

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

CAROLINA ALTOÉ VELASCO

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Altoé Velasco; Lucas Gonçalves da Silva; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-311-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira, sobretudo, neste tempo de pandemia, emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 27 artigos em uma visão transversal e interdisciplinar, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o direito ao esquecimento na era da informação; o direito de acesso à internet como direito social fundamental; igualdade perante a lei e na lei: uma análise do princípio da igualdade sob a perspectiva da busca pela justiça através de atos normativos de discriminação positiva; direitos das crianças e adolescentes e políticas públicas: uma análise do projeto “políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto – SP”; o programa nacional de habitação urbana e a década perdida; o papel distributivo do Estado na administração de políticas públicas: uma análise do programa fundo esperança; mínimo existencial e reserva do possível em judicialização de políticas públicas; direito à educação de qualidade e as escolas cívico-militares; a utilização da extrafiscalidade como instrumento para efetivação de políticas públicas; o “vírus da fome”, a insegurança alimentar no Brasil e no mundo e o desenvolvimento humano ; o programa bolsa família como efetivação do direito à alimentação; os princípios da prevenção e da precaução sob a ótica do Supremo Tribunal Federal no campo da saúde; os parâmetros para nomeação de candidatos aprovados em concurso público às vagas para pessoas com deficiência e sua incidência no âmbito do município de Manaus; o conceito de pobreza através do pensamento de Amartya Sen, o direito à alimentação e a necessidade de políticas públicas para a erradicação da fome o

direito à saúde na Constituição brasileira: o SUS como ferramenta para o enfrentamento da pandemia do SARS COV2; o direito fundamental à saúde no estado pandêmico: considerações sobre os limites da decidibilidade judicial para a concretização de um direito social em um cenário excepcional; educação pública inclusiva no Brasil em tempos de pandemia; a judicialização do direito à saúde e a responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos de alto custo como política pública; direito a saúde e o ativismo judicial em virtude da pandemia; direito fundamental individual e coletivo à saúde construindo à dignidade humana; a possibilidade de aborto nos casos de microcefalia ligados ao zikavírus: da omissão à responsabilização do estado; a práxis de alteridade nas políticas públicas tributárias extrafiscais: um estudo sobre a distributividade do imposto territorial rural; o direito fundamental à saúde, o princípio da reserva do possível e a jurisdicionalização da saúde: uma revisitação ao instituto em tempos de pandemia; a formação para a docência na educação profissional tecnológica: um olhar jurídico a partir de alguns dispositivos legais; a administração pública em tempos de pandemia: o exercício do poder de polícia e seus limites; apenados (as) LGBT: no vácuo legislativo, a conquista de direitos pela via judicial e de políticas públicas; dos direitos coletivos às garantias individuais: análise sobre as relações trabalhistas diante da recusa da vacinação contra a COVID -19 na perspectiva do ministério público do trabalho.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dra. Carolina Altoé Velasco - UCAM

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

DIREITO A SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL EM VIRTUDE DA PANDEMIA

RIGHT TO HEALTH AND JUDICIAL ACTIVISM IN VIRTUE OF THE PANDEMIC

Glaucia Maria de Araújo Ribeiro ¹
Luciana de Souza Breves ²
Mayara Rayanne Oliveira de Almeida ³

Resumo

O presente estudo, desenvolvido com base em uma pesquisa de cunho bibliográfico, utiliza o método dedutivo-descritivo, com afã de abordar o direito de acesso à saúde em um cenário de escassez de recursos provocado pela pandemia de COVID-19. O tema é abordado com destaque aos aspectos constitucionais do direito à saúde enquanto direito humano. Ademais, expõem-se os contornos do COVID-19 e seu impacto na saúde pública, abordando a problemática da judicialização da questão em um contexto pandêmico, de modo a abordar a separação dos Poderes, e os conceitos do mínimo existencial e da reserva do possível.

