

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

ACTIVISMO JUDICIAL Y JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD: IMPACTOS
DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN EL PODER JUDICIAL BRASILEÑO

Recebido: 03/07/2020

Aceito: 07/08/2020

Elenild de Góes Costa

Professora Adjunta de Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Brasília.
Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela UnB.
Pesquisadora do Grupo Trabalho, Constituição e Cidadania.



E-mail: renataqdutra@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0736-8556>

Josilene Botelho Moura

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.
Pesquisadora do Grupo Trabalho, Constituição e Cidadania.



E-mail: raianne.lc@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8717-3497>

RESUMO

O presente artigo trata da atuação ativista do poder judiciário diante da inércia do ente executivo em efetivar as políticas públicas de saúde em tempos de pandemia de Coronavírus. Objetivo: Analisar o impacto da primeira onda da pandemia de COVID-19 no poder judiciário e neste contexto o fenômeno do ativismo judicial na busca da efetivação de garantias constitucionais. Metodologia: Trata-se de uma revisão bibliográfica, de caráter qualitativo, de literaturas, doutrinas, legislações e jurisprudências afins, disponíveis nos bancos de dados da BDTD (Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações); Plataforma Sucupira; CONPEDI; LexML Brasil; GlobaLex; Banco de Teses da CAPES; e, consubstanciada com pesquisa quantitativa de dados de nos Tribunais de Justiça dos 24 estados brasileiros e do Distrito Federal, sendo os indicadores: direito à saúde, UTI, respiradores, oxigênio x COVID-19. Resultados: De março a dezembro de 2020 constatou-se o registro de 32.827 acórdãos 6.252 decisões monocráticas, totalizando 39.079 julgados relacionados à COVID-19; os pedidos verificados foram 20.640 pedidos de concessão de prisão domiciliar para pacientes do grupo de risco; 468 pedidos de leitos em UTI; 521 pedidos de respiradores e 241 pedidos de oxigênio em todo Brasil. Conclusão: Frente à inércia do poder executivo, o poder judiciário, provocado pelos clamores populares vem atuando de forma ativista e proativa na concretização de direitos fundamentais, criando um movimento de cidadania judicial, postura esta, amparada por sua função precípua de zelar pelo efetivo cumprimento dos enunciados constitucionais.

Palavras-chave: COVID-19, Ativismo Judicial, judicialização da saúde, garantias constitucionais.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMEN

Este artículo trata sobre el desempeño activista del Poder Judicial ante la inercia del ente ejecutivo en la implementación de políticas de salud pública en tiempos de la pandemia del Coronavirus. Objetivo: Analizar el impacto de la pandemia COVID-19 en el poder judicial y, en este contexto, el fenómeno del activismo judicial en la búsqueda de garantías constitucionales efectivas. Metodología: Se trata de una revisión bibliográfica, de carácter cualitativo, de literatura, doctrinas, leyes y jurisprudencia similar, disponible en las bases de datos del BDTD (Biblioteca Digital Brasileña de Tesis y Disertaciones); Plataforma Sucupira; CONPEDI; LexML Brasil; GlobalLex; Banco de Tesis CAPES, apoyado por la investigación cuantitativa de datos de los Tribunales de Justicia de los estados brasileños y del Distrito Federal, con los siguientes indicadores: derecho a la salud, UCI, respiradores, oxígeno x COVID-19. Resultados: De marzo a diciembre de 2020, se registraron 32,827 sentencias y 6,252 decisiones monocráticas, totalizando 39,079 sentencias relacionadas con COVID-19; las solicitudes verificadas fueron: 20.640 solicitudes de arresto domiciliario para presos en el grupo de riesgo; 468 solicitudes de camas de UCI; 521 pedidos de respiradores y 241 pedidos de oxígeno en todo Brasil. Conclusión: Frente a la inercia del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, provocado por reclamos populares, ha venido actuando de manera activista y proactiva en la realización de los derechos fundamentales, generando un movimiento de ciudadanía judicial, una postura sustentada por sus principales función de asegurar la aplicación efectiva de las declaraciones constitucionales.

Palabras clave: COVID-19, Activismo Judicial, judicialización de la salud, garantías constitucionales

1. Introdução

Nos termos do 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, bem como, possibilite o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Diante desta previsão constitucional e das limitações do Estado em prover o acesso à saúde de forma digna e igualitária a todo cidadão, observa-se que a efetivação desse direito previsto constitucionalmente vem sendo objeto de intensa judicialização em todo o Brasil.

No cenário fático que embasa a presente discussão destaca-se de um lado, a inércia dos poderes executivo e legislativo em realizar políticas públicas de saúde mais eficazes,

e, de outro, o protagonismo ativista do poder judiciário, quando provocado pela sociedade a atuar pró-ativamente diante da falta de iniciativa dos outros poderes, a fim de cobrar a efetividade dos enunciados constitucionais.

Pretendendo analisar a referida problemática no contexto pandêmico da primeira onda da Síndrome Respiratória aguda Grave – COVID-19, o presente estudo realizou pesquisa quantitativa nos Tribunais de Justiça dos 24 Estados brasileiros e no Distrito Federal, a fim de identificar o número de processos tratando da matéria de saúde referentes ao Novo Coronavírus que chegou ao Brasil no início do ano de 2020, tornando-se a partir de então, caso de saúde pública de dimensão mundial, conforme anunciado pela Organização Mundial da Saúde (OMS)¹ em 30 de janeiro de 2020.

Antes da pandemia, o sistema Único de Saúde (SUS) já se encontrava sucateado, com oferta de serviços básicos e paliativos para maior parte da população, enquanto, casos mais graves, com necessidades de tratamentos complexos não recebiam atendimento; operando assim, abaixo da linha do viável.

No contexto da primeira onda da pandemia de COVID-19, a atenção à saúde pública, tornou-se ainda mais precária com a intensificação de demandas por vagas em leitos da Unidade de Terapia Intensiva (UTIs), respiradores, oxigênio e pessoal especializado para atuar na linha de frente, tais como, médicos, intensivistas, enfermeiros e fisioterapeutas, entre outros.

No judiciário brasileiro, cenário pré-pandemia, já se observava a procura da população pela prestação jurisdicional no afã de obter do Poder Público o fornecimento de medicamentos, tratamentos de alto custo e especialidades médicas; porém, como advento da pandemia, a partir de março de 2020 intensificaram-se os pedidos de tutela de urgência por estes serviços.

Neste contexto, o dever do Estado de promover o acesso da sociedade ao SUS, de forma igualitária e universal, restou ainda mais prejudicado em função de questões orçamentárias, de falta de planejamento, de disputas políticas e da corrupção que inoportunamente tira proveito da situação caótica da saúde pública brasileira nesses tempos de crise.

A par das reivindicações da população brasileira, o poder judiciário vem atuando de forma pró-ativa no intuito de fazer valer a efetividade da prestação jurisdicional na

¹ Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-Coronavírus&Itemid=812> Acesso em: 01.02.2021

garantia de direitos constitucionalmente tutelados; bem como, para fazer jus ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se porta-voz dos anseios sociais frente à inércia, desorganização e déficits de planejamento do poder executivo.

Diante desse panorama, os poderes executivo e legislativo reclamam em seu favor que a interferência do poder judiciário em assuntos que extrapolam o âmbito da sua competência afronta o princípio constitucional da separação dos poderes e a autonomia de outros entes igualmente instituídos pelo Poder Constituinte.

Alegam ainda que a judicialização da saúde compromete a independência da gestão administrativa à luz do princípio da universalidade da prestação do serviço de saúde pública; bem como, o seu planejamento orçamentário, o qual já exige do governo medidas emergenciais de investimentos para que amplie a capacidade de atendimento; sobretudo, frente à alta demanda por vagas de leitos em UTIs e criação emergencial de hospitais de campanha em diversos estados brasileiros, para atender às vítimas do Novo Coronavírus.

Sobre a competência para implementar e executar políticas públicas de saúde, a doutrina diz que os direitos sociais são os fundamentos do Estado Democrático de Direito, assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil; e, são efetivados por meio das políticas públicas, que por sua essência, são manifestações dos poderes públicos, através do Poder Executivo e Poder Legislativo, em regra.

