões judiciais também geram transformações sociais quando produzem modificações indiretas nas relações sociais ou quando alteram as percepções dos agentes sociais e legitimam a visão do mundo dos demandantes.

A nova visão para estes efeitos das decisões dialógicas, inclusive no setor da saúde pública, auxilia na transformação da opinião pública sobre os problemas calamitosos existentes, incentivando a formação de coalizões de ativistas a fim de influenciar essas questões levantadas, para, através do debate democrático, fazer cessar as deficiências institucionais e estruturais do Estado e os bloqueios políticos, e ajudar na formulação e na (re)adaptação do plano da nova política pública nacional de saúde adotada.

Como demonstrado por toda a dissertação, conclui-se que a utilização material da teoria do estado de coisas inconstitucional pelo STF, com o ativismo dialógico-estrutural nos moldes adotados pela Corte colombiana, como forma de reorganizar sistemicamente a política pública nacional do SUS, é uma possível forma de superar o estado generalizado de inconstitucionalidade vivenciado no setor da saúde pública, com enfoque nos diálogos interinstitucionais e democráticos.

5 CONCLUSÃO

Através da presente dissertação verificou-se a similaridade existente entre o constitucionalismo democrático-social brasileiro e o colombiano e as diferenças pontuais entre o sistema de saúde dos dois países. Ademais, abordou-se o ativismo da Corte Constitucional Colombiana, marcado por mandamentos estruturais e dialógicos para a veiculação e a concretização dos direitos sociais, através da doutrina do ECI.

Revelou-se a origem formal do ECI nas sentenças da CCC, passando por outros tribunais constitucionais na América espanhola como Peru e Argentina, com matriz teórica e fundamentos jusconstitucionais localizados nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, na teoria da dimensão objetiva dos direitos humanos, com algumas influências dos *structural remedies* do direito anglo-saxão e antecedentes *Brown vs. Board of Education II*.

Estes casos estruturais, causados pelas falhas, inércia ou incompetência dos entes e autoridades responsáveis constitucionalmente por proteger e promover os direitos fundamentais garantidos pela Carta, são marcados pela existência de uma contradição entre Constituições garantistas, como a colombiana e a brasileira, e o contexto injusto e desigual na qual deve aplicar-se.

Demonstrou-se que o ECI é visto como um juízo empírico da realidade que culmina num descumprimento reiterado e sistemático da norma constitucional, cabendo à Corte Constitucional, como guardiã da integridade e supremacia da Constituição, salvar a referida situação inconstitucional por meio de ações estruturais.

Revelou-se a consagração dos pressupostos para o ECI no caso dos *desplazados*, como julgado na sentença T-025/2004 da Corte Constitucional Colombiana, a saber: i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; iii) a adoção de práticas inconstitucionais; iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; v) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; e vi) um iminente congestionamento judicial pelo alto número de ações propostas.

Foram descritas ainda as etapas do ativismo dialógico-estrutural efetuado pela CCC, que intervém em um primeiro momento protegendo um direito social num caso concreto mediante ordem específica da garantia deste direito, notadamente nos autos de revisão da ação

de tutela. Em seguida, o Tribunal emana outra ordem para que seja desenhado um programa de atenção integral, de natureza estrutural, às entidades envolvidas direta e indiretamente na política pública voltada ao direito fundamental contestado, estabelecendo prazos de cumprimento. A partir deste ponto, entra-se na última etapa, o monitoramento do plano de ação, no qual são abertos autos de seguimento que contêm uma série de ordens encaminhadas a dinamizar processos e a estabelecer parâmetros substantivos para avaliar os resultados desses, com o intuito de aferir se as ordens emitidas foram cumpridas ou não, e em que graus ocorreram, até que o estado de inconstitucionalidade seja extirpado.

Através destas medidas, o Tribunal conserva sua jurisdição sobre o caso e monitora a implementação de sua decisão mediante autos de acompanhamento e mecanismos de supervisão, abrindo espaço a um diálogo significativo e a uma colaboração entre o Estado e a sociedade civil com relação aos impasses distributivos, o que, por sua vez, implica melhores perspectivas para alcançar progressos sustentáveis na proteção dos direitos sociais.

Constatou-se a relevância das decisões dialógicas e estruturais, uma vez que envolvem um reconhecimento claro de exigibilidade de direitos sociais (direito forte); as decisões sobre políticas públicas devem ficar a cargo dos ramos eleitos do poder, porém o Tribunal deve estabelecer um cronograma para medir o progresso (medidas judiciais moderadas). Ainda, deve-se supervisionar ativamente a execução das ordens do Tribunal mediante mecanismos participativos com deliberação democrática, através de audiências públicas, informes de progresso e decisões sobre acompanhamento (acompanhamento forte).

Há críticas a esta figura estrutural colombiana, como o pensamento de Lênio Streck; este defende que o instituto abre portas à violação do princípio democrático, já que o legitimado a fazer escolhas é o Poder Executivo, que foi eleito justamente para desenhar as políticas públicas, não cabendo ao Judiciário escolher, mas apenas analisar a constitucionalidade de normas e não de estados. Na dicção do autor, o objeto de controle de constitucionalidade são normas jurídicas e não a realidade empírica sobre a qual elas incidem.

