

ano 22 – n. 87 | janeiro/março – 2022

Belo Horizonte | p. 1-306 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i87

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Judicialização de serviços e políticas públicas de saúde no período pandêmico: medicamentos, tratamentos e *lockdown*

Judicial control of services and public health policies in the pandemic period: medicines, treatments and lockdown

Guilherme Soares*

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
guisoares.gs.79@gmail.com

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
eduardordecastro@hotmail.com

Recebido/Received: 29.03.2021/March 29th, 2021

Aprovado/Approved: 21.01.2022/January 21st, 2022

Resumo: O artigo objetiva analisar a correção jurídica de decisões judiciais sobre fornecimento de fármacos, tratamentos ou mesmo adoção de medidas de isolamento social e *lockdown* durante o período da pandemia de COVID-19. Tentar-se-á responder aos seguintes problemas: o Poder Judiciário está constitucionalmente legitimado a compelir o Poder Executivo a fornecer medicamentos e tratamentos para pacientes diagnosticados com COVID-19 diante do cenário de incerteza acerca da segurança e da eficácia dos medicamentos propostos e da escassez de recursos disponíveis? Qual a extensão admissível da intervenção judicial em demandas voltadas à implementação de políticas

Como citar este artigo/*How to cite this article*: SOARES, Guilherme; CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Judicialização de serviços e políticas públicas de saúde no período pandêmico: medicamentos, tratamentos e *lockdown*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 135-162, jan./mar. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i87.1552.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Procurador do Estado do Paraná. Pesquisador do GCONST – Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político da Universidade Federal de Santa Catarina. *E-mail*: guisoares.gs.79@gmail.com.

** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Procurador do Estado do Paraná. *E-mail*: eduardordecastro@hotmail.com.

públicas de isolamento social? Serão investigadas as seguintes hipóteses: a) o fornecimento, pela via judicial, de medicamentos para tratamento da COVID-19, no cenário atual de coisas, é medida que deve ser afastada; b) o fornecimento de leitos de UTI ou enfermaria revela-se juridicamente aceitável, desde que preenchidos determinados requisitos; c) o deferimento de medidas de isolamento social e *lockdown* pela via judicial não se faz possível. O método de pesquisa é o hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Políticas públicas. Judicialização da saúde. Saúde pública. Isolamento social.

Abstract: The article aims to analyze the (legal) appropriateness of judicial decisions on requests for the supply of drugs, treatments or even the adoption of social isolation and lockdown measures during the Covid-19 Pandemic period. We will try to answer the following problems: Given the scenario of uncertainty about the safety and efficacy of the proposed drugs and the scarcity of available resources, has the Judicial Power constitutional legitimacy to compel the Executive Power to provide medicines and treatments for patients diagnosed with Covid-19? What is the permissible scope of judicial intervention in the case of demands aimed at the implementation of public policies of social isolation? The following hypotheses will be investigated: a) the supply, through the Judiciary, of medicines for the treatment of COVID-19, in the current scenario of things, is a measure that must be removed; b) the provision of ICU beds or infirmary is legally acceptable, provided that certain requirements are met; c) the granting of social isolation and lockdown measures through the courts is not possible. The research method is the hypothetical deductive.

Keywords: Fundamental rights. Public policies. Judicialization of health. Public health. Social isolation.

Sumário: Introdução – **1** Judicialização de serviços e políticas públicas no Brasil: estado da arte – **2** Os serviços e políticas públicas de saúde no Brasil e seu controle judicial: análise crítica – **3** Demandas judiciais durante o período pandêmico: medicamentos, tratamentos, isolamento social e *lockdown* – Conclusão – Referências

Introdução

Em 07 de janeiro de 2022, o mundo já havia superado a marca de 5.480.000 (cinco milhões, quatrocentos e oitenta mil) óbitos em decorrência da pandemia de COVID-19; no Brasil, na mesma data, mais de 615.000 (seiscentas e quinze mil) pessoas haviam morrido em razão da mesma doença.¹ Essa calamidade pública sem precedentes no país pôs – e continua pondo – à prova o Sistema Único de Saúde (SUS) constitucionalmente estabelecido. Em poucos meses, sobretudo no início da pandemia, dezenas de milhares de ventiladores pulmonares, necessários à habilitação de leitos de unidade de terapia intensiva (UTI), precisaram ser adquiridos por União, estados, Distrito Federal e municípios, assim como milhões de fármacos – sobretudo analgésicos e anestésicos indispensáveis à intubação de pacientes – e equipamentos de proteção individual para profissionais de saúde. Alguns entes chegaram a adquirir medicamentos para tratamento da doença em fases iniciais, em que pese não haver comprovação científica de sua eficácia.

Nesse contexto de pandemia, numerosas ações judiciais, individuais ou coletivas, foram propostas nos diversos entes da federação, nas justiças comum e

¹ Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 02 jan. 2022.

federal, com o objetivo de compelir o poder público a, entre outras coisas, fornecer medicamentos e serviços para o tratamento da doença. Em alguns casos, medidas judiciais foram requeridas – ora com sucesso, ora não – com vistas a obrigar estados e municípios a adotarem políticas públicas de isolamento social e mesmo *lockdown*.

Este artigo tem por objetivo analisar, à luz do regime constitucional e infraconstitucional vigente e considerando a existência de pouquíssimos medicamentos com eficácia comprovada para tratamento da doença em suas fases iniciais – além, obviamente, das vacinas aprovadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) –, a correção (jurídica) das decisões judiciais proferidas pelos tribunais brasileiros em ações propostas com vistas ao fornecimento de fármacos e tratamentos, bem como à adoção de medidas de isolamento social ou *lockdown* no contexto da pandemia de COVID-19.

Vai-se tentar responder aos seguintes *problemas*: o Poder Judiciário está constitucionalmente legitimado a compelir o Poder Executivo a fornecer medicamentos e tratamentos – inclusive mediante internação em UTI – para pacientes diagnosticados com COVID-19 diante do cenário de incerteza acerca da segurança e da eficácia dos medicamentos propostos e da escassez de recursos disponíveis? Em caso de resposta positiva, quais os requisitos para o deferimento do pedido? Qual a extensão admissível da intervenção judicial em demandas voltadas à implementação de políticas públicas de isolamento social?

Serão investigadas as seguintes hipóteses: a) o fornecimento, pela via judicial, de medicamentos para tratamento da COVID-19, quando não houver evidência científica de eficácia do fármaco, é medida que deve ser afastada; b) o fornecimento de leitos de UTI ou enfermaria, por sua vez, revela-se juridicamente aceitável, desde que preenchidos determinados requisitos vinculados ao princípio da isonomia e respeitadas as esferas de autonomia do Legislativo e do Executivo, resguardadas pela norma de separação de poderes; c) o deferimento de medidas de isolamento social e *lockdown* pela via judicial não se faz possível por ausência de capacidade técnica, amplitude de visão e legitimidade democrática do Poder Judiciário para contrariar a administração pública em políticas públicas dessa envergadura.

O trabalho trilhará o seguinte percurso, já iniciado por esta *introdução*: na seção 1, discorrer-se-á sobre o controle judicial de serviços e políticas públicas, abordando-se aspectos como legitimidade e competência do Poder Judiciário para o exercício desse mister, ausência de conhecimentos técnicos para a concretização de políticas públicas e a relevância dos aspectos orçamentários e financeiros no momento da prolação das decisões; na seção 2, será enfrentado, mais especificamente e de maneira crítica, o tema da judicialização de serviços e políticas públicas de saúde no Brasil; na seção 3, serão analisadas questões envolvendo demandas judiciais para fornecimentos de medicamentos e tratamentos para COVID-19, assim como

medidas de isolamento social ou *lockdown*, também com vistas ao controle da pandemia; por fim, serão apresentadas as conclusões.

1 Judicialização de serviços e políticas públicas no Brasil: estado da arte

O controle judicial de serviços e políticas públicas é certamente um dos temas que mais suscitam debates no meio acadêmico e controvérsias no plano jurisprudencial. Essas controvérsias verificam-se essencialmente nos casos em que, na visão dos demandantes, não existam serviços ou políticas públicas necessárias à efetivação de um direito fundamental, ou mesmo, ainda que existente o serviço ou a política pública, esses precisem ser aperfeiçoados ou alterados. Nas ações judiciais em que o que se discute é meramente o acesso de grupos ou pessoas a serviços ou políticas existentes e bem delimitadas, costuma-se aceitar de maneira quase unânime a competência dos órgãos jurisdicionais para realização do controle, não havendo maiores debates sobre a existência (ou inexistência) de ativismo judicial.

