

A DECISÃO ESTRUTURAL E O DIREITO À SAÚDE: A CRIAÇÃO DO OBSERVATÓRIO DO PODER JUDICIÁRIO PARA MONITORAR AS POLÍTICAS DE COMBATE À DEPENDÊNCIA QUÍMICA

Ricardo Ishimura

Resumo: O artigo busca estabelecer as linhas gerais do processo estrutural no direito brasileiro como sendo adequada ao tratamento da profusão de litígios de interesse público, altamente complexos e multipolares, que não se enquadram na lógica processual clássica bipolar e na rigidez procedimental. A tipologia foi denominada o estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. Com base nesse novo cenário e nos estudos sobre o estado de coisas inconstitucional e o modelo constitucional de processo, objetiva-se analisar um tema de grande repercussão mundial, oriundo de discussões importantes que vem ganhando força ao longo dos anos que é o enfrentamento ao consumo das drogas ilegais. Foi utilizado como referência o posicionamento do Ministro Edson Fachin no RE 635.659-RG que citando o regimento interno do STF este se posiciona pela criação de um Observatório do Poder Judiciário para avaliar a eficácia e eficiência das políticas públicas de enfrentamento da dependência química.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Estado de Coisas Inconstitucional; Drogas ilegais.

INTRODUÇÃO

No atual contexto sócio econômico, verifica-se que o Direito se encontra em constante evolução, tendo em vista o dinamismo inerente às relações sociais. O Direito em geral se afigura como um meio de regulação do meio social. Assim, com a evolução social nasce a necessidade de melhor regular as atividades, num movimento constante de evolução normativa.

O presente trabalho tem como ponto de partida a questão de como as políticas públicas tratam o usuário de drogas no Brasil, como esclarece o Ministro Barroso no seu voto no RE 635.659-RG, na década de setenta o “uso” de drogas foi considerado crime fazendo parte da política das guerra às drogas (Lei 6368/76); em 2006 houve a política da despenalização (Lei 11.343/06) que deixou de punir o dependente químico com a pena de prisão, imputando outras medidas; e atualmente no Recurso Extraordinário 635.659-SP o relator Ministro Gilmar Mendes, posicionou-se favorável a descriminalização.

Ressalte-se que descriminalizar não significa liberar as drogas, significa conforme esclarece o Ministro Barroso no seu voto no RE 635.659-RG, deixar de imputar ao dependente químico uma sanção penal pelo uso de droga.

o consumo de maconha ou de qualquer outra droga continuará a ser ilícito. O debate é saber se o Direito vai reagir com medidas penais ou com outros instrumentos, como, por exemplo, sanções administrativas. Isto inclui a possibilidade de apreensão, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde etc. (Voto do Ministro Barroso no RE 635.659-SP).

Porém, um ponto fundamental refere-se à administração pública, que não está combatendo de maneira eficaz a dependência química, gerando entre os cidadãos uma mazela social identificada por diversos estudos. Especialistas, conforme Atlas da Violência 2017, estimam que mais de 2 milhões de brasileiros usem a droga ilegais, cujo poder destrutivo é superior ao da maioria das substâncias ilícitas, devido ao fácil acesso, alta letalidade e precocidade do primeiro uso.

Dessa forma, propõe-se o seguinte problema de pesquisa, diante da inércia do poder executivo em concretizar direitos fundamentais previstos na constituição, em especial o direito fundamental à boa administração, direito fundamental à segurança e o direito fundamental à saúde, pode o poder judiciário concretizar tais direitos através do processo estrutural, para que seja concretizado o resultado de plena eficácia da execução das políticas governamentais e políticas públicas criminais sobre drogas, como às relacionadas à dependência química?

Segundo Orbage de Britto Taquary (2017) o termo ativismo judicial foi cunhado por um jornalista americano da revista Fortune, Arthur M. Schlesinger Jr., em 1947, que classificou os Juízes dentre os que priorizavam em suas decisões o bem-estar social e outros que decidiam apenas com base nos direitos previstos na legislação. Diferenciou juízes ativistas e conservadores, respectivamente.

Ressalte-se que o ativismo judicial só existe por conta da inércia de outros poderes, uma vez que a decisão política já está tomada e determinada na constituição que através do texto escrito na mesma. Nesse sentido, o presente estudo volta-se para a compreensão da importância do Poder Judiciário, para que se dê a devida interpretação, no sentido de que este se manifeste sobre o controle de políticas públicas.