Nesse sentido, segundo a teoria da Reserva do Possível⁶ a promoção e execução de ações e serviços voltados à atenção da saúde competem, exclusivamente, ao poder executivo, que por meio da administração pública, deve utilizar os seus recursos materiais e humanos mediante previsão de recursos, planejamento orçamentário e política sanitária do Estado brasileiro, respeitando as suas limitações.

Por outro lado, contrário a esse entendimento, na esfera jurídica, Barroso (2013), IngoSarlet, Marinoni & Mitidiero (2016) amparados pela função precípua da Corte Constitucional e pelo princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, como balizador do Estado Democrático de Direitos, defendem que o judiciário não pode omitir-se de apreciar, de acordo com a previsão legal o direito à saúde, quando provocado a fazê-lo, dando justo provimento de acordo com as leis e normas vigentes do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a cobrar da administração pública que cumpra o seu papel.

Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da ADPF n.45 MC/DF², pelo voto do ministro Celso de Mello, em não reconhecer o princípio da “reservado possível” como justificativa para inviabilizar a prestação do Estado em favor dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Diante desta tensão entre o poder judiciário e o poder executivo, ambos defendendo as possibilidades e limites de suas competências, entende-se urgente e necessário fomentar em âmbito acadêmico a discussão a respeito do ativismo judicial na judicialização da saúde, de forma clara e objetiva, sem ignorar os custos dos direitos e a escassez de recursos; mas também, levando em conta a função precípua do Supremo Tribunal Federal como guardião da supremacia da Carta Maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Ante o exposto, o presente estudo tem como objetivo principal analisar o impacto da primeira onda da pandemia de COVID-19 no poder judiciário, e nesse contexto, o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da saúde na busca da concretização de direitos e garantias sociais, inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Com os objetivos específicos, pretende-se identificar os temas mais relevantes relacionados à pandemia de COVID-19 que chegaram ao judiciário brasileiro no período de março a dezembro de 2020; analisar a aplicação do direito constitucional na efetivação do direito social à saúde, numa perspectiva de adequação da legislação às necessidades da sociedade; e, contribuir para a discussão acadêmica do tema.

Para tanto, a fim de alcançar os objetivos propostos, o estudo será dividido em três capítulos a seguir descritos: 1) Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades; 2) Pesquisa Quantitativa nos Tribunais de Justiça estaduais e no Distrito Federal sobre direito à saúde e COVID-19; 3) Judicialização da saúde.

Para fins metodológicos, o estudo dispõe de uma revisão bibliográfica, que inclui leis, doutrinas e jurisprudências dos tribunais brasileiros, voltadas ao tema proposto;

2 “[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]” (BRASIL, STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg.29.04.04) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12726197>> Acesso:01.02.2021

e, com o intuito de balizar as discussões e considerações tecidas no presente estudo, realizou-se pesquisa quantitativa nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, tomando como referência o Relatório Justiça em Números no período de março a dezembro de 2020, para fins de comparação quantitativa, dos indicadores: direito à saúde, UTI, respiradores e oxigênio x COVID-19.

Nesse sentido, espera-se com a presente pesquisa contribuir para o enriquecimento pessoal, além de fomentar a reflexão acadêmica e social a respeito do estudo proposto, sem, contudo, esgotá-lo, visto se tratar de tema complexo, abrangente e que envolve um grande leque de atores e cenários dentro da estrutura política, jurídica, legislativa e administrativa brasileiras.

2. Ativismo judicial na judicialização da saúde: limites e possibilidades.

Inicialmente o estudo analisa as alegações da administração pública em relação à atuação do poder judiciário, que por meio de um protagonismo ativista judicial voltado à solução das demandas que versam sobre questões de saúde, impõe a satisfação de tutelas de urgências pelo Estado, intervindo assim, na administração pública e políticas do SUS, dirigindo a alocação dos seus recursos e desrespeitando a autonomia conferida constitucionalmente a este ente público.

Considerando o exposto, observa-se segundo as normas constitucionais e a doutrina clássica positivista defendida por Pontes de Miranda (1946), que a saúde consta no rol dos direitos sociais de segunda geração, previstos constitucionalmente e que devem ser efetivados pelo poder executivo.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, com o fortalecimento da jurisdição constitucional, temas que deveriam ser tradicionalmente tratados pela esfera legislativa e política, passaram a ser cobrados pela sociedade na esfera judiciária, a fim de dar plena efetividade aos seus direitos sociais, frente à inércia dos órgãos competentes, sobretudo, no que se refere à garantia constitucional do direito à saúde.

Nesse sentido, no intuito de dar legitimidade a práxis ativista dos Tribunais, como observa Ingo Sarlet e Figueiredo (2014), o judiciário criou técnicas interpretativas que lhe permitem uma compreensão mais ampla em assuntos que não são ordinariamente de sua alçada; para isso criou, equipes de apoio especializado, compostas por profissionais da área da saúde a fim de respaldar o convencimento dos magistrados na análise dos casos concretos.

A respeito do ativismo judicial, critica Veloso (2014) que o protagonismo do

judiciário vem conferindo aplicabilidade direta e imediata a normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, que necessitam de regulamentação e atuação do ente executivo para produzirem todos os seus efeitos. No entanto, ignorando esta premissa, juízes e tribunais, vêm concedendo tutelas de urgência, obrigando a Administração Pública dar o provimento imediato, ainda que não haja previsão orçamentária para tal; portanto, entende-se que a interferência do poder judiciário na gestão orçamentária da administração pública da saúde e do poder executivo é indevida por extrapolar os limites de sua função e afrontar o princípio da separação dos poderes da república.

A despeito do alegado, o STJ entende que:

“Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada (grifou-se) (STJ, RESP nº 1041197- MS, Ministro Humberto Martins - Segunda Turma).”

Neste cenário jurídico-político-administrativo, observa-se que o ponto conflitante concentra-se na alegação de que o Poder Judiciário encontra o seu limite de atuação, no fato de que as políticas públicas, no âmbito dos direitos sociais, devem ser promovidas por meio de leis, projetos, ações e diretrizes desenvolvidas e concretizadas, via de regra, pelos Poderes Legislativo e Executivo visando à efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, em observância obrigatória ao Estado Social Democrático.

O Poder Judiciário por sua vez refuta tal argumento com a interpretação de que:

“Embora as políticas públicas sociais devam ser desenvolvidas e concretizadas via poderes Executivo e legislativo; se esses Poderes supramencionados não cumprem seu papel de gestor dos interesses da sociedade, o Poder Judiciário, com fundamento na própria Constituição vigente, encontra respaldo para atuar na efetivação dos direitos sociais. (STF, ADPF nº45 MC/DF).

Nesse conflito de competências entende-se que prevalece o entendimento que melhor atende a efetividade de fato dos enunciados constitucionais em relação aos direitos fundamentais e sociais da população brasileira.

a. ATIVISMO JUDICIAL: ORIGEM E CONCEITO

Embora, parte da doutrina, compartilhe do entendimento de Leal (2010, p.24) que a terminologia “Ativismo Judicial” é usada desde o final do século XIX por Frans Klein, (1901) e depois em 1916 quando na Bélgica questionava-se o protagonismo dos juízes frente a temas de grande relevância social, o entendimento que prevalece é que a sua legitimação e consolidação, enquanto instituto jurídico é conferida ao protagonismo da Suprema Corte americana quando da decisão de segregação racial, tendo esta por primeiro se fortalecido e consolidado a separação dos poderes e o federalismo.

Já nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes (2009, p. 2), falou-se pela primeira vez em Ativismo Judicial em janeiro de 1947, através de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger.

Embora existam inúmeras conceituações atribuídas ao ativismo judicial, optou-se pela definição trazida por Barroso (2008, p.92) que diz: “consiste em uma postura adotada pelo Magistrado com relação à interpretação das leis e da Constituição, o que possibilita que este amplie o alcance das normas decorrentes, sobretudo, de possível retraimento do papel dos Poderes Legislativo e executivo.”