Não havendo dúvidas de que o Poder Judiciário pode intervir para suprir omissões administrativas nos casos de “proteção insuficiente dos direitos fundamentais, uma das vertentes do princípio da proporcionalidade”,² as controvérsias costumam centrar-se no alcance desse poder. Mais especificamente, costumam ser apontadas como *obstáculos à judicialização das políticas públicas* questões como *déficit democrático* dos tribunais para tratar do assunto,³ *ausência de capacidade técnica* dos magistrados para decidir sobre determinadas matérias, *ausência de uma visão global* em matéria de serviços e políticas públicas pelos julgadores, além de *desconhecimento sobre a realidade orçamentária e financeira* do ente público.⁴

Quando se fala em *déficit democrático*, argumenta-se, em linhas gerais, que a competência para decidir sobre serviços e políticas públicas seria dos Poderes Executivo e Legislativo, compostos por membros eleitos pelo voto popular justamente

² HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 528.

³ ESKRIDGE JR, William N. Expanding Chevron’s domain: a comparative institutional analysis of the relative competence of courts and agencies to interpret statutes. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 2013, n. 2, p. 411- 454, 2013, p. 423-426.

⁴ “Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos. Os tribunais não estão bem situados para supervisionar o complexo processo de distribuição de recursos levado a cabo de maneira às vezes mais hábil, às vezes menos, pelos órgãos do poder executivo; também não tem condições de retificar os erros passados de distribuição. Os juízes não dispõem de formação adequada para desempenhar essas funções e necessariamente trabalham com fontes de informação insuficientes e parciais. [...] Por não serem capazes de lançar uma visão geral sobre um amplo espectro de necessidades sociais conflitantes e depois decidir quanto dinheiro destinar a cada uma, os juízes são institucionalmente impedidos de levar em conta as consequências distributivas de suas decisões, conseqüências essas que às vezes podem ser graves” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 75-76).

para definição dos rumos da sociedade; ao Poder Judiciário, composto por membros não eleitos, ocupantes de cargos vitalício e não submetidos à responsabilização perante o eleitorado, competiria apenas o controle de constitucionalidade e legalidade dos atos dos referidos poderes. Em síntese, o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes seriam obstáculos à judicialização de políticas públicas.

Em contraposição a esse tipo de afirmação, costuma-se afirmar que, em matéria de direitos fundamentais – sociais ou de liberdade –, a *discricionariedade dos agentes políticos responsáveis pela elaboração e execução de serviços e políticas públicas é reduzida*.⁵ Mais especificamente, chega-se a defender que “[o] administrador tem sua atuação fixada pela Constituição e demais normas legais e, caso a inatividade estatal seja irrazoável e desproporcional, será também antijurídica e inconstitucional”.⁶ O juiz, em linhas gerais, valendo-se da natureza de princípio das normas de direitos fundamentais sociais, estaria apenas realizando a ponderação entre a pretensão autoral e a pretensão do ente público, de maneira a decidir “em estrita conformidade com o regime constitucionalmente previsto”.⁷ Demais disso, argumenta-se que as decisões judiciais em matéria de políticas públicas não representarão violação ao princípio democrático e à separação de poderes quando guardarem *deferência* em relação à política pública implantada, isto é, quando prestigiarem na maior medida possível a decisão já existente, “precedida do devido processo de planejamento – da construção da política pública, até a sua projeção orçamentária”.⁸ A lógica, aqui, é a de que uma análise detida do trabalho eventualmente já realizado pela administração “permita a formação de um juízo de adequação da escolha pública que a um só tempo direcione o debate judicializado, e torne objetiva a discussão em torno do (des)valor da escolha pública”.⁹ Por fim, defende-se que “[a] legitimação dos magistrados decorre da escolha dos seus membros por meio de concurso público”.¹⁰

⁵ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199.

⁶ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 215.

⁷ MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, n. 1, p. 194-206, 2015, p. 199.

⁸ VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, maio/ago. 2018, p. 126.

⁹ VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, maio/ago. 2018, p. 126.

¹⁰ MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, Vol. 5, n. 1, p. 194-206, 2015, p. 199.

Outro argumento contrário ao controle judicial de serviços e políticas públicas é o de que *faltaria aos juízes a expertise necessária para decidir sobre assuntos tão complexos e variados*. Exemplificativamente, careceriam aos magistrados conhecimentos técnicos para tratar de questões como a construção ou reforma de unidades prisionais, o fornecimento de medicamentos não incluídos na relação de medicamentos do Ministério da Saúde ou mesmo a necessidade da adoção, durante o período pandêmico, de medidas de isolamento social – mais ou menos rígidas.

Associado ao problema da carência de conhecimentos técnicos, verificar-se-ia, pelos membros do Poder Judiciário, uma *ausência de visão de todo* da atividade desenvolvida pelos formuladores de políticas públicas. Isso decorreria de uma “concepção concretista do fenômeno jurídico”,¹¹ segundo a qual “as decisões jurídicas devem partir dos problemas concretos, levando em consideração as particularidades desses problemas”.¹² Considerando o fato de as decisões judiciais serem descentralizadas, a criação de novo serviço ou política pública pelos magistrados – e, conseqüentemente, de nova despesa – acabaria por acarretar a paralisação ou redução de serviço ou política já existente, já que o cumprimento dessas decisões pela administração é centralizado.¹³

Para superação dos dois “obstáculos” apresentados nos parágrafos anteriores, costuma-se aduzir, em linhas gerais, que os órgãos jurisdicionais – em todas as instâncias – estão autorizados a “utilizar meios para obter dados técnicos a fim de julgar a lide da melhor forma possível”.¹⁴ Mais do que isso, isto é, mais do que simplesmente realizar perícias técnicas, referidos órgãos poderiam se valer de “diálogos com os demais centros de decisão, especialmente daqueles que criam e efetivam essas políticas, sendo desaconselhado que haja um isolamento por quem realizará esse controle externo”.¹⁵ A oitiva prévia de órgãos da administração ou mesmo a realização de audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário, como as realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em processos de maior relevância,

¹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020, p. 270.

¹² MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020, p. 270-271.

¹³ Vanice Lírio do Valle chama esse fenômeno de “paradoxo da centralização/descentralização” (VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, maio/ago. 2018, p. 120).

¹⁴ MARTINS, Urá Lobato. Judicialização do direito à saúde: reflexão acerca do fornecimento de medicamentos não incluídos em atos normativos do sus. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 24, n. 9, p. 68-83, set./dez. 2019, p. 75.

¹⁵ MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBURQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018, p. 176.

são exemplos clássicos do que se conhece por *diálogos institucionais*, capazes, conforme doutrina aplicável à matéria, a um só tempo, de suprir eventual falta de conhecimento técnico dos magistrados, além da necessária visão de todo para decidir sobre serviços e políticas públicas.

Por fim, mas não menos relevante, tem-se como elemento limitador do poder dos juízes decidirem sobre serviços ou políticas públicas as *limitações de natureza orçamentário-financeira*. Em síntese, costuma-se aduzir que as decisões judiciais que compelem o poder público a prestar novos serviços públicos ou desenvolver novas políticas públicas não poderiam ser executadas sem disponibilidade orçamentária e financeira e que, como essa disponibilidade, na imensa maioria dos casos, não existiria, em razão de escolhas previamente realizadas pelos agentes competentes para formulação das políticas – oriundos dos Poderes Executivo e Legislativo –, restaria impossibilitado o cumprimento das decisões. Essa teoria, denominada de “reserva do possível”, tornou-se conhecida a partir de decisão proferida pela Corte Constitucional Federal Alemã em demanda por meio da qual estudante postulava junto ao Estado o oferecimento de vaga no curso de medicina, sob o fundamento de que a Constituição asseguraria o direito social à educação superior. Na oportunidade, a Corte asseverou que “na medida em que os direitos de tomar parte... são limitados e não existentes *a priori*, encontram-se sob a reserva do possível, no sentido daquilo que a indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade”.¹⁶ Sobre o assunto, Luís Fernando Sgarbossa afirma que “a decisão revelava-se limitativa de uma interpretação ultra-extensiva do direito individual à liberdade de escolha da profissão e de eleição do estabelecimento de formação”,¹⁷ direitos esses consagrados na Carta Constitucional Alemã.