Contudo, não é esta a posição a que a dissertação se filia, mas sim a defendida por Carlos Campos e Jane Reis Gonçalves, no sentido da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma realidade fática contrária à Constituição, quando há cumulação de um contexto fático de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, agravada pelo fracasso absoluto das políticas públicas e causada pelo bloqueio de todos os processos institucionais, políticos e deliberativos previstos pela Constituição para a solução da questão, que gera a judicialização massiva para a proteção dos direitos fundamentais não efetivados.

Com relação às decisões estruturais do direito à saúde, apresentou-se o marco da reestruturação do sistema de saúde colombiano, consubstanciado na Sentença T-760, de 2008, da Corte da Colômbia, que concedeu um enfoque estrutural concentrado em resolver falhas sistêmicas subjacentes à avalanche de litígios individuais existentes. Com esta decisão, o Tribunal Constitucional retornou ao mecanismo jurisprudencial das ordens complexas que envolvem múltiplas entidades públicas e privadas, cujo cumprimento é monitorado periodicamente pela própria Corte.

Na oportunidade, a Corte adotou de maneira explícita uma interpretação mais firme do direito à saúde, fazendo-o diretamente exigível nos tribunais, em lugar de condicionar seu cumprimento pelo Judiciário à sua conexão com o direito a uma vida digna, e adotando uma visão macro do sistema, a fim de que o direito fundamental à saúde não seja somente garantido, como mantido ao longo do tempo, na maior medida possível, em conformidade com o princípio da progressividade dos DESC presente no art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica.

Demonstrou-se que a situação de explosão de ações acerca do direito social no país vizinho não difere da realidade brasileira, na qual se verificou uma quintuplicação do número de ações em saúde pendentes de julgamento entre 2011 e 2016.

E razões não faltam para uma verdadeira corrida ao Poder Judiciário nacional a fim de ver o direito ao acesso às ações e aos serviços públicos em saúde efetivados.

Primeiramente, foram identificados os entraves mais graves presentes no SUS: *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 destinada à promoção, proteção e recuperação da saúde, notadamente por parte da União Federal; e *iv*) ausência de entendimento jurídico pacífico com relação à questão da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito e à repartição de competências para sua veiculação equânime e integral.

Observou-se que no Brasil há um cenário de forte desequilíbrio entre a geração de receitas e as responsabilidades dos estados e municípios na esfera administrativa. Tem-se, de um lado, uma excessiva centralização reguladora e arrecadatória por parte do governo federal, e de outro, uma excessiva descentralização político-administrativa diluída com os demais entes federativos, que leva ao primeiro paradoxo: enquanto a autoridade sobre a definição das diretrizes gerais das políticas sociais é centralizada, sua implementação é descentralizada.

Persistem ainda o problema e a incongruência constitucional entre a centralização de receitas na União e a descentralização dos gastos com o setor pelos demais entes

subnacionais. Isso porque, em que pese a União ser o ente que detém as melhores condições financeiras, seu gasto no setor da saúde cresceu 0,2% em 11 anos, enquanto os demais entes subnacionais, com condições financeiras inferiores, aplicaram mais que o dobro do valor despendido pelo governo federal no mesmo período.

A soma dos fatores elencados comprova o subfinanciamento do SUS, com base nas disposições das EC nº 29/2000, LC nº 141/2012, EC nº 86/2015, EC nº 95/2016 e as emendas constitucionais da DRU, o que implica um retrocesso na efetividade das ações e dos serviços públicos em saúde.

Analizou-se mais uma iniquidade, a da interpretação jurídica acerca da solidariedade dos entes federativos na prestação do serviço, que não diferencia competência comum e responsabilidade solidária, uma vez que a primeira se refere à repartição administrativa de atribuições entre os três entes da Federação, prevista nos artigos da Lei nº 8.080/90, nas portarias e listas do SUS, sendo discutível apenas se essas relações são taxativas ou exemplificativas. Já a responsabilidade diz respeito ao dever jurídico de cada ente federativo para, em conjunto ou isoladamente, efetivar um determinado direito específico.

Além das deficiências na política pública nacional de saúde, foram verificados todos os requisitos estabelecidos na paradigmática sentença T-025, de 2004, da CCC, para a declaração material de um estado de inconstitucionalidade no setor. Através de uma subsunção fática da realidade observada no SUS com os parâmetros jurisprudenciais estabelecidos, constatou-se que:

i) Não somente o direito à saúde é violado pelo Estado brasileiro, como o direito à dignidade da pessoa humana, a isonomia material, o direito ao bem-estar social, o direito a uma sociedade justa e solidária e até o direito da proteção à vida, uma vez que alguns conseguem ter o tratamento de saúde pleiteado, em detrimento de outros, seja: *i*) pela ausência de política pública para o caso; ou *ii*) pela desatualização da política pública veiculadora do tratamento; e/ou *iii*) pelo subfinanciamento das ações e serviços públicos de saúde, em que não há lastro orçamento e financeiro para suportar as despesas com o setor, inexistindo ações coordenadas nas condutas de prevenção, promoção e recuperação em saúde por parte do Estado. Ademais, verificou-se no decorrer da dissertação o descontentamento da população com as ações e serviços de saúde e o quantitativo excessivo da judicialização em matéria de saúde, revelado na pesquisa através de estudos da AGU e do CNJ;

