



Igor Marques

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E DIREITO
À SAÚDE:**

**Análise da jurisprudência do STF sobre a
aplicabilidade do ECI no âmbito do direito à Saúde**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação do
Professor Adriano
Ferreira da Silva.**

**SÃO PAULO
2023**

"O papel do Brasil é o da fraternidade universal. Nós não viemos aqui para ser potência hegemônica de nada. Nós somos potência solidária, com o potencial de todas as nações." - Gilberto Gil

Agradecimentos

Agradeço às minhas mães, Susete e Lucinete, que tornaram minha vida possível. Tudo o que realizo sempre será dedicado e agradecido a vocês. Quando as olho, vejo aqui um paraíso para todos que são justos. Graças a vocês, é por esse mundo que eu luto.

Agradeço à Ana Cleide, Fidalgo e Guilherme, que lutaram todas as batalhas comigo em absoluta lealdade. O tempo que abdiquei de estarmos juntos no nosso último ano de graduação para que essa pesquisa fosse realizada não retrocede. O preço foi alto. Apesar disso, seguiram firme em me encorajar, auxiliar no que fosse possível, e principalmente, me fizeram lembrar que a vida vale a pena ser vivida. São verdadeiros amigos.

Agradeço ao Wendel, pelas complexas conversas, risadas e valiosa companhia. Como Caetano e Gil, unidos sempre!

Agradeço à Maria Clara, mulher que escolhi para partilhar o caminhar da vida. Todas as palavras de conforto e noites em claro fizeram a ponte para que eu pudesse alcançar essa conquista.

Agradeço à Priscilia Sparapani, professora da graduação que sempre investiu no meu aprimoramento acadêmico, e que me indicou a Escola de Formação.

Agradeço à Mariana Vilella e à SBDP, pela oportunidade de experienciar a Escola de Formação, que me ensinou a abrir o coração para novas ideias no Direito, e que é perfeitamente possível concordar com a discordância. O processo de educação é lento, mas a recompensa é inquestionável. Foi uma honra aprender com vocês!

Agradeço à Lívia, minha tutora, por guiar a aventura pela Escola de Formação e tornar o processo mais ameno. Seus conselhos acadêmicos jamais serão esquecidos.

Agradeço ao Adriano, meu orientador, pelo esforço conjunto para realizar esse trabalho. Seu aconselhamento me permitiu contribuir para a academia com um método de pesquisa totalmente novo para mim.

A todos vocês, dedico as palavras de Guimarães Rosa:

“Os outros, conheci por ocioso acaso. A vocês, vim encontrar porque era preciso.”

Por fim, agradeço a você, caro leitor, que dedicou seu tempo para essa leitura.

Muito obrigado!

Resumo

Essa monografia teve como objetivo identificar se o Supremo Tribunal Federal - STF já reconheceu o instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais no âmbito do direito à saúde, e, sob essa hipótese, se o reconhecimento ocorreu nos mesmos moldes da ADPF 347 MC, primeira ação na Corte a tratar desse instrumento. Para realização da pesquisa, a metodologia adotada foi a análise de jurisprudência, o que permitiu a análise qualitativa de dois acórdãos, a partir de critérios fixados para responder as questões de pesquisa propostas no presente estudo.

Concluída a análise, o resultado foi ambivalente: Formalmente, as decisões não reconhecem o Estado de Coisas no direito à saúde. No entanto, ao examinar o conteúdo dos votos, verificou-se que houve considerações sobre a possibilidade de reconhecimento do instituto no âmbito da saúde, especialmente na época da situação pandêmica do Covid-19. Na ocasião, o STF utilizou as mesmas premissas estabelecidas pelo Tribunal ao julgar a ADPF 347 MC. Assim, a principal conclusão deste estudo foi que o Estado de Coisas Inconstitucionais pode vir a ser reconhecido na tutela do direito fundamental à saúde, embora este reconhecimento ainda não tenha formalmente ocorrido nas decisões do Tribunal.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucionais; Supremo Tribunal Federal; Saúde; Direitos Fundamentais.

Lista de tabelas e figuras

Tabela 1. Resultado preliminar dos acórdãos através do site do Supremo Tribunal Federal. Fonte: Elaboração própria.

Tabela 2. Resultado definitivo dos acórdãos através do site do Supremo Tribunal Federal. Fonte: Elaboração própria.

Figura 1. Resultado geral da análise dos acórdãos. Fonte: Elaboração própria.

Figura 2. Resultado geral da análise dos acórdãos. Fonte: Elaboração própria.

Figura 3. Resultado geral da análise dos acórdãos. Fonte: Elaboração própria.

Lista de abreviaturas

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

RE – Recurso Extraordinário

MC – Medida Cautelar

LPI – Lei de Propriedade Industria

SUS – Sistema Único de Saúde

Sumário

1. Considerações Iniciais.....	9
1.1. Introdução	9
1.2. Justificativa	11
1.3. Objetivos e perguntas da pesquisa	13
1.4. Subperguntas da pesquisa	13
2. Metodologia	16
2.1. Critérios de análise preliminar	16
2.2. Critério do Órgão Julgador	17
2.3. Critério material.....	17
2.4. Critério de Classe Processual.....	17
2.5. Critério temporal.....	18
2.6. Critério terminológico e resultado preliminar.....	18
2.7. Fixação à expressão Estado de Coisas Inconstitucional	18
2.8. Decisões a serem analisadas	22
2.9. Metodologia de análise.....	22
2.10. Análise da ADPF nº 347 MC.....	23
2.11. Fichamento das decisões identificadas.....	24
3. Análise de resultados.....	26
3.1. Análise Subsidiária da ADPF 347 MC – Parâmetros Doutrinários e Jurisprudência Internacional.....	26
3.2. Análise geral dos acórdãos.....	35
3.3. ADPF 822.....	37
3.4. ADI 5529	49
4. Considerações finais	62
Referências bibliográficas.....	67
Anexos	69

1. Considerações Iniciais

1.1. Introdução

O direito à saúde encontra amparo legislativo claro no ordenamento maior, o qual rege os chamados direitos fundamentais e sociais nela contidos, conforme demonstra na Constituição Federal art. 196 de 05 de outubro de 1988:

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.

Apesar da salvaguarda proporcionada pelo texto constitucional, na prática, a teoria não se materializa. No Brasil, a responsabilidade pela manutenção e eficiente provimento desse bem jurídico recai sobre o Sistema Único de Saúde (SUS). Este constitui um intrincado sistema de saúde pública, composto pelo Ministério da Saúde, Estados e Municípios, conforme preconiza a Carta Magna¹. O alcance do SUS abrange desde simples atendimentos médicos até transplantes de órgãos, visando assegurar acesso integral, universal e gratuito a toda a população do país.

Com sua implementação, buscou-se permitir o acesso universal ao sistema público de saúde, sem qualquer forma de discriminação. A atenção integral à saúde, indo além dos meros cuidados assistenciais, tornou-se, de fato, um direito de todos os brasileiros, focalizando a busca por qualidade de vida, prevenção e promoção da saúde. Ou ao menos assim deveria ser.

Em verdade, os desafios enfrentados pelo SUS não são desconhecidos. Desde a morosidade no atendimento até a escassez de profissionais e insumos, diversos obstáculos prejudicam a prestação de serviços médicos, sendo consequências da conjuntura nacional marcada por crises econômicas

¹ Art. 9 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990: "A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I - No âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II - No âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente".

e políticas no Brasil². A realidade é clara: conviver com a espera por atendimento médico tornou-se caótico para milhares de pacientes dependentes desse sistema.

O ano de 2020 testemunhou a emergência de uma crise sanitária global, exacerbando ainda mais o quadro apresentado. O colapso pandêmico desencadeado pela COVID-19 evidenciou as deficiências do sistema de saúde, resultando em um aumento alarmante no número de mortes, que já era elevado por si só³. E mesmo após o término da pandemia, o SUS persiste em seu estado de inércia, incapaz de apresentar melhorias significativas em sua função primordial: fornecer saúde pública a todos os brasileiros⁴.

Frente a esse contexto fático, adentra-se ao conceito do Estado de Coisas Inconstitucionais.

A denominação "Estado de Coisas Inconstitucional" foi cunhada pela primeira vez em 1997, por meio da Sentença de Unificação (SU) 559, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia. Naquela ocasião, a controvérsia centrou-se na aplicação dos direitos previdenciários aos professores colombianos, evidenciando um quadro invocava a necessidade de proteção de seus direitos fundamentais.

Anos mais tarde, o conceito foi revisitado em contextos distintos, abordando a problemática penitenciária no país em 1998, bem como o deslocamento forçado de pessoas decorrente das ações de grupos armados

² AMARAL, Marina. Aumento de mortalidade no país está diretamente ligado a corte de verbas no SUS, *Publica*, 14 de novembro de 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2019/11/aumento-de-mortalidade-no-pais-esta-diretamente-ligado-a-corte-de-verbas-no-sus/>

³ SILVA, Camila Rodrigues da. MANZANO, Fábio. Mortes na fila por um leito de UTI, falta de insumos e funerárias sem férias: os sinais do colapso na saúde brasileira, *G1*, 20 de março de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/20/mortes-na-fila-por-um-leito-de-uti-falta-de-insumos-e-funerarias-sem-ferias-os-sinais-do-colapso-na-saude-brasileira.ghtml>

⁴ PAGNO, Marina. Fila do SUS tem mais de meio milhão de pessoas à espera de cirurgias eletivas em 16 estados e no DF, *G1*, 30 de abril de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2023/04/30/fila-do-sus-tem-mais-de-meio-milhao-de-pessoas-a-espera-de-cirurgias-eletivas-em-16-estados-e-no-df.ghtml>

em 2004. Esses precedentes viabilizaram a aplicação e relevância do Estado de Coisas Inconstitucional no contexto jurídico colombiano.

A tese do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) chega ao Brasil para ser discutida no STF, através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, proposta em 27 de maio de 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)⁵.

Nessa hipótese, o ECI alcança o STF como uma possível ferramenta para enfrentar a constante reincidência de atos comissivos e omissivos do poder público, o qual, na arguição em questão, pretendeu-se o reconhecimento do instituto de ECI no sistema penitenciário brasileiro. Segundo o PSOL, o cenário fático do sistema carcerário é incompatível com a Constituição Federal, já que há ofensa sistemática de diversos preceitos fundamentais, observadas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Ocorre que, no ano de 2015, o julgamento limitou-se tão somente a apreciar a procedência da medida cautelar da aludida ADPF, postergando a análise do mérito. Contudo, ao conceder a cautelar, a Suprema Corte reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucionais na realidade carcerária, acolhendo a nova tese proposta.

Assim, no decorrer desta análise, será demonstrada a recepção do Estado de Coisas no Brasil, bem como se esse instrumento foi utilizado no campo da saúde, a partir das decisões sobre o tema no Supremo Tribunal Federal.

1.2. Justificativa

Uma das principais peculiaridade sobre o Estado de Coisas é a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal determinar a cooperação institucional entre os três poderes, com vista a sanar um quadro de inconstitucionalidades.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015.

Trata-se de uma tese que busca possibilitar à Corte Constitucional *“retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados”*⁶.

Por meio desse instrumento, os cidadãos submetidos a violação sistemática de preceitos fundamentais podem buscar a tutela do Poder Judiciário, a fim de garantir o devido exercício de seus direitos constitucionais.

Embora o instituto tenha ficado famoso no âmbito do sistema carcerário brasileiro, com o julgamento da ADPF 347, não são apenas os presídios brasileiros que vivem em situação de precariedade.

Como mencionado anteriormente, a garantia ao direito universal à saúde também sofre diversos desafios no Brasil. As consequências deste cenário também implicam a violação sistemática de preceitos fundamentais, o que indica, ao menos em tese, a possibilidade de o Estado de Coisas Inconstitucionais ser reconhecido no âmbito da saúde.

Assim, a relevância dessa pesquisa é pautada pela busca em contribuir discussão acadêmica sobre a temática do Estado de Coisas Inconstitucionais, examinando a questão na jurisprudência do STF especificamente sobre o direito fundamental à saúde.

Por fim, o fato de na época somente ter sido apreciada a medida cautelar da ADPF 347 sem o julgamento do mérito, invocou o questionamento sobre isso ser um impeditivo para que o instituto alcance outras áreas que não possuam relação direta com o Direito Penal. Hoje, têm-se o mérito definitivo da matéria, vide o julgamento ocorrido em 04/10/2023⁰, onde o Tribunal determinou uma série de medidas a serem tomadas pelo Poder público, firmando a introdução desse mecanismo no Brasil através da referida ação, buscando tutelar os bens jurídicos vinculados especificamente aos encarcerados.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p.31.

1.3. Objetivos e perguntas da pesquisa

Como objetivo principal, a pesquisa analisará se o Supremo Tribunal Federal já considerou a tese do Estado de Coisas Inconstitucionais no âmbito do direito à saúde.

Para tanto, foi elaborada a seguinte questão de pesquisa:

Há decisões proferidas pelo STF em que o Estado de Coisas Inconstitucionais foi reconhecido no âmbito específico do direito à saúde?