É tranquilo, no entanto, nos níveis doutrinário e jurisprudencial, o entendimento de que os postulados da teoria da reserva do possível não podem se sobrepor ao dever do Estado de garantir às pessoas o *direito ao mínimo existencial*,¹⁸

¹⁶ BVerfGE 33, 303 (329). Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 29 ago. 2020.

¹⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Vol. 1: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 138-139.

¹⁸ PIRES, Luís Manuel Fonseca. Políticas públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 183-202, jan./abr. 2016, p. 193-194. Veja-se, porém, a advertência de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, a partir de uma perspectiva descritiva (o que é) – e não normativa (o que deve ser) – dos direitos fundamentais, denunciando o caráter retórico e irrealista deste tipo de afirmação: “Diz-se habitualmente que os direitos são invioláveis, conclusivos e têm caráter preventivo, mas essas palavras são meros floreios retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo de dinheiro dos contribuintes poderá, no fim das contas, ser protegido unilateralmente pelo poder judiciário sem levar em consideração as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes do Estado são, em última análise, responsáveis”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 77.

compreendido, nas palavras de Eurico Bittencourt Neto, como a “reserva de eficácia direta”¹⁹ do princípio da dignidade da pessoa humana. É dizer, direitos fundamentais dessa envergadura simplesmente não podem se sujeitar à discricionariedade política. Essa conclusão, de que cabe ao Estado fazer o que for preciso – inclusive remanejar recursos e readequar programas – para garantir o mínimo existencial, “não deve conduzir... à conclusão de que os direitos sociais a prestações, no que ultrapassa o mínimo necessário à proteção da dignidade, não são direitos fundamentais”.²⁰ Quando o que se discute é algo como um “médio de existência”,²¹ porém, “tal padrão deve ser concretizado pelo regime geral dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais”,²² servindo a reserva do possível como elemento de ponderação entre a pretensão do alegado titular do direito e a pretensão do Estado.²³ *Em qualquer hipótese, caberia ao poder público comprovar da melhor maneira possível a carência dos recursos necessários à satisfação dos direitos sociais, assim como sua eficiente aplicação.*²⁴

O controle judicial de políticas públicas, com todas as nuances apresentadas acima, é amplamente aceito nos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, em todas as instâncias. Dos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, o mais célebre, talvez por ter sido o primeiro a tratar do tema de maneira tão ampla, foi o proferido pelo ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45,²⁵ proposta com o objetivo de impugnar veto presidencial a dispositivo de projeto de lei – originário da Lei nº 10.707, de 2003 (LDO Exercício 2004) – que definia como “ações e serviços públicos de saúde” “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza”. Em que pese, antes mesmo do ajuizamento da ação, tenha sido promulgada a Lei nº 10.777, de

¹⁹ BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101.

²⁰ BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 123.

²¹ BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 123.

²² BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 123.

²³ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 117-133, Curitiba: Íthala, 2016. p. 132.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27-37. p. 32.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*, Relator Min. Celso de Melo, publicada no Diário da Justiça da União em 04-05-2004.

2003, contendo dispositivo similar ao vetado, fato motivador da extinção do feito sem resolução do mérito por perda de objeto, o ministro relator reconheceu que “a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política..., venham a ser descumpridas”. Demais disso, ressaltou “a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais”, e que a cláusula da reserva do possível “não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.

Ao longo dos anos seguintes até os dias de hoje, milhares de decisões em matéria de serviços e políticas públicas foram proferidas pelos órgãos jurisdicionais pátrios, gerando debates, na imensa maioria dos casos, sobre os aspectos tratados nesta seção, sobretudo no que diz respeito à caracterização da pretensão como direito fundamental ou mesmo como direito ao mínimo existencial. Dos serviços e políticas públicas discutidos em juízo, aqueles que têm ensejado o maior volume de demandas, porém, são os serviços e políticas de saúde pública, sendo ajuizadas centenas de milhares de ações por ano. É sobre as controvérsias específicas referentes à judicialização da saúde que se discorrerá adiante.

2 Os serviços e políticas públicas de saúde no Brasil e seu controle judicial: análise crítica

A caracterização do direito à saúde como direito fundamental social deve-se à norma contida no art. 196, caput, da Constituição Federal de 1988, de acordo com o qual “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Em complemento, o art. 197 da Constituição estabelece que “[s]ão de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”.

A lei que cumpre, em maior medida, as atribuições descritas no citado art. 197 da Constituição é a Lei nº 8.080, de 1990. Para além de definir o Sistema Único de Saúde (SUS) como “[o] conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, a Lei nº 8.080, de 1990, inclui, no campo de atuação do SUS, a execução de ações de “vigilância epidemiológica” (art. 6º, I, b) e de “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” (art. 6º, I, d), “a formulação da política de medicamentos,

equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI), “o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde” (art. 6º, VII) e “o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico” (art. 6º, X). Nos termos de doutrina autorizada, “[o] SUS é consequência da Constituição Federal de 1988..., apresentando, mesmo diante da escassez de recursos e do ‘déficit’ de governança corporativa, notável crescimento como maior plano de saúde de atendimento gratuito do usuário do mundo”.²⁶

Mais do que isso, a lei contempla um capítulo inteiro para tratar “Da Assistência Terapêutica e da Incorporação de Tecnologia em Saúde” (Capítulo VIII). Aqui, torna-se expresso que a assistência terapêutica integral consiste, em primeiro lugar, na “dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P” (art. 19-M, I), e, em segundo lugar, na “oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado”. No mesmo capítulo, estabelece-se que “[a] incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS” (art. 19-Q, *caput*). O relatório da referida comissão, por sua vez, deve necessariamente levar em conta “as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso” (art. 19-Q, §2º, I), bem como a “avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível” (art. 19-Q, §2º, I). Ainda sobre o diploma em epígrafe, merece menção o art. 19-T, que veda tanto “o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA” (art. 19-T, I) quanto “a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa” (art. 19-T, II).

²⁶ NÓBREGA, Theresa C. Albuquerque. A regulação da saúde no Brasil: o controle externo do Tribunal de Contas da União nas unidades do SUS geridas por instituições privadas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 101-119, jul./set. 2019, p. 107.

Em âmbito infralegal, ainda no que diz respeito à regulamentação dos serviços e políticas públicas de saúde, destacam-se a Portaria nº 3.916, de 1998, do Ministério da Saúde, que aprova a “Política Nacional de Medicamentos”, e a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 204, de 2005, que “[r]egulamenta o procedimento de petições submetidas à análise pelos setores técnicos da ANVISA e revoga a RDC nº 349, de 3 de dezembro de 2003”.

Ocorre que, apesar de amplamente regulados, os serviços e políticas públicas de saúde vêm sendo, sobretudo nas últimas duas décadas, objeto de centenas de milhares de demandas judiciais em todo o país. Para se ter uma ideia disso, basta informar que, no período compreendido entre 2008 e 2017, o número de processos judiciais relativos a questões de saúde aumentou 130%, conforme estudo denominado *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*, elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).²⁷ Embora a maioria dessas demandas diga respeito a questões envolvendo planos de saúde,²⁸ o estudo mostra que *anualmente milhares de ações ainda são propostas para fornecimento de tratamento médico hospitalar e medicamentos.*²⁹ Os casos mais tranquilos, como visto, são aqueles em que serviços ou políticas públicas já existem, mas não são cumpridos; os mais controversos são aqueles em que não há serviço ou política albergando a pretensão, ou mesmo aqueles em que referidos serviços e políticas existem, mas são alegadamente insuficientes. Exemplificam as situações mais complexas as milhares de ações ajuizadas em 2016 com vistas a condenar o Poder Público a fornecer, para tratamento de câncer, substância chamada fosfoetanolamina; em que pese tratar-se de tratamento experimental, numerosas liminares chegaram a ser deferidas.³⁰

A jurisprudência dos tribunais superiores está repleta de decisões sobre a matéria. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, além da decisão proferida na já

²⁷ INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília-DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²⁸ Ver: ABREU, Célia Barbosa; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 209-233, maio/ago. 2018; MARIANO, Cynara Monteiro; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Mais um obstáculo ao SUS: o caso dos planos de saúde populares. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 115-132, abr./jun. 2018.