O presente trabalho se justifica, devido à necessidade do judiciário se manifestar em relação inércia do poder executivo frente à ineficácia da execução das políticas públicas relacionada ao problema das drogas e dos dependentes químicos na sociedade, especificamente a inércia em executar ações intersetoriais de enfrentamento ao crack e outras drogas, compreendendo políticas públicas de prevenção ao uso do crack e outras drogas, cuidado às pessoas com necessidades de saúde decorrentes do uso do crack e outras drogas, reinserção social dos dependentes e o enfrentamento ao crime organizado e ao tráfico de drogas.

O voto do ministro Fachin do STF, no processo sobre descriminalização das drogas é um exemplo de intervenção do judiciário no executivo, esta é uma decisão estruturante do Supremo Tribunal Federal que referiu-se à Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas

(SENAD) e ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), ambas Secretarias do Ministério da Justiça, a execução de políticas públicas criminais e sobre drogas. Ressalte-se que o Ministro Fachin explicitou a necessidade de criar também um Observatório do Poder Judiciário para avaliar o resultado das políticas de combate à dependência química.

Dessa forma, o que o presente trabalho vem mostrar como o Poder Judiciário pode, através de medidas estruturantes, contribuir para que direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil sejam concretizados,

Desse modo, o presente estudo se justifica, por remeter à medida estrutural para a adequada execução das políticas relacionadas às drogas, envolvendo inclusive a área de segurança pública brasileira com a finalidade de que direitos fundamentais previstos na constituição sejam concretizados, considerando a complexidade inerente à questão que demanda um sistema integrado e coordenado adequadamente – uma vez que o objetivo é a efetiva transformação do quadro de medo e violência ocasionado pelas drogas –, sendo necessário que o judiciário intervenha para dar efetividade a mecanismos de governança capazes de articular União, estados, Distrito Federal e municípios, que necessariamente, precisam criar condições para a coordenação de ações entre Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como entre Ministérios.

A pesquisa em tela enquadra-se na modalidade bibliográfica, por meio da interpretação de diversos textos, com o objetivo de se constatar determinadas premissas em relação aos assuntos aqui abordados. Dessa forma, a princípio se utilizará a pesquisa documental, como a Constituição da República Federativa do Brasil,

O método científico utilizado foi o dedutivo, possibilitando-se que, a partir da interpretação do direito comparado, bem como das leis, teorias e princípios, fosse transcrito o raciocínio lógico de modo a mostrar as medidas estruturantes presentes no voto do ministro Fachin no caso da descriminalização das drogas.

O trabalho apresenta-se em quatro capítulos. Primeiramente, na introdução, contextualiza-se brevemente o processo estrutural e criminalização do uso das drogas. No referencial teórico é apresentado o que é a decisão estrutural, sendo inseridas algumas figuras para tornar mais didática a explicação. Após apresenta-se o RE de descriminalização do consumo de drogas em especial o voto de vista do Ministro Fachin. Por fim é apresentada a conclusão do trabalho.

COMBATE À DEPENDÊNCIA QUÍMICA

A tutela do estado no combate à dependência química de drogas é um caso estrutural paradigmático de extrema importância. No ano de 2011 foi proposto o Recurso Extraordinário (RE) 635659, junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, possuindo como objetivo a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O caso julgado pelo STF é o de um presidiário que cumpria penas que somavam mais de dez anos de prisão no CDP de Diadema e foi solto em janeiro deste ano. Ocorre que a polícia encontrou 3 gramas de maconha em um marmitec em sua cela.

O preso foi condenado como usuário de drogas à prestação de serviços à comunidade, mas sua defesa não se conformou. No recurso, seu defensor alegou que ninguém pode ser punido por ser usuário, pois o que se faz na vida privada não afeta terceiros.

Em apertada síntese RE 635659 discute à luz do artigo 5º, inciso X da CF a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, no tocante aos princípios da intimidade e da vida privada. É preciso se atentar para a questão estrutural que envolve o processo. Devido à inércia do poder executivo fica evidente que a governança da política relacionada ao enfrentamento da dependência química é complexa, e não se restringe somente ao Estado. A governança é um termo que nasce da ideia de que o Estado não é o responsável exclusivo pelo sentido da política e das políticas públicas e, no caso das drogas, há uma pluralidade de interesses em disputa e que precisam ser administrados (o próprio caput do art.144, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), traduz este conceito ao dizer que segurança é uma responsabilidade de todos).