Essa pergunta deverá guiar esse estudo para alcançar o objetivo principal da pesquisa. Através da análise da jurisprudência do Tribunal, buscase identificar a existência de decisões colegiadas em que a Suprema Corte reconhece ou não a tese do ECI, em relação à saúde pública no Brasil.

Considerando que a tese já aparece com volumosa presença na ADPF 347, a análise buscará, a partir das premissas pedagógicas estabelecidas nesta decisão, identificar se o instituto já foi reconhecido em outra área do direito que não o penal.

Em caso positivo, também se buscará identificar de que forma sua aplicação se caracteriza em tais situações, conforme será mais bem detalhado no tópico a seguir.

1.4. Subperguntas da pesquisa

A fim de alcançar o objetivo principal, algumas subperguntas foram elaboradas. Elas deverão ser respondidas ao longo da pesquisa, visando estruturar o caminho para elaboração da análise das decisões judiciais que serão coletadas.

Cinco subperguntas foram definidas para orientar a elaboração desta pesquisa. São elas:

1.4.1. Quais os critérios definidos (se existentes) pelo STF para aplicação do ECI na ADPF 347 MC? Há referências doutrinárias?

Essa questão se dispõe a analisar se há e, nessa hipótese, quais são os critérios estabelecidos pelo Supremo para fixar a tese aplicada ao caso. Além disso, é na forma fixada que os parâmetros doutrinários entram em

xeque. Cabe aqui a análise de se o tribunal se atentou aos critérios pré-definidos pela doutrina para configurar o Estado de Coisas, ou se partiu de entendimento próprio. Para tanto, essa pergunta tem como dedicação exclusiva a análise subsidiária da ADPF 347 para formulação sua resposta.

1.4.2. É possível identificar decisões em que o ECI tenha sido considerado no âmbito do direito à saúde? Se sim, há algum caso em que ele foi reconhecido?

Trata-se da pergunta basilar para a responder ao questionamento principal da pesquisa. Por ser um instituto novo no Brasil, é possível notar que há escassez jurisprudencial que vislumbre o tema substancialmente, no que tange ao ECI na saúde. Sendo assim, é vital a identificação dessas decisões, para que as próximas perguntas pudessem ser alcançadas em análise de maior profundidade nos acórdãos.

1.4.3. É possível identificar quais os argumentos jurídicos utilizados pelo Tribunal para negar o reconhecimento do ECI no direito à saúde? São diferentes daqueles mencionados na ADPF 347 MC?

O fato de o Estado de Coisas ser um mecanismo jurídico que exige a movimentação da máquina pública em sua totalidade através do Poder Judiciário, faz com que os questionamentos acerca da extensão de suas atribuições venham à tona no debate. O campo político se acomoda ao desfile interminável de negativas quando se trata de solução de problemas sociais, já que sua narrativa se baseia em sua indisponibilidade orçamentária e estabelecimento de prioridades concedidas ao Poder público por sua discricionariedade, enaltecendo a reserva do possível. Aqui, o que prevalece é a disponibilidade do Estado, em detrimento do que a sociedade necessita.

Paralelamente, quando o STF, após provocação judicial, usa de sua autoridade para decidir em favor dos direitos fundamentais violados, pressiona os demais Poderes a fim de garantir a efetividade de suas decisões. No entanto, essa pressão pode ser encarada como extrapolação de competências do Supremo, o que pode trazer ineficiência para essa função. Vinculado a isso, o princípio da separação dos poderes carrega o mesmo peso

para contestar a atuação do judiciário, ao conduzir o Poder público para, em cooperação, sanar a violação apontada. Da mesma forma, a reserva do possível e o ativismo judicial costumam compor substancialmente as discordâncias para uma atuação mais assertiva da Suprema Corte.

Isto posto, se sustenta a relevância de analisar os argumentos que contestam a aplicação do instituto, a fim de verificar se há possibilidade de os mesmos tornarem seu reconhecimento ineficaz.

1.4.4. É possível identificar alguma diferença entre os critérios utilizados pelos Ministros em relação ao ECI no direito à saúde e os que foram estabelecidos na ADPF 347MC?

Esse último questionamento vincula-se à pergunta que trata dos critérios fixados pelo Supremo na ADPF 347. Com a constatação de que existam parâmetros estabelecidos pelo Tribunal, possibilita-se observar se o mesmo órgão, em outras oportunidades processuais, seguiu os mesmos critérios já definidos.

Feitas essas considerações sobre os objetivos e perguntas de pesquisa, a seguir serão discutidas e apresentadas as questões metodológicas da presente monografia.

2. Metodologia

A metodologia para realizar a pesquisa empírica aqui contemplada será a análise de jurisprudência. A propósito, a pesquisa de jurisprudência é uma ferramenta útil, amplamente utilizada para análise do entendimento dos tribunais, como ensina Angela Moreira:

Ao se realizar uma pesquisa acadêmica de jurisprudência, busca-se identificar de que modo um ou mais tribunais compreendem um instituto jurídico, revelando-se eventuais posições consolidadas, divergências entre diferentes órgãos, incoerências nos julgamentos etc.⁷

Considerando que o principal objetivo da presente pesquisa é identificar se há decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a tese do Estado de Coisas Inconstitucionais no âmbito do direito à saúde, a escolha deste método se justifica.

Sendo assim, serão analisadas as decisões disponibilizadas no site do STF, através do mecanismo de pesquisa em jurisprudência.

A seleção das decisões se dará a partir dos critérios de análise que serão apresentados a seguir, bem como da metodologia de análise utilizada para examinar os resultados preliminares obtidos na busca, apresentados em seguida.

2.1. Critérios de análise preliminar

Como mencionado, a estratégia adotada consiste em analisar acórdãos do Supremo Tribunal Federal que tratam sobre o direito à saúde associado ao Estado de Coisas Inconstitucionais, conforme critérios que objetivam filtrar o escopo da pesquisa para alcançar um resultado fidedigno.

Para realizar uma boa pesquisa de jurisprudência, é importante que o aluno se familiarize com os instrumentos deste trabalho, ou seja, o ferramental básico para que lide com os documentos de análise (decisões judiciais e administrativas, basicamente) de forma otimizada. Uma vez que o aluno conheça quais são os instrumentos de pesquisa e, principalmente, saiba manuseá-los, ele estará habilitado a desenvolver seus estudos para melhor responder à pergunta-problema com maior propriedade. Dentre os principais instrumentos de pesquisa de jurisprudência, destacam-se: I)

⁷MOREIRA, Angela. *Metodologia jurídica*: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141.

recortes jurisprudenciais; II) composição da amostra (pesquisa de jurisprudência em sites eletrônicos); III) variáveis de pesquisa; e IV) organização dos dados coletados.⁸

Sendo assim, para coleta das decisões que serão objeto de análise foram estabelecidos os critérios apresentados a seguir.

2.2. Critério do Órgão Julgador

O ECI chega ao Brasil como ferramenta jurídica a ser utilizada pelo Poder Judiciário para atuar em situações nas quais há violação massiva de direitos fundamentais, especificamente atribuída à Corte Constitucional¹. Assim, no contexto brasileiro, seria do STF a competência de mediar, juntamente aos demais Poderes, os possíveis caminhos para efetivar os preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

Portanto, como já mencionado, o recorte por órgão julgador escolhido para essa pesquisa é o Supremo Tribunal Federal.

2.3. Critério material

O tema da pesquisa versa sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, especificamente no âmbito do Direito Fundamental à Saúde.

A escolha se vincula a relevância do instituto, que é relativamente novo no sistema jurídico brasileiro, sendo interessante analisar a viabilidade de seu reconhecimento em áreas do Direito que não se restrinjam ao direito penal.

Como já mencionado, o direito à saúde se mostra um bom parâmetro de análise, na medida em que sua concretização, de forma plena para todos os cidadãos brasileiros, é um desafio para o Poder Público tal qual o desafio de reforma do sistema carcerário, o que, em tese, possibilitaria ao STF reconhecer o ECI no âmbito do direito à saúde.

2.4. Critério de Classe Processual

O Estado de Coisas aparece consideravelmente mais vezes quando se trata de direito penal. Esse vínculo se dá pela sua aplicação na medida cautelar da ADPF 347, que tratou da situação carcerária no Brasil.

⁸ Id., p. 143.

A partir dos efeitos produzidos pela declaração do ECI no sistema prisional, uma série de habeas corpus e ações penais levados ao STF possivelmente utilizaram seu reconhecimento para fundamentar suas petições. Por se tratar de direito à saúde, o âmbito penal não condiz com a temática aqui pesquisada e, por essa razão, as ações penais e habeas corpus foram descartados.

Sendo assim, as classes de ações selecionadas para definir o escopo da análise jurisprudencial foram: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); e Recurso Extraordinário com repercussão geral e pertinência temática (RE).

2.5. Critério temporal

A primeira ação que trata sobre a tese do Estado de Coisas no Brasil é, como já mencionado, a ADPF 347 MC. A medida cautelar dessa ação foi julgada em 09/09/2015, inaugurando a discussão do instituto no Supremo.

Sendo assim, é possível que não havia ações anteriores à referida ADPF que cubram esse tema. Além disso, estabelecer uma data para limitar o alcance da pesquisa poderia negligenciar ações que, devido à limitação, não seriam analisadas.

Enfim, por não ter uma delimitação inicial, tão pouco final de data, essa pesquisa não adota um critério temporal para análise.

2.6. Critério terminológico e resultado preliminar

Através da caixa de pesquisa na aba de jurisprudência do site do STF, foi possível alcançar alguns resultados relacionados ao tema. Cada termo utilizado se vincula a ambos os recortes materiais selecionados.

2.7. Fixação à expressão Estado de Coisas Inconstitucional

Para analisar se o instituto foi reconhecido no direito à saúde nas decisões, há um critério de identificação, que se fixa em observar somente quando aparece a expressão "Estado de Coisas Inconstitucional" para se referir ao direito à saúde.

Essa escolha se justifica pelo fato de que o ECI possui requisitos para ser configurado, os quais podem aparecer juntos ou separadamente em outras decisões sem que seja mencionado o Estado de Coisas.

Se o objetivo da pesquisa fosse analisar cada acórdão no STF que trate sobre violação massiva de direitos fundamentais, omissão das instituições públicas ou necessidade de atuação de vários órgãos, ainda que não fossem vinculados ao instituto do ECI, as decisões seriam diferentes e quantitativamente maiores do que as selecionadas para a presente análise.

Dessa forma, já que o objetivo é identificar se o Estado de Coisas foi ou não reconhecido na área da saúde, sua expressão foi utilizada como critério metodológico para analisar as decisões. Sendo assim, os termos pesquisados foram:

- “Estado de Coisas Inconstitucional” e “saúde”;
- “Estado de Coisas Inconstitucional” e “direito à saúde”;
- “Estado de Coisas Inconstitucional” e “Internação”;
- “Estado de Coisas Inconstitucional” e “Reserva do Possível”.

Dos termos utilizados, somente os dois primeiros geraram resultados frutíferos, visto que o resultado foi o mesmo para ambos⁹.

A partir disso, os termos definidos para realizar a pesquisa foram: “Estado de Coisas Inconstitucional” e “saúde”.

Por este método, foi possível obter como resultado preliminar de pesquisa o total de 25 (vinte e cinco) acórdãos.

A relação preliminar das decisões identificadas é apresentada na tabela a seguir:

Tabela 1 - Relação preliminar de acórdãos

Acórdão	Ministro Relator	Data do Julgamento
----------------	-------------------------	---------------------------

⁹ Os resultados com o termo “internação” estavam mais vinculados à internação de presos no sistema carcerário, o que não correspondia com os objetivos da pesquisa. Já o termo “reserva do possível” foi pensado por se tratar de um argumento utilizado para tentar afastar o reconhecimento ou a aplicação do ECI. No entanto, também não produziu resultados relevantes para a análise.

RE 684612	Ricardo Lewandowski	03/07/2023
HC 188820 MC-Ref	Edson Fachin	24/02/2021
ADPF 822	Marco Aurélio	27/03/2023
ADPF 926 MC-Ref	Alexandre de Moraes	22/08/2023
ADI 5529	Dias Toffoli	12/05/2021
ADPF 347 MC	Marco Aurélio	09/09/2015
HC 143641	Ricardo Lewandowski	20/02/2018
ADPF 347 TPI-Ref	Marco Aurélio	18/03/2020
ADPF 635 MC	Edson Fachin	18/08/2020
AP 1030 AgR-sexto	Edson Fachin	05/09/2022
ADPF 742 MC	Marco Aurélio	24/02/2021
AP 996 AgR-quinto	Edson Fachin	08/06/2020
HC 143988	Edson Fachin	24/08/2020
HC 186020	Gilmar Mendes	22/09/2020
RE 1008166	Luiz Fux	22/09/2022
ADPF 713	Rosa Weber	18/11/2021
HC 165704	Gilmar Mendes	20/10/2020
HC 187402 AgR	Gilmar Mendes	24/08/2020

HC 190523 AgR	Ricardo Lewandowski	28/09/2020
RE 638491	Luiz Fux	17/05/2017
HC 182701 AgR	Cármem Lúcia	20/04/2020
HC 153961	Dias Toffoli	27/03/2018
ADPF 635 MC-ED	Edson Fachin	03/02/2022
HC 180262 AgR	Cármem Lúcia	27/03/2020
ADC 43	Marco Aurélio	07/11/2019

Fonte: Elaboração própria.