ii) Há omissão do Poder Público na execução das políticas públicas de saúde existentes, que não fornecem as ações e os serviços públicos de saúde constantes nas listas

oficiais do SUS. Também há omissão em não promover uma atualização das listas com os tratamentos de saúde do SUS, tendo em vista os avanços científico-tecnológicos do setor (reformulação/adaptação das políticas públicas); a não fiscalização dos firmamentos e execução dos contratos através do controle interno; a ausência de poder disciplinar do Poder Público na verificação do cumprimento da jornada de trabalho dos seus servidores, bem como na qualidade do atendimento médico e sanitário à população; e a desestruturação administrativa, com a ausência de gestão e logística nos procedimentos para fruição do direito e acesso da sociedade às ações e aos serviços públicos de saúde. Com relação ao Poder Legislativo, constatou-se a omissão dos parlamentares ao não exercerem de forma satisfatória sua função constitucional primária, na análise dos projetos de emendas constitucionais, leis complementares e leis ordinárias para a sua deliberação e aprovação, na matéria de saúde, sendo verificado que mais de 3 mil projetos de lei relacionados à área de saúde tramitam na Câmara dos Deputados, e entre eles, 91% estão no Parlamento desde 2003, ou seja, aguardando deliberação e votação por 15 anos, o que revela a pouca importância que os representantes do povo conferem ao direito à saúde de seus próprios eleitores;

iii) Há a adoção de práticas inconstitucionais, como o agravamento do subfinanciamento do setor, notadamente por parte do governo federal desde a EC nº 29/2000, e depois com a EC nº 86/2015, que fixou os subpisos, o que piorou o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, além das emendas da DRU e da emenda do teto dos gastos públicos; má gerência na aquisição dos medicamentos e insumos para tratamento de saúde; deficiência na marcação e agendamento das consultas e exames a serem realizados na rede pública e na rede conveniada; a abertura, por parte do Executivo, de intervenção de pedidos políticos para fornecimento de tratamento de saúde em favor de grupos específicos e em detrimento de uma coletividade precedente; a desoneração tributária, que nem sequer respeita o imperativo do art. 14 da LRF; a baixa afetação da receita pública auferida ao sistema de saúde; o desperdício das verbas públicas, como a corrupção enraizada na estrutura estatal brasileira e a ineficiência. Menciona-se ainda a prática inconstitucional realizada pelas operadoras de planos e seguros de saúde, que se negam a reembolsar (ou quando o fazem, devolvem a menor do que o efetivamente gasto) os entes públicos do tratamento realizado por segurados, e que constam em suas respectivas apólices, o que ocasiona um desequilíbrio nas contas públicas alocadas ao SUS. E com relação ao Poder Legislativo, ao criar objeções à inclusão da pauta de matérias de forte impacto social, como reestruturação e financiamento das ações e serviços públicos de saúde, tal prática foi considerada inconstitucional, por obstar o exercício de sua função primordial: representar os interesses da sociedade.

iv) Não há sinalização de avanço na expedição de medidas que rediscutam, revisitem e reestruturem o setor da saúde, tampouco as que discutem o financiamento do setor, ainda mais após a aprovação da emenda do teto dos gastos públicos (EC nº 95/2016). Assim como não há um projeto que rediscuta o SUS em sua origem, em seus pontos nodais, como modelo de sistema de saúde, financiamento e estrutura organizacional, para alinhar-se ao atual federalismo brasileiro;

v) A existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, com a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e a exigência de um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante, restou comprovada na prática, pois quando se depara com o âmbito de direito que demanda prestações positivas para a sua consecução, abarca-se um conjunto de entidades que discutem, deliberam, formulam, implementam e monitoram as políticas públicas para a concretização das ações e dos serviços públicos de saúde. Logo, pode-se concluir que o descompasso político que gera o problema social indicado encontra-se na origem, ou seja, na própria política pública nacional da saúde, na estrutura do SUS e no financiamento de ações e dos serviços de saúde, como os paradoxos e iniquidades acima expostos, que, como consequência, contribuem para a desestruturação dos órgãos responsáveis pela efetivação do direito social.

vi) Há uma explosão da judicialização da saúde nos últimos cinco anos, conforme relatórios anuais confeccionados pelo CNJ que demonstraram uma verdadeira quintuplicação do número de ações pendentes de julgamento no período de 2011 a 2016. Alia-se ainda a isso a tímida postura do Poder Judiciário em analisar as competências e atribuições de cada ente federativo nas ações e serviços públicos de saúde, concedendo, em sua maior parte, liminares e sentenças indiscriminadas, que além de contribuir para a descoordenação administrativa no fluxo das ações e serviços públicos de saúde, retroalimentam novas demandas, pelo fato de as tutelas nem sempre serem efetivadas.