²⁹ INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília-DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

³⁰ AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018, p. 87.

mencionada ADPF nº 45, destaca-se, primeiramente, acórdão prolatado quando do julgamento de agravo regimental interposto em face de decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, quando a corte manteve a decisão que determinara o fornecimento do medicamento Zavesca (miglustat), fármaco registrado na Anvisa, mas não contido na Relação Nacional de Medicamentos do Ministério da Saúde. Na oportunidade, *diferenciaram-se, nos casos de inexistência de tratamento na rede pública, os tratamentos experimentais dos tratamentos novos*, ainda não testados pelo sistema de saúde brasileiro, aduzindo-se que o material probatório colacionado aos autos poderia autorizar o deferimento do pedido nos casos de tratamentos novos.³¹ Em segundo lugar, merece especial atenção a decisão recentemente proferida no Recurso Extraordinário nº 855.178, no sentido de que “os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde”, mas que, “diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.³²

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, destaca-se, em primeiro lugar, o entendimento firmado no julgamento do Recursos Especial nº 1.657.156, de acordo com o qual a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa de três requisitos, quais sejam: i) “[c]omprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS”; ii) “incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito”; e iii) “existência de registro na ANVISA do medicamento”.³³ Na mesma corte, merecem menção também decisões que impõem ao Estado “o dever de garantir a internação em leitos e UTI conforme orientação médica e, inexistindo vaga na rede pública, arcar com os custos da internação em hospital privado”,³⁴ bem como decisões que estabelecem que “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 175 AgR*, Relator(a): GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em 30-04-2010.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 855.178 ED*, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23.05.2019, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, publicado em 16-04-2020.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.657.156 RJ*, 1ª Seção, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, data de julgamento 25.04.2018, publicado em 05.05.2018.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.803.426/RN*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.05.2019, publicado em 30.05.2019.

que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde”.³⁵

Em nosso sentir, de maneira geral, *o controle judicial de políticas públicas de saúde exercido no Brasil está longe do modelo que mais se adequa ao Texto Constitucional de 1988 e à estrutura institucional por ele estabelecida*.³⁶ A Constituição delegou ao legislador a competência para estruturar e disciplinar as ações, serviços e políticas de saúde (arts. 196 e 197), dando ao Legislativo posição predominante na matéria. Já as decisões acerca da execução das ações, serviços e políticas na área da saúde foram atribuídas pela Constituição e pela lei ao Poder Executivo.³⁷ Essa demarcação de competências, atrelada às desvantagens institucionais do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo no que diz com a previsibilidade, legitimidade democrática e eficácia das suas decisões sobre políticas socioeconômicas e serviços públicos, confere primazia ao Legislativo e ao Executivo nessa seara, de modo a exigirem uma postura de deferência do Poder Judiciário para com as escolhas feitas pelos demais poderes. A despeito disso, o que se percebe, em primeiro lugar, é que, em muitos casos, as decisões judiciais não guardam essa *deferência* em relação aos serviços e políticas delineados na Constituição, nas leis e nos atos infralegais; mais do que isso, em algumas questões, afigura-nos que o Poder Judiciário simplesmente não concorda com o modelo escolhido pelos Poderes Executivo e Legislativo para regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, e faz valer, à força, sua vontade.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.771.111/CE*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.02.2019, publicado em 12.03.2019.

³⁶ Sobre a importância da inferência a partir das estruturas e relacionamentos orgânico-funcionais definidos no texto constitucional como método de argumentação jurídica, consulte-se: BLACK, Charles L. *Structure and Relationship in Constitutional Law*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969. p. 7-32. Exemplo bastante difundido do uso deste método estrutural encontra-se no cânone de interpretação constitucional denominado *princípio da conformidade ou exatidão funcional*, segundo o qual “se a Constituição ordena a respectiva tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais em uma determinada forma, então o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas; ele não deve pela maneira e pelo resultado da interpretação, remover a distribuição de funções” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 67; ver, também, GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1.149-1.150). Na doutrina brasileira mais recente, o *princípio da conformidade funcional* tem sido relacionado com uma segunda espécie de argumento estrutural, denominado *teoria das capacidades institucionais*, que “busca cobrar do Poder Judiciário, de modo especial em área (*sic*) sensíveis como a do controle de políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo administrador, no sentido da valorização recíproca das capacidades institucionais de cada esfera estatal (...)” (SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 231).

³⁷ CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; SOUZA, Thanderson Pereira de. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 601-629, maio/ago. 2020.

Isso fica claro, por exemplo, nas decisões – proferidas tanto pelo STF quanto pelo STJ – que estabelecem obrigação solidária entre União, estados e municípios em toda e qualquer demanda para fornecimento de medicamentos ou tratamentos, decisões essas fundamentadas essencialmente no simples fato de a Constituição ter atribuído competência comum aos três entes em matéria de saúde. Ora, não só a Lei nº 8.080, de 1990, em cumprimento ao contido no art. 198 da Constituição de 1988, discriminou as atribuições de cada ente em matéria de saúde (arts. 16, 17 e 18), como também foram editados pela administração federal numerosos atos infralegais complementares às referidas atribuições. A Constituição também fixou competência comum dos entes para, por exemplo, proteger o meio ambiente e combater a poluição, sem que o STF jamais tenha estabelecido obrigação solidária para toda e qualquer obrigação daí decorrente. Exigir de estados e municípios que não apenas cumpram tudo aquilo que a lei lhes determina, mas que estejam preparados – inclusive financeiramente – para, se necessário, cumprirem deveres normativamente fixados a outros entes, não só não contribui para a melhoria da saúde pública no país, como prejudica a vida das pessoas que dela precisam.³⁸

A falta de deferência de juízes, desembargadores e ministros fica clara também nas decisões que, a exemplo daquela proferida pelo STJ no Recurso Especial nº 1.657.156, determinam o *fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS*, desde que comprovada por mero laudo médico, ainda que fundamentado e circunstanciado, a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como a ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS. Também aqui, existe previsão legal do órgão competente para incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, qual seja, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) (Lei nº 8.080/1990, art. 19-Q, *caput*), dos critérios para incorporação – dentre os quais as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento (Lei nº 8.080/1990, art. 19-Q, §2º, I e II) –, bem como do procedimento administrativo de incorporação (Lei nº 8.080/1990, art. 19-R), *não fazendo sentido admitir-se que um médico, sozinho, possa sobrepor toda a estrutura do Ministério da Saúde*. Até se entende que um juiz determine que a administração conclua o processo de incorporação de medicamento no prazo fixado em lei (de 180 dias), sob pena de multa, mas permitir que o laudo de um único médico excepcione a relação nacional de medicamentos, elaborada por comissão composta por numerosos membros de diversas áreas a

³⁸ LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai Y. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Vol. 8, n. 3, p. 70-88, jul./set, 2019, p. 76-77.

partir de estudos de largo alcance baseados em evidências, parece-nos inaceitável. Mesmo que a decisão se ampare em órgão de auxílio técnico aos tribunais, como os Núcleos de Apoio Técnicos (NatJus), não há como se admitir a superação da legislação e da estrutura elaboradas pelos órgãos competentes para regular as políticas públicas. Em verdade, referidos núcleos deveriam se limitar a auxiliar o juízo a identificar quais serviços e políticas públicas existem e quais precisam ser desenvolvidos, não auxiliar na criação e modelagem de novos serviços e políticas, pois esse não é o papel do Poder Judiciário. *Um NatJus simplesmente não pode querer se comparar a um ministério, a uma secretaria de estado ou mesmo, em alguns casos, a uma secretaria de município.*

Para além da ausência de deferência, percebe-se, em muitas decisões, uma *compreensão equivocada da natureza jurídica das normas de direitos fundamentais sociais relacionados à saúde*. Em que pese, conforme lições apresentadas acima, na maior parte dos casos, referidas normas terem natureza de princípios – passíveis, portanto, de ponderação em cada caso concreto –, conclusão reforçada pelo fato de a própria Constituição ter estabelecido a necessária mediação legal para delimitação das prestações indispensáveis à concretização do direito,³⁹ tem lhes sido conferido *status* de regra pelos tribunais,⁴⁰ como se quase todas as pretensões à saúde estivessem atreladas ao mínimo existencial. O fato, porém, é que o direito à saúde “não é absoluto e ilimitado, mas depende da equação financeira”.⁴¹ Consoante ensinamento de doutrina mais autorizada, “[q]uanto aos deveres de promoção..., nos casos que dependam de conformação legislativa o conteúdo da prestação o Judiciário não poderá tomar as decisões políticas e realizar as escolhas de

³⁹ Nesse sentido, Marcelo Duque Schenk explica que “[a] Constituição não marca, com clareza, em todos os pontos, os limites dos respectivos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais. À medida que as esferas de liberdade não são delimitadas de modo suficientemente claro pela Constituição, cabe ao legislador a tarefa de determinar esses limites” (DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014. p. 226-227).