No caso brasileiro, governança em segurança pública é responsabilidade difusa de vários atores e instituições e, para se ter efetividade, ela precisa ser coordenada e articulada em torno do que está previsto na Constituição, mas que muitas vezes gera diferenças de interpretações.

A constituição diz que segurança é condição basilar para o exercício da cidadania (art. 5º) e é direito social universal de todos os brasileiros (art. 6º). Sendo assim, é em torno destes comandos que é preciso analisar o quadro das respostas públicas frente ao medo, à violência, ao crime e à garantia da cidadania.

Segundo o Atlas da Violência 2017, que avaliou a questão das drogas pela ótica da segurança, percebe-se que as instituições públicas responsáveis por prover justiça criminal e segurança, bem como garantir os direitos, trabalham muito, mas fazem isso quase sem nenhuma coordenação e articulação. Cada uma atua em uma direção e sem convergência de metas e de processos; sem que uma política criminal baseada nos comandos constitucionais citados seja efetivamente implementada.

Na brecha deixada por essas instituições, conforme Atlas da Violência (2017), é ocupada pelo crime organizado que toma para si os espaços e os territórios abandonados pelo Estado. Sendo evidente o crescimento de cracolândias em diversas cidades do país. Com isso, o medo passa a justificar discursos cada vez mais radicalizados e ideologizados, como os discursos simplistas de políticos de direita que evidenciam um utilitarismo radical, no qual a vida perde importância.

O Ministro Fachin no RE 635659 considera que o usuário de drogas é um enfermo e não um criminoso, e propõe em seu voto uma medida estruturante, que é a criação do observatório judicial sobre drogas, para que em caso da liberação das drogas, os efeitos da liberação sejam acompanhados.

E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização. (RE 635659, grifo nosso).

Esse é o ponto de partida para o processo estrutural, uma vez que se constata a inércia do poder executivo, especialmente em relação ao Ministério da Justiça e sua competência institucional de governança para a execução de políticas públicas criminais e sobre drogas através da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

Ao referido Ministério da Justiça a quem compete a coordenação do combate às drogas no âmbito Nacional e de executar ações intersetoriais de enfrentamento ao crack e outras drogas, compreendendo políticas públicas de prevenção ao uso do crack e outras drogas, cuidado às pessoas com necessidades de saúde decorrentes do uso do crack e outras drogas, reinserção social dos dependentes e o enfrentamento ao crime organizado e ao tráfico de drogas.

Ressalte-se que esta competência institucional não está sendo gerida de maneira eficaz, violando o direito fundamental a saúde, o direito fundamental à boa administração e o direito à segurança, como evidenciam indicadores de violência, gestão, e de recuperação dos dependentes químicos presentes em publicações oficiais como o Atlas da Violência 2017 e 2018 do IPEA.

Dessa forma, o Ministro Fachin, ao determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, o Observatório Judicial sobre Drogas, para permitir a discussão acerca da questão das drogas com entidades e a comunidade externa acaba iniciando uma nova forma exercer a jurisdição através do instituto chamado litígios complexos estruturais que será melhor explicado no próximo item.

LITÍGIOS COMPLEXOS ESTRUTURAIS

Litígios complexos estruturais é um dos grandes temas do século XXI. Para Zaneti Jr et al (2018) os litígios complexos estruturais é uma espécie de ativismo judicial para que a burocracia estatal não seja uma dificuldade à concretização dos direitos fundamentais. Diante de tais medidas ou técnicas haveria, respeitando alguns requisitos, uma autorização ao Poder Judiciário para que adentrasse em esferas que originariamente não seriam suas, consolidando

políticas públicas que, em tese, seriam da atribuição do Executivo, assim como redefinindo conceitos legais pela via da interpretação, atividade complementar à do Legislativo (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

No Brasil há alguns autores que se dedicam sobre o tema. Havendo várias nomenclaturas utilizadas sobre o tema. Sentenças estruturantes, litígios estruturantes, processos estruturantes, decisões estruturantes, medidas estruturantes, técnicas estruturantes, remédios estruturantes. Todas essas expressões vêm de uma nomenclatura dos Estados Unidos, do inglês, *structural litigation*, *complex litigation* e *structural reform* que podem ser traduzidos como litígio complexo, reforma estruturante e litígio estrutural (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