Concomitante a essa pesquisa preliminar, também foi solicitada uma pesquisa de jurisprudência externa ao STF, em formulário próprio disponibilizado no site do Tribunal¹⁰.

O resultado disponibilizado pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação (SAE) e Coordenadoria de Difusão da Informação possui caráter eminentemente técnico, o qual utiliza as mesmas ferramentas de busca disponibilizadas no Portal do Supremo Tribunal Federal¹¹. Ela é realizada na base de dados dos acórdãos publicados. As decisões são apresentadas pela ordem dos julgados mais recentes.

Muito embora o resultado tenha sido esclarecedor, com base nos filtros selecionados para realizar essa pesquisa, a conclusão numérica de acórdãos seguiu a mesma quantidade do resultado preliminar.

¹⁰ Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp>>

¹¹ Disponível

em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22estado%20de%20coisas%20inconstitucional%22~1&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true

2.8. Decisões a serem analisadas

Aplicados todos estes critérios ao mecanismo de pesquisa em jurisprudência do STF, foram identificadas 8 (oito) decisões consideradas potencialmente relevantes para alcançar o objetivo da pesquisa.

A relação dos acórdãos identificados é apresentada na tabela a seguir:

Tabela 2 - Relação dos acórdãos selecionados

Acórdão	Ministro Relator	Data do Julgamento	Resultado do Julgamento
ADI 5529	Dias Toffoli	12/05/2021	Procedente
ADPF 822	Marco Aurélio	27/03/2023	Extinto sem resolução do mérito
ADPF 976	Alexandre de Moraes	22/08/2023	Cautelar parcialmente concedida
ADPF 347	Marco Aurélio	09/09/2015	Cautelar parcialmente concedida
ADPF 635	Edson Fachin	18/08/2020	Arguição parcialmente concedida
ADPF 742 MC	Marco Aurélio	24/02/2021	Procedente
ADPF 713	Rosa Weber	18/11/2021	Procedente
RE 1.008.166	Luiz Fux	22/09/2022	Provimento Negado

Fonte: Elaboração própria

2.9. Metodologia de análise

Após a definição dos acórdãos a serem analisados, passou-se a etapa que consiste no exame das decisões, para que, através delas, se possa

responder à pergunta de pesquisa, bem como as subperguntas que circundam o tema.

Para que essa proposta seja viável de se concretizar, foi necessário analisar as decisões a partir das variáveis de pesquisa. Na linha do que leciona Angela Moreira:

Em função da proposta do trabalho a ser desenvolvido, algumas informações das decisões selecionadas serão processadas, ao passo que outras não serão objeto de reflexão. Após a delimitação do tema e a determinação dos objetivos, o pesquisador construirá um verdadeiro filtro para selecionar aqueles dados que servem ao desenvolvimento do estudo por permitirem, em conjunto, responder à pergunta de pesquisa.¹²

Vale destacar que os critérios desenvolvidos para analisar os acórdãos selecionados foram elaborados a partir da pergunta e sub perguntas de pesquisa apresentadas anteriormente.

2.10. Análise da ADPF nº 347 MC

Inicialmente, vale ressaltar a necessidade de analisar os pressupostos estabelecidos pelo STF na ADPF 347, por se tratar da ação marco zero desse instituto no Brasil.

Assim, considerando o caráter originário da referida arguição, foi necessário incluí-la no objeto de análise, não para identificar o reconhecimento na saúde, mas para ser considerada como parâmetro para analisar as demais decisões, pois ela carrega o fato de ter sido a primeira decisão do Tribunal no que tange à institucionalização do Estado de Coisas no plano jurídico brasileiro.

Essa particularidade vincula-se à noção de que ECI no Brasil se restringia apenas a premissas doutrinárias, além da jurisprudência internacional referenciada da Suprema Corte Colombiana.

Embora essas possam ter sido utilizadas pelo plenário para reconhecer e declarar o instituto na realidade prisional, é importante entender a forma pela qual o STF entendeu aplicável o Estado de Coisas no contexto brasileiro.

¹² MOREIRA, Angela. *Metodologia jurídica*: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155.

Assim, foi necessário utilizar o arcabouço conceitual adotado pela Corte na ADPF 347 como parâmetro de análise para direcionar o estudo dos acórdãos, o que permite que a análise seja feita a partir do conceito do ECI atribuído pela própria Corte, bem como verificar se eventuais critérios de seu reconhecimento na área da saúde são os mesmos utilizados no direito penal.

Feitos tais esclarecimentos, a seguir será mais bem detalhado o método de análise das decisões selecionadas.

2.11. Fichamento das decisões identificadas

Feita a seleção dos acórdãos a partir da jurisprudência do STF, a análise das decisões foi feita a partir do fichamento das decisões consideradas relevantes para responder às perguntas de pesquisa, indicadas na Tabela 2.

Ademais, é importante pontuar que a análise das decisões selecionadas se dará de forma qualitativa. Nessa linha, a coleta dos dados se debruça sobre o conteúdo discutido, evidenciando o mérito das decisões, a fim de entender qual o posicionamento do Tribunal sobre a possibilidade de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do direito fundamental à saúde.

Assim, após fixado o recorte das decisões a serem efetivamente estudadas, o foco foi analisar nos votos dos ministros do STF se o Estado de Coisas é mencionado quando se trata de direito à saúde, bem como se é reconhecido e o porquê de seu reconhecimento.

A ideia foi constatar se esse eventual reconhecimento do instituto nas decisões selecionadas demonstra viabilidade de o ECI ser discutido em outros ambientes jurídicos brasileiros, que não estejam restritos ao direito penal, e se houve alguma peculiaridade em tais situações.

A propósito, metodologicamente, essa forma de estudo dos acórdãos:

(...) consiste na análise da argumentação utilizada pelo órgão julgador, ou determinado julgador, para a tomada de decisão. Em uma pergunta: quais são os argumentos considerados para a construção da decisão (judicial ou administrativa)?¹³

¹³ Id., p. 165.

Inclusive, outro tópico a ser analisado diz respeito aos apontamentos que podem aparecer para negar o reconhecimento do Estado de Coisas, e quais são as justificativas apresentadas pelo STF.

A reserva do possível, princípio da separação de Poderes e o ativismo judicial, argumentos normalmente utilizados em tais situações, onde há maior intervenção do poder judiciário em políticas públicas. Segundo o STF, estes parâmetros são capazes de impedir que seja utilizado o ECI pela Corte?

Em suma, a discussão sobre a possibilidade de o STF reconhecer o instituto em outras áreas do Direito valida a relevância de se compreender uma nova ferramenta jurídica que pode ser utilizada pela Suprema Corte com a finalidade de efetivar direitos fundamentais.

Por fim, é importante mencionar que o modelo de fichamento utilizado para as decisões está disponível no Anexo 1.

3. Análise de resultados

Feitas tais considerações quanto ao método de coleta e análise das decisões selecionadas, passa-se à análise dos resultados obtidos. Assim, este capítulo destina-se a revelar os resultados identificados a partir da investigação proposta.

Para tanto, almejando expor as respostas encontradas para as perguntas estabelecidas, será apresentada uma visão geral dos acórdãos analisados, a fim de indicar quais decisões não foram utilizadas para responder as perguntas, bem como as que foram.

Além disso, ao demonstrar as decisões genuinamente relevantes, foram apontados diretamente os trechos nos votos dos ministros que correspondem à resposta de cada pergunta. Isso se dá pelo refinamento aplicado durante a análise dos votos, onde foi possível identificar se houve ou não retorno para as indagações que fundamentam o objetivo dessa pesquisa.

Em conformidade com a metodologia para analisar os acórdãos, também foi apresentada a análise da ADPF 347, a fim de demonstrar os critérios definidos no julgamento para auxiliar o exame dos julgados selecionados.

3.1. Análise Subsidiária da ADPF 347 MC – Parâmetros Doutrinários e Jurisprudência Internacional

Inicialmente, foi estabelecido que a ADPF 347 MC seria utilizada para verificar a definição do Estado de Coisas, seus requisitos e sua utilidade a partir do entendimento da Suprema Corte brasileira.

Para tanto, a pergunta que foi utilizada como parâmetro para consubstanciar essa análise corresponde à primeira subpergunta de pesquisa, sendo que as informações obtidas para respondê-la serão apresentados a seguir.

3.1.1. Quais os critérios definidos (se existentes) pelo STF para aplicação do ECI na ADPF 347 MC? Há referências doutrinárias?

Um primeiro ponto relevante é que, o Min. Marco Aurélio, na posição de relator da ação, adotou a tese desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) como alicerce de sua decisão para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional. Na oportunidade, o ministro destacou que:

O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de "estado de coisas inconstitucional". Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU - 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T - 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T - 025, de 22 de janeiro de 2004).¹⁴

Aludidos os pressupostos, o relator busca elucidar cada um deles atrelados à realidade fática que substanciou o pedido de declaração do ECI. Vale a pena destacar o trecho:

Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial.¹⁵

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

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p.29.

¹⁵ Id., p. 21.

União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades em superá-lo.(...)

(...) assiste-se à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro. A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. (...)

(...) A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.¹⁶

A formulação do Estado de Coisas trazida por Marco Aurélio ao reconhecê-lo no sistema carcerário levantou uma “bandeira da liderança” para o Tribunal, de modo que o reconhecimento do ministro a partir dos critérios por ele indicados foram seguidos pelos demais julgadores ao acompanhá-lo no julgamento, cabendo ressaltar que o acompanhamento tangencia o reconhecimento do Estado de Coisas, não a todos os pedidos formulados na medida cautelar da ADPF 347.

Embora o voto do relator tenha observado critérios estabelecidos pela jurisprudência internacional colombiana, os ministros votantes que o sucederam no voto, ao mencionarem o Estado de Coisas no acórdão, empregaram a doutrina brasileira para decidir sobre o instituto.

¹⁶ Id., p.26.

Na decisão do Ministro Edson Fachin, voto seguinte ao do relator, ele aprecia a definição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos a respeito do ECI. Segundo o Ministro:

Sem aprofundamento sobre o tema por ora, o que será feito na análise do mérito desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, destacam-se apenas os pressupostos de configuração do “estado de coisas inconstitucional”:

“A descrição dessas sentenças revela haver três pressupostos principais do ECI. O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance” [13]. Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.”¹⁷

¹⁷ Id., p. 54.

O autor é mencionado novamente pelo ministro para demonstrar a carência de efetividade do exercício público no que tange aos preceitos fundamentais, reconhecendo o Estado de Coisas e, nesse sentido, acompanhando o relator:

“Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de aplicação da lei penal.” (...) Por certo que, não se trata de inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto vem se mantendo incapazes e manifestado falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos.”¹⁸

Nessa toada, a ministra Rosa Weber segue o entendimento do relator quanto aos critérios utilizados:

Eu acompanho, Senhor Presidente, o judicioso voto do eminente Relator, a quem parablenizo, em todas as premissas ensejadoras do reconhecimento, ainda que em juízo de delibação do estado de coisas inconstitucional. Eu subscrevo, na íntegra, os fundamentos de Sua Excelência com relação às premissas ensejadoras do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.¹⁹

Em seu voto, o ministro Luís Fux acompanha o relator na seara do Estado de Coisas, sob as palavras: *“Por isso, eu já adianto que vou acompanhar integralmente o eminente Relator”*.

A partir da doutrina do autor brasileiro, o ministro afirma:

De sorte que, no que eu pude colher, que não é do direito estrangeiro, mas é de um único autor brasileiro que eu conheço, que se dedicou ao tema - é até um colega da nossa congregação -, Carlos Alexandre Azevedo, que já foi examinado, inclusive, pelo Professor e Ministro Luís Roberto

¹⁸ Id., p. 59.

¹⁹ Id., p.104.

Barroso. Ele afirma: "Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, (...). Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades".²⁰

Segundo Marco Aurélio, a Min. Carmem Lúcia igualmente reconhece o instituto como configurado, a partir dos moldes da relatoria:

"Conheço, como fez o Ministro Marco Aurélio e todos os que o seguiram, desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando que há um estado de coisas inconstitucionais nesta área, e não é de hoje."²¹

O Min. Gilmar Mendes igualmente percebe a existência do ECI, porém afirma que, tamanha a realidade vergonhosa do sistema carcerário, independeria de o Tribunal adotar uma doutrina específica. Segundo ele:

No presente caso, tenho que é necessário adotar solução semelhante. Em suma, independentemente da adoção da doutrina do estado de coisas inconstitucional, os fundamentos da ação são sólidos. O Tribunal deve prosseguir com a análise de seu mérito. No que se refere ao reconhecimento do estado de fato, que é causa de pedir da presente ação penal, furto-me a aprofundar comentários. A situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, nós não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, porque somos administradores do sistema. Como destacou há pouco o ministro Celso, temos grande responsabilidade na manutenção desse quadro caótico.²²

Nota-se a fala do ministro quanto à sua desarmonia com relação a apreciar o instrumento, indicando certo receio do Ministro em relação ao ECI:

Então, Presidente, não tenho dúvida quanto ao cabimento dessa ação, ainda que eu não me animasse, desde já, a subscrever a ideia ou a aceitação da tese do estado de coisa inconstitucional. Bastaria que nós indicássemos a existência de uma omissão administrativa sistemática, tal como já apontei em escritos, para que se aceitasse, na espécie, a ação proposta.²³

²⁰ Id., p. 114.