Até o momento não há uma sentença de natureza estrutural, tampouco dialógica, proferida pelo STF, mas apenas diretrizes estabelecidas pelo Excelso Pretório na STA175/CE, que ao menos tentam racionalizar as decisões em matéria de saúde. Na ocasião, dividiram-se as demandas nos seguintes pontos: *i*) casos em que a política pública não é executada; *ii*) casos em que a política pública é inadequada; e *iii*) casos em que não há política pública definida. Com essas balizas, entendeu-se que, se o tratamento for experimental, por faltar evidência científica, não estará presente na política pública, e também não poderá ser

concedida a tutela. No caso em que não esteja registrado na ANVISA, via de regra, não poderia ser concedido o pedido, a não ser que houvesse prova de comprovação científica da eficiência do tratamento. Ressaltou-se ainda no julgamento que se devem priorizar os tratamentos terapêuticos alternativos presentes nas políticas públicas do SUS.

O STF consignou que o julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, e após seu juízo de ponderação, pode conceder tutelas individuais para efetivar o direito, ou seja, permaneceu ainda a possibilidade de decisões indiscriminadas. Contudo, o CNJ vem envidando esforços para racionalizar a judicialização a fim de garantir o direito à saúde, como na Resolução nº 107/2010 e na Recomendação nº 36/2011. Entretanto, comprovou-se que muitos juízes nem sequer mencionam os requisitos traçados na STA 175/CE, o que contribui para decisões indiscriminadas e para a retroalimentação do sistema de judicialização, como já explicado.

A dissertação mostrou ser possível o fortalecimento do processo de desjudicialização de saúde no Brasil. Foram revelados os RE 657.718/MG e RE 566.471/RN, com julgamento em trâmite e em conjunto no Excelso Pretório, ambos de relatoria do ministro Marco Aurélio. O primeiro recurso discute a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na ANVISA, enquanto o segundo discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Contudo, tais recursos não discutirão a (re)formulação da política pública de saúde em sua totalidade, já que nem sequer foi proposta até a presente data, inclusive de ofício pelo próprio relator, uma nova audiência pública para tratar de sensível questão, como a oitiva de órgãos e entidades, técnicos administrativos, legislativos e judiciais, e principalmente das associações que representam o destinatário das políticas públicas, o cidadão. Ademais, os recursos atêm-se tão só ao pedido de medicamentos, não albergando as demais ações e serviços públicos de saúde, como cirurgias, exames, consultas, órteses, próteses e insumos, que devem ser levados em conta na rediscussão da política pública.

Sinalizou-se que uma postura estrutural e dialógica por parte da Suprema Corte pode ser tomada, pois, como fora visto, há possibilidade de utilização da técnica de decisão do estado de coisas inconstitucional, através da ADPF e do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, podendo ainda ser utilizada a reclamação constitucional em casos de descumprimento da decisão do STF, em sede da ADPF, ou tese de repercussão geral firmada.

Revelou-se também que as ações coletivas, notadamente as civis públicas, não possuem em sua grande maioria caráter estrutural, mas sim condenatório, para que o ente forneça uma ação ou um serviço de saúde. Mesmo que seu pedido fosse estrutural, não teria o condão de resolver o problema na origem da política pública de saúde, pois, como bem se abordou em toda a dissertação, a referida política pública nacional deve passar por uma reformulação generalizada nos pontos indicados – modelo de sistema, financiamento e estrutura organizacional – coadunando-se com o federalismo brasileiro e suas marcas centralizadoras na arrecadação e na normatividade.

Apontou-se ainda a fragilidade do argumento de que eventual acordo em juízo entre as partes litigantes na ação civil pública para a formação de fluxo visando à viabilidade da ação ou serviço de saúde vindicado supriria o instituto estrutural colombiano, pois permanecerá em vigor a fracassada política pública de saúde nacional existente, aparentando-se assim apenas como um paliativo e não como um verdadeiro remédio estrutural que cura a doença na origem. Tanto é que, a título de exemplo, muitos dos acordos judiciais e TACs firmados são rotineiramente descumpridos sob a justificativa financeira e orçamentária (além de política), principalmente devido à impossibilidade legal de remanejamento orçamentário, impedimento inexistente no ECI, que permite, além da reformulação da política pública, a (re)alocação orçamentária.

Exemplificou-se que com a ADPF nº 347, o STF mostra-se simpático à recepção da técnica de declaração do estado de coisas inconstitucional, admitindo que, ao menos no sistema carcerário, há entraves político-institucionais e problemas estruturais que geram violações massivas e sistêmicas de direitos fundamentais dos presidiários, setor que, conforme entendem os ministros, encontra-se sub-representado pelos parlamentares.

Contudo, não se pode afirmar que a Suprema Corte adotou materialmente a teoria do estado de coisas inconstitucional no setor prisional, já que não adotou as medidas estruturais e democráticas típicas da teoria colombiana, pois ao deferir dois pedidos cautelares, não os monitorou, não tendo aberto autos de seguimento ou acompanhamento para verificação do cumprimento de sua decisão; tampouco convocou audiência pública para debater a situação carcerária nacional.