Owen Fiss que começou a estudar o assunto na década de 70, essa gradual implementação da decisão judicial é própria dos litígios estruturais. Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer. Aliás, a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. Essa técnica de tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e do resultado ótimo para o caso (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

Num dos mais controvertidos julgamentos da história de sua Corte, houve ela por bem, por meio de uma série de medidas, tornar efetiva uma decisão que, aparentemente, nada tinha para se concretizar. Trata-se do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em que a Corte, rompendo com um paradigma cultural centenário de uma doutrina denominada *separate but equal*, autorizou que uma menina negra frequentasse, em sistema de igualdade, uma escola pública para brancos. A decisão, por si só, adormeceria nas prateleiras dos arquivos judiciais se a Suprema Corte não tivesse, nesse caso, modelado um sistema mais ativista, no qual o juiz está autorizado a realizar a decisão judicial (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

A decisão estrutural é aquela que se busca implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar determinada política pública ou resolver litígios complexos, entendidos estes como aqueles que põem em rota de colisão múltiplos interesses sociais (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

A decisão estrutural possui conteúdo complexo podendo indicar um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso e nessa parte, a estrutura de uma obrigação de fazer de uma norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Em especial é uma decisão que estrutura o modo como deve ser alcançado o resultado (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

Conforme Zaneti Jr et al, 2018, p. 424. há uma questão incômoda, na qual os onze ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em conformidade com o controle de constitucionalidade de leis, possam modificá-las, respeitando-se determinados requisitos, sendo o maior deles, o de se manter dentro dos parâmetros esboçados no texto constitucional e nos seus possíveis sentidos normativos.

Conforme Menegat (2018) a doutrina processualista brasileira, há não muito tempo, tem defendido a necessidade de desenvolvimento de uma sistemática processual diversa

da tradicional para tutelar determinados litígios. De acordo com essa visão, a compreensão de processo vigente é pautada no clássico princípio da demanda, que adstringe a atuação do juiz à formatação dos pedidos deduzidos pelo Autor. Ocorre que, para o referido autor, tal configuração não funciona com efetividade para casos complexos, em que os efeitos da sentença são multilaterais e se irradiem extra-processualmente, atingindo outras esferas.

CONCLUSÃO

Este trabalho focou-se em processos estruturais e fez análise do voto do Ministro Fachin no Recurso Extraordinário sob o número 635659. No seu voto o ministro considera que o usuário é um enfermo e não um criminoso, propondo uma medida estruturante, que caso haja descriminalização das drogas seja criado um Observatório Judicial sobre Drogas.

Nesse sentido verifica-se que o Ministro Fachin ao determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, o Observatório Judicial sobre Drogas, considerou a questão das drogas um litígio complexo, sendo necessária uma uma solução que demanda o diálogo com entidades e a comunidade externa.

Trata-se não de um ativismo judicial puro, mas de uma postura prudente, uma vez que o ministro Fachin, ao determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, o Observatório Judicial sobre Drogas, permitirá a discussão da questão das drogas com entidades e a comunidade externa, tendo assim a efetividade da medida estruturante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 635659 / SP. Voto de Vista Ministro Edson Fachin. Data do voto: 10/09/2015. Data da Publicação: 10/09/2015. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso em 07/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 635659 / SP. Voto de Vista Ministro Luís Roberto Barroso. Data do voto: 10/09/2015. Data da Publicação: 10/09/2015. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em 07/2019.

CERQUEIRA, D., LIMA, R. S., BUENO, S., VALENCIA, L. I., HANASHIRO, O., MACHADO, P. H. G., & LIMA, A. S. (2017). Atlas da violência 2017. Brasília, DF: IPEA.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. Revista de informação legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>. Acesso em março de 2019.

- COUTO, E.S. O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico Para Efetividade Dos Direitos Fundamentais No "Estado De Coisas Inconstitucional". 2018. Dissertação de Mestrando em Direito. Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>>. Acesso em março de 2019.
- MENEGAT, F. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. Revista Colunistas de Direito do Estado. ANO 2018 NUM 396.
- ORBAGE DE BRITTO TAQUARY, Eneida; ORBAGE DE BRITTO TAQUARY, Catharina. O ativismo judicial: apropriação do termo no direito norte-americano. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva. 3. 18. 2017.
- VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la república argentina dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Félix (Coords.). Processos estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63-84.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. DIDIER JUNIOR, Fredie; Curso de direito processual civil: Processo Coletivo. 12. ed. Bahia: Podivm, 2018, p. 424.