²¹ Id., p. 120.

²² Id., p. 137.

²³ Id., p. 133.

Por outro lado, já o Min. Celso de Mello, durante o voto, evidencia sua concordância quanto ao ECI. Segundo o Ministro:

Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante – tal como denunciado pelo PSOL – da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República.²⁴

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski igualmente acompanha o relator, realçando a uniformidade do plenário para reconhecer o Estado de Coisas. O Ministro destaca que:

Eu queria salientar, porque não tenho mais muito a acrescentar, que esta Corte, pioneiramente, acolhe o argumento do estado de coisas inconstitucional. Salvo engano, jamais se cogitou desse tema no presente Plenário, e é uma proposta que foi desenvolvida pioneiramente pela Corte Constitucional da Colômbia, e que reconheceu, numa determinada situação, um quadro insuportável e permanente de violação massiva de direitos fundamentais, que não poderia subsistir e que exigia, sem dúvida nenhuma, uma intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e que demandava, inclusive, medidas de natureza orçamentária.²⁵

Não obstante, ressaltou ainda que a corte já estaria intencionada a reconhecer o ECI, encontrando na ADPF um aporte:

Então, eu queria justamente sublinhar esse fato, e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, que já vinha de certa maneira sendo embrionariamente cogitado pela Suprema Corte Brasileira, segundo nos demonstrou o Ministro Gilmar Mendes, agora encontra, a meu ver, um acolhimento total.²⁶

Além disso, o ministro também salientou a relevância do instituto para a argumentação jurídica a ser utilizada no Supremo:

Essa matéria foi muito discutida na doutrina, Sua Excelência, o Ministro e Professor Luís Roberto Barroso também adentrou nessa matéria, com a pertinência e com a profundidade que lhe é peculiar, parece-me que a Corte deu um grande salto ao

²⁴ Id., p. 159.

²⁵ Id., p. 178.

²⁶ Id., p. 178.

reconhecer, ao acolher este argumento que é veiculado agora pelo PSol.²⁷

Sob a ótica do que foi apresentado, é possível apontar que os pressupostos fixados doutrinariamente também buscam respaldo nas decisões da CCC.

Essa constatação demonstra uniformidade do instituto, de sua origem internacional, atividade doutrinária no Brasil e agora, implementado na jurisprudência nacional.

Assim, a partir da análise dos votos de cada ministro que reconheceu o ECI na ADPF 347, foi possível elaborar a resposta para a questão formulada, a qual se concentra na identificação dos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para aplicar o instituto.

Vale destacar que, para tanto, não bastaria apresentar os pressupostos definidos pelo relator, já que o STF não se resume a um ministro. Para que se possa afirmar o que foi fixado pela Corte, é necessário observar se de fato o Tribunal como um só reconheceu o estado de inconstitucionalidade, se reconhecido por maioria, minoria ou somente pelo próprio relator.

Inobstante, Marco Aurélio reconheceu e declarou o ECI com base nos três requisitos firmados pela Corte Constitucional Colombiana, conforme seu voto e, como observado, os pressupostos trazidos pela doutrina utilizada pelos ministros também se fundamentam na jurisprudência da CCC. Ou seja, a fonte que direcionou o caminho do Estado de Coisas até a Corte Constitucional Brasileira corresponde igualmente ao advento da doutrina nacional sobre o instituto.

À vista disso, devido a todo o colegiado acompanhar integralmente o relator quanto ao reconhecimento e à declaração, definiu-se uma fixação para a utilização do Estado de Coisas nesse julgamento.

Enfim, como resposta à indagação proposta, os critérios estabelecidos pelo Supremo para aplicar o Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347, com base na jurisprudência internacional e na doutrina nacional são:

²⁷ Id., p. 178.

(I) Jurisprudência - Situação de violação generalizada de direitos fundamentais;

Doutrina - O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

(II) Jurisprudência - Inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação;

Doutrina - O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma "falha estrutural" que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

(III) Jurisprudência - A superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Doutrina - O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e

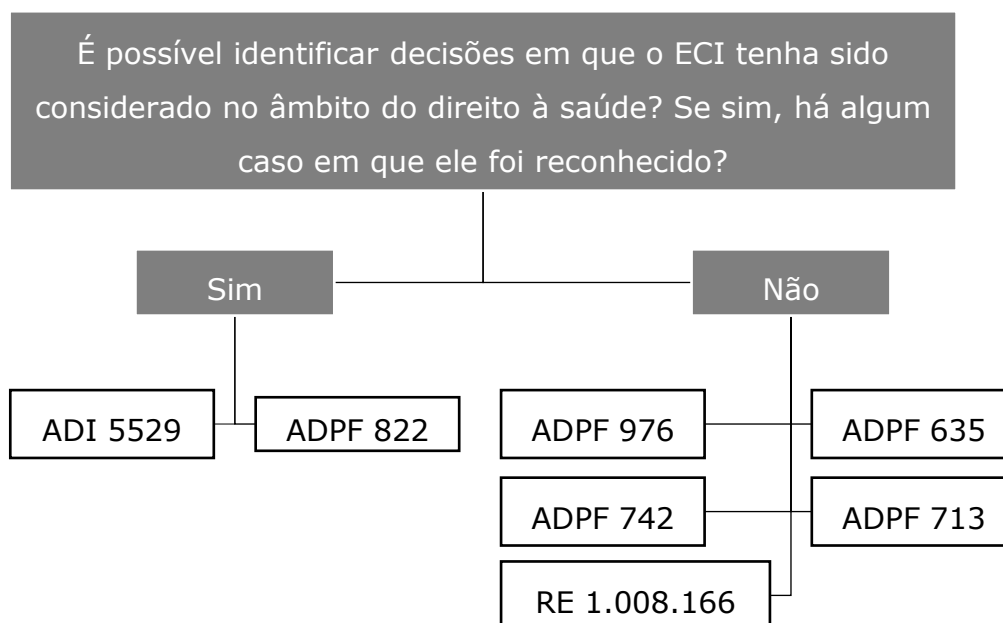
manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance”. Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.” (CAMPOS, 2015)

3.2. Análise geral dos acórdãos

A partir do resultado preliminar, foram reunidos 8 (oito) acórdãos para serem estudados. Como estabelecido na metodologia de análise, o estudo da ADPF 347 ocorreu de forma a auxiliar a análise principal. Sendo assim, ela não será considerada como parâmetro para responder às perguntas fixadas.

Para fins didáticos, foi apresentado um esquema para cada pergunta formulada, identificando quais acórdãos as satisfizeram, e quais não as corresponderam. Dessa forma, além de iluminar apropriadamente os resultados gerais, será possível compreender quais acórdãos foram utilizados para alcançar o resultado.

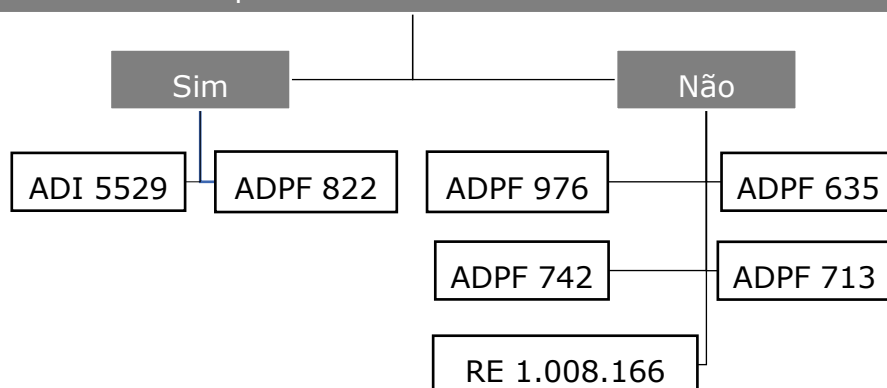
Figura 3 – Resultado geral



Fonte: Elaboração Própria.

Figura 4 – Resultado geral

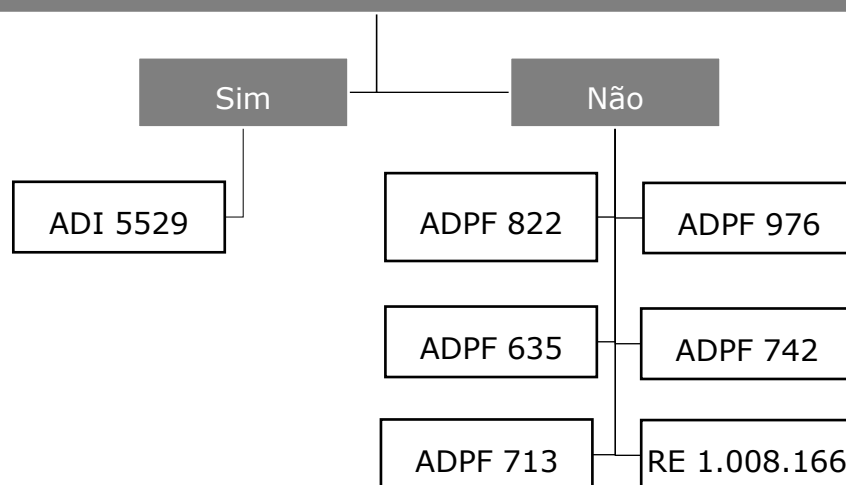
É possível identificar quais os argumentos jurídicos utilizados pelo Tribunal para negar o reconhecimento do ECI no âmbito do direito à saúde? São diferentes daqueles mencionados na ADPF 347 MC?



Fonte: Elaboração Própria.

Figura 5 – Resultado geral

É possível identificar alguma diferença entre os critérios utilizados pelos Ministros em relação ao ECI no âmbito do direito à saúde e os que foram estabelecidos na ADPF 347?



Fonte: Elaboração Própria.

À luz desses resultados, foi possível verificar que, dos 8 (oito) acórdãos coletados, somente 2 (dois) atenderam a relevância necessária para alcançar possíveis resultados, os quais foram examinados no decorrer da monografia.

3.2.1. Atendimento aos Critérios de Análise Estabelecidos

Conforme demonstrado, três ações chegaram na reta final para atingir os objetivos da pesquisa, sendo a ADPF 822 e ADI 5529.

Com o propósito de elucidar o atendimento aos critérios, as duas ações principais serão apresentadas individualmente, a fim de demonstrar de que forma os fundamentos dos votos dos ministros se relacionam com o objeto da pesquisa.

3.3. ADPF 822

Em síntese, trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta por uma entidade sindical para que o Supremo reconheça o ECI no direito à saúde, em função do enfrentamento deficiente da pandemia da covid-19 pelo Governo Federal à época.

A ação buscava que o Supremo reconhecesse a omissão do Poder Executivo para adotar medidas que pudessem superar a desolação daquele cenário.

3.3.1. O estado de coisas inconstitucionais foi considerado no âmbito específico do direito à saúde nos votos dos Ministros?

A partir do voto do Marco Aurélio (relator), foi possível constatar que houve reconhecimento e declaração do Estado de Coisas no âmbito do direito à saúde. De acordo com o Ministro:

A fundamentação desenvolvida alcança todo o conjunto de pedidos formulados pelos requerentes:

Declaração do estado de coisas inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde, considerada a pandemia covid-19.²⁸

Cumprir acolher o pedido formulado na alínea (a) da peça primeira, para declarar o estado de coisas inconstitucional na

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 822, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/03/2023, p.36.

condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde, presente a pandemia covid-19.²⁹

É válido destacar as obrigações de fazer impostas pelo relator ao Poder Público como resultante de sua declaração do Estado de Coisas em seu voto, demonstrando a produção dos efeitos do instituto:

Alfim, assento a procedência do pedido formulado na alínea (a) da petição inicial, declarando o estado de coisas inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde, considerada a pandemia covid-19.³⁰

Julgo precedente, em parte, o pedido formalizado na alínea (b) da peça primeira, para determinar aos entes federados, sob a coordenação do Executivo federal, que implementem: (b.2.9) análise diária dos impactos na redução de casos, taxas de ocupação de leitos hospitalares e óbitos; (b.2.10) campanha educativa e distribuição, em áreas de concentração populacional e baixo percentual de adesão à utilização, de máscaras de pano multicamadas; (b.2.11) orientação para a adoção de providências de bloqueio: (i) comunicação à população para que permaneça o maior tempo possível em casa, sem se deslocar, fazendo-o apenas ante necessidade extrema; e (ii) apoio aos grupos em situação de vulnerabilidade, havendo participação da comunidade.³¹

Como se vê, as conclusões iniciais do Ministro relator foram favoráveis ao reconhecimento do ECI no âmbito do direito à saúde, dado o surto pandêmico e a inércia do Poder Público Federal, sendo que a resposta para essa questão é positiva no caso da ADPF 822.