Verificou-se não apenas a declaração formal do estado de coisas inconstitucional no setor, mas a incorporação material da teoria pela Suprema Corte brasileira, através de: *i*) decisões que reconheçam a exigibilidade do direito à saúde e sua aplicação direta e imediata; *ii*) ordens estruturais moderadas que deixam o mérito da política pública e suas adequações para os poderes legitimamente competentes e à própria sociedade participante no debate; e *iii*)

um monitoramento forte das decisões emanadas, a partir de mecanismos participativos, com deliberação democrática através de audiências públicas, informes de progresso e decisões sobre acompanhamento, a fim de que se extirpe o estado de inconstitucionalidade vigente.

Enalteceu-se a importância dos efeitos indiretos e simbólicos das decisões dialógicas, inclusive no setor da saúde pública, que auxiliam na transformação da opinião pública sobre os problemas calamitosos existentes, incentivando a formação de coalizões de ativistas a fim de influenciar as questões levantadas, para, mediante o debate democrático, fazer cessar as deficiências institucionais e estruturais do Estado e os bloqueios políticos, e ajudar na formulação e na (re)adaptação do plano da nova política pública nacional de saúde adotada.

Diante do cenário apresentado, conclui-se que se deve rediscutir o SUS e reformular de forma sistêmica a política pública de saúde, com enfoque na análise da manutenção, ou não, do modelo de acesso gratuito, bem como na tentativa de alinhamento tanto da estrutura descentralizada do SUS quanto de seu subfinanciamento, tomando como base o federalismo centralizado brasileiro, a fim de adequar-se à nova realidade social do país.

Para isso, e em respeito à cláusula da separação dos poderes, aconselhável que o STF, quando instado, adote materialmente a teoria do estado de coisas inconstitucional, emanando ordens estruturais, privilegiando os remédios dialógico-estruturais e monitorando o cumprimento da decisão, a fim de que as entidades dos três poderes da República, responsáveis pela política de saúde, analisem, reformulem e implantem a nova política pública, com participação social e democrática, principalmente dos usuários do SUS, população diretamente afetada, visando, senão a extirpação do estado de inconstitucionalidade vivenciado, ao menos a redução da judicialização vigente e à concretização do direito à saúde em sua maior medida possível.

REFERÊNCIAS

Livros

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: A proteção do Direito à Saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. 3ª Tiragem São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde. Práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 140.

ARANGO, Rodolfo. *La Jurisdicción Social de la Tutela*, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Orgs.). **La Protección Judicial de los Derechos Sociales**. Ministerio de la Justicia e Derechos Humanos: Quito/Ecuador, 2009. p. 301-320.

ARGÁEZ, Carlos Caballero. *Introducción*. In BERNAL, Óscar; GUTIÉRREZ, Catalina (Orgs.) **La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones**. Bogotá: Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno, Ediciones Uniandes, 2012. p. 1-10.

BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: Canotilho, JJ Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.91-96.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodvim, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUTIERREZ, Catalina; ACOSTA, Olga Lucia; ALFONSO, Eduardo Andrés. *Financiación de la Seguridad Social en Salud: Fuentes de recursos y su administración. Problemas y alternativas*. In: BERNAL, Oscar; GUTIERREZ, Catalina (orgs). **La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones**. Bogotá: Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno, Ediciones Uniandes, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. O federalismo cooperativo de *execução* como modelo para o Estado Social brasileiro. In: COPETTI NETO, Alfredo; LEITE George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Dilemas na Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.201-220.

_____. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque *et al* (Orgs.) **O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos** – vol. 2. Recife: UFPE, 2012, p. 135-179.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo. *Desarrollo, derechos sociales y políticas publicas*. In: PÉREZ MURCIA, L.E.; Uprimny, Rodrigo Yepes; RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar. **Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas**. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, IDEP. Colección ensaios y propuestas. Ediciones Antropos. Primera edición. Bogotá, julho de 2007, p. 53-96. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/idep/20151026044645/DerechosSociales.pdf>> Acesso em: 19 jul.2017.

PEREZ, Luis Eduardo; UPRIMNY, Rodrigo Yepes; RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, IDEP. Colección ensaios y propuestas. **Ediciones Antropos**. Primera edición. Bogotá, 2007

RAMELLI, Alejandro. *Procedencias de la acción de tutela para hacer efectivas las medidas cautelares decretadas por la comisión interamericana de derechos humanos: ¿hacia un estado de cosas inconstitucional?* In: **V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los Procesos ante las Jurisdicciones Constitucionales y de lo Contencioso Administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 750p.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

REY, Tatiana Andia; SCOBIE, Juan Manuel González. *La arquitectura institucional del sistema de salud colombiano: una mirada a la Ley 100 y normas posteriores*. In: BERNAL, Oscar; GUTIERREZ, Catalina (orgs). **La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones**. Bogotá: Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno, Ediciones Uniandes, 2012.

RIVERA RUGELES, Juan Camilo. *Control judicial y modulación de fallos de tutela*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*. In: *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones, Uniandes. 2010.

_____. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Tradução de Carlos Morales de Setián Ravina. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. Disponível em: < https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf>. Acesso em: 12 jan.2017.

_____. O impacto do novo constitucionalismo: os efeitos dos casos sobre os direitos sociais na América Latina. In: **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade - aprendendo desde o sul**. Belo Horizonte, Ed. Fórum. 2015.