⁴⁰ Vale ressaltar, contudo, que nem mesmo a atribuição do *status* de regra à norma constitucional que estabelece o direito à saúde seria suficiente para assegurar que a pretensão vinculada a este direito prevalecerá em todos ou na ampla maioria dos litígios postos perante juízes e tribunais. Uma regra pode deixar de ser aplicada quando outra regra impõe uma exceção a ela, sem que isto implique qualquer prejuízo à sua validade (por exemplo, lei especial derroga lei geral). Por isso, para que tal prevalência da pretensão ancorada no direito à saúde se justifique, é necessário que as regras que estabelecem as funções institucionais de cada Poder não sejam reconhecidas como fundamentos suficientes ao estabelecimento de exceções à regra que consagra o direito à saúde. O que se observa, contudo, na prática jurisprudencial, por diversas vezes, é que os tribunais entendem que a simples reivindicação do direito à saúde é suficiente para afastar os argumentos relacionados à preservação das funções constitucionais de cada Poder ou órgão. Ignoram eles, assim, que as normas constitucionais de organização, como aquelas que consagram a separação de poderes e o federalismo, têm a mesma estatura constitucional e idêntica força obrigatória das normas que definem direitos. Isto impede que as normas de competência sejam afastadas *prima facie* pelas normas atributivas de direitos, sem a devida apresentação de razões suficientes para tanto.

⁴¹ COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Márcia Niituma. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 2, p. 149-163, abr./jun. 2020, p. 158.

prioridades no manejo dos recursos públicos, pois estas ficarão reservadas ao espaço de deliberação pública próprio do Poder Legislativo”.⁴²

Dessa interpretação excessivamente ampliada do direito à saúde (considerado em sentido amplo), decorre outro problema de sua massiva judicialização, qual seja, a *afronta ao ideal constitucional de universalidade do serviço*. Conforme doutrina autorizada, “pedidos de cirurgias inovadoras ou de alta complexidade, terapias alternativas, tratamentos no exterior e medicamentos importados ainda em fase de experimentação, devem ser evitados, justamente por não poderem ser universalizados”.⁴³ Estando a modulação do direito essencialmente nas mãos de juízes – não dos formuladores de políticas públicas –, não é difícil concluir que ele passa a ser de acesso exclusivo de camadas sociais de maior instrução, já que “é um meio desconhecido ou inviável para grande parte da população”.⁴⁴ Como demonstrado pela análise empírica dos resultados das demandas judiciais envolvendo a saúde no Brasil,⁴⁵ ao fim e ao cabo, a judicialização excessiva, lastreada em uma visão individualista e absolutista do direito à saúde, acaba por favorecer apenas aquela minoria privilegiada que consegue ir a juízo litigar. À medida que recursos escassos, endereçados a programas abrangentes dirigidos à generalidade da população, são realocados, por força das decisões judiciais individuais, eles passam a beneficiar apenas a minoria litigante privilegiada. O Poder Judiciário atua, assim, como instância de bloqueio do endereçamento de recursos aos mais carentes, prejudicando, ao invés de promover, seu acesso à saúde.

O que se percebe das decisões judiciais em matéria de serviços e políticas públicas de saúde é uma *crença infundada na superioridade institucional do Poder Judiciário para lidar com a matéria em detrimento de uma inferioridade dos Poderes Legislativo e Executivo*. A esse fenômeno, Daniel Wei Liang Wang dá o nome de “falácia do nirvana”,⁴⁶ compreendida como “a falácia de comparar o estado real de algo com alternativas idealizadas”.⁴⁷ Para o autor, “[a] crença de que a atitude dos

⁴² HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240, p. 231.

⁴³ CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente. *Revista de Processo*, vol. 24, dez. 2017.

⁴⁴ COSTA, Kemilly Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Márcia Niituma. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 2, p. 149-163, abr./jun. 2020, p. 157.

⁴⁵ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1.643-1.668, 2011, p. 1.646.

⁴⁶ WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. Trad. Valter Shuenquener de Araújo e Camila Almeida Porfiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21 n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020, p. 486.

⁴⁷ WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. Trad. Valter Shuenquener de Araújo e Camila Almeida Porfiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21 n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020, p. 486.

juízes é mais favorável à proteção dos direitos humanos, de grupos marginalizados ou de valores altruístas sustenta-se, na verdade, na preferência individual de cada magistrado”.⁴⁸ Em sua visão, com a qual concordamos, não haveria “nenhuma evidência de que sua formação jurídica ou seu papel institucional o torne mais comprometido com esses grupos e valores do que os legisladores ou burocratas em geral”.⁴⁹

Na próxima seção, analisar-se-ão as decisões judiciais proferidas em demandas propostas com vistas à efetivação do direito à saúde durante o período da pandemia, quando se abordarão, à luz de casos concretos, as lições apresentadas até aqui.

3 Demandas judiciais durante o período pandêmico: medicamentos, tratamentos, isolamento social e *lockdown*

Desde o início da pandemia de COVID-19, numerosas demandas judiciais foram propostas com vistas a compelir os entes públicos das três esferas a fornecerem medicamentos e tratamentos ambulatoriais alegadamente necessários ao enfrentamento da doença, bem como a adotarem medidas de isolamento social e até mesmo *lockdown* tendentes a evitar a propagação do vírus. Referidos pedidos, formulados ora individualmente, ora coletivamente, via de regra, fundamentam-se na necessidade de proteção do direito à saúde das pessoas contaminadas. Na presente seção, analisar-se-ão, em maiores detalhes, decisões proferidas em ações referentes aos referidos temas; mais especificamente, analisaremos uma decisão sobre pedido de fornecimento de leito de UTI, uma decisão sobre pedido de fornecimento de medicamentos para tratamento da doença e uma decisão sobre pedido para decretação de medidas mais rígidas de isolamento social ou mesmo *lockdown*.

⁴⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. Trad. Valter Shuenquener de Araújo e Camila Almeida Porfiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21 n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020, p. 496.

⁴⁹ WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. Trad. Valter Shuenquener de Araújo e Camila Almeida Porfiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21 n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020, p. 496. Os estudos levados a efeito com base no método da análise institucional comparativa indicam precisamente o contrário, ou seja, que, em matéria de políticas públicas, o Poder Judiciário é menos capacitado institucionalmente a produzir decisões previsíveis, confiáveis, transparentes, democraticamente responsivas e eficazes do que a administração pública. Consulte-se: ESKRIDGE JR, William N. Expanding Chevron's domain: a comparative institutional analysis of the relative competence of courts and agencies to interpret statutes. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 2013, n. 2, p. 411-454, 2013, p. 423-426. Na literatura brasileira mais recente, com conclusões similares, consulte-se MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo Judicial e princípio da deferência à Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 171-178. Acerca do uso do método da análise institucional comparativa como método de análise jurídica, consulte-se o texto seminal de KOMESAR, Neil. In search of a general approach to legal analysis: a comparative institutional alternative. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 79, n. 7, p. 1.350-1.392, 1981.