3.3.2. O ECI no âmbito do direito à saúde foi reconhecido pela decisão?

Não houve reconhecimento pela decisão, visto que a arguição perdeu o objeto. Na oportunidade, o relator proferiu seu voto declarando o instituto em 03/08/2021, no mesmo ano em que a petição inicial foi protocolada³². Nesse contexto, o cenário fático que motivou a propositura dessa arguição subsistia, já que a pandemia da covid-19 ainda agravava a saúde pública não apenas no Brasil, mas em todo o mundo.

²⁹ Id., p. 37 e 38.

³⁰ Id., p. 43.

³¹ Id., p. 43.

³² Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>

Mais tarde, o ministro redator do acórdão, Gilmar Mendes, em voto vista, entendeu que a arguição foi prejudicada, verificando o afastamento da omissão do poder público levantado na exordial, que foi utilizada como pilar da referida ADPF para pedir o reconhecimento do ECI. Assim pontuou o ministro:

A par desse aspecto, é necessário ponderar que o contexto fático que servia como pano de fundo dos pedidos formulados nas petições iniciais em análise não subsiste. As estatísticas da pandemia retrocederam e a vacinação da população permitiu o retorno das atividades à quase normalidade.

Noutros termos, se do ponto de vista estritamente jurídico o objeto desta arguição – ação ineficiente e omissão do Governo Federal no combate à pandemia de Covid-19 – foi adequadamente endereçado em outros processos objetivos, também sob o ângulo fático as circunstâncias que conformam a causa de pedir não subsistem.”³³

Ante o exposto, voto pelo reconhecimento da perda de objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 822, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.³⁴

Há uma consideração que deve ser feita quanto ao seu voto vista. Sua decisão somente foi proferida em 27/03/2023, momento em que, de fato, a pandemia já se encontrava findada.

Note-se que houve uma paralisia de mais de um ano e meio na ação com o pedido de vistas do Min. Gilmar Mendes. Ou seja, se o julgamento dessa arguição ocorresse à época em que votou o relator, a arguição não perderia seu objeto, e possivelmente, o resultado seria outro.

Esse cenário é possível de se vislumbrar pois, muito embora o ministro tenha optado pela extinção da arguição sem julgamento do mérito, sua argumentação foi clara ao reconhecer individualmente cada requisito que, como já definido na ADPF 347, configura o ECI. Em que pese o reconhecimento do Estado de Coisas na esfera fundamental da saúde, decerto que não foi por ele expressamente tratado.

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 822, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/03/2023, p. 64.

³⁴ Id., p. 65.

No entanto, pode-se constatar que houve inação do Estado e a necessidade de tomada de providências pelo Tribunal, como observa Gilmar Mendes em seu voto:

Os temas e providências aduzidos nestes autos foram devidamente abordados pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros outros processos objetivos, com a determinação de medidas concretas e apropriadas para cada problema ou inação, permitindo o saneamento adequado da inequívoca omissão sistemática do Governo Federal.³⁵

Ora, se a Corte já abordou os mesmos temas e providências em outros processos citados pelo julgador³⁶, determinando medidas concretas para cada problema ou inação, a fim de sanar a “inequívoca omissão sistemática do Governo Federal”, o ministro indiretamente constatou que estavam satisfeitos os requisitos apontados para justificar a atuação do Supremo nessa ação, mostrando que, não obstante o cenário pandêmico estivesse cessado, seria possível discutir sobre o Estado de Coisas nessa ADPF.

Nunes Marques acompanhou o ministro Gilmar Mendes para não conhecer da arguição e, por tanto extingui-la, preceituado em seu voto:

Ante o exposto, pedindo as mais respeitosas vênias ao eminente Relator, acompanho a divergência iniciada pelo ministro Gilmar Mendes e reconheço a perda de objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito, por superveniente falta de interesse de agir.³⁷

Por fim, Edson Fachin segue a divergência, decidindo igualmente pela extinção da ADPF:

³⁵ Id., p. 64.

³⁶ ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020; ADI 6343 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe273 DIVULG 16-11-2020 PUBLIC 17-11-2020; ADPF 709 MC-Ref, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020; ADI 6586, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021; ADPF 754 TPI-segunda-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 10.3.2021; ADPF 690 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 18-03-2021 PUBLIC 19-03-2021.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 822, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/03/2023, p. 70.

A adstrição aos pedidos deduzidos na petição inicial impõe o reconhecimento de que não subsiste utilidade no exercício da jurisdição constitucional no presente caso.

Nada obstante, é necessário o registro de que essa perda superveniente de objeto, tal qual reconhecido no voto vogal, decorre não apenas do transcurso do tempo, senão do sistemático enfrentamento da conduta estatal omissiva perante a crise decorrente da Covid-19 em outros processos objetivos. A adoção de medidas concretas e apropriadas para cada omissão judicializada não descaracteriza, senão dá contornos concretos à inação. A lista de precedentes julgados em ações de controle por esta Casa, muito bem lembrada e relacionada no voto divergente do i. Ministro Gilmar Mendes, corresponde à exata demonstração da omissão na implementação de medidas apropriadas ao enfrentamento da grave crise. Por tais razões, acompanho a divergência.³⁸

Conclui-se, a partir desse achado da pesquisa que, embora o Estado de Coisas tenha sido reconhecido no voto do Ministro relator, não houve seu reconhecimento propriamente na decisão, já que nesse meio tempo o Min. Marco Aurélio se aposentou e o Min. Gilmar Mendes passou a ser relator do processo, tendo concluído pela perda de objeto ocorrida há mais de um ano e meio.

3.3.3. É possível identificar quais os argumentos jurídicos utilizados pelos Tribunal para negar o reconhecimento do ECI no âmbito do direito à saúde? São diferentes daqueles mencionados na ADPF 347 MC?

Como dito anteriormente, não houve negativa de reconhecimento do ECI no direito à saúde devido à extinção da arguição.

No entanto, com base no voto do ministro Gilmar Mendes, o que se observa com os precedentes por ele apresentados é que a omissão do poder público alegada, por já ter sido enfrentada em outras oportunidades processuais pelo Tribunal, não está aqui caracterizada, ao passo que medidas judiciais já foram tomadas para interromper a inação do Estado na condução de políticas públicas.

Dessa forma, pode-se concluir que, no cenário em que a ADPF fosse julgada em 2021, o posicionamento do ministro seria de afastar o

³⁸ Id., p. 72.

reconhecimento do Estado de Coisas no direito à saúde, por não estarem satisfeitos os critérios para sua configuração.

Ressalta-se que o voto não enfrentou diretamente o reconhecimento do ECI, mas sim um dos requisitos para viabilizá-lo. Como bem explicitado, a inércia ou incapacidade das autoridades públicas de sanar a violação de direito fundamental constitui o instituto como um de seus requisitos basilares. Nas palavras do Ministro:

Não obstante a relevância do tema, esta arguição de descumprimento de preceito fundamental está prejudicada, tendo em vista que as condutas omissivas do Governo Federal no combate à pandemia de Covid-19 foram devidamente enfrentadas por este Tribunal em outros processos objetivos.³⁹

Esse conjunto de precedentes evidencia que a Corte enfrentou a problemática da omissão do Governo Federal sob os mais variados ângulos, com o endereçamento do tema inclusive em contextos específicos, como a tutela de populações vulneráveis e crises agudas regionais.⁴⁰

Diante disso, se para Gilmar Mendes não haveria, nessa ADPF 822, como caracterizar a omissão por essa matéria já ter sido enfrentada em outras decisões do Tribunal, sua divergência se pauta na inexistência de inação do Poder Público, devido ao Supremo Tribunal Federal já ter movimentado a esfera pública nos processos por ele mencionados.

A despeito disso, quando observadas as datas das tais ações, nota-se que a ADI 6341 foi julgada em 15/04/2020; ADI 6586 foi julgada em 17/12/2020; a ADI 6343 foi julgada em 06/05/2020; a ADPF 709 MC foi julgada em 05/08/2020; a ADPF 742 MC foi julgada em 24/02/2021; a ADI 6586 foi julgada em 17/12/2020; a ADPF 754 foi julgada em 10/01/2022; e a ADPF 690 MC foi julgada em 23/11/2020. Ou seja, todos os precedentes citados pelo Ministro foram julgados à época em que o cenário lhes fornecia objeto para substanciar as ações.

A propósito, é possível questionar se há relação entre o fato de essa arguição conter o pedido de declaração do Estado de Coisas com as considerações que fez em seu voto na ADPF 347. Especialmente pelo fato de

³⁹ Id., p. 52.

⁴⁰ Id., p. 64.

que foi o responsável pela paralisação da ADPF 822, causada por seu pedido de vista.

Para esclarecer melhor esta questão, merece destaque suas considerações na ADPF 347:

Então, Presidente, não tenho dúvida quanto ao cabimento dessa ação, ainda que eu não me animasse, desde já, a subscrever a ideia ou a aceitação da tese do estado de coisa inconstitucional. Bastaria que nós indicássemos a existência de uma omissão administrativa sistemática, tal como já apontei em escritos, para que se aceitasse, na espécie, a ação proposta.⁴¹

Destarte, é possível associar esta fala do ministro a outro fato interessante. Nenhum dos precedentes citados por Gilmar Mendes, nas decisões selecionada pela pesquisa, utiliza a tese do ECI. Há apenas a alegação da violação de direitos fundamentais causados pela omissão do Poder público.

Sendo assim, como o Ministro, bastaria indicar a omissão sistemática para aceitar as ações propostas, o que não coaduna com os argumentos levantados pelo Min. Marco Aurélio na ADPF 822, que buscava o reconhecimento do Tribunal quanto a tese do Estado de Coisas na saúde.

Passando para o Ministro Nunes Marques, ao acompanhar o voto divergente, o julgador traz uma argumentação relevante para fundamentar sua divergência. Nas palavras do próprio Ministro:

Entendo, desse modo, que tal competência deva alcançar, ainda, a formulação e execução de políticas públicas na área da saúde. Caberia, portanto, a este Tribunal respeitar a opção feita no âmbito da Administração, mormente por não ter havido omissão do ente público, a fim de evitar indevida ingerência no Executivo, em descompasso com a independência harmônica (checks and balances) entre os três Poderes.⁴²

A escolha das medidas diferenciadas, os contextos que devem ser considerados, a modulação das distinções compensatórias, tudo isso é assunto próprio da formulação de políticas públicas

⁴¹ Id., p. 133.

⁴² Id., p. 69.

e depende da coleta e do processamento de um conjunto vastíssimo de informações. Adentrar essa seara, sem dados de logística constantemente atualizados para determinar os comandos específicos requeridos e sem corpo técnico altamente qualificado, ressenete-se da cautela que deve permear a atuação do Judiciário.

Há que guardar respeito ao Pacto Republicano com o princípio da separação dos poderes, devendo-se observância à atuação harmônica entre Legislativo, Executivo e Judiciário, a fim de evitar eventual comando que gere conflitos na ação do poder público em suas três esferas (União, Estados e Municípios).⁴³

Vê-se aqui o entendimento do ministro de que não há omissão caracterizada, o que afasta a satisfação do segundo requisito referente ao ECI.

Nessa mesma linha, seu entendimento segue abarcando o respeito ao Pacto Republicano com o princípio da separação dos poderes, propondo que o Tribunal se esquive de determinar medidas que conflitem a atuação dos demais poderes.

Ou seja, nos mesmos ditames da análise do voto de Gilmar Mendes, ainda que Nunes Marques não tenha tratado especificamente da expressão “Estado de Coisas Inconstitucional”, sua decisão, com base nas formulações apresentadas, permite entender que, na hipótese de julgamento do mérito, o ministro adotaria o princípio da separação dos poderes e o pacto republicano como fundamentos para negar o reconhecimento do Estado de Coisas no direito à saúde.

3.3.4. É possível identificar alguma diferença entre os critérios utilizados pelos Ministros em relação ao ECI no âmbito do direito à saúde e os que foram estabelecidos na ADPF 347?

Investigando o voto que tratou sobre o Estado de Coisas na saúde, Marco Aurélio segue os mesmos critérios oriundos de sua relatoria na ADPF 347, conforme se demonstra:

O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e

⁴³ Id., p. 70.

persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.⁴⁴

A referência supracitada relembra os requisitos utilizados pelo ministro para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional na referida arguição.

Já o trecho abaixo corresponde aos mesmos critérios utilizados nessa ADPF 822:

Segundo a Corte Constitucional da Colômbia, que introduziu o conceito, a configuração pressupõe: situação de violação generalizada de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificarem a situação e necessidade de atuação, visando superar as transgressões, de uma pluralidade de órgãos.⁴⁵

O primeiro critério que se atenta à violação massiva de direitos fundamentais se destaca no voto do ministro ao averiguar se há movimentação para prover a satisfação ao direito fundamental à saúde:

Ante a ameaça ao mínimo existencial, com violação da dignidade humana, os direitos sociais apresentam-se – tendo em conta os traços de fundamentalidade, inalienabilidade e essencialidade – como plenamente judicializáveis, merecedores de amplas garantias institucionais, independentemente de reservas orçamentárias.