_____; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Colección de Justicia, 2010. Disponível em: < https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, L.B. (Orgs.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M.; PIOLA, S. F. Financiamento e alocação de recursos em saúde no Brasil. In: GEOVANELLA, L. et al (org.). **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012. p. 395-425

UPRIMNY, R. *Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: Promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas*. In: **Debate a la Constitución**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativo y Universidad Nacional de Colombia, 2002

_____. *Corte constitucional y emancipación social en Colombia*. Em B. de Sousa & M. García-Villegas, **Emancipación social y violencia en Colombia**. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Norma. 2004.

VELASCO, Nubia; BARRERA, David; AMAYA, Ciro. *Logística hospitalaria: lecciones y retos para Colombia*. In BERNAL, Óscar; GUTIÉRREZ, Catalina (Orgs.) **La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones**. Bogotá: Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno, Ediciones Uniandes, 2012. p. 309-344.

Artigos

AITH, Fernando. A Saúde como Direito de Todos e Dever do Estado: O Papel dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde no Brasil. In: Aith et al (Orgs). **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível**. Belo Horizonte : ESP-MG, 2010

ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo Perspec.**, São Paulo , v. 18, n. 2, p. 17-26, Jun. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 set. 2017.

ASENSI, Felipe Dutra .Responsabilidade solidária dos entes da federação e “efeitos colaterais”no direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.16 n.3, p. 145- 156, nov. 2015/fev. 2016

_____ et al. Judicialização, direito à saúde e prevenção. **RECIIS – Rev Eletron de Comun Inf Inov Saúde**. 2015 jan-mar; 9(1).

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. **CEPAL**. Escritório no Brasil/IPEA, n.32, 2011, 40p.

BANDIERA, O. et al. *Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment*. **American Economic Review**, 2009. n.99 1278-1308p.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. **Net**, jan.2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 02 de junho de 2016. 2009

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In **Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32.

BERGALLO, Paola. *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*. In: **Seminario Latinoamericano de Derecho**

Constitucional - SELA 2005. Disponível em:

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=yls_sela>.

Acesso em: 23 jul.2017.

BLACIO AGUIRRE, Galo Stalin. *La Acción de Tutela en Colombia*. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 99, abr.2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11418>.

Acesso em: fev. 2017.

BUCCI, M.P. Dallari. et alli. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos e políticas públicas. São Paulo, **Pólis**, 2001. 60p.

CABALLERO, Jackeline S.; FERNÁNDEZ, Andrea R. *Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente*. **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores**, 18,35, p.121-134, 2015.

CAMBI, Eduardo, “Normas gerais e a fixação da competência concorrente na Federação brasileira”. **Revista de Direito Processual Civil**, n. 92, abr./jun., 2000.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa. **Revista Direito Público**, v.8, n.42, 2011. Disponível em:

<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1124/1138>. Acesso em: 21.1.2016.

_____. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor jurídico**. Set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> > Acesso em: jul. 2016.

CHAGAS, V.O.; PROVIN, M.P, AMARAL, R.G. Demandas judiciais para acesso às ações e aos serviços de saúde: uma revisão integrativa. **Revista Varia Scientia – Ciências da Saúde**, Volume 2 – Número 1 – Primeiro Semestre de 2016.

CHINCHILLA, T. E. *Introducción a la Teoría Constitucional Colombiana*. **Revista Estudios de Derecho**, 49(117-118). Antioquia. 1991. p.7-28

COCK, Vanessa Suelte. "EL ESTADO DE COSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD 1.pdf" In: *20 años de la Constitución colombiana*. Colômbia, 2012. Disponível em:<

<http://works.bepress.com/vanessa-sueltecock/4/>>. Acesso em 20 fev. 2017

COELHO, T. C. B.; SCATENA, J. H. G. Financiamento do SUS. In: PAIM, J. S.; ALMEIDA-FILHO, N. (Org.). **Saúde Coletiva: teoria e prática**. Rio de Janeiro: MedBook, 2014. p. 271-286.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. tema em debate / **ARGUMENTR. Dir. sanit.**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 77-81, mar./jun. 2013

DIAS, Lidiane Nazaré da Silva; LAURINHO, Icaro Saraiva. Corrupção e Ineficiência nos Processos Licitatórios da Saúde Pública Brasileira: um enfoque nos dados da CGU. X

Seminário UFPE de Ciências Contábeis. In: **Anais do Congresso UFPE de Ciências Contábeis**. Recife, 2016.

EIDE, Asbjorn & ROSAS, Allan. "**Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge**". In: A. Eide et al., 1995.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Modelos de legislativo: o legislativo brasileiro em perspectiva comparada. *Plenarium*, Brasília, ano 1, n. 1, nov. 2004, , p. 41-56.

FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán; SUAREZ LOPEZ, Beatriz Eugenia; RINCON VILLEGAS, Adriana. *Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011*. **Civilizar**, Bogotá , v. 14, n. 27, dec.2014, p. 41-64.