Neste sentido Aragão (2013, p. 60) pressupõe que o ativismo judicial se justifica na ampliação da ingerência do judiciário nos outros poderes a fim de concretizar os valores e objetivos da república constitucionalmente previstos.

Já para outros doutrinadores, tais como Gomes (2009, p. 21), o termo em questão significa a “extrapolação dos poderes do judiciário”, o qual age para além do que lhe fora outorgado pela Carta Maior do ordenamento jurídico vigente no país.

A par destes conceitos e entendimentos divergentes sobre o tema pode-se entender o ativismo judicial nas seguintes perspectivas:

Entende-se ativismo judicial como procedimento que faculta os magistrados legislarem; contestarem atos constitucionais oriundos de outros poderes; questionar a validade de decisões que divergem dos cânones constitucionais brasileiros, sem, contudo, perder de vista que o ativismo judicial sempre é invocado para preservar direitos (VALLE, 2009, p. 21).

Para tanto, o ativismo judicial pode ser classificado de duas formas, o revelador, e o inovador; o primeiro invocado em face de lacunas constitucionais e o segundo que cria regras de interpretação a fim de dar amplitude ao alcance da norma constitucional.

b. JUDICIALIZAÇÃO: ORIGEM E CONCEITO

Segundo Negri (2002, p. 13) a judicialização é assunto presente na sociedade desde o início dos séculos XVII e XVIII, como fruto das Revoluções Francesa e Americana as quais consolidaram o Estado de Direito e solidificam os direitos e deveres políticos, através de um movimento que se denominou à época de “Racionalização da Política”, por meio do qual buscava-se a positivação da vontade política do povo; sendo este, um marco embrionário da judicialização, sobretudo da política.

Explica Melo (2015, p.56) que foi neste cenário que se deu a organização legislativa da política, posto que, a Assembleia Nacional Constituinte institucionalizou o poder político garantindo ao povo a soberania popular e o poder representativo.

Considerando o exposto, infere-se conforme os ensinamentos de Barroso (2015, p.23) que as leis são produto da política e representam um meio de conter os resultados diversos da vontade constituinte que a gerou, portanto, cabe como função precípua do poder judiciário o fazer cumprir a lei promulgada de acordo com os parâmetros constitucionais.

Quanto ao conceito de judicialização, Maciel e Koerner (2012), indicam que este vocábulo expressa uma conotação político-social para fazer referência ao dever legal de exame jurídico de certo tema ou a preferência de uso de via judicial para a solução de um litígio.

c. RAZÕES PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Significativa contribuição sobre o fenômeno da judicialização no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi dada pelos autores Marcos Faro de Castro (1997), Werneck Vianna (2007) e Ariosto Teixeira (1997), estes estudos são uníssonos no sentido de identificar algumas razões para a judicialização, dentre as quais se podem citar: “a separação dos poderes; a ineficácia das instituições que detém o poder; o sistema democrático; o exercício dos direitos políticos; a utilização dos tribunais para sanar divergências entre oposições políticas e a ingerência de grupos com interesses privados” (ARAGÃO, 2013, p.67).

Além de tais razões políticas apresentadas pelos autores supracitados, podem-se identificar de acordo com Barroso (2008) alguns motivos jurídicos para a judicialização da saúde, tais como, a garantia dos direitos humanos; o controle constitucional do ordenamento jurídico pátrio; a positivação constitucional das garantias e direitos individuais e sociais e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo estes, os elementos que motivam a expansão das competências jurisdicionais do judiciário

brasileiro.

d. DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Antes de finalizar este breve estudo conceitual, faz-se necessário esclarecer a diferença entre Ativismo Judicial e Judicialização.

Muito embora os temas ativismo judicial e judicialização versem sobre a atuação do poder judiciário, que extrapola de alguma forma o limite de sua competência, não são expressões sinônimas.

De acordo com Aragão (2013, p. 69) o “Ativismo Judicial” é um fenômeno encontrado em diversas sociedades contemporâneas e implica em opções por parte de juízes quando da interpretação das regras constitucionais, enquanto que a judicialização é decorrente da adoção de determinado parâmetro constitucional utilizado frente ao fato concreto levado a presença do judiciário independente da vontade política isolada.

3. Pesquisa quantitativa sobre judicialização da saúde na pandemia – março a dezembro de 2020.

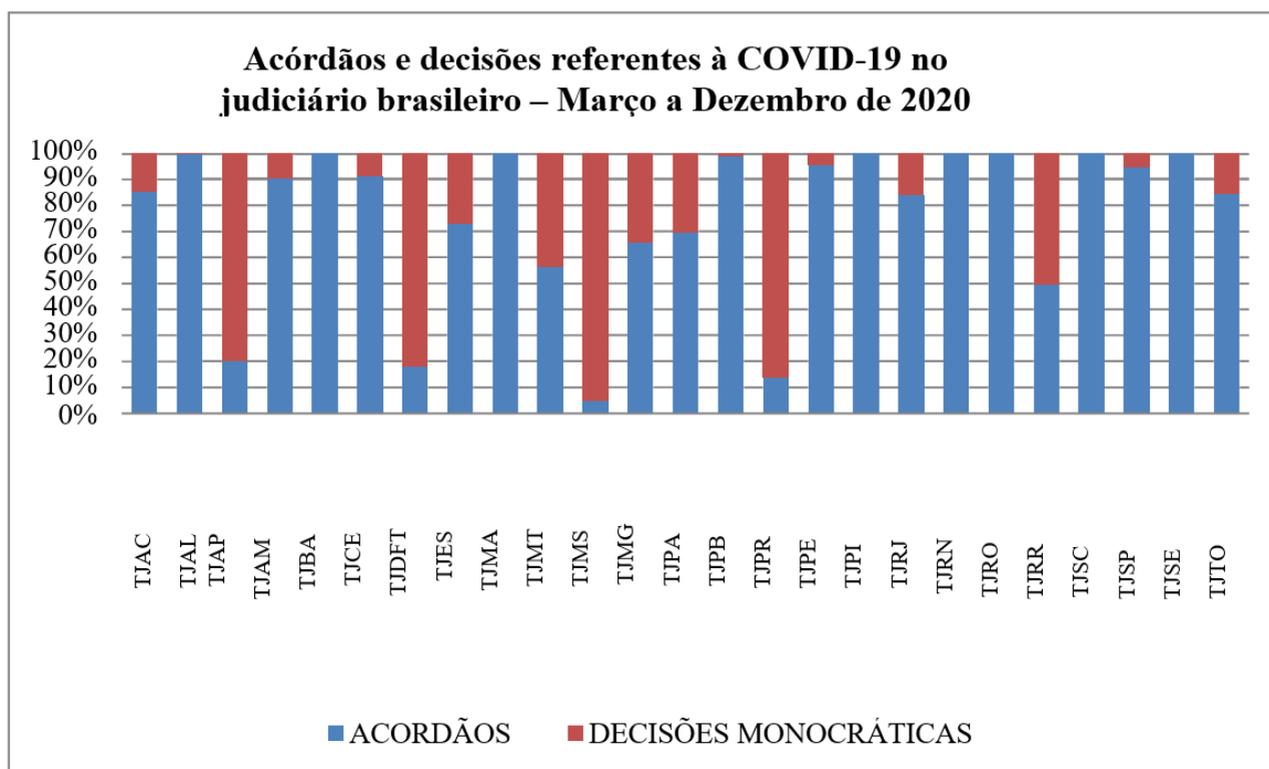
Trata-se de uma pesquisa quantitativa tendo como objeto decisões monocráticas e acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros e do Distrito Federal e Territórios– TJDF, no período compreendido entre o mês de março a dezembro de 2020, tendo como objetivo quantificar o fenômeno da judicialização da saúde, no período da 1ª onda da pandemia de COVID-19 no Brasil. Para tanto, elegeu-se como amostragem dos julgados, acórdãos e decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais brasileiros referentes às questões voltadas a saúde pública.