Problema maior surge quando omissões ou falhas na execução do que foi formulado deságuam na impossibilidade de acesso a tratamento integral da saúde, indispensável à existência digna. Em síntese, a situação é potencializada quando configurado desrespeito ao mínimo existencial, considerada a institucionalização incompleta ou deficiente do direito à saúde.

A quadra atual de ofensa aos direitos à vida e à saúde é agravada em razão de ações e omissões do Governo Federal, sobressaindo a inércia, o atraso na aquisição de vacinas, a reiterada e persistente omissão de autoridades públicas na observância de medidas envolvendo o uso de máscara e o distanciamento social e a disseminação de inverdades relacionadas ao tratamento da doença.

Constata-se violação do mínimo existencial, exemplificado no atraso da aquisição de vacinas e no colapso dos sistemas sanitário e funerário no Estado do Amazonas.

Nada obstante o empenho, pelo Governo Federal, de forças e verbas públicas direcionadas no âmbito da saúde pública e da economia, a responsabilidade é sistêmica. Tem-se a denominada falha estatal estrutural. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias

⁴⁴ Id., p. 29.

⁴⁵ Id., p. 36.

relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades.⁴⁶

Salienta-se que o segundo critério de configuração do ECI diz respeito à omissão do poder público na atuação para sanar a violação de direitos fundamentais. É importante o destaque da fala do relator no que tange às manifestações do Presidente da República e da AGU, que alegam a existência de medidas direcionadas à superação do quadro de irrupções à saúde e à vida durante a realidade pandêmica. Segundo o Ministro:

Tendo em conta as manifestações do Chefe do Executivo Federal e da Advocacia-Geral da União – petições/STF nº 44.521/2021 e 44.799/2021 –, constata-se a edição de leis, medidas provisórias, decretos e portarias ministeriais direcionadas à superação do quadro, além da adoção de providências de orientação da população e de programas emergenciais de suporte a empregos, de acesso a crédito e de apoio a microempresas e empresas de pequeno porte.

Contudo, as medidas voltadas à contenção da transmissão do vírus e à imunização da população são insuficientes. As que foram tomadas implicaram avanço. É necessária, porém, verdadeira virada copernicana. Assiste-se à omissão reiterada da União na implementação de política uniforme, articulada com Estados, Distrito Federal e Municípios, no enfrentamento da pandemia. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais durante a crise sanitária é agravado em razão de falhas estruturais, sobressaindo inércia e incapacidade para vencê-lo.

A atuação de um único órgão ou Poder não servirá para resolver o cenário. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação, pela União, de medidas de diferentes naturezas e oriundas dos Poderes Públicos de todos os entes da Federação: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas. A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o concerto (com S) do quadro.⁴⁷

A conclusão é única: ocorre violação generalizada de direitos fundamentais em relação à dignidade, à vida, à saúde, à integridade física e psíquica dos cidadãos brasileiros, considerada a condução da saúde pública durante a pandemia covid-19. Há falência estrutural.⁴⁸

Como se vê, mantendo os pressupostos outrora fixados, para o relator a mera adoção de providências que, embora intencionadas a resolver a

⁴⁶ Id., p. 33.

⁴⁷ Id., p. 36.

⁴⁸ Id., p. 37.

violação, quando não satisfazem os preceitos fundamentais apontados, são insuficientes para resolução do cenário fático, e por tanto, incorrem igualmente em omissão, já que o direito fundamental ainda se encontra fora do alcance de seus titulares.

Dessa forma, a fim de preencher o critério da omissão institucional que compõe os requisitos para configuração do ECI, Marco Aurélio entendeu que a incapacidade para resolver o quadro inconstitucional corresponde aos atos omissivos da esfera pública.

Por fim, para o relator, o terceiro critério é atendido ante a necessidade de cooperação múltipla entre as instituições para sanear a violação, sob os seguintes termos:

A este Tribunal cumpre atuar incentivando a formulação e a implementação de políticas públicas. Permanece reservado ao Legislativo e ao Executivo o campo democrático e técnico das escolhas, inclusive orçamentárias, sobre a forma mais adequada à superação da crise, colocando a máquina estatal em movimento e cuidando da harmonia dessas ações. Conforme destacado na doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um elaborador de políticas públicas, e sim um coordenador institucional, produzindo um efeito desbloqueador (GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional 47 transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010. p. 39).

Eis o que se espera do Tribunal Constitucional, visando suplantar o quadro de violação aos direitos fundamentais à vida e à saúde: assentar a omissão das autoridades públicas, incentivar a saída do estado de letargia, determinar a formulação de políticas públicas e provocar a deliberação política e social, assegurando a efetividade das normas constitucionais e a integração institucional.⁴⁹

Em suma, Marco Aurélio segue integralmente os requisitos formulados na ADPF 347 em seu voto na ADPF 822, declarando, por tanto, o Estado de Coisas Inconstitucional no direito à saúde.

⁴⁹ Id., p. 36.

3.3.5. Peculiaridades da Decisão

Há um item discorrido nessa arguição que dialoga com a ADPF 347MC, constado nos votos do relator igualmente em ambas as ações, que vale trazer para exame.

Em 2015, ao julgar a referida cautelar, Marco Aurélio refletia através do voto sobre a aversão política e social para empreender esforços que tutelem os direitos dos presos.

Durante esse raciocínio, o ministro trouxe:

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.⁵⁰

Porém, a realidade se modifica com a chegada da pandemia. Durante esse caos sanitário, surge a ADPF 822 aqui analisada, onde o relator afirma:

No campo da saúde, há defeitos estruturais sérios. Nada obstante o apelo democrático do tema, faltam vontade política e liberação massiva de recursos financeiros a fim de superar a crise. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, correndo iminente risco de colapso em razão da ignorância política ou do desprezo social.⁵¹

É evidente a mudança de um voto para o outro, proferido pelo mesmo relator, sobre a mesma temática. Peculiarmente, a contradição apresentada não necessariamente demonstra falta de coerência do ministro, mas um possível retrocesso na sociedade brasileira, ao ponto de se alcançar um desprezo pelo zelo à saúde pública gerado na população, sob forte influência do Governo Federal. Conforme já acentuado no voto:

A quadra atual de ofensa aos direitos à vida e à saúde é agravada em razão de ações e omissões do Governo Federal,

⁵⁰ Id., p. 33.

⁵¹ Id., p. 37.

sobressaindo a inércia, o atraso na aquisição de vacinas, a reiterada e persistente omissão de autoridades públicas na observância de medidas envolvendo o uso de máscara e o distanciamento social e a disseminação de inverdades relacionadas ao tratamento da doença.⁵²

Essa decorrência leva a refletir sobre a possibilidade de um preceito fundamental que, em um passado não muito distante, recebeu aversão equiparada aos direitos constitucionais dos presos identificada na ADPF 347, como foi presenciado na pandemia da covid-19.

3.4. ADI 5529

Já a segunda decisão selecionada pela pesquisa, se trata de ação direta de inconstitucionalidade, que contesta o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996 (Lei de propriedade industrial).

O dispositivo traz ampliação do prazo de vigência de patentes na hipótese de demora administrativa para a apreciação do pedido, implicando na indeterminação do prazo de exploração exclusiva do invento, ofendendo a segurança jurídica, a temporalidade da patente, a função social da propriedade intelectual, a duração razoável do processo, a eficiência da administração pública, a livre concorrência, a defesa do consumidor e o direito à saúde.

3.4.1. Contexto da Ação

Esse tópico se presta a contextualizar a ADI 5529, devido à complexidade do tema, com o objetivo de firmar a relevância dessa análise para a pesquisa. Diferente da ADPF 822, em que a pertinência para os objetivos da pesquisa era mais evidente, na ADI 5529 tanto o tema discutido como a relação entre o direito à saúde e o ECI possuem maior grau de complexidade.

Inicialmente, é oportuno explicitar o que é uma patente. Trata-se de um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Com este direito, o inventor ou o detentor da patente tem o direito de impedir terceiros, sem o

⁵² Id., p. 33.

seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto de sua patente e/ ou processo ou produto obtido diretamente por processo por ele patenteado. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente⁵³.

A petição inicial chega ao STF em 18/05/2016, onde se impugnava o parágrafo único do artigo 40 da Lei nº 9.279/1996 (Lei da Propriedade Industrial) por entender que existem direitos fundamentais e princípios da administração pública por ele violados.

O dispositivo versa sobre o prazo de vigência dessas patentes, o qual carregava em único parágrafo, uma previsão de extensão desse prazo na hipótese de demora do INPI em analisar e conceder esse direito, conforme se demonstra no art. 40 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996:

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

Ocorre que, com o advento da pandemia, a Procuradoria Geral da República requereu uma tutela provisória de urgência em 24 de fevereiro de 2021⁵⁴, por entender que a inconstitucionalidade deveria ser desde logo discutida, devido à vigência do parágrafo único afetar diretamente a indústria farmacêutica.

O Procurador Geral da República sustentou que:

“conquanto não apontado na petição inicial em virtude do longo prazo de vigência da norma impugnada, decorre de fato superveniente consistente na grave crise sanitária ocasionada pela epidemia de Covid-19, uma vez que o disposto no art. 40, parágrafo único, da LPI impacta diretamente no direito fundamental à saúde, haja vista que, enquanto não expirada

⁵³ Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/perguntas-frequentes/patentes>

⁵⁴ Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984195>

a vigência de patentes de grandes laboratórios, a indústria farmacêutica ficará impedida de produzir medicamentos genéricos contra o novo coronavírus e suas atuais e futuras variantes”.

“premência em que esta Corte Suprema determine a imediata suspensão dos efeitos do dispositivo legal impugnado, sobretudo em razão dos danos irreparáveis aos cofres públicos e ao direito fundamental à saúde da população brasileira que enfrenta crise sanitária sem precedentes, ocasionada pela epidemia nacional de Covid-19”.⁵⁵

Além disso, o requerente também apontou que, na época, existiam fármacos cujas patentes já teriam seu prazo expirado se a norma impugnada não estivesse em vigor. Segundo ele haveria

“fórmula fabricada com exclusividade por laboratório japonês (favipiravir), cuja patente já deveria ter expirado no Brasil, mas foi estendida até 2023, e que está em fase de estudos científicos sobre os potenciais efeitos contra o novo coronavírus”⁵⁶.

Vale evidenciar que o julgamento sobre a inconstitucionalidade tratou da totalidade das patentes industriais, diferentemente da tutela de urgência concedida, que inconstitucionalizou a vigência do parágrafo único contido no dispositivo somente para as patentes farmacêuticas⁵⁷.

A esse respeito, o relator Min. Dias Toffoli afirmou:

DOS IMPACTOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 40 DA LPI SOBRE O SETOR FARMACÊUTICO E DA VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF) De início, esclareço que não pretendo transformar esta ocasião em um julgamento acerca das patentes de medicamentos no Brasil, visto que esta ação não se refere a um ou outro setor tecnológico específico. (...)

Assim sendo, registro que os efeitos do provimento contido neste voto serão direcionados indistintamente a toda a indústria e não privilegiarão qualquer setor tecnológico.

Não obstante, a presente análise ficaria incompleta se não abordasse, de forma detalhada, a questão dos medicamentos e o impacto da prorrogação do prazo de patentes para o

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 5529, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/05/2021, p. 17.

⁵⁶ Id., p. 17.

⁵⁷ (...)Pelo exposto, defiro parcialmente o pedido de tutela provisória de urgência apresentado pela Procuradoria-Geral da República, ad referendum do Plenário, para suspender a eficácia do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, somente no que se refere às patentes relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, com efeitos ex nunc, por se tratar de decisão liminar (art. 11 § 1º, da Lei nº 9.868/1999). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984195>

Sistema Único de Saúde, considerando a relevância da matéria para a concretização do direito fundamental à vida e à saúde e os efeitos negativos da norma impugnada para as políticas públicas pertinentes.

Com efeito, o setor farmacêutico nacional foi particularmente impactado pela edição da Lei nº 9.279/1996, pois a lei de propriedade industrial que a antecedeu, Lei nº 5.772/1971, considerava os medicamentos como invenções não privilegiáveis. Ademais, o setor farmacêutico responde por um dos maiores tempos médios de decisão técnica pelo INPI, conforme demonstrado nas informações apresentadas pela autarquia.⁵⁸

Feitas essas considerações contextuais, pode-se observar que, embora a origem da ação tenha sido em defesa do direito às patentes e de princípios da administração pública, quando o cenário fático alcançou proporções alarmantes que evidenciaram a problemática na indústria farmacêutica, a atenção voltou-se também para observar o direito à saúde, de modo que a concessão da tutela pelo Ministro Toffoli se deu exclusivamente para essa matéria, seguida da decisão de mérito que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único para todas as patentes industriais.