GARCIA JARAMILLO, L. *Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional*. **Estudios de Derecho**, Antioquia, v. 68, n.152, 2011, p. 79-112. Disponível em: <<https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/11380>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. EL JUEZ CONSTITUCIONAL: UN ACTOR DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. **Rev.econ.inst.**, Bogotá , v. 15, n. 29, p. 67-102, Dec. 2013 . Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962013000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 fev. 2017.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. “*La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del Juez Constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado estado de cosas inconstitucional*. In: *Estudios Constitucionales*, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, ano 1, n. 1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2003. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_01.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. *La función creadora del Tribunal Constitucional*. **Revista Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, volume 32, número 92, 2011. Disponível em:<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2959/2603>> . Acesso em: 18 ago.2017.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF>> Acesso em: 02 de junho de 2016.

MACHADO, José Angelo; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Entre cooperação e centralização: Federalismo e políticas sociais no Brasil Pós-1988. **Revista brasileira de Ciências Sociais.**, São Paulo , v. 30, n. 88, p. 61-82, June 2015 . Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092015000200061&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 set. 2017.

MARTÍNEZ, Julian Tole. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. Cuestiones Constitucionales*, Cidade do México n. 15, 2006, p. 285.

MEDINA, Diego López. *El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina. In: Courtis, Christian; Santamaría, Ramiro Ávila. La protección judicial de los derechos sociales. Quito: Serie justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.*

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Rev. TST*, Brasília, vol. 78, n.1, jan/mar 2012.

NEME, Eliana Franco. O federalismo como sistema de proteção dos direitos fundamentais. UFSC. Florianópolis. *Revista Sequência*, n. 55, p. 95-118, dez. 2007

PAEZ, N.A.R. *La doctrina del estado de cosas inconstitucional em Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “ la inconstitucionalidade de la realidad.” Derecho Público Iberoamericano*, Bogotá, n.1, p.243-264, out. 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição *Revista Juris Poiesis*. Rio de Janeiro ano 18, n° 18, jan-dez.2015.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo , v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso>. access on 24 Nov. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452004000100003>.

_____. Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *redesg / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global* – www.ufsm.br/redesg v. 3, n. 1, jan.jun/2014. p.76-101.

RODRÍGUEZ CELY, Angelica María. *Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. VieI, Universidad Santo Tomás, Bogotá, D. C, v. 9, n. 2, jul./dez. 2014, p. 135-175. Disponível em: <<http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2438>>. Acesso em: 12 jul.2017.*

SANABRIA, Clara Aleida Prada; CHAVES, Sônia Cristina Lima. Alternativas e clima político na formulação do sistema de saúde colombiano (Lei 100). *Saúde debate*, Rio de Janeiro , v. 38, n. 100, p. 35-49, Mar. 2014 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-

11042014000100035&lng=en&nrm=iso>. access on 09 Mar. 2017.
<http://dx.doi.org/10.5935/0103-104.20140003>.

SILVA, Alessandra Ximenes da. A reforma sanitária brasileira na contemporaneidade: resistência ou consenso. **Rev. katálysis**, Florianópolis , v. 17, n. 2, p. 159-166, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802014000200159&lng=pt&nrm=iso>. Acesso: em 27 set. 2016.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho contitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba , n. 24, p. 105-121, Junho 2005 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 set. 2017.

SOUZA, Georgia Costa de Araújo; COSTA, Iris do Céu Clara. O SUS nos seus 20 anos: reflexões num contexto de mudanças. **Saude soc.**, São Paulo , v. 19, n. 3, p. 509-517, Sept. 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902010000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 mar. 2017.

STRECK, Lenio. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 18 out. 2016.

TORRES, Ximena Espinosa. *El derecho fundamental a la salud en Colombia: base teórica y jurisprudencial*. **SABER, CIENCIA Y Libertad**. Cartagena, vol.8, n.1. mai.2013, p. 45-59.

Documentos

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. Advocacia-Geral da União – AGU. Consultoria Jurídica – Ministério da Saúde. **Intervenção judicial na saúde pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. Brasília, 2013a. Disponível em:<<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2017: ano-base 2016/** Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

_____. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 22 ago.2017.

_____. **FIOCRUZ – FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030:** diretrizes para a prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2012.

_____. **Ministério da Saúde (MS). Conselho Nacional de Saúde.** Resolução CNS nº 551/2017. Brasília, 2017. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. **Ministério da Saúde (MS).** Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça:** um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: 2005.

_____. **Ministério da Saúde. Conselhos de saúde :** a responsabilidade do controle social democrático do SUS / Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. – 2. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2013b.28 p

_____. **Ministério da Saúde. Financiamento público de saúde.** Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde – Brasília : Ministério da Saúde, 2013c. Série Ecos – Economia da Saúde para a Gestão do SUS ; Eixo 1, v. 1. 124 p.

_____. **Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).** 3º Ciclo do Programa de Fiscalização em Entes Federativos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/programa-de-fiscalizacao-em-entes-federativos>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADI nº 1698. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 25 fev. 2010, DJe 16 abr. 2010

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF 45, Brasília, rel. min. Celso de Mello, j: 29-04-2004, Plenário, DJE de 04-05-2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 23 ago.2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF 347, Brasília, rel. min. Marco Aurélio. Data da publicação no DJE e no DOU: 14 set. 2015. Info 798. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** AI 550.530 AgR, Brasília, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 16-8-2012. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2305897>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública:** saúde. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** RE 271.286 AgR, Brasília, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1820623>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 855.178-RG, Brasília, rel. min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, *DJE* de 16-3-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4678356>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STA 175, Brasília, rel min. Gilmar Mendes, j: 17-03-2009, Plenário, *DJE* de 30-04-2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693> Acesso em: 23 ago 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 657718/MG e RE 566471/RN, Brasília, rel. min. Marco Aurelio Mello, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

CFM, 2014. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentao-integrada-folha203.pdf>. Acesso em: 22 out. 2016.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Cosa Juzgada Constitucional* – C-463. Bogotá. Relator: Ministro Jaime Araújo Rentería. 2008. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-463-08.htm>>. Acesso em: 24 ago.2017.