Para realizar as buscas por decisões e acórdãos referentes à saúde pública nos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal, utilizou-se a plataforma virtual dos respectivos tribunais, onde foram colhidas as informações utilizadas como parâmetro para traçar um panorama geral da judicialização da saúde no Brasil, naquele período.

Ato contínuo procedeu-se a análise estatística dos dados coletados, a fim de obter um resultado quantitativo, de demandas voltadas a essa temática.

O resultado da pesquisa segue tabulado em gráficos e tabelas do programa Microsoft Excel de forma didática e metodológica para facilitar a compreensão, discussão e conclusão do estudo proposto; para tanto, estabeleceu-se comparações entre os dados numéricos obtidos a por estados e DF, a partir dos indicadores: acórdãos e decisões monocráticas publicados no período do estudo, conforme gráficos a seguir:

Gráfico 1 – Direito à Saúde COVID-19: Acórdãos e decisões dos Tribunais de Justiça-Brasil, de março a dezembro de 2020



Fonte: Gráfico elaborado pela autora da pesquisa com base nos Dados do portal da Justiça em número

Pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça das 24 capitais brasileiras e do DF, no período compreendido entre março a dezembro de 2020, constatou-se o registro de 32.827 (trinta e dois mil oitocentos e vinte e sete) acórdãos e 6.252 (seis mil duzentos e cinquenta e duas) decisões monocráticas, totalizando 39.079 (trinta e nove mil e setenta e nove) acórdãos e decisões monocráticas referentes à COVID-19 no período compreendido no estudo.

Nesse período, os estados apresentaram os seguintes números: Alagoas 735 acórdãos e 1 decisão monocrática; Amapá 5 acórdãos e 20 decisões; Amazonas 298 acórdãos e 32 decisões; Bahia 2 acórdãos; Ceará 1866 acórdãos e 186 decisões; Distrito Federal 306 acórdãos e 1383 decisões; Espírito Santo 97 acórdãos e 36 decisões; Goiás 128 acórdãos; Maranhão 32 acórdãos e 25 decisões; Mato Grosso 58 acórdãos e 1154 decisões; Mato Grosso do Sul 1730 acórdãos e 904 decisões; Minas Gerais 183 acórdãos e 81 decisões; Pará 205 acórdãos e 3 decisões; Paraná 85 acórdãos e 549 decisões; Pernambuco 81 acórdãos e 4 decisões; Piauí 4 acórdãos, Rio Grande do Sul 7 acórdãos; Rio Grande do Norte; 117 Acórdãos e 2400 decisões; Roraima 41 acórdãos; Rondônia 239

acórdãos e 246 decisões; Santa Catarina 13 acórdãos; São Paulo com 26.201 acórdãos e 1.530 decisões monocráticas; Sergipe com 1 acórdão, Tocantins 288 acórdãos e 54 decisões.

Destacaram- com maior e menor incidência respectivamente, o Estado de São Paulo com 26.201 acórdãos e 1.530 decisões monocráticas tratando do tema proposto e Sergipe com registro de apenas 1 acórdão no período do estudo. A alta incidência em São Paulo, justifica-se pelo fato de ser o estado mais populoso do Brasil.

Considerando os dados obtidos na presente pesquisa, observa-se o grande impacto da primeira onda da Pandemia de COVID-19 no poder judiciário, o qual de acordo com o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da CF de 1988, não se pode negar o acesso à justiça àqueles que a invocarem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Esta garantia também encontra respaldo no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, firmado na primeira Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Diante do exposto, entende-se que além de uma garantia constitucionalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à justiça é uma garantia com previsão nas determinações legais internacionais de direitos humanos, tendo, portanto, caráter prioritário como direito.

Concernente ao direito de acesso à justiça, Marinoni (2009) ensina que, em tempos remotos o Estado não intervia nos conflitos particulares, exercendo cada um a autotutela de seu direito na composição e resolução das lides; com o evoluir dos institutos jurídicos e a consagração da teoria da repartição dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), expresso a partir do século XVII na obra de Montesquieu o “Espírito das Leis”, o Estado passou a ter a prerrogativa de dizer o Direito e aplicá-lo; a partir de então, perpetuou-se o seu monopólio sobre a jurisdição na determinação de fazer cumprir os enunciados legais fundamentados na Carta Maior.

A esse respeito preleciona o Ministro Luiz Fux:

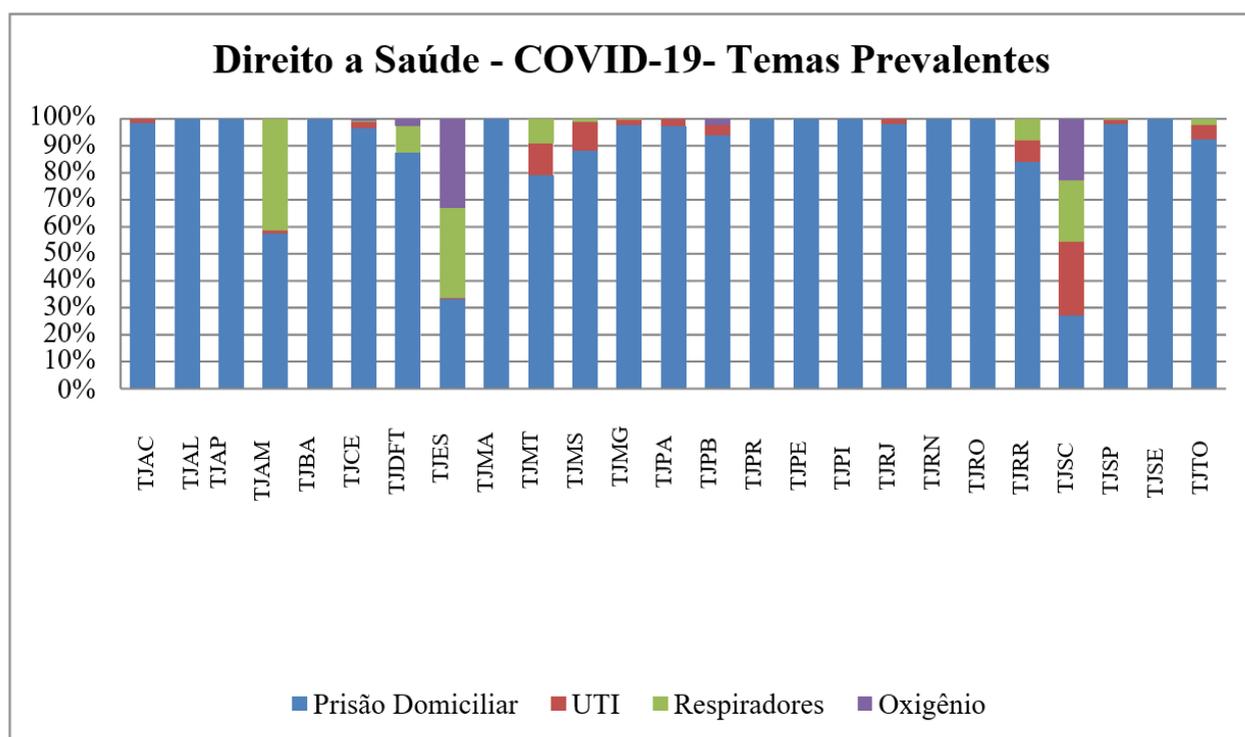
O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto (FUX, 2009, p.41).

Neste sentido, entende-se que a Constituição Federal de 1988, confere o direito de ação a qualquer pessoa, sendo ela física ou jurídica, com o intuito de requerer a prestação jurisdicional em face de lesão ou ameaça de lesão; cabendo do Poder Judiciário zelar pela garantia dos enunciados previstos constitucional, conferindo assim, o direito fundamental de acesso à justiça quando invocado.

3.2 Dos temas afins relacionados ao direito à saúde e covid-19

Dos 39.079 (trinta e nove mil e setenta e nove) julgados referentes ao Direito à Saúde e COVID-19, no período de março a dezembro de 2020, foram prevalentes os seguintes assuntos com pertinência temática: prisão domiciliar, Unidade de Terapia Intensiva (UTI), respiradores e oxigênio.