Palavras-chave: Direito à saúde, Covid-19, Judicialização, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

The present study, developed based on a bibliographic research, uses the deductive-descriptive method, eager to address the right of access to health in a scenario of scarcity of resources caused by the pandemic of COVID-19. The theme is addressed with emphasis on the constitutional aspects of the right to health as a human right. In addition, the outlines of COVID-19 and its impact on public health are exposed, addressing the issue of judicialization of the issue in a pandemic context, addressing the separation of Powers, and the concepts of the existential minimum and the reserve of the possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Covid-19, Judicialization, Existential minimum, Reservation of the possible

¹ Doutora em Saúde Coletiva pela UERJ/RJ. Doutoranda pela UFMG/MG. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Professora da UEA/AM.

² Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Ambiental Penal pela UCAM. Servidora Pública Municipal. Advogada

³ Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FESP. Procuradora do Município de Manaus. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o direito à saúde e seu acesso vem sendo introduzido mundialmente nas cartas políticas dos Estados, sobretudo a partir da Constituição Mexicana e Alemã (Weimar), precursoras desse direito social fundamental. No Brasil, no entanto, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que vimos o direito à saúde ser inaugurado no rol de direitos sociais do país. Nessa sistemática o direito à saúde passou a ser assegurado constitucionalmente como um direito social fundamental brasileiro.

De lá para cá muito se evoluiu para assegurar a efetividade do direito à saúde no Brasil, embora ainda distante do ideal. Em razão disso, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde passou a ser necessária e crescente, com maior ênfase na última década, ganhando destaque não só no julgamento de casos concretos, como também em fóruns nacionais e temáticas de repercussão geral.

Foi aí que doutrina e jurisprudência passaram a dividir-se na defesa de teorias sobre o acesso à saúde e entraram em confronto de entendimentos, sobretudo em relação ao “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, relativamente às questões judicializadas que envolvam a efetividade desse direito.

Tal embate ganhou maiores repercussões com o advento da pandemia de COVID-19 no Brasil, considerando o devastador número de infectados e a insuficiente estrutura do sistema de saúde no país, que, sem dúvidas, entrou em colapso no último ano a despeito da crescente demanda no tratamento do Coronavírus, ainda pouco conhecido.

Dessa forma, tem-se como desígnio principal deste estudo a apresentação das teorias existentes acerca da judicialização do direito à saúde, sobretudo em um cenário de escassez imposto pelo COVID-19, demonstrando, ao final, como vem se posicionando o Poder Judiciário na prática.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo-descritivo, com o afã de abordar o problema da adjudicação do direito à saúde em um cenário de escassez de recursos médicos provocado pela pandemia de COVID-19, finalizando com um breve estudo de emendas de acórdãos que julgaram e criaram precedentes sobre o tema.

2. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde foi elencado na Constituição da República de 1988 como um direito humano fundamental social, devendo, pois, ser assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Nesse sentido, assim dispõe o texto constitucional, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

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

De fato, a Constituição Federal, em seus artigos 6º e 196, supracitados, passou a reconhecer o compromisso do Estado de garantir a todos o pleno direito à saúde, mediante políticas públicas sociais e econômicas, de modo que fosse assegurada a promoção, a proteção e a recuperação ampla.

É cediço que a proteção constitucional da saúde visou abranger uma tripla perspectiva, a saber, promocional, preventiva e curativa, impondo, pois, ao Estado, o dever de tornar possível e viável à população o tratamento que garanta, ao menos, uma melhor qualidade de vida.

Assim, considerando que o direito humano fundamental à saúde deva ser universal e gratuito, todas as pessoas, sem distinção de sexo, idade ou condição social, podem acessar o sistema público, conhecido por Sistema Único de Saúde e regido pela Lei n.º 8.080/1990.

Segundo José Afonso da Silva (2014, p.844), o SUS é o meio pelo qual o Estado cumpre o seu dever constitucional em relação ao direito à saúde. O Sistema Único, na verdade, rege-se pelos princípios da descentralização, do atendimento integral, da prioridade para as atividades de prevenção e da participação da comunidade.

Todavia, é importante considerar que para manter um sistema universal, integral e gratuito são necessários, como bem asseverou SLAIBI (2018, p.12), sistemas de financiamentos próprios que ocorrem por meio da tributação e também da alocação de recursos públicos. Assim, embora não seja diretamente oneroso para a população, necessita de muito recurso do Estado brasileiro para a sua manutenção.