Pois bem. A primeira decisão analisada foi prolatada nos autos do Processo nº 1012926-67.2020.4.01.3900, ajuizado em desfavor de União, estado do Pará e município de Benevides, com vistas, entre outras coisas, à “concessão, *inaudita altera pars*, da tutela provisória de urgência em caráter antecipatório, para que seja a parte demandada obrigada a fornecer à parte demandante, no prazo máximo de 24 horas, o tratamento médico necessário à sua enfermidade”, incluindo-se “a TRANSFERÊNCIA IMEDIATA PARA LEITO DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA, na rede pública ou privada, bem ainda fornecendo os medicamentos que venham a ser prescritos pelo profissional médico”, assim como “a confirmação da liminar requerida, condenando-se os réus a, solidariamente, realizarem a transferência, conforme indicação dos médicos responsáveis por seu tratamento, sob pena de multa diária”. A decisão foi proferida após pedido de reconsideração contra liminar anteriormente exarada pelo juízo de plantão, deferindo o pedido para internação em hospital da rede privada e pagamento das diárias pelos entes públicos réus.⁵⁰

Na fundamentação, aduziu-se, em primeiro lugar, que “a situação atualmente vivida por causa da pandemia do Covid-19 deixou ainda mais clara a necessidade de uma melhor gestão no nosso combalido sistema público de saúde”, embora, no caso sob exame, tenha-se ressaltado que “o problema, aparentemente, tem solução de natureza política e não jurídica”. Em segundo lugar, observou-se que o que se verifica, no caso posto a desate, “não é um choque entre uma necessidade individual e a negativa do Estado em efetivar esse direito, ou seja, o Estado não está prejudicando o indivíduo, apesar de ser possível prestar o bem da vida buscado”; “[o] confronto aqui é entre o direito individual à saúde e o direito da coletividade à saúde”. Em terceiro lugar, pontuou-se que, “[p]ara garantir o acesso igualitário, o Estado elabora um planejamento para prestar essa política pública, que é aprovado orçamentariamente com destinação específica”; esse planejamento, por sua vez, “não pode ser substituído, sob pena de violar o ‘acesso igualitário’, por quem tem acesso à justiça e consegue caso a caso um ‘valor orçamentário’”. Segundo o julgador, “se o olhar do intérprete for além do caso concreto, ele vislumbrará que o dinheiro para os gastos com leitos de UTI na rede privada garantido por uma decisão judicial é retirado desse orçamento, razão pela qual outros pontos dessa política pública planejada de forma universal e igualitária deixarão de ser atendidos”. Por fim, aduziu que “a parte autora não tem direito de passar na frente da ‘fila de espera’, uma vez que pessoas que se encontram classificadas no mesmo grau de

⁵⁰ Justiça Federal. Seção Judiciária do Pará. 1ª Vara Federal Cível da SJPA. *Processo n. 1012926-67.2020.4.01.3900*. Decisão liminar publicada em 30-04-2020. Disponível em: <http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=2004301538184800000223374447>. Acesso em: 01 set. 2020.

risco seriam prejudicadas com a ‘furada da fila’ com base em fundamento alheio e fortuito, qual seja, ajuizar uma demanda”.

Nas demandas propostas com vistas a compelir o poder público a fornecer leitos de UTI, algumas medidas podem ser tomadas sem que se questione a compatibilidade do ato jurisdicional com princípio constitucional do acesso igualitário das pessoas às ações e serviços de saúde. Exemplificativamente, pode-se questionar em juízo a validade dos critérios elencados pela administração para formação da fila de espera por leitos – ainda que, em respeito ao princípio da separação dos poderes e à necessária deferência em relação aos atos da administração, só devam ser anulados critérios clara e inequivocamente violadores do princípio da isonomia. Admite-se também o ajuizamento de ação coletiva para compelir a administração a estabelecer uma lista de espera para internação – caso essa não exista, obviamente –, de maneira que pessoas que tenham tido a sorte de ir até o hospital correto não passem à frente de outras, doentes há mais tempo, pelo simples fato de estas últimas terem ido a um centro médico lotado. Demais disso, pode se revelar juridicamente aceitável, sob certas circunstâncias, a pretensão de internamento compulsório. Como quando, havendo disponibilidade de vagas em hospital público ou privado, ficar comprovado que pessoas que, pelas regras estaduais ou municipais, tenham prioridade no tratamento, tenham sido preteridas por outras. O que não se deve admitir, aqui, é a exclusão de paciente que está ocupando leito para dar lugar a outro⁵¹ nem, tampouco, que a ordem judicial ocasione nova preterição de outro paciente mais bem posicionado na lista de prioridades. Em todo e qualquer caso, por óbvio, deve ficar comprovado que a internação em unidade de terapia intensiva é a medida mais adequada ao tratamento. No caso de ação para fornecimento de leito de UTI durante o período de pandemia, deve-se levar em conta a ineditude da situação e a impossibilidade, em muitos casos, de habilitação imediata dos milhares de leitos necessários. A decisão sob análise, em nosso sentir, revela-se correta, na medida em que reconhece a impossibilidade da internação compulsória às expensas do Estado sem que o ente público tenha sido previamente ouvido para justificar a situação. Embora se possa admitir o indeferimento dos pedidos por violação à norma de acesso igualitário, não se deve aceitar, aqui, negativas com mero fundamento na reserva do financeiramente possível, uma vez que o tratamento em UTI para pessoas em situação grave e sob risco de morte enquadra-se no conceito de mínimo existencial.⁵² O mais adequado, nesses

⁵¹ MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, Vol. 5, n. 1, p. 194-206, 2015.

⁵² É preciso distinguir entre a *reserva do possível como argumento* destinado a preservar as escolhas dos poderes políticos acerca do emprego de recursos públicos escassos e a *reserva do possível enquanto situação de fato*, que descreve a absoluta inexistência de recursos materiais ou financeiros para a satisfação de certa necessidade ou para a realização de dada despesa. Nessa segunda hipótese, mesmo

casos, parece-nos a determinação para inclusão do paciente na lista de espera por leitos e a fixação de dever ao ente público para que habilite leitos necessários ao tratamento daqueles que necessitem.

A segunda decisão objeto de estudo foi proferida nos autos de ação civil pública (Processo nº 1021359-96.2020.4.01.3500), com pedido de tutela de urgência, proposta pelo Ministério Público Federal em face de União, estado de Goiás e município de Goiânia com a finalidade de obter providências para garantir aos pacientes da COVID-19 o recebimento de “tratamento ambulatorial precoce adequado, mediante o fluxo, fornecimento e dispensação de medicamentos recomendados, inclusive cloroquina, hidroxiclороquina, azitromicina e adjuvantes”. Por ocasião do pedido liminar, requereu-se cominação de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais) aos réus no caso de retardamento das medidas, bem como de “multa diária pessoal, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aos agentes dos réus, no caso de retardamento das medidas postuladas”. O pedido fundamentou-se, em síntese, na falta de ação concertada das entidades réus para a efetivação do tratamento precoce aos pacientes da COVID-19 durante a pandemia, “principalmente quanto à assistência médico-farmacológica ambulatorial consentânea com as ‘orientações para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da COVID-19’, veiculados pelo Ministério da Saúde na Nota Informativa nº 09/2020-SE/GAB/SE/MS, e atualizações supervenientes”.⁵³

Na fundamentação da decisão, esclareceu-se, em primeiro lugar, que a citada nota informativa (editada pelo Ministério da Saúde) havia sido editada sob o fundamento de que “alguns Estados, Municípios e hospitais da rede privada” já tinham estabelecido “protocolos próprios de uso da cloroquina e hidroxiclороquina para o tratamento da COVID-19”, não obstante, até aquele momento, não existissem “evidências científicas robustas” que possibilitassem a “indicação de terapia farmacológica para a COVID-19”; ou seja, referido documento havia se prestado a orientar como lidar com uma situação de fato já existente, qual seja, a “utilização *off-label* dos aludidos medicamentos em diversas localidades do Brasil para suprir a falta de terapia farmacológica”. Em segundo lugar, porém, deliberou-se que, “diversamente do que pretendido na petição inicial, a referida Nota Informativa nº 09/2020-SE/GAB/SE/MS não tinha efeito obrigatório em relação aos Estados e Municípios”, tendo a própria União, em sua manifestação preliminar, sido clara no

o reconhecimento de um mínimo existencial seria irrelevante, pois, por mais que eventual decisão judicial reconhecesse um direito a uma prestação determinada, a administração não disporia de meios para cumpri-la.