GRÁFICO 2– Direito à saúde e COVID-19: temas afins prevalentes



Fonte: Gráfico elaborado pela autora da pesquisa com base nos Dados do portal da Justiça em número

Dentre os principais assuntos relacionados ao direito à saúde no período da primeira onda da pandemia de Novo Coronavírus destacaram-se prevalentemente quatro temas correlatos: saúde dos presos com 20.640 pedidos de concessão de prisão domiciliar, para os presos/pacientes considerados do grupo de risco; 468 pedidos de leitos em UTI; 521 pedidos de respiradores e de 241 pedidos de oxigênio em todo Brasil.

3.2.1 Sobre a Prisão Domiciliar

Como se pode observar destacou-se o pedido de prisão domiciliar de presos/pacientes de todo país com fundamento no artigo 1º, III, da CRFB, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, do artigo 318, inciso II, do CPP e do artigo 117, inciso II, da LEP e na premissa de prisão domiciliar humanitária.

Constata-se que a pandemia do Novo Coronavírus impactou o poder judiciário com um aumento significativo no número de pedido de concessão de prisão domiciliar considerando que muitos presos/pacientes são do grupo de risco para o COVID-19; sobretudo, no Estado de São Paulo, por sua numerosa população carcerária, haja vista, as condições de superlotação dos presídios, por si só, já colocariam tais pessoas em situação de vulnerabilidade diante do quadro pandêmico.

Observou-se de acordo com os dados da pesquisa que muitos pedidos foram negados por não preencherem os requisitos do artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal, e do artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal e pela falta de documentação comprobatória das condições de saúde dos pacientes, portanto, a concessão da prisão domiciliar, a princípio, foi concedida apenas para os que testavam positivo para o Coronavírus.

Nesse sentido, a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), recomendou aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo Novo Coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

A par das condições sanitárias do sistema carcerário brasileiro, de fato, se aceita como prudente a Recomendação do CNJ no sentido de evitar uma contaminação em massa entre os presos/pacientes, o que levaria a consequências desastrosas e ao agravamento da atenção à saúde pública durante a primeira onda da pandemia de Coronavírus.

Sobre o assunto, o TJDF se manifestou no seguinte sentido:

HABEAS CORPUS – PANDEMIA PELO NOVO CORONAVÍRUS - NÃO CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR – CRITÉRIOS RAZOÁVEIS – AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SOLTURA INDISCRIMINADA – PONDERAÇÃO ENTRE VALORES - RESPALDO EM PARECER TÉCNICO.

Não há ilegalidade na decisão pela qual o juiz da execução indefere o pedido de concessão de prisão domiciliar, em razão da pandemia pelo Covid-19, se baseada em critérios técnicos e mediante demonstração de que o sistema carcerário tem se valido de medidas de prevenção e de tratamento daqueles que tenham sido contaminados.

A Recomendação nº 62/2020, nos artigos 4º e 5º confere aos juízes a decisão sobre a possibilidade de revisar a necessidade de prisão, considerando outras medidas passíveis de aplicação; portanto, embora recomende a adoção de medidas de prevenção específicas para o grupo de risco, não sugere a soltura indiscriminada de presos. Nesse sentido, cabe ao magistrado ponderar os riscos que a soltura de presos pode causar à sociedade.

3.2.2 Sobre os pedidos de UTI, respiradores e oxigênio

Em grande parte das decisões o Estado recorreu alegando que não pode privilegiar um paciente sem comprometer a universalidade da prestação do serviço a toda a sociedade, e, que, portanto, o judiciário deve ter como parâmetro para as suas decisões a teoria da reserva do possível respeitando a autonomia do poder executivo, suas possibilidades de recursos e o planejamento orçamentário da administração pública.

Assevera ainda o Estado em sua defesa que, uma vez concedida prioridade a um paciente, abre precedentes para que toda a sociedade passe a exigir o mesmo direito, o que se tornaria uma expectativa desleal e de impossível viabilização pelo ente executivo.

Por outro lado, justifica o judiciário que suas decisões se pautam pelo caráter prioritário da saúde como direito social constitucionalmente tutelado; e, que a administração pública da saúde tem previsão de recurso do Governo Federal destinado ao atendimento de demandas voltadas a questões excepcionais, tais como, fornecimento de medicamentos e tratamento de alto custo e outros afins.

Considerando o exposto, Wanmacher (2009) explica que a indicação de tratamentos deve ser precedida de análises de eficácia, de segurança, de custo, orçamento e qualidade, e não somente, com base na necessidade do usuário. Para tanto, tal análise deverá ser feita por profissionais da saúde qualificados para emitir pareceres

condizentes com necessidade do paciente e capacidade da gestão da saúde pública brasileira em supri-la nestes tempos de pandemia, sem comprometer a oferta a outro cidadão igualmente necessitado do mesmo atendimento.

Neste mesmo sentido também analisam Nascimento Júnior et al., (2015); Brasil, (2017) e Osorio-de-Castro et al., (2017) com base na permanente revisão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a qual consiste em um parâmetro de caráter norteador na seleção e na programação de medicamentos; que assim como as prescrições médicas, as decisões judiciais devem estar alinhadas com a capacidade do Estado em atendê-las, respeitando os princípios basilares do SUS que são a universalidade, a integralidade e a equidade, bem como a autonomia do ente público.

Em relação à concessão de tutelas de urgência através das quais o Poder Judiciário determina a disponibilização compulsória e imediata de tratamentos, leitos de UTI, respiradores e de oxigênio pelo Estado, Carvalho (2010) adverte que ao impor a obrigação exclusiva ao Estado de suprir às necessidades da população, sem, contudo, respeitar o limite da reserva do possível, contribui-se para o fracasso do Estado Social, uma vez que, assim deferido, a sociedade tende a uma busca gradativamente maior da materialização dos direitos sociais constitucionalmente previstos, o que, levaria a completa ineficiência das políticas públicas de atenção à saúde e comprometeriam o estado de bem estar social para todos.

Noutra perspectiva, Osorio-de-Castro et al., (2017) reconhece que a judicialização da saúde se tornou importante ferramenta de consolidação do direito à saúde e tem contribuído para o aperfeiçoamento do SUS como política pública.

Das Jurisprudências em Temas de repercussão geral reconhecida, publicadas sobre o assunto destacam-se:

Tema6/STF – repercussão geral reconhecida

“Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.”RE566471RG/RN

Tema793/STF –tese firmada

“O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no pólo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.”RE855178/SE ACÓRDÃO 987873

De acordo com a análise das decisões proferidas no Agravo em Recurso Extraordinário 715027/RS, 759915/RJ e 772150/RJ, bem como, no Recurso Extraordinário 753159/PE e 753514/RS, consolidou-se o entendimento pacífico em repercussão

geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da legitimidade dos entes federados para compor o pólo passivo de ações judiciais que busquem garantir o direito fundamental à saúde. É também, entendimento pacificado que a responsabilidade entre os entes é solidária, assim, pode-se condenar solidariamente à concessão do tratamento necessário à garantia desse direito.

Nesses julgados, importante enfatizar que as reivindicações dos cidadãos em relação à saúde, não se referem apenas ao que o SUS não oferece, mas também, aos serviços que oferece de forma precária e ineficiente; e nesse sentido, é que a sociedade recorre ao judiciário a fim de buscar maior efetividade da prestação do serviço público de atenção à saúde.

Ante o exposto, visando dar maior segurança jurídica às decisões referentes ao fornecimento de tratamentos ou medicamentos, o CNJ (2011) recomendou aos tribunais que criassem comissões técnicas formadas por médicos e farmacêuticos para que auxiliassem com pareceres sobre as questões clínicas dos casos de saúde levados ao judiciário.

Além do que, determinou aos magistrados que adotassem medidas no sentido de instruir os processos com o máximo de documentos possíveis; que evitassem autorizar o fornecimento de fármacos não liberados pela ANVISA; que estabelecessem diálogo com os gestores públicos de saúde; e, que promovessem o curso de direito sanitário para o aperfeiçoamento dos magistrados com visitas in loco nas unidades públicas de saúde.