Por oportuno, faz-se necessário destacar que a implementação de tal direito fundamental é uma competência comum¹ de todos os entes federados (União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal), de modo que eles devem agir simultaneamente para garantir o acesso de todos à saúde.

Diante dessa contextualização, é importante registrar que, a partir da publicação do Decreto Legislativo nº 06/2020, foi reconhecida em todo território nacional a existência de estado de calamidade pública em razão da pandemia provocada pelo novo coronavírus (COVID-19) que colocou em pauta o direito fundamental de todos ao acesso à saúde.

Essa doença que surgiu na China, no final de 2019, e espalhou-se rapidamente para quase todos os países do mundo, fez com que o Brasil ingressasse em um cenário atípico em que se foi necessária a adoção de medidas extremas, bem como de atos praticados pelos Poderes da República que causaram consequências imprevisíveis em diversas áreas, inclusive na saúde.

Dentro desse ambiente de crise mundial, todos os países passaram a se equipar rapidamente, o que fez com que fosse elevado consideravelmente o preço de equipamentos médico-hospitalares.

Ademais, o acesso à saúde no mundo e no Brasil se tornou um grande desafio, uma vez que, devido à alta transmissibilidade do vírus e o consequente elevado número de infectados no mesmo momento, fez com que o sistema chegasse ao limite.

No Brasil, foi editada a lei n.º 13.979/2020 como forma de combate ao vírus e de proteção ao direito a saúde e a vida, determinando, dentre outras medidas, o isolamento, a quarentena e a realização de exames para combate a pandemia.

Falar na implementação do direito à saúde em tempo de pandemia, indiscutivelmente, torna a questão polêmica e geradora de inúmeros debates internos e externos.

Destarte, o Poder Judiciário, por inúmeras vezes, foi provocado a decidir conflitos em torno da concretização deste direito, considerando que o Estado não estava conseguindo atender todas as demandas urgentes relacionadas ao tema.

Portanto, embora o texto constitucional tenha elencado o direito à saúde como fundamental, em que deve ser garantido a todos, faz-se importante e necessário analisar a

¹ A competência material comum aos níveis da federação enseja uma corresponsabilidade entre elas, de modo que atuem de forma cooperada para a consecução desses encargos atribuídos ao poder público. Se, por um lado, a competência comum admite a capacidade de ação de todos os níveis federativos nos domínios contemplados, de outro exige a participação deles no desempenho conjunto das competências (MOHN, 2010, p. 223).

temática dentro de um contexto atípico de pandemia em que o Estado não consegue cumprir o seu dever, em razão, sobretudo, da escassez dos recursos médicos.

3. DA ESCASSEZ DE RECURSOS MÉDICOS EM UM CONTEXTO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO CORONAVIRUS (COVID-19)

A pandemia iniciada em 2020 e persistente até os dias atuais, conforme reconhecido pela Organização Mundial de Saúde, vem intensificando diversos problemas mundiais, sobretudo, no sistema de saúde, que já entrou em colapso em diferentes países, tais como o Brasil e a Itália.

A doença infecciosa causada pelo Coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2) iniciou na cidade de Wuhan, na China, e logo se espalhou por todos os outros continentes.

De fato, a doença produz reações diversas e imprevisíveis, a depender do indivíduo afetado, gerando desde indivíduos assintomáticos até sujeitos que apresentam sintomas como febre, coriza, dispneia, confusão mental, podendo levar à internação em Unidade de Tratamento Intensivo e em alguns pacientes conduzindo ao óbito.

É bem verdade que existe grupo com maior risco de desenvolver a doença na sua forma grave, sendo mais provável que haja óbito. Claudio Lima (2020) afirma que fazem parte desse grupo as pessoas maiores de 60 (sessenta) anos e as que possuem comorbidades, como hipertensão, diabetes, doenças cardiovasculares, dentre outras.

Em 12 de fevereiro de 2021, a Organização Mundial de Saúde apresentou como confirmados no mundo 107.423.526 (cento e sete milhões quatrocentos e vinte e três mil e quinhentos e vinte e seis) casos de indivíduos que contraíram o referido vírus, abrangendo 2.360.280 (dois milhões trezentos e sessenta mil e duzentos e oitenta) óbitos. Tal número além de alarmante, é assustador, sobretudo, considerando que não para de crescer dia após dia.