Esclarecida a pertinência temática do caso para se alcançar os objetivos da presente pesquisa, a seguir serão respondidas as questões elaboradas para análise das decisões, na mesma linha do que feito com a decisão anterior.

3.4.2. O estado de coisas inconstitucionais foi considerado no âmbito específico do direito à saúde nos votos dos Ministros?

O exame para responder a essa indagação é complexo. Em verdade, a expressão “Estado de Coisas Inconstitucionais” não foi utilizada para referir-se especificamente ao direito à saúde.

No entanto, o relator evidencia a inconstitucionalidade sobre a extensão da vigência das patentes, pois ocorria violação aos preceitos fundamentais da propriedade industrial e, no caso dos fármacos, do direito à saúde:

O impacto da extensão do prazo de vigência de patentes no Sistema Único de Saúde (SUS) é digno de atenção, pois, sendo

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 5529, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/05/2021, p. 71.

ele um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo e contando com uma rede de atendimento que visa universalizar o acesso à saúde gratuita, demanda recursos públicos compatíveis com sua amplitude e complexidade, os quais, todavia, esbarram em problemas financeiros e orçamentários típicos de um país em desenvolvimento como o Brasil.

É certo que investimentos em pesquisa e inovação são preponderantes para o desenvolvimento da área da saúde, visto que contribuem para a descoberta de novos tratamentos, fármacos e aparatos hospitalares, beneficiando a longo prazo toda a coletividade. Nesse sentido, a incidência do instituto da patente sobre esse setor, quando exercida em observância ao princípio da função social da propriedade, encontra-se plenamente justificada, tendo em vista o efeito de incentivo para que os atores da indústria assumam o risco da inovação.

Assim, se, por um lado, há um interesse social no investimento em inovação, em nome do qual é razoável que seja garantido o retorno econômico aos titulares do direito de propriedade industrial por um prazo determinado; por outro, há uma demanda coletiva por serviços públicos de saúde, motivo pelo qual uma proteção excessiva ao objeto da patente tende a desequilibrar os interesses envolvidos, prejudicando a coletividade em favor de particulares.

Verifica-se, dessa forma, que a extensão do prazo de vigência das patentes afeta diretamente as políticas públicas de saúde do país e obsta o acesso dos cidadãos a medicamentos, ações e serviços de saúde, causando prejuízos não apenas a concorrentes e consumidores, mas, principalmente, àqueles que dependem do Sistema Único de Saúde para garantir sua integridade física e sua sobrevivência.⁵⁹

Por todas as razões aqui expostas, resta evidenciada a contrariedade do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996 à segurança jurídica (art. 1º, caput), à temporalidade da patente (art. 5º, inciso XXIX), à função social da propriedade intelectual (art. 5º, inciso XXIX c/c o art. 170, inciso III), à duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), à eficiência da administração pública (art. 37, caput), à livre concorrência e à defesa do consumidor (art. 170, incisos IV e V) e ao direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal).⁶⁰

Em seguida, Dias Toffoli reconhece, em caráter *obiter dictum*⁶¹, o Estado de Coisas na vigência das patentes, demonstrado em seu voto:

Particularmente (porque quanto a este ponto não se obteve a adesão da maioria do Plenário), entendo que, além de o parágrafo único do art. 40 ser, por si só, inconstitucional, há

⁵⁹ Id., p. 72.

⁶⁰ Id., p. 99.

⁶¹ É o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão.

hoje um estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil.

Reitero tais determinações no presente voto, acrescentando também outras, todas aqui veiculadas, em obiter dictum e a título de apelo ao administrador público federal, para que os órgãos envidem efetivos esforços no sentido de superar o quadro de inconstitucionalidade na análise dos pedidos de patentes.⁶²

Note-se que, apesar de o ECI não ter sido reconhecido na parte dispositiva da decisão, devido à oposição dos demais Ministros da Corte, ele foi considerado na argumentação do relator.

Nessa linha, vale a pena questionar: ainda que fosse analisado para decidir o mérito tão somente a vigência das patentes na indústria farmacêutica, é possível que o Estado de Coisas fosse reconhecido no direito à saúde?

O caminho para a extensão do prazo de vigência da patente alcançar a violação ao direito fundamental à saúde pode ser dúbio, mas parece razoável vislumbrá-lo.

Conforme anteriormente narrado, a patente enquanto título de propriedade, oferece ao seu titular o direito de exclusividade para explorar e comercializar sua invenção, pelo prazo de 20 anos, contados a partir da data em que foi depositada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Para tanto, é necessária a análise da autarquia para concessão do referido documento, cujo prazo é indeterminado. Na hipótese de o tempo para conceder a patente ultrapassar 10 anos, essa morosidade conferia ao titular a extensão do prazo de vigência também em 10 anos (totalizando três décadas de vigência), conforme definia o inconstitucionalizado parágrafo único do artigo 40 da LPI.

Ocorre que, no Brasil, graças ao Sistema Único de Saúde (SUS), o Estado é responsável por adquirir fármacos e serviços médicos, vinculando-o diretamente aos fornecedores desses bens e serviços fundamentais.

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 5529, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/05/2021, p. 102.

Dessa forma, o controle mercadológico conferido pela patente por um extenso período interferia diretamente na capacidade do poder público em prover serviços públicos de saúde, já que a Administração está fadada à imposição de preços estabelecidos unilateralmente pelo titular do direito enquanto vigorar a patente, acrescido do pagamento de royalties sobre os itens patenteados que o Poder Público adquire e distribui⁶³.

Essa monopolização, acrescida do prazo concedido pelo até então vigente parágrafo único do dispositivo, gerava impactos bilionários ao sistema⁶⁴, tornando a prestação do serviço público, por muitas vezes, financeiramente indisponível, que conseqüentemente frustrava o acesso à saúde, violando generalizadamente esse preceito fundamental, já que milhões de pessoas dependem do SUS para prestar-lhes assistência e garantia de sua sobrevivência. Quanto ao monopólio, o relator pondera:

Questiono uma previsão normativa que, embora travestida de prazo determinado, descortina, na realidade, regra arbitrária, que torna automática a prorrogação da vigência de patentes no Brasil e possibilita a formação de monopólios por tempo indeterminado e excessivo, em franca violação da segurança jurídica; do art. 5º, inciso XXIX, da CF/88; do princípio da eficiência da administração pública (art. 37, caput); dos princípios da ordem econômica (art. 170) e, no caso dos fármacos, do direito à saúde (art. 196).⁶⁵

A partir da análise do voto do relator, e mantendo a observância aos requisitos para configurar o ECI, é possível constatar: (I) Violação generalizada do direito fundamental à saúde; (II) Inércia ou incapacidade do INPI em analisar e conceder a patente, estendendo o prazo de vigência do título, que assegura por extenso período seu monopólio, afetando a capacidade do SUS em sanar a violação; (III) Necessidade da pluralidade de órgãos para afastar a referida transgressão.

A conclusão que se pode extrair frente esse estudo é de que, embora o Estado de Coisas foi reconhecido no voto do relator no que tange à vigência das patentes industriais, esse quadro de inconstitucionalidade estava

⁶³ Id., p. 6.

⁶⁴ Id., p. 74.

⁶⁵ Id., p. 50.

diretamente relacionado ao direito à saúde, conferindo-lhe de forma indireta, os atributos característicos do ECI.

Sendo assim, é possível afirmar que foram feitas considerações, de forma indireta, do Estado de Coisas Inconstitucionais no âmbito do direito à saúde.

3.4.3. O ECI no âmbito do direito à saúde foi reconhecido pela decisão?

Não houve reconhecimento do Estado de Coisas pela decisão do Tribunal, devido à discussão acerca do instituto ter ocorrido em *obter dictum* pelo relator, o que afastou seu alcance na *ratio decidendi*⁶⁶.

3.4.4. É possível identificar alguma diferença entre os critérios utilizados pelos Ministros em relação ao ECI no âmbito do direito à saúde e os que foram estabelecidos na ADPF 347?

Embora o Estado de Coisas não tenha sido reconhecido diretamente em matéria da saúde, no que tange ao reconhecimento do instituto quanto à vigência das patentes discutido na ADI, o ministro relator ressalta os critérios estabelecidos na ADPF 347 para, em caráter *obter dictum*, reconhecer o ECI.

Vale a pena destacar o trecho em que o Ministro faz tais considerações:

Conforme registrado no julgamento da ADPF nº 347 - sobre as audiências de custódia e a situação do sistema penitenciário brasileiro -, o estado de coisas inconstitucional, instituto cunhado pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, pressupõe três requisitos:

“(...) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.”⁶⁷

Perante os requisitos por ele salientados, o relator entendeu que os direitos fundamentais sociais estariam generalizadamente lesados, violação causada pela incapacidade do INPI em prover a patente aos titulares, o que

⁶⁶ A noção de *ratio decidendi* tem a ver com a identificação dos fundamentos centrais de certa decisão judicial. Literalmente são as razões para decidir presentes em sentenças e acórdãos.

⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 5529, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/05/2021, p. 101.

exigiria a atuação de múltiplos órgãos para sanar a afronta constitucional latente. Segundo o relator:

É exatamente o que se tem aqui, em meu entendimento. Somados a demora do INPI em analisar os pedidos e o prazo adicional concedido pelo parágrafo único do art. 40 da LPI, os prazos de vigência das patentes acabam sendo extraordinariamente maiores do que os praticados em outras jurisdições, com todos os impactos negativos já citados neste voto, os quais descortinam situação de violação generalizada de direitos fundamentais sociais.

A inércia ou a incapacidade reiterada e persistente das autoridades está configurada pelos 25 anos de acúmulo (backlog) na análise de pedidos de patentes. A inação da administração pública por tão longo período tornou o atraso do INPI um problema crônico, que demanda o esforço de múltiplos atores para contorná-lo (a autarquia federal, a ANVISA, o Ministério da Saúde e o TCU, por exemplo).

É preciso combater o problema em suas diversas frentes. Além da impreterível superação do preceito questionado, as recomendações/determinações emitidas pelo Tribunal de Contas da União ao INPI e demais órgãos da administração pública federal precisam ser devidamente seguidas.⁶⁸

Entende-se, por tanto, que o ministro utilizou os mesmos critérios da ADPF 347 para reconhecimento do Estado de Coisas. Embora a questão não tenha sido diretamente sobre o direito à saúde, os fundamentos utilizados para caracterizar a violação massiva de direitos estavam intimamente relacionados ao acesso de medicamentos e, portanto, à saúde da população.

3.4.5. É possível identificar quais os argumentos jurídicos utilizados pelo Tribunal para negar o reconhecimento do ECI no âmbito do direito à saúde? São diferentes daqueles mencionados na ADPF 347 MC?

Cabe aqui uma observação que dialoga com a pergunta de que se os critérios para reconhecer o Estado de Coisas são convergentes aos firmados na ADPF 347.

Ao negar o reconhecimento do ECI na vigência das patentes (único tópico de divergência do voto do ministro com o relator), Alexandre de Moraes

⁶⁸ Id., p. 102.

sustenta que, na matéria discutida, não estaria caracterizado o instituto por não preencher um dos requisitos outrora estabelecidos. Segundo o Ministro:

Como citei anteriormente, não se trata de ausência de proteção à propriedade industrial, tampouco se trata de proteção à sociedade após os prazos previstos na lei. São duas previsões normativas extremamente razoáveis, a meu ver, dentro desse binômio. O grande problema é essa indefinição que o termo a quo colocou e tornou o que deveria ser temporário em indefinido. Retirando isso, a partir do momento em que se protocola, como o eminente Ministro aponta, contado esse tempo, colocado isso, a regulamentação está perfeita - perfeita do ponto de vista de solucionada -, a regulamentação está solucionada. Então, não há um vácuo, a meu ver, que acabe levando ao estado de coisas inconstitucional.

Nesse ponto, novamente pedindo vênia ao eminente Ministro DIAS TOFFOLI, DIVIRJO de Sua Excelência e não reconheço o estado de coisas inconstitucional.⁶⁹

Verifica-se, por tanto, que não foi mantido o critério anteriormente fixado⁷⁰, embora tenha sido utilizado como alicerce para negar seu reconhecimento.

O óbice de Alexandre de Moraes surge com o requisito da inércia ou incapacidade reiterada contínua da esfera pública que seria a causa da violação aos direitos fundamentais que se pretenderam proteger.

Se há legislação vigente, ainda que imperfeita, não poderia, para o Ministro, ser vislumbrada omissão do poder público, pois o legislativo prestou-se a tutelar o direito a patentes de propriedade industrial, o que inviabiliza, nesse aspecto, a observância da inação do Estado.

⁶⁹ Id., p. 154 e 155.

⁷⁰ Jurisprudência - Inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação;

Doutrina - O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma "falha estrutural" que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

Nesse aspecto, é plausível confirmar que não houve atendimento ao pressuposto da omissão estabelecido pelo Tribunal, visto que a divergência somente se deu por considerar descaracterizada a referida inação o que, com base na fixação da ADPF 347, estaria configurada.