_____. *Sentencia de Tutela* -T -153. Bogotá. Relator: Ministro Eduardo Cifuentes Muñoz. 1998. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 17 jul.2017

_____. *Sentencia de Unificación* – SU-111. Bogotá. Relator: Ministro Eduardo Cifuentes Muñoz. 1997. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU111-97.htm>>. Acesso em: 23 ago.2017.

_____. *Sentencia de Unificación* – SU-480. Bogotá. Relator: Alejandro Martínez Caballero. 1997. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU480-97.htm>>. Acesso em: 23 ago.2017.

_____. *Sentencia de Tutela* – T-002. Bogotá. Relator: Ministro Alejandro Martinez Caballero. 1992. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.htm>>. Acesso em: 23 ago.2017.

_____. *Sentencia de Tutela* – T-406. Bogotá. Relator: Ministro Ciro Angarita Baron. 1992. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>>. Acesso em: 23 ago.2017.

_____. *Sentencia de Tutela* – T-760. Bogotá. Relator: Ministro Manuel José Cepeda Espinosa. 2008. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-760-08.htm>>. Acesso em: 24 ago.2017.

_____. *Sentencia de Tutela –T- 025*. Bogotá. Relator: Ministro Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1030-03.htm>>. Acesso em: 25 jul.2017.

_____. *Sentencia de Tutela –T- 1030*. Bogotá. Relatora: Ministra Clara Inés Vargas Hernández. 2003. Disponível em : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 15 jul.2017

_____. *Sentencia de Unificación – SU-043*. Bogotá. Relator: Ministro Fabio Moron Diaz. 1995. Disponível em : <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1995/SU043-95.htm>>. Acesso em: 23 ago.2017.

_____. *Sentencia de Unificación –SU- 090*. Bogotá. Relator: Ministro Eduardo Cifuentes Muñoz. 2000. Disponível em : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/SU090-00.htm>>. Acesso em: 17 jul.2017.

_____. *Sentencia de Unificación –SU- 559*. Bogotá. Relator: Ministro Eduardo Cifuentes Muñoz. 1997. Disponível em : < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 15 jul.2017.

_____. *Defensoría del Pueblo. La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014*. Bogotá: Defensoria del Pueblo. 2015. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>> Acesso em: 26 ago.2017.

DATAFOLHA, 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1693244-para-6-em-cada-10-brasileiros-saude-no-pais-e-pessima.shtml>. Acesso em: 24 jan. 2016.

ESTADÃO, 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/70-dos-desvios-nas-cidades-afetam-a-saude-e-a-educacao/>. Acesso em: 31 jan. 2018.

EL TIEMPO. *Recursos de la salud para cada colombiano aumentarán 8,2 % en el 2017.*, Bogotá, 21 dez. 2016. Disponível em: < <http://www.eltiempo.com/vida/salud/recursos-para-la-salud-aumentan-en-2017-40326>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO, 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1359587-corrupcao-na-saude-e-a-pior-diz-colunista-veja-casos-de-desvios-milionarios-do-sus.html>. Acesso em: 22 fev.2018.

GOMES, Fábio de Barros Correia. **Consultoria Legislativa: Agenda de saúde em tramitação na câmara dos deputados em janeiro de 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema19/2016_392_agenda-de-saude-em-tramitacao-na-cd_fabio-barros-correia-gomes. Acesso em: 15 mar. 2018.

HOJE EM DIA, 2016. Disponível em: <http://hojeemdia.com.br/primeiro-plano/corrupt%C3%A7%C3%A3o-corr%C3%B3i-a-sa%C3%BAde-e-inviabiliza-atendimento-em-hospitais-e-upas-1.395849>. Acesso em: 03 fev.2018.

PEÑA, Gabriel Bustamante. *Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas*. 2011. 103 f. Dissertação (Mestrado em Estudos Políticos) – *Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá*.

Disponível em: <

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/1617/BustamantePenaGabriel2011.pdf;jsessionid=24D130337396B66194AB453B6001BC5F?sequence=1>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

PIOLA, SF., et al. Estruturas de financiamento e gasto do sistema público de saúde.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**: estrutura do financiamento e do gasto setorial [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013a. Vol. 4. pp. 19-70. ISBN 978-85-8110-018-0. Available from SciELO Books .

_____ et al. **Financiamento Público da Saúde**: uma historia a procura de rumo. Texto para Discussão. IPEA: Brasília, 2013b. Disponível em:

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf. Acesso em: 12 set. 2017.

SEGATTO, Cristiane. **O paciente de R\$ 800 mil**. *Época*, 16 mar. 12. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em 25 set. 2017.