Nesse diapasão, diante do reconhecimento da pandemia, a Organização Mundial de Saúde previu uma série de recomendações para evitar a propagação do vírus, tais como o isolamento social, a utilização de máscaras de proteção e o assear constante das mãos.

No Brasil, desde o início do estado de calamidade pública decretado pelo Governo Federal, foram sancionadas cerca de 52 (cinquenta e duas) normas, entre leis, portarias, resoluções e instruções normativas (PLANALTO, 2020).

É importante destacar a Lei n.º 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020 (Brasil, 2020), que foi promulgada com afã de combater a pandemia em medida emergencial de saúde pública e a garantir o direito à vida que está ameaçado pelo aludido vírus. Assim, a referida norma dispõe sobre as providências a serem tomadas pelas autoridades, no âmbito de suas competências, tais como, quarentena, estudo ou investigação epidemiológica, vacinação ou medidas profiláticas, dentre outros².

Não se pode olvidar, outrossim, que o impacto econômico e político causado pela disseminação do vírus foi também extremamente relevante, indicando que um desafio da área da saúde tem potencial para provocar relevantes mudanças sociais e de comportamento. Definidos tais contornos, cumpre aqui delinear o próprio direito à saúde, ponto central de análise frente aos efeitos da propagação do vírus.

Conforme acima analisado, o direito à saúde foi tratado pela Constituição da República de 1988 como um direito humano fundamental, devendo, pois, ser garantido a todos.

É importante ressaltar que o texto constitucional previu o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no §1º de seu art. 5º. Ou seja, há exigibilidade imediata por seus destinatários, que, nos termos previstos constitucionalmente, tem por característica a universalidade para o gozo das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Tal caracterização do direito à saúde como direito fundamental é de essencial importância para definir que o referido direito se operacionaliza, precipuamente, em forma de políticas públicas, instituídas pelo Poder Legislativo e, sobretudo, pelo Poder Executivo, como

² Art.2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se : I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. Art.3º. III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III -A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV- estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos e aeroportos, de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; VIII -autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: 1. Food and Drug Administration (FDA); 2. European Medicines Agency (EMA); 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); 4. National Medical Products Administration (NMPA) § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. (BRASIL,2020).

definidores e executores de programas que garantam a alocação de recursos públicos para proteger a população que deles necessita. Em face da garantia ineficiente desse direito, fica resguardado ao seu titular o requerimento administrativo para a sua concretização.

Ocorre que é evidente que o sistema de saúde no Brasil sofre com o abandono por parte de Poder Público, com a falta de investimentos e de infraestrutura para os profissionais de saúde. Não são raras as vezes que os indivíduos precisam buscar o Poder Judiciário para terem garantida a implementação do aludido direito fundamental.

Todavia, cumpre-se destacar que, se enquanto direito social o direito à saúde tem por baliza o princípio da igualdade, este direito apresenta peculiaridade tal que a atividade jurisdicional de sua tutela deve ter especial atenção em não promover, por si só, a própria afronta ao princípio da igualdade, em especial na situação de julgamentos relacionados ao fornecimento de recursos médicos escassos.

Nesse sentido, ao longo da pandemia de COVID-19, frente à propagação em larga escala de vírus até então pouco ou quase nada conhecido, a ausência inicial de protocolo de tratamento e de medicamentos indicados para o combate à doença gerou uma série de condutas médicas na prescrição de medicamentos e indicações terapêuticas sem um planejamento orçamentário e de produção de insumos para tanto, o que provocou um verdadeiro colapso no sistema de saúde brasileiro.

Diversas foram as notícias veiculadas quanto à lotação máxima atingida em Unidades de Tratamento Intensivo pelo Brasil. Também a ausência de medicamentos tornou-se questão ventilada em razão do aumento da demanda em meio à pandemia.

Exemplificativamente, notícias de jornal expuseram manchetes como “Covid-19: servidores de hospital público do DF alertam para risco de desabastecimento de luvas e medicamentos” (Portal G1 de notícias), “Hospital Clementino Fraga atinge 100% de ocupação nos leitos de UTI para Covid-19, em João Pessoa” (Portal G1 de notícias) e “Com 100% de lotação na UTI, Hospital Moinhos de Vento restringe Emergência Covid e só atenderá casos graves” (Jornal Zero Hora).