⁵³ JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária de Goiás. 9ª Vara Federal Cível da SJGO. *Processo n. 1021359-96.2020.4.01.3500*. Decisão liminar publicada em 13-07-2020. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20071319220577800000270461103>. Acesso em: 01 set. 2020.

sentido de que “as orientações veiculadas no referido ato administrativo não eram consideradas ‘protocolo’ ou ‘diretrizes’ no âmbito do SUS, mas meras ‘orientações’, sem efeito obrigatório”. Em seguida, aduziu-se que “[a] concessão de tutela judicial nos termos e amplitude formulada na petição inicial implicaria institucionalização compulsória, no SUS, de assistência médico-farmacológica ambulatorial precoce” com os referidos medicamentos, o que teria “efeitos práticos equivalentes à inserção destes nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (art. 19-M, II, da Lei 8.080/90)”, em clara “ofensa ao princípio constitucional da autonomia dos poderes”.

A decisão de indeferimento do pedido, em nosso sentir, revela-se correta. Isso porque não há como qualificar como evidência científica o simples fato de alguns médicos, Brasil afora, receitarem a pacientes acometidos da COVID-19 os citados medicamentos (cloroquina, hidroxicloroquina, azitromicina e adjuvantes), sob o fundamento de bons índices de recuperação. Em termos estatísticos, a esmagadora maioria dos pacientes da COVID-19 recupera-se sem maiores complicações – além de febres e dores de cabeça –, não se podendo aceitar que análises “a olho nu” sejam suficientes para cumprir os mandamentos da Lei nº 8.080, de 1990, e normatização infralegal correlata. Em verdade, atualmente, já existem estudos baseados em evidências mostrando a ineficácia dos referidos medicamentos para a cura da doença. Um estudo conduzido pelo *New England Journal of Medicine* com mais de 800 pacientes expostos ao vírus (de maneira acentuada ou moderada), em que parte das pessoas era receitada com hidroxicloroquina e parte com placebo, por exemplo, mostrou não ter havido diferença quase alguma entre os resultados (com menos contaminações nos casos de placebo).⁵⁴ Um estudo nacional, por sua vez, publicado na *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, também concluiu não haver “indicação para uso de rotina de hidroxicloroquina, cloroquina, azitromicina, lopinavir/ritonavir, corticosteroides ou tocilizumabe no tratamento da COVID-19”.⁵⁵ Assim, determinar que estados e municípios fornecessem determinados medicamentos para tratamento da doença com base em análises não baseadas em evidências acabaria por desvirtuar a organização preparada pelos referidos entes, centrada, inicialmente, na habilitação de leitos de UTI e medidas de isolamento social e, posteriormente, na vacinação em massa, em clara afronta ao princípio da separação de poderes e à estrutura constitucional de promoção e proteção da saúde pública.

⁵⁴ BOULWARE, David R.; PULLEN, Matthew F. *et al.* A Randomized Trial of Hydroxychloroquine as Postexposure Prophylaxis for Covid-19. *New England Journal of Medicine*, June 3, 2020.

⁵⁵ FALAVIGNA, Maicon; COLPANI, Verônica; STEIN, Cinara *et al.* Diretrizes para o tratamento farmacológico da COVID-19. Consenso da Associação de Medicina Intensiva Brasileira, da Sociedade Brasileira de Infectologia e da Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia. *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, vol. 32, n. 2, São Paulo, abr./jun. 2020.

A terceira e última decisão judicial objeto de estudo é a proferida na Ação Civil Pública nº 0002652-59.2020.8.16.0004, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do estado do Paraná com vistas a, liminarmente, entre outras coisas, obrigar o referido ente, “a bem da saúde e da vida de seus habitantes, assim como da preservação do sistema de saúde”, a: a) “respeitar e executar as recomendações, orientações e normas da Organização Mundial da Saúde-OMS e do Ministério da Saúde concebidas para bem direcionarem, com a precaução devida, a gradativa flexibilização das medidas de distanciamento social estabelecidas ao enfrentamento da COVID-19”; b) “apresentar de maneira específica, prévia e pública justificativas a respeito da edição de seus atos normativos, a partir de evidências técnico-científicas e apoiadas em informações estratégicas de saúde”; c) “realizar, neste momento de grande número de infecções pelo novo Coronavírus... a restrição/bloqueio pleno de atividades não essenciais à manutenção da vida e da saúde (*lockdown*) senão em todas as regiões do Estado do Paraná, ao menos em suas macrorregiões Leste e Oeste”. No mérito, além da confirmação dos pedidos liminares, entre outras coisas, formularam-se os seguintes pedidos: a) “abster-se de implantar atos capazes de promover ou incentivar a liberação de atividades e serviços não essenciais, enquanto durar o estado de emergência em saúde pública”, sem observar as seguintes condicionantes: a.1) “apresentação de maneira específica, prévia e pública de justificativas a respeito, a partir de evidências técnico-científicas e apoiadas em informações estratégicas de saúde”; a.2) “comprovação de que está organizado para atender os pacientes, inclusive no período de ápice dos casos de COVID-19, com a estrutura física, de recursos, de pessoal e de EPI’s aos profissionais de saúde na quantidade e qualidade necessárias ao enfrentamento”; a.3) “demonstrar que a população passou a cumprir suas orientações quanto ao distanciamento e isolamento social”; b) “realizar, sempre que houver grande número de infecções pelo novo Coronavírus, assim como de óbitos no território paranaense, além de indicativo de esgotamento de sua capacidade instalada e de carência de medicamentos”: b.1) “a restrição/bloqueio pleno de atividades não essenciais à manutenção da vida e da saúde (*lockdown*) senão em todas as regiões do Estado do Paraná, ao menos em suas macrorregiões onde houver a constatação de gravíssima situação”; b.2) “a determinação de suspensão temporária e consequente reagendamento posterior dos procedimentos cirúrgicos eletivos para todos os serviços de saúde do Estado”.⁵⁶

No *decisum*, ao discorrer sobre o controle judicial de políticas públicas, o magistrado, de início, esclareceu que “[e]specificamente no caso da pandemia a

⁵⁶ JUSTIÇA ESTADUAL DO PARANÁ. 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba. *Processo n. 0002652-59.2020.8.16.0004*, decisão liminar publicada em 04-07-2020. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 04 set. 2020.

questão se torna ainda mais complexa, pois, em sua maioria, as políticas públicas a serem implementadas ensejam restrição a direitos individuais”, não se opondo “direitos individuais e sociais do cidadão face ao orçamento estatal ou à competência do administrador para eleger a política pública prioritária”. Quanto ao pedido para decretação de *lockdown*, explicou que “primeiramente é importante consignar que compete originariamente à administração pública a implementação das políticas públicas, sendo ela, a princípio, quem possui as melhores condições de definir as decisões a serem adotadas de modo a proteger a saúde dos cidadãos com o menor impacto”, e que “[é] ela, por meio de seu aparato técnico multidisciplinar, que consegue prever de forma holística as consequências das decisões restritivas no sistema de saúde, na vida dos cidadãos, na economia e na arrecadação”. Pontuou ainda que, “quando a escolha feita pela administração é constitucional, legal, proporcional, razoável e, portanto, adequada à situação analisada, não cabe ao judiciário alterá-la, mesmo que porventura o julgador entenda que outra medida seja mais apropriada”. De todos os pedidos liminares formulados, apenas um foi deferido, qual seja, aquele voltado a excluir, do rol de atividades consideradas essenciais, os cultos e aconselhamentos religiosos.