A Declaração do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (2010) reafirmou que “a atuação do Judiciário é crucial para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito à saúde, mesmo sob o argumento de que do seu exercício advêm tensões com a administração pública” (RECOMENDAÇÃO n. 36, CNJ).

O Conselho Nacional de Justiça (2018) considera que apesar de críticas e desafios, a política judiciária de saúde adotou medidas que indicam grandes avanços institucionais do Judiciário, concernentes a celeridade das decisões, em resposta ao direito à vida e buscando meios de mitigar complexidades que diferenciam o direito à saúde dos demais direitos sociais.

4. Judicialização da saúde

Observa-se no atual cenário jurídico brasileiro que a cúpula do poder judiciário, como intérprete do texto constitucional, vem gradualmente conferindo aplicabilidade direta a direitos fundamentais, por meio de uma postura ativista de ponderação da força

normativa de princípios constitucionais, portanto, diante do cenário crítico de saúde pública o tema merece reflexão a luz da conjuntura da política social brasileira.

Segundo Aragão (2013, p.115) os atos administrativos dos poderes executivo, legislativo e judiciário não podem ser executados em dissonância com a Carta Magna do direito brasileiro, com o qual possuem vinculação obrigatória; nesta fronteira Moraes (2015, p.12) afirma ser plenamente justificável a intervenção judicial no que se refere aos atos do poder executivo em relação às políticas públicas de saúde, haja vista ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição brasileira, e como tal, lhe assiste o dever de zelar pelo respeito aos seus enunciados.

Conforme a explanação de Aragão (2013, p. 116) em um passado não muito distante o controle do judiciário em relação aos atos dos demais poderes da União, se limitava ao exame da legalidade formal; já no atual cenário brasileiro, observa-se que o judiciário vem sendo de mandado para além do exame formal, sendo obrigado a debruçar-se sobre questões de mérito em casos concretos, diante da inércia do poder executivo em concretizar os enunciados constitucionais.

Diante de tais controvérsias, a doutrina pátria apresenta argumentos favoráveis e contrários a judicialização da saúde e a consequente intervenção do poder judiciário em assuntos que em tese são de competência resolutive de outros poderes, igualmente instituídos pelo poder constituinte originário.

a. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Analisa historicamente Moreira (2015) que desde Brasil Colônia a saúde pública evoluiu ganhando relevância nas políticas públicas dos Estados tendo a Lei Eloi Chaves, como a primeira norma jurídica voltada para a saúde pública. A partir de então vários institutos foram criados (CAPS, IAPS, INPS E SINPAS), e por fim o Sistema Único de Saúde, o SUS (1988). Considerando esta evolução, a Constituição Federal de 1988, no artigo 196, apresenta o direito à saúde como garantia constitucional prevista no rol dos direitos sociais, e, traz em seus termos uma declaração impactante: “a Saúde é um direito de todos e dever do Estado”.

Enfatiza ainda Moreira (2015), em tom de censura, que o Poder Judiciário em protagonismo ativista histórico tem fundamentado muitas decisões em matéria de saúde pública, no artigo 196 da CF 1988 a fim de dar “efetividade direta” às prestações diversas requeridas em tutela de urgência no âmbito do poder judiciário.

Neste sentido, a respeito da interpretação do referido dispositivo constitucional, o Professor Guilherme Guimarães Coan, - Doutor em Direito Constitucional da Universidade

Presbiteriana Mackenzie em São Paulo – analisa alguns aspectos da hermenêutica constitucional:

O primeiro aspecto, “direito de todos”, trata-se de simples reforço da idéia de universalidade. A amplitude interpretativa, usualmente, refere-se ao aspecto de “dever do Estado”. Interpreta-se, reiteradas vezes, que a expressão “dever do Estado”, equivaleria ao “dever exclusivamente estatal”, o que não se adéqua à melhor interpretação constitucional.

O dispositivo não pode ser isoladamente aplicado – como, aliás, nenhuma outra norma ou princípio. Especificamente no que se refere ao artigo 196da Constituição Federal, é necessário que se analise, no mínimo, a íntegra do dispositivo: a saúde, de fato, “é direito de todos e dever do Estado”. Este direito, todavia, deve ser “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”. Não se limita o direito à saúde, entretanto, àquilo que pode e deve ser garantido pelo Estado (COAN, 2015, p.76).

Nesta perspectiva, compartilha do mesmo entendimento Moreira (2015) quando preleciona que a menção do “direito de todos e dever do Estado”, prevista no art. 196, indica tão somente a universalização do direito à saúde, uma vez que todo ser humano necessita desta atenção, e, conseqüentemente, impõe ao Estado o dever de elaborar políticas públicas sanitárias como intento de prevenir riscos de doenças que venham se agravar e causar danos à saúde pública. Para tanto, o Estado tem a função precípua de regulamentar e controlar a assistência à saúde pública, assim como, fiscalizar a oferta de serviços de saúde oferecida pela iniciativa privada.

Com base nessa premissa, os defensores da autonomia do poder administrativo, enxergam com preocupação tal ingerência do poder judiciário no âmbito do poder executivo, senão vejamos:

A motivação dos atos administrativos tanto propicia a transparência à atividade administrativa acerca das razões de fato e dos fundamentos jurídicos das decisões, quanto possibilita o autocontrole pela própria administração, sem prejuízo do controle por outros poderes estatais, mormente pelo poder judiciário. Embora não restem dúvidas sobre o poder da administração pública de anular ou revogar os atos que pratica, ainda ecoam críticas e interrogações quando se reflete a respeito da intervenção jurisdicional em atividades administrativas, pois alguns vêem com certa preocupação o poder do judiciário no julgamento dos atos administrativos (MACEDO, 2007, P. 89).

Compartilha deste entendimento Coan (2015) ao enfatizar que os limites da responsabilidade em matéria de saúde, não se exaurem apenas na responsabilidade

estatal, como quer delimitar o Poder judiciário em seus julgados a respeito do assunto; mas, inclui empresas e organizações da sociedade civil, como previsto no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.080/90; e, ainda, toda a sociedade conforme descrita na Lei Orgânica do SUS, a qual expande o alcance desta responsabilidade para além do Estado. Nesse sentido assevera:

Entende-se, destarte, que, embora seja a saúde um dever do Estado, duas importantes observações devem sempre acompanhar esta afirmação: primeiramente, a observação de que o dever não é exclusivamente do Estado, mas de toda a sociedade. Ademais, ainda que constitua um dever do Estado e da sociedade, o direito à Saúde encontra diversos limites jurídico constitucionais (COAN,2015,p.78).

Considerando o exposto, entende-se que é dever do Estado, responsabilizar-se pela implementação do direito à saúde, porém, isto não significa que necessariamente será isoladamente o único responsável por prover a efetivação de tal direito.

O Ministro e professor Eros Grau (1997), em seu posicionamento sobre o assunto, chamou de “Totalitarismo da Cúpula Judicial” referindo-se ao ativismo judicial e o efeito erga omnes e vinculantes dado às decisões do STF. Afirma que tal prática tem contribuído para o engessamento do judiciário brasileiro, e ainda, que “nenhuma razão ou pretexto se presta a justificar essa manifestação de totalitarismo”³.

Matos & Lukesi, (2018) a respeito, reconhecem que a judicialização da saúde gera uma forte tensão na execução das políticas públicas voltadas a atenção à saúde, visto que, o poder executivo, resta compelido a garantir prioritariamente o direito à saúde, na forma determinada pelo poder judiciário e não conforme o seu próprio planejamento prévio, causando, assim, um grande impacto no seu orçamento e a desestabilização de suas políticas públicas.

b. ARGUMENTOS A FAVOR DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O fenômeno da judicialização da saúde se tornou uma discussão relevante, tanto na esfera da saúde, quanto no âmbito jurídico, político, acadêmico, assim como para toda a sociedade, uma vez que trata do déficit na efetivação das políticas públicas na satisfação de direito social, que se reflete entre outras, na desproporcionalidade entre as demandas por serviços de saúde e a entrega destes pelo poder público, sendo, portanto, o Judiciário provocado a interferir no âmbito do Executivo, a fim de efetivá-los.