Também na Europa, o risco de desabastecimento de medicamentos foi evidenciado através da seguinte notícia: “Europa já enfrenta escassez de medicamento para o tratamento da Covid 19” (Jornal Diário do Poder).

Outrossim, a alta propagação do vírus em conjunto com as internações de longa duração que ele promove provocaram superlotação no sistema de saúde de diversos estados brasileiros, tal como ocorrido em Manaus em janeiro de 2021.

De fato, a falta de leito em hospitais, bem como de oxigênio fez com que muitos doentes fossem a óbito sem sequer receber tratamento médico na capital amazonense, alguns, ainda, nas portas dos hospitais.

Assim, a quantidade limitada de recursos médicos frente à necessidade pandêmica trouxe discussões sobre o enfrentamento de tal desafio pelo Poder Judiciário.

É evidente que em uma situação de recursos médicos escassos, não é possível atender a todos os que aguardam o tratamento indicado, o que nos faz questionar até que ponto o julgamento do Poder Judiciário se sobreporia de modo adequado ao próprio critério médico de escolha técnica quanto a quem seria o beneficiado diante da escassez absoluta de recursos.

Cumpra aqui ressaltar que a temática em tela pressupõe a escassez absoluta dos recursos e não a meramente relativa. Ou seja, hipótese em que não há, por exemplo, mais leito de UTI disponível em algumas localidades, seja na rede pública ou na rede privada e a impossibilidade de deslocamento do paciente.

Há, ainda, situações em que o medicamento pleiteado não mais possui estoque para fornecimento a todos os que dele necessitam. Por certo, a pandemia de COVID-19 trouxe relevância diferenciada de tais discussões e exemplos práticos a elucidar a escassez absoluta de recursos médicos.

Outrossim, é bem verdade que a pandemia do Coronavírus veio apenas evidenciar as falhas de uma rede insuficiente de acesso a um sistema de saúde reconhecidamente deficitário por várias décadas, incapaz de atender a todos e cumprir o que está escrito na Constituição Federal de 1988.

Destarte, diante desse dilema vivenciado por todos, em uma situação de pandemia em que a implementação do direito à saúde encontra obstáculos pelo Poder Público, faz-se necessário analisar até que ponto se mostra eficaz a adjudicação de tal direito e qual seria o limite dessa atuação proativa do Poder Judiciário como agente garantidor da saúde.

4. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme mencionado em tópico anterior, a Carta Magna diz que 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).

Nas palavras de BULOS (2014, p. 1582) a intenção do constituinte nos dispositivos acima mencionados é admirável, mas nem sempre se concretiza, sobretudo no Brasil, onde a incolumidade do ser humano ainda é uma esperança. E o autor complementa:

Embora o art. 196, da Constituição Federal esteja refluído em norma programática, o direito expressivo e universal que prevê não pode ficar postergado, e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, pois esse campo é incompatível com a indiferença, a acomodação, a omissão, a ignorância, a complacência e o conformismo.” (BULOS, 2014, p. 1563)

Pois bem, nas últimas décadas as barreiras encontradas pela Administração em dar efetivo acesso à saúde aos cidadãos brasileiros tem sustentado a cultura da judicialização da questão, sendo diversas as hipóteses de conflito entre o cidadão e o Estado que levam à judicialização do direito à saúde.

Notoriamente, nos anos de 2020 e 2021 as demandas judiciais que circundam o acesso à saúde registraram marcos estimáveis ao considerar que a abrupta e inesperada chegada do COVID-19 no Brasil trouxe problemas como falta de leitos nos hospitais, sobretudo nas UTIS; interrupção de tratamento por falta de oxigênio e/ou medicações; e, até mesmo, falta de equipamentos de proteção individual aos profissionais da saúde.

De tal modo é que o tema da judicialização do direito à saúde vem atingindo marcos cada vez mais elevados, ao passo que a Administração Pública se inclina à maiores problemáticas entorno das políticas públicas e da gestão do sistema público de saúde.

Assim é que os contornos do direito à saúde vêm sendo desenvolvidos em diversos julgados da Cortes Suprema brasileira, abrangendo diversas espécies de prestações, como fornecimento de medicamentos, próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros.