Em nosso juízo – e à luz do exposto neste trabalho –, *a decisão também se revelou correta, ao reconhecer a inaptidão do Poder Judiciário para contradizer política pública formulada pela Secretaria de Estado da Saúde do Paraná*, composta por milhares de servidores públicos, muitos deles dotados de alta capacidade técnica para análise das controversas questões relacionadas à adoção das medidas de isolamento social. O juízo, ainda que eventualmente auxiliado por órgãos técnicos, simplesmente não tem meios de analisar, com o necessário grau de profundidade, todos os efeitos decorrentes da decretação de medida tão drástica como um *lockdown*, incluindo o grau de obediência da medida pela sociedade e seus impactos sobre a atividade econômica e a saúde mental das pessoas. Demonstrou-se, assim, a postulada *deferência para com os serviços e políticas já adotados pelo estado*, com especial destaque para o decreto regulamentador do horário de funcionamento do comércio, das medidas de isolamento social e mesmo da discriminação das atividades essenciais e não essenciais. Mais do que isso, não se deu aplicação desvirtuada à teoria dos direitos fundamentais, mais especificamente no que toca à *natureza principiológica de suas normas e ao papel do Judiciário de implementador do controle de proporcionalidade da medida estatal numa situação em que direitos – sociais e de liberdade – se contrapõem*. Embora não tenha sido abordado, outro aspecto relevante que merece consideração quando se pensa na aplicação de medidas restritivas da atividade econômica é o impacto que o fechamento de comércio e serviços inevitavelmente causa para a arrecadação de estados e municípios. Sem receitas em montante suficiente,

a habilitação de novos leitos de UTI e a aquisição de equipamentos de proteção individual e de analgésicos e anestésicos necessários à intubação de pacientes, por exemplo, tornar-se-iam praticamente impossíveis. Em outros termos, ao determinar o fechamento do comércio com vistas a impedir a propagação do vírus, juízes podem acabar por minar a principal fonte de receita dos entes e, conseqüentemente, impedir a manutenção ou ampliação dos serviços existentes.⁵⁷

Conclusão

O controle judicial de serviços e políticas públicas é um dos temas que mais suscitam controvérsias nas searas doutrinária e jurisprudencial. Referidas controvérsias verificam-se essencialmente nos casos em que não há um serviço ou política pública destinado à efetivação de direitos, já que é quase unânime o entendimento de que, em havendo serviço ou política vigente, caberá ao Poder Judiciário compelir o Poder Público a prestá-los aos cidadãos que a eles façam jus. Em favor da efetivação do citado controle judicial, costuma-se trazer à baila o dever dos órgãos jurisdicionais de dar concretude aos direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição de 1988; em matéria de direitos fundamentais, portanto, não restaria grande margem de discricionariedade aos agentes políticos. Contra a chamada judicialização de serviços e políticas públicas, por sua vez, costuma-se apontar o déficit democrático dos tribunais, a falta de aptidão técnica dos julgadores para lidar com questões diversas, a ausência de visão do todo por parte dos juízes, além de questões de natureza orçamentária e financeira (reserva do possível).

No que diz respeito especificamente às demandas judiciais relacionadas a serviços e políticas públicas de saúde, no Brasil, ganham destaque aquelas voltadas ao fornecimento de medicamentos – registrados na Anvisa ou não, contidos na Relação Nacional de Medicamentos ou não –, ao fornecimento de leitos de UTI e, mais recentemente, à adoção de políticas de isolamento social e *lockdown*.

Nos casos das ações propostas durante o período de pandemia, admite-se, em primeiro lugar, a validade das decisões judiciais que determinam a inclusão de pacientes em estado grave – devidamente comprovado pelo laudo médico competente – em lista de espera de leitos de UTI, assim como a obrigação dos entes públicos de habilitarem o número de leitos necessários, dentro de prazo razoável e não havendo indisponibilidade de recursos, ao tratamento dos pacientes infectados.

⁵⁷ Tem-se aqui um nítido exemplo do *argumento da perversidade* contraposto à aplicação do princípio da precaução como mecanismo de enfrentamento de riscos (ver VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 54). Nesse caso, a opção por uma medida de precaução – fechamento do comércio – exacerba o risco que ela mesma pretende evitar, pois, sem o ingresso de receitas tributárias, podem faltar recursos para custear as mesmas ações e serviços de saúde que medida de precaução almeja proteger.

Em segundo lugar, entende-se não serem juridicamente sustentadas quaisquer decisões que obriguem os entes a fornecerem medicamentos sem comprovação científica para o tratamento da doença. Considerando o fato de os serviços e políticas públicas sobre medicamentos estarem satisfatoriamente delineados em âmbito legal e infralegal, não há como se permitir que os já escassos recursos públicos sejam destinados a tratamentos meramente experimentais. Por fim, também não se deve aceitar que juízes decidam sobre a adoção e extensão de políticas de isolamento social e *lockdown*. Aqui, claramente lhes faltam capacidade técnica e amplitude de visão para compreender todos os efeitos da medida. Isso porque, para além de acarretar limitação ao direito de ir e vir, as políticas de isolamento social e *lockdown* podem causar transtornos à saúde mental das pessoas, falência de empresas e queda vertiginosa da arrecadação de União, estados e municípios, principais responsáveis pela estruturação do Sistema Único de Saúde. Até mesmo o grau de cumprimento da medida precisaria ser considerado, já que nenhum estado, num momento de crise, possui meios para vigiar e punir parte significativa da população caso ela se recuse a ficar em casa. Enfim, qualquer medida dessa espécie exige uma análise de custos e benefícios do tipo que juízes e tribunais não são devidamente capacitados nem legitimados para realizar.

Referências

ABREU, Célia Barbosa; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 209-233, maio/ago. 2018.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018.

BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BLACK, Charles L. *Structure and Relationship in Constitutional Law*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.

BOULWARE, David R.; PULLEN, Matthew F. *et al.* A Randomized Trial of Hydroxychloroquine as Postexposure Prophylaxis for Covid-19. *New England Journal of Medicine*, June 3, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1803426/RN*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.05.2019, publicado em 30.05.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1771111/CE*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.02.2019, publicado em 12.03.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1657156 RJ*, 1ª Seção, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de julgamento 25.04.2018, Publicado em 05.05.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*, Relator Min. Celso de Melo, publicada no Diário da Justiça da União em 04-05-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 855178 ED*, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23.05.2019, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, publicado em 16-04-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 175 AgR*, Relator(a): GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em 30-04-2010.

BVerfGE 33, 303 (329). Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de; SOUZA, Thanderson Pereira de. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 601-629, maio/ago. 2020.

CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente. *Revista de Processo*, vol. 24, dez. 2017.

COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Márcia Niituma. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 2, p. 149-163, abr./jun. 2020, p. 158.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2014.

ESKRIDGE JR, William N. Expanding Chevron's domain: a comparative institutional analysis of the relative competence of courts and agencies to interpret statutes. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 2013, n. 2, p. 411-454, 2013, p. 423-426.

FALAVIGNA, Maicon; COLPANI, Verônica; STEIN, Cinara *et al.* Diretrizes para o tratamento farmacológico da COVID-19. Consenso da Associação de Medicina Intensiva Brasileira, da Sociedade Brasileira de Infectologia e da Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia. *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, vol. 32, n. 2, São Paulo, abr./jun. 2020.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1.643-1.668, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução*, Brasília-DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

JUSTIÇA ESTADUAL DO PARANÁ. 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba. *Processo n. 0002652-59.2020.8.16.0004*, decisão liminar publicada em 04-07-2020. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 04 set. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Pará. 1ª Vara Federal Cível da SJPA. *Processo n. 1012926-67.2020.4.01.3900*. Decisão liminar publicada em 30-04-2020. Disponível em: <http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=2004301538184800000223374447>. Acesso em: 01 set. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária de Goiás. 9ª Vara Federal Cível da SJGO. *Processo n. 1021359-96.2020.4.01.3500*. Decisão liminar publicada em 13-07-2020. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20071319220577800000270461103>. Acesso em: 01 set. 2020.

KOMESAR, Neil. In search of a general approach to legal analysis: a comparative institutional alternative. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 79, n. 7, p. 1350-1392, 1981.

LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai Y. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, vol. 8, n. 3, jul./set. 2019, p. 70-88.

MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBURQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018.

MARIANO, Cynara Monteiro; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Mais um obstáculo ao SUS: o caso dos planos de saúde populares. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 115-132, abr./jun. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020.

MARTINS, Urá Lobato. Judicialização do direito à saúde: reflexão acerca do fornecimento de medicamentos não incluídos em atos normativos do sus. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 24, n. 9, p. 68-83, set./dez. 2019.

MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, n. 1, p. 194-206, 2015, p. 199.

MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo Judicial e princípio da deferência à Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

NÓBREGA, Theresa C. Albuquerque. A regulação da saúde no Brasil: o controle externo do Tribunal de Contas da União nas unidades do SUS geridas por instituições privadas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 101-119, jul./set. 2019.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Políticas públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 183-202, jan./abr. 2016.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 117-133.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27-37.

SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Vol. 1: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, maio/ago. 2018.

VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. Trad. Valter Shuenquener de Araújo e Camila Almeida Porfiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020, p. 486.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOARES, Guilherme; CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Judicialização de serviços e políticas públicas de saúde no período pandêmico: medicamentos, tratamentos e *lockdown*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 135-162, jan./mar. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i87.1552.