A previsão de fornecimento de medicamentos pelos entes federativos encontra-se

³ GRAU, Eros Roberto. **Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado ‘efeito vinculante’**. Revista da Escola Paulista de Magistratura, ano1, n. 3,p.78, maio/out. 1997.

prevista no art. 198 da CF de 1988, no qual afirma a competência do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme preconiza:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- participação da comunidade (BRASIL, 1988)”.

A Lei federal nº 8.080/1990 que regulamenta o SUS, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como, da organização e o funcionamento dos serviços de saúde. Em seu artigo 2º a saúde é identificada como um direito fundamental e o Estado como o provedor das condições necessárias para a sua viabilização e cobertura dos serviços, tornando-os acessíveis ao cidadão independente de suas condições financeiras e sociais.

Já o art. 6º da mesma lei impõe à administração pública a assistência farmacêutica integral dentro dos limites da lista RENAME elaborada pelo SUS, conforme o art. 19 “m” da referida lei.

Cabe ressaltar conforme o art.24 da Lei federal nº 8.080/1990 que o Ministério da Saúde tem a previsão de repasse de recursos federais para as ações e os serviços de saúde, inclusive para o financiamento de assistência farmacêutica, a qual é constituída por três componentes, que são: Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Considerando o exposto, as determinações do judiciário para fornecimento de medicamentos e ou tratamentos terapêuticos pela rede pública de saúde tem amparo legal e previsão orçamentária federal destinada a este fim.

Portanto, considerando a urgência da apreciação das demandas no que tange a saúde, Cury (2005), enfatiza que a saúde é um dos direitos que está intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao princípio maior no qual se funda todo o ordenamento jurídico brasileiro que é o princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual, tal direito goza de especial atenção.

Sendo assim, a favor da judicialização da saúde, argumenta-se que, a partir do momento que direitos constitucionais, que deveriam ser garantidos pelo poder Estatal, passam a ser negados ao cidadão, o Poder Judiciário é provocado a demandar para além dos limites tradicionalmente invocados, porém, como guardião da CF 1988, não lhe resta

outra opção senão cumprir o que está determinado nos enunciados constitucionais, privilegiando a interpretação que trazer maior efetividade a concretização dos direitos sociais.

Considerando o exposto, entende-se que é dever do poder judiciário zelar pelo estrito cumprimento do ordenamento jurídico vigente coibindo ameaça de direitos de qualquer natureza, sobretudo dos direitos fundamentais mínimos exigidos a existência digna da pessoa humana.

c. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA ÓTICA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A construção principiológica da Teoria da Reserva do Possível vem originariamente da Alemanha e consiste em uma ação judicial cuja finalidade visava permitir a determinados grupos de estudantes cursarem o ensino superior público com base na garantia da livre escolha da profissão.

Essa teoria foi adotada no Brasil, principalmente nas demandas que tratam do direito à saúde como “um direito de todos e um dever do Estado”, como forma de justificar que o Estado, em suas políticas públicas atua para garantir o máximo possível dentro de suas limitações, o acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde.

Neste sentido, Aragão (2013) enfatiza que embora a saúde seja um direito social positivado constitucionalmente, não pode ser analisado fora do contexto real da administração pública, uma vez que as receitas e despesas do Estado em sua totalidade são limitadas pela legislação; sendo assim, o Estado não pode realizar, por sua própria iniciativa, investimentos para os quais não haja recursos disponíveis, mas sim, deve fazê-lo à medida de sua previsão orçamentária anual.

Conforme disposto na Lei 8.090/1990, a respeito das condições e funcionamento dos serviços de saúde, o SUS deve priorizar ações preventivas na promoção da saúde nos moldes previstos da CF de 1988 adotando medida de conscientização da população concernente aos riscos à saúde, bem como, de seu direito de acesso ao Serviço Público de Saúde.

Considerando tal premissa e diante do protagonismo atual do SUS, não se pode ignorar que para prestação do serviço de saúde deve ser ponderada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, a demanda é expressivamente alta, sobretudo, nesses tempos de incidência de pandemia da COVID-19; e, nesse contexto, cada tutela de urgência concedida liminarmente em favor de uma pessoa, prejudica outras centenas, que ficam privadas de um atendimento por falta de recurso. Dito isto, cumpre ressaltar que o princípio da reserva do possível, pauta-se pelo binômio “necessidade-

possibilidade”, necessidade da sociedade e possibilidade do Estado em satisfazê-la.

Observa Ibrahim (2012 p.3-4) que o Estado precisa fazer escolhas e alocar os recursos de forma otimizada, não sendo possível a sua aplicação indiscriminada, uma vez que dispõe de orçamento limitado e vinculado a um planejamento orçamentário previamente empenhado de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Diante do que, é impossível assegurar os direitos fundamentais, no que tange a tratamentos de alto custo, sem um estudo prévio pelo qual se possa presumir a perspectiva de efetividade e a viabilidade, e isto, sob ótica da universalidade do direito a saúde.

Deste modo, o princípio da reserva do possível, torna-se um meio de ponderar a viabilidade do investimento do recurso no caso concreto, desde que se encontrem presentes três elementos: distributividade dos recursos, o número de cidadãos atingidos pelo investimento e a efetividade do serviço, conforme discorre Appio:

O princípio da reserva do possível consubstancia aquele em que o Estado, para a prestação de políticas públicas – que incluem os direitos sociais e prestacionais – deve observar, em cada caso concreto, três elementos: a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço. Conforme será visto, o Poder Público encontra-se limitado economicamente, não tendo condições de atender toda a população indistintamente (APPIO, 2005, p.25).

Corroborando com esse entendimento Lima (2008, p. 319) enfatiza que incumbe ao Poder Público prestar a sociedade um serviço adequado às suas condições, observando tais requisitos de acordo com a teoria da reserva do possível, promovendo a assistência médica, nos limites das possibilidades financeiras do Estado, aplicando com responsabilidade os recursos para os fins que se revelarem mais econômicos para o Poder Público e efetivo para a população, conforme dispõe a Lei 4.320/1964.

Portanto, o Estado não pode comprometer-se a atender a todas as solicitações de tratamentos de altíssimo custo, quando este lhe parecer inviável ou com baixa efetividade para um maior número possível de cidadãos, visto que a administração Pública da saúde já tem que fazer um verdadeiro malabarismo diante da alta demanda e dos recursos escassos. Nesse sentido, é que é invocado perante o judiciário o princípio da reserva do possível, dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

5. Conclusão

Conforme observado no resultado da pesquisa realizada no período compreendido do estudo, constatou-se através dos números apresentados nos sites dos tribunais de todo o Brasil uma expressiva quantidade de processos tratando de matérias de saúde

pública; a maioria com pedidos de tutelas de urgência liminarmente deferidos em face do Estado obrigando-o a cumprir a previsão constitucional de direito social à saúde. A respeito do presente resultado têm-se as seguintes considerações e conclusão:

Considera-se preliminarmente que o legislador constituinte originário definiu como competência dos órgãos do poder judiciário o ato jurisdicional no sentido de aplicar a lei a todos com isonomia e garantir o acesso a justiça e o respeito ao ordenamento jurídico em conformidade com a sua carta maior, a Constituição Federal de 1988.

O judiciário brasileiro, no exercício de suas atribuições tem como dever a zelar pela efetividade dos enunciados expressos na Constituição Federal de 1988, tais como: o direito a vida, à saúde, à segurança, à educação, dentre outros; nesse sentido observa-se que têm atuado proativamente, por meio do ativismo judicial a fim de cobrar dos demais Poderes da República, a responsabilidade no sentido de efetivar garantias previstas constitucionalmente.

Este protagonismo do poder judiciário não é visto com bons olhos pelos demais poderes da União, por denotar – segundo eles - superioridade aos demais entes, igualmente instituídos pelo poder constituinte originário. Consideram ainda que o poder judiciário brasileiro, neste século, assumiu papel de “poder político” sob o pretexto de fazer valer a efetividade da prestação jurisdicional e garantia dos direitos fundamentais; bem como, para fazer jus ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se porta-voz dos anseios sociais frente aos demais poderes da união.

Da análise em relação à judicialização da saúde, conclui-se que se tem

mostrado em certos pontos imprópria e exacerbada a intervenção judicial referente às questões de saúde, no que se refere a afrontar a autonomia administrativa do Estado, deslocando recursos destinados às políticas públicas voltadas a promoção da saúde coletiva em detrimento de casos isolados, sem estudos clínicos que justifiquem tais decisões; e, assim, passando por cima de outras instituições técnicas, cuja função é desrespeitada, tais como a ANVISA, no caso de liberação judiciária de medicamento por ela ainda não autorizado.

Diante da análise do princípio da reserva do possível, conclui-se que em face da escassez de recursos do Estado para atender à saúde pública, associado ao atual momento de colapso do SUS em função da pandemia de COVID-19, conclui-se que é ainda mais imperioso e necessário que o judiciário pondere suas decisões tendo como parâmetro o princípio da reserva do possível; e, que dialogue com a administração pública antes de deferir tutelas de urgência para fornecimento de medicamentos e tratamentos

de saúde de alto custo, sem um estudo técnico de sua viabilidade, a fim de não atropelar o planejamento do outro ente quanto à distributividade dos recursos e a sua efetividade, sob pena de comprometer a prestação universal do serviço de saúde a sociedade.

Diante do exposto, entende-se que é imprescindível o diálogo entre os poderes da República no sentido de evitar que questões complexas que venham a impactar o orçamento da saúde, e se tornar um parâmetro negativo para a brasileira; portanto entende-se que deve-se ponderar todos esses argumentos antes de se deferir uma tutela em caráter liminar ordenando um procedimento de saúde isolado do contexto da realidade dos recursos disponíveis da saúde pública, pois isto implica em desestruturar o planejamento orçamentário do outro poder, e passar por cima de sua autonomia administrativa.

Finalmente, diante da atual conjuntura e mesmo frente à inércia do poder executivo, conclui-se que não cabe ao julgador preencher o espaço do legislador e administrador público como porta-voz dos anseios populares por mudanças e combate aos desmandos dos outros poderes, como que criando um movimento de cidadania judicial, que coloca a população de encontro aos outros poderes diante de suas dificuldades de gerir e suprir a contento as necessidades da comunidade; cabendo-lhe, no entanto, dentro de sua função precípua, a ponderação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade à luz da teoria da reserva do possível o deferimento responsável de prestação compulsória de atendimento de saúde.

Noutra perspectiva, não se pode ignorar que, sem a atuação do poder judiciário para fazer valer as garantias constitucionais, o povo brasileiro estaria à mercê da inércia dos poderes executivo e legislativo para efetivar seus direitos, diante do que, assiste a população brasileira o direito de acessar a justiça na busca da concretização das garantias constitucionais, e, neste sentido, a porta do judiciário estará sempre aberta, pois o acesso a justiça é um dos direitos basilares do ordenamento jurídico brasileiro, previsto pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição. Portanto, par das reivindicações da população brasileira, o poder judiciário têm atuando de forma proativa no intuito de fazer valer a efetividade da prestação jurisdicional na garantia de direitos constitucionalmente tutelados; bem como, para fazer jus ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se porta-voz dos anseios sociais frente à inércia, desorganização e déficits de planejamento do poder executivo, sendo esta uma atuação louvável, embora, por vezes extrapolando, os limites da razoabilidade.

Ainda assim, alinhado com a evolução jurisprudencial e doutrinária, entende-se como imprescindível a atuação ativista judicial na busca da concretização dos direitos

fundamentais, contrapondo-se aos argumentos contrários com respaldo na própria Constituição Federal de 1988 e na função precípua do STF como guardião dos enunciados constitucionais.

No entanto é oportuno ressaltar a necessidade de maior diálogo entre os poderes da República visando um esforço conjunto no sentido de minimizar o impacto da pandemia de COVID-19 e garantir à população brasileira o mínimo retorno digno que lhe é devido pelo muito que lhe é retirado em forma de impostos.

Bibliografia final

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÃO, João Carlos Medeiro de. **Judicialização da Política no Brasil. Influência sobre atos internacorporis do Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2013.

BRASIL – Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 12.04.2020

BRASIL. Ministério da Saúde. Assistência Farmacêutica no SUS. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica>> Acesso em 20.01.2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Pesquisa Jurisprudencial. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoid=tjdf.sistj_acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao> Acesso: 21.04.2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12726197>> Acesso: 01.02.2021

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2008. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FK_CE_imagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 20.01.2020.

_____. Revista Brasileira de Políticas Públicas. **Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de altocusto**. UniCeub, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4809/3640>> Acesso: 26.04.2020.

CARVALHO, J.P. **A prescrição da ação de improbidade administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça**. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40956/a-prescricao-da-acao-de-improbidade-administrativa-na-visao-do-superior-tribunaldestica#ixzz3n PnEBK>> Acesso em: 29/11/2019.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira. São Paulo, v.12, n.34, p.147-156, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=HbOvX4yW3RwC&pg=PA313&dq=CASTRO,+Marcus+Faro+de.+O+Supremo+Tribunal+Federal+e+a+Judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+Pol%C3%ADtica.>> Acesso em 24.04. 2020.

COAM, Guilherme Guimarães. Universalidade da Cobertura em Saúde: Limites Jurídico-Constitucionais. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo 2015.

CURY, C. R. A questão federativa e a Saúde. Saúde e Federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade. Brasília: Unesco, 2010.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo/ Maria Sylvia Zanella DiPietro. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FUX, Luiz. Curso de Direito procesual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Luiz Flavio. O STF está assumindo um ativismojudicial sem precedentes? Revista Jus Navegandi. Teresina, ano13, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>> Acesso em: 23/04/2020.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado 'efeito vinculante'. Revista da Escola Paulista de Magistratura, ano1, n.3, p.78, maio/out. 1997. IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. A judicialização da saúde e as práticas corruptivas. II Colóquio de Ética, Filosofia e Direito. UNISC, Brasília, 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/Convidado/Downloads/13241-7144-1-PB.pdf>> Acesso:23.04.2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, GEORGE MARMELSTEIN, Curso de Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACEDO, Cristiane Branco. A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado em Direito, UnB; Brasília, 2007.

MACIEL, Débora Alves, KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises. Lua Nova. Revista de Cultura e Política - CEDEC, São Paulo. N. 57, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2009.

MATOS, Alessandra e LUCCHESI, Érika Rubião. O ativismo judicial brasileiro nas demandas pelo direito à saúde. Revista Reflexão e Crítica do Direito. INAERP, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em<<http://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1176>> Acesso em: 24.04.2020.

MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946. V.I. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 17, n. 65: Editora Francisco, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

.Jurisdição constitucional e Tribunais constitucionais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. A concretização do direito fundamental à saúde e a judicialização do acesso à medicamentos: em busca de parâmetros adequados para a tutela judicial, 2015.

NEGRI, Antonio. Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade Rio de Janeiro; DP&A, 2002.

OLIVEIRA, José de. Pode o judiciário agir concretamente além dos limites de sua competência – ativismo judicial e judicialismo da política. UNOEST, 2015. Disponível em:<<http://revistas.unoeste.br/index.php/ch/article/view/1273>>Acesso: 23.04.2020.

OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. Ciênc. Saúde coletiva vol.15 no.5 Rio de Janeiro Aug.2017. Disponível em:<<https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000500015>>Acesso: 20.04.2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed.julho. 2008. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>

/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 17 abril. 2020.

TEIXEIRA, Ariosto. 1997. A judicialização da política no Brasil (1990-1996). Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlink&ef=000104&pid=S01026445200200020000600024&lng=es>Acesso:23.04.2020

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba, Juruá, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 6, n. 25, 14.

VIANA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e as Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro Revan, 2007.

WANNMACHER, L. **Importância dos Medicamentos Essenciais em Prescrição e Gestão Racionais**. In: BRASIL. Uso Racional de Medicamentos: temas selecionados. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.



Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.