Segundo Gilmar Mendes (2014, p. 650), ministro do Supremo Tribunal Federal, é certo que, se não cabe ao poder judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Dito isso, verificada a existência de políticas públicas que possam dar efetividade ao direito constitucional à saúde, compete ao Judiciário, através de demandas postuladas pelos cidadãos, perquirir os motivos para negativa administrativa à tal prestação, seja quando pleiteado tratamento médico, disponibilização de leito ou acesso à medicamentos.

Isso porque, a incapacidade financeira dos cidadãos brasileiros impede-os de terem efetivo acesso ao tratamento e medicamentos essenciais à preservação da própria vida, mormente diante de vírus com protocolo de tratamento ainda tão obscuro, como é o caso do COVID-19 e com dependência de materiais próprios como respiradoras, oxigênio, equipamento de fisioterapia e etc.

Também merece destaque o fato dessa época pandêmica trazer notória crise econômica ao país, em razão das medidas de restrições impostas por sistemas de “lockdown” para evitar a proliferação massiva do vírus, o que muitas vezes forçou o fechamento do comércio, deixando diversos trabalhadores impossibilitados de gerar renda por algum período.

Antes mesmo da pandemia imposta pelo COVID-19, no entanto, já vinha se posicionando a jurisprudência brasileira sobre o tema, à exemplo do que foi prolatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do RE 368.041, *in verbis*:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (STF, RE 368.041, Rei. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 17-6-2005).

Assim, os Poderes Públicos encarregados de dar efetividade ao art. 196 da CF/88, precisam meditar na missiva de que todos merecem tratamento igualitário, sendo que tal tratamento, no âmbito da saúde, deve harmonizar com o contemporâneo estágio da medicina.

Significa dizer que o Poder Legislativo e o Poder Executivo têm capacidade discricionária, mas não arbitrária, para dispor sobre o direito à saúde, mediante lei, assim como

controlar e fiscalizar as ações e serviços de saúde, mas não ficando excluída a possibilidade de interferência pelo Judiciário quando o resguardo de tal direito for acionado nas vias judiciais por cidadão lesado ou impossibilitado de acesso efetivo à tratamentos ou medicações.

Em julgamento do Supremo Tribunal Federal (RE 267.612), o Ministro Celso de Mello assim se manifestou sobre o tema:

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (STF, RE 267.612, Rel. Min. Celso de Mello. 23-8-2000).

Em todo caso, mostra-se imperioso redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no país, a fim de fixar critérios de decisão. Para tanto, deve ser analisada a existência (ou não) de política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada. E vai muito além disso, ao conferir judicialmente uma prestação de saúde incluída entre as políticas públicas já existentes do sistema, o Poder Judiciário não está criando nova política, mas apenas ordenando seu efetivo cumprimento.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, "se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensa" (MENDES, 2014).

Assim, é certo que não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas na área da saúde, cingindo sua obrigação em verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário, mormente quando usado como exemplo o atual quadro brasileiro de acesso à saúde aos cidadãos afetados pelo Coronavírus.

4.1 TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O conceito do mínimo existencial não encontra guarida na legislação brasileira, assim como não encontra unanimidade entre os doutrinadores que abordam o tema. Porém, não é de todo nova a compreensão de que o Estado e a sociedade devem prover as condições materiais básicas para os necessitados que não tenham condições de se sustentar.

Gerardo Pisarello (2007, p. 20) aludiu a existência de um conceito do mínimo existencial já na Antiguidade e na Idade Média, através da concepção de “diferentes mecanismos institucionais, embora não necessariamente estatais, voltados a aliviar situações prolongadas de pobreza e a assistir aos grupos mais necessitados”.

Mais recentemente, Ana Paula de Barcellos passou a definir o mínimo existencial como:

O conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerada não apenas como experiência física-sobrevivência e manutenção do corpo, mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado Democrático de Direito. (BARCELLOS, 2002, p. 230-250)

Assim sendo, a violação desse mínimo acarretaria desrespeito à própria dignidade da pessoa humana, pois, segundo a autora, o núcleo material da dignidade e as condições mínimas que devem ser asseguradas à vida de todos descreveriam o mesmo fenômeno.

Flávia Bahia (2017, p. 129/220), por sua vez, ensina que o mínimo existencial ultrapassa a mera garantia de sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da chamada pobreza absoluta. Com isso poder-se-ia concluir que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital ou de sobrevivência, sob pena de violação da própria dignidade da pessoa humana.

Apesar das variadas definições de origem e conceito dos doutrinadores sobre o tema, é certo que estes são unânimes em dizer que o mínimo existencial tem relação com prestações materiais oriundas do Estado, que assegurem condições mínimas de sobrevivência, respeitada a dignidade da pessoa humana.

No entanto, a teoria do mínimo existencial não é isenta de críticas. Conforme comenta Daniel Sarmiento (2016, p. 209), no Brasil há aqueles que entendem que a teoria do mínimo existencial é conservadora e fica aquém da Constituição Federal de 1988 no que concerne à proteção dos direitos sociais. A crítica afirma que uma ordem constitucional justa deveria aspirar à justiça social, e não se contentar com a garantia do mínimo para aplacar a miséria.

Por outro lado, para o doutrinador é preciso compreender o papel do mínimo existencial na nossa ordem constitucional. Em primeiro lugar, ele não define as prestações materiais que devem ser asseguradas pelo Estado a cada indivíduo em condição de vulnerabilidade, mas apenas estabelece um piso, abaixo do qual não se pode descer.

Na opinião de Daniel Sarmiento (2016, p. 211):

O mínimo existencial desempenha dois papéis muito importantes, e nenhum deles fragiliza a dimensão social da Constituição. O primeiro papel é o de fundamentar pretensões positivas ou negativas que visem assegurar as condições materiais essenciais para a vida digna e que não estejam abrigadas por outros direitos fundamentais expressamente positivados. O mínimo pode lastrear pretensões ligadas, por exemplo, ao acesso à água, à energia elétrica, ao vestuário adequado etc. É evidente que esse emprego do mínimo existencial não debilita os direitos sociais, pois agrega prestações e garantias adicionais ao seu elenco. O outro papel é o de servir de parâmetro para a ponderação que é travada entre, de um lado, o direito reivindicado e, do outro, os princípios que com ele colidirem. É que os direitos prestacionais, conquanto exigíveis, não são absolutos, configurando, em geral, direitos subjetivos garantidos *prima facie*.

Feitas essas premissas, não se acredita que o mínimo existencial fragilize os direitos sociais, à exemplo do direito à saúde. Pelo contrário, a teoria fortalece e confere efetividade à dignidade da pessoa humana, mormente no sentido de assegurar a todos as condições materiais básicas de vida.

Contudo, apesar do seu reconhecimento normativo no Brasil, o mínimo existencial não vem sendo efetivamente assegurado às parcelas expressivas da população brasileira, que não desfrutam de acesso efetivo a bens e direitos essenciais para uma vida digna. Legiões de pessoas ainda vivem na mais absoluta miséria, expostas à acesso escasso ou inexistente ao sistema de saúde público, além de outros direitos essenciais à mínima qualidade de vida.

Sendo assim, por visar garantir as condições dos direitos sociais (à exemplo do direito à saúde), o patamar estabelecido pelo mínimo existencial acabaria por permitir a intervenção judicial no controle de políticas públicas e, com isso, na própria realização de um grau mínimo de efetivação de direitos fundamentais sociais à luz da dignidade da pessoa humana.

No atual momento pandêmico introduzido pela chegada do COVID-19 no país, ficou evidente a falta de efetividade da “teoria do mínimo existencial” no que diz respeito à saúde, quando noticiários passaram a veicular verdadeiro colapso no sistema de saúde pública do país. Inúmeros pacientes em estado grave sem acesso à leitos, oxigênio, tratamento e medicamentos ficaram a mercê de intervenção divina e não mais amparados pela teoria do mínimo existencial como aqui exposto.

Portanto, embora existam poucas dúvidas sobre a existência de uma garantia constitucional do mínimo existencial, a efetividade da Constituição Federal deixa muitíssimo a desejar nesse ponto. Há ainda um abismo entre as generosas promessas constitucionais e a realidade da vida de vastos segmentos da população brasileira, que sobrevivem em condições francamente indignas.

Deste modo, até pode-se dizer que existe atualmente no Brasil certo consenso quanto a possibilidade de proteção judicial do mínimo existencial. Porém subsiste, ainda, questionamento se essa proteção é ou não absoluta, ou seja, se ela está ou não sujeita à “reserva do possível”, sobretudo quando tal questão veio à tona com a chegada do COVID-19 no país.

4.2 TEORIA DA RESERVA DO POSSIVEL

É sabido que a realização dos direitos sociais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Logo, quando comprovada a incapacidade econômico-financeira do ente, deste não se poderá razoavelmente exigir, considerando a limitação material amparada na "teoria da reserva do possível".

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi difundida a partir da célebre decisão do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1972, em caso conhecido como *Numerus Clausus* - Tribunal Constitucional Federal da Alemanha BVerfGE 33, 303 (1972).

Tal caso tratou da validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. Não havia na Constituição alemã a garantia do direito à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade profissional demandava, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino superior. Todavia, frisou que tal direito “se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (Alemanha, 1972).

A chamada cláusula da "reversa do possível" compreende, assim, a possibilidade financeira do Estado para prestação dos direitos sociais, uma vez que as prestações positivas dependem de recursos materiais presentes nos cofres públicos.

“Nesse modelo, o mínimo existencial constitui um elemento relevante na adjudicação dos direitos sociais, mas não representa algum tipo de algoritmo mágico, cujo manejo tenha o condão de resolver todos os problemas ligados à sua proteção jurisdicional.” (Daniel Sarmiento, 2016, p. 234).

Portanto, embora o mínimo existencial seja juridicamente exigível, nem sempre é possível assegurá-lo em juízo, considerando que a “reserva do possível” traz limites materiais para efetivação de muitos dos direitos positivos fundamentais, como é o caso do acesso à saúde.

No Brasil, a jurisprudência alude com frequência à ideia de reserva de possível desde que o Min. Celso de Mello proferiu a já mencionada decisão monocrática na ADPF 45, que se referiu ao instituto, embora relativizando, já de partida, a sua relevância. (Supremo tribunal Federal. ADPF 45 MC, rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.2004)

Conforme palavras do Ministro Celso de Mello no julgado em comento, “a simples alegação de insuficiência de verbas orçamentárias para a concretização das políticas públicas anunciadas pela Constituição e pleiteadas na via judicial, não é suficiente para caracterizar a impossibilidade material ou jurídica da prestação. Nessas situações, cabe ao julgador a realização da ponderação e realizar escolhas acertadas com base na própria Constituição.” (BAHIA, Flavia, p. 221)

A maior parte dos julgados subsequentes sobre o assunto reproduz trechos dessa decisão (ADPF 45), que passou a ser a formulação canônica sobre a matéria na jurisprudência brasileira. Assim, mesmo diante de inúmeras demandas concernentes à prestação de saúde, a “reserva do possível” passou a orientar diversos julgamentos no que se refere à interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas voltadas à saúde, sobretudo com o advento da crise do sistema público de saúde a partir dos problemas enfrentados na pandemia do COVID-19.

Com a pandemia, ficou ainda mais evidente que as necessidades de saúde da população podem ser superiores à capacidade de custeio do Poder Público, mormente quando identificados problemas como má gestão, inclusive na programação e distribuição dos recursos, como foi o caso da falta de oxigênio, leitos e medicamentos em vários hospitais do país nos últimos meses, notadamente no Estado do Amazonas.

Importa salientar que não deve o Estado invocar o Princípio da Reserva do Possível para justificar possível desídia, cabendo ao ente governamental justificar de forma pormenorizada o porquê da inobservância e do descumprimento total ou parcial de suas obrigações legais.

5. DECISÕES SOBRE O ACESSO À SAÚDE PROFERIDAS POR TRIBUNAIS ESTADUAIS BRASILEIROS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Inicialmente, consultando o acervo do Egrégio Tribunal Estadual do Amazonas, tem-se a decisão proferida processo nº 4004466-83.2020.8.04.0000 que em sua fundamentação discorre acerca da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, sobretudo em tempo de pandemia