Outro objeto que deve ser considerado é o posicionamento de Marco Aurélio nessa ADI. Expressamente, o ministro não aborda o Estado de Coisas, pois proferiu voto *tout court*⁷¹, discutindo somente a inconstitucionalidade proposta, por não achar cabível impor à administração pública obrigações de fazer através do rito de uma ação direta de inconstitucionalidade⁷².

Porém, em debate no plenário, vê-se que esse entendimento do ministro se respalda nas considerações feitas pelo relator em seu voto. Segundo ele:

É preciso combater o problema em suas diversas frentes. Além da impreterível superação do preceito questionado, as recomendações/determinações emitidas pelo Tribunal de Contas da União ao INPI e demais órgãos da administração pública federal precisam ser devidamente seguidas.

Reitero tais determinações no presente voto, acrescentando também outras, todas aqui veiculadas, em *obiter dictum* e a título de apelo ao administrador público federal, para que os órgãos envidem efetivos esforços no sentido de superar o quadro de inconstitucionalidade na análise dos pedidos de patentes. (...) ⁷³

Sob esse aporte, Marco Aurélio dispõe-se a explicar sua contrariedade às determinações formuladas no voto do Ministro Toffoli:

O processo é objetivo. Não se está a julgar arguição de descumprimento de preceito fundamental. O Tribunal é convocado a proceder a cotejo único e na ação respectiva – ação de conhecimento, como as ações em geral – chega-se a uma decisão simplesmente declaratória de constitucionalidade ou declaratória negativa, fulminando-se o ato atacado, o ato normativo abstrato autônomo atacado na inicial.

Não imagino, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, determinação a autarquias, como o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Não se está diante de ação

⁷¹ Expressão francesa que significa: sem mais; só isto; sem haver nada a acrescentar; simplesmente; somente.

⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 5529, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/05/2021, p. 380.

⁷³ Id. p. 102.

cominatória, voltada ao cumprimento de obrigação de fazer, quando, então, seria possível adentrar essa matéria –, e também a órgão da administração direta, a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, já que as duas entidades a que me referi, como autarquias, compõem a administração indireta.

Em síntese, não subscrevo a parte do voto do Relator na qual determina, no processo objetivo, ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial que refaça o respectivo quadro funcional e contrate servidores.⁷⁴

Percebe-se a divergência do Ministro Marco Aurélio sendo pautada na natureza jurídica da ação direta de inconstitucionalidade que, por possuir caráter declaratório negativo, não se pode asseverar a impor obrigações de fazer.

Ocorre que para o devido reconhecimento do ECI, deve se atender aos seus critérios confirmatórios, dentre eles a cooperação institucional para sanear a violação acentuada.

Para que essa cooperação exista, o ministro salientou em sua relatoria na ADPF 347:

Conforme esclarece, a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação.⁷⁵

A argumentação foi bem recebida pelo relator, que firmou em seu voto:

Por fim, com o fito de privilegiar a transparência no que tange às deliberações ocorridas no Plenário, ressalto que a proposta de voto inicialmente apresentada por mim trazia essas recomendações na forma de efetivas determinações aos órgãos federais citados. No entanto, dos debates em Plenário resultou o consenso de que tais diretrizes do voto devem ser mantidas tão somente como *obiter dictum*, a título de recomendações e de apelo ao administrador público.⁷⁶

⁷⁴ Id. p. 343.

⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 12.

⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 5529, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/05/2021, p. 104.

Cabe concluir, com base nessa análise que, se o Estado de Coisas fosse apontado no direito à saúde, ainda assim, o ministro provavelmente não o reconheceria, por estar em sede de ADI.

No entanto, também é possível ponderar que, se o caso fosse tratado em uma ADPF, tal justificativa não se substanciaria, levando a crer que Marco Aurélio poderia reconhecer o ECI no direito à saúde.

Sendo assim, apesar de não ter sido analisada a questão em outras áreas do direito, ao que tudo indica, o rito processual das ações declaratórias de inconstitucionalidade são um pressuposto negativo para o reconhecimento do ECI, já que é necessário que o rito processual adotado permita à Corte determinar obrigações de fazer aos demais poderes.

4. Considerações finais

A finalidade da presente pesquisa foi identificar se o Estado de Coisas Inconstitucionais já foi considerado no âmbito do direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal.

Após a seleção dos julgados relevantes para o objetivo da pesquisa, e minuciosa análise exercida através dos fichamentos, foram levadas em conta somente 2 (duas) ações para coleta de resultados – ADPF 822 e ADI 5529, sendo que a ADPF 347 foi considerada para entender as premissas adotadas pelo Tribunal para reconhecimento do ECI no contexto brasileiro.

Esse afunilamento ocorreu após ser constatado que dentre os 8 (oito) acórdãos selecionados, 5 (cinco) não tratavam do Estado de Coisas especificamente no direito à saúde, mas somente eram citados ou referenciados separadamente.

A título de exemplo, a ADPF 713 versava sobre o direito à educação e mensalidades de instituições de ensino privadas durante a pandemia da covid-19. Observou-se nesse modelo que a menção ao ECI correspondia ao direito constitucional à educação violado pela continuidade de cobrança de mensalidades durante o isolamento social, enquanto a expressão “saúde” era utilizada para se referir à crise sanitária da pandemia. O mesmo aconteceu nos demais acórdãos em suas respectivas matérias discutidas, e, embora a aplicação do ECI no âmbito do direito à educação também seja um tema interessante, não fazia parte dos objetivos da pesquisa, e por esse motivo todos eles foram desconsiderados para a análise final.

Conforme estabelecido na metodologia de análise, o estudo subsidiário da ADPF 347 gerou frutíferos resultados. O Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, se baseou em parâmetros doutrinários e jurisprudência internacional para definir e declarar o Estado de Coisas Inconstitucionais no sistema carcerário do Brasil.

A doutrina utilizada pelo Tribunal pertence ao autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁷⁷, que formalizou seu estudo sobre o ECI amparado pelos mesmos precedentes internacionais da Corte Constitucional Colombiana acolhidos pelo Supremo.

A partir do que foi observado, já que a mesma doutrina explorada pelos ministros se baseia igualmente na doutrina por eles adotada, afastada de qualquer alteração, constatou-se que a Corte fixou naquela ocasião três critérios para configuração do instituto.

Identificados os critérios definidos pelo Supremo Tribunal Federal para caracterizar o Estado de Coisas Inconstitucional, sob o fundamento de referência doutrinária nacional e jurisprudência internacional, passou-se à análise das duas decisões selecionadas.

A ADPF 822, apesar da perda do seu objeto, não poderia ser ignorada, afinal, é a ação que confirma a consideração do ECI no direito à saúde. Marco Aurélio tratou do tema com o referencial dos critérios outrora estabelecidos pelo colegiado, evidenciando o preenchimento de cada requisito para configurar o Estado de Coisas na saúde durante a pandemia.

Cabe ressaltar que apesar de os argumentos em divergência de Gilmar Mendes que versaram sobre a perda do objeto da ação terem sido pautados na inexistência de omissão e mudança de cenário fático, uma outra conclusão pode ser debruçada perante o ocorrido.

Não fosse a mora incidente no retorno do voto vista do ministro, que durou mais de um ano e meio, a arguição teria sido julgada enquanto se vivenciava a realidade pandêmica. A ausência da pertinência não resultou apenas da falta de caracterização de inação das autoridades públicas, mas também do transcurso do tempo que gerou a metamorfose fática, tornando-a desnecessária.

⁷⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de coisas inconstitucional"*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.btdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9297/1/CARLOS%20TOTAL.pdf>

Além das premissas aludidas, foi possível constatar a utilização do princípio da separação de poderes e o respeito ao pacto republicano como argumentos que fundamentariam o afastamento do reconhecimento do Estado de Coisas no direito à saúde pelo ministro Nunes Marques, caso a arguição tivesse resolução material.

Cumprido afirmar que, para considerar o ECI nessa ação, o relator atendeu aos requisitos formulados na primeira arguição que tratou do instituto, satisfazendo a subpergunta que indagava sobre serem ou não mantidos os pressupostos do Estado de Coisas constados na ADPF 347.

Por fim, essa ação viabilizou uma reflexão sobre o retrocesso social em matéria de direitos fundamentais, quando comparada a fala de Marco Aurélio nessa assentada com suas considerações feitas em sua outra relatoria. Admitida a falência estrutural no direito à saúde, tal qual no sistema carcerário, é preocupante que essa realidade foi alcançada.

Seguindo as considerações, agora aponta-se os dados coletados na ADI 5529. Em grau de relevância, essa ação se coloca atrás da ADPF 822, devido ao mérito processual versar sobre conteúdo indiretamente relacionado ao direito à saúde, mas ainda assim sua análise deve ser levada em conta.

Notou-se que, apesar de o ECI ter sido reconhecido na vigência das patentes em *obter dictum* pelo relator, houve violação ao preceito fundamental da saúde, indiretamente causada pela extensão do prazo de vigência de patentes industriais farmacêuticas, até então permitida.

O caminho traçado feito na análise para levantar esse cenário viabiliza essa conclusão. Inobstante o mérito tratar de todas as categorias de patentes, a indústria farmacêutica integrava esse quadro, ao ponto de se compreender as motivações que sustentaram o deferimento parcial da tutela de urgência na ADI 5529. Inclusive, a tutela de urgência só foi requerida em função da pandemia, e o risco gerado à distribuição de medicamentos potencialmente benéficos no tratamento da Covid.

O Estado de Coisas não foi reconhecido no que tange à saúde por não ser compatível com o rito processual da ADI, mas houve clara referência

sobre a transgressão a esse direito constitucionalmente respaldado⁷⁸, quando levado em conta as patentes farmacêuticas.

Quanto aos critérios fixados na ADPF 347, foram rigorosamente seguidos pelo relator em suas ponderações. Contudo, pôde-se apontar que a divergência iniciada pelo ministro Alexandre de Moraes foi pautada em entendimento parcialmente diverso a esses critérios, quando discutida a omissão do Poder público.

Dadas essas motivações, conclui-se que o relator atendeu as premissas firmadas para reconhecer o instituto, enquanto o voto-divergência seguiu outra linha de critérios, talvez pela natureza da demanda, já que se tratava de uma ADI e não de uma ADPF.

Ainda no sentido da divergência, essa decisão trouxe um novo argumento jurídico, ao verificar o direcionamento de Marco Aurélio quanto à impossibilidade de se discutir obrigações de fazer em ações declaratórias.

Isso demonstra que, em outras oportunidades, a posição do Tribunal em sede de ADI seria optar pelo não conhecimento da ação, se substanciada a inconstitucionalidade pelo ECI, ou se dentre os pedidos formulados, um deles fosse para declarar o instituto, já que essa medida demanda o apontamento de obrigações de fazer às instituições, o que não corresponde à natureza de uma ação direta de inconstitucionalidade.

À luz de todas as considerações apresentadas nessa monografia, é chegada a hora de dar solução à pergunta principal: Há decisões proferidas pelo STF em que o Estado de Coisas Inconstitucionais foi reconhecido no âmbito específico do direito à saúde?

Em caráter jurídico formal não, devido à ADPF 822 que de fato versava sobre o Estado de Coisas no Direito à saúde perder seu o objeto, e a ADI 5529 tratar do direito às patentes. No entanto, no conteúdo das decisões a questão já foi considerada pelo Tribunal, especialmente sob a ótica do

⁷⁸ Art. 196 da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 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.

ministro relator Marco Aurélio na arguição, e diante do contexto trazido pelo ministro relator Dias Toffoli na ação direta de inconstitucionalidade.

Esses resultados levam a hipótese de que, se já houve considerações sobre a aplicação do ECI no âmbito do direito à saúde, é possível que elas também já tenham sido feitas em relação a outros direitos fundamentais, como na educação, previdência social, proteção à maternidade e infância, bens jurídicos de alto valor para a sociedade.

Referências bibliográficas

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09/09/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>

MOREIRA, Angela. *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de coisas inconstitucional". Acesso em: 18/11/2023. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/bitstream/1/9297/1/CARLOS%20TOTAL.pdf>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5529, Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 12/05/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451892/false>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 822, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 27/03/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur480047/false>

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Dispõe sobre a organização do Estado brasileiro e suas normas fundamentais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm> Acesso em: 23/07/2021.

Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF 20 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm

Brasil. Lei nº 9.279, de 19 de setembro de 1990. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF 15 de maio de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm

Anexos

Anexo 1

Acórdão:

Data de Julgamento:

Ministro Relator:

Ministro Redator:

Assunto da decisão:

1. O estado de coisas inconstitucionais foi considerado no âmbito específico do direito à saúde nos votos dos Ministros?

R:

2. O ECI no âmbito do direito à saúde foi reconhecido pela decisão?

R:

3. Caso o ECI tenha sido reconhecido no âmbito do direito à saúde, os critérios utilizados pela Corte são diferentes daqueles mencionados na ADPF 347 MC?

R:

4. Caso o ECI não tenha sido reconhecido no âmbito do direito à saúde, é possível identificar quais os argumentos jurídicos utilizados pelos Tribunal para negar o seu reconhecimento?

R:

5. É possível identificar divergências entre os ministros quanto à possibilidade do reconhecimento do ECI no âmbito do direito à saúde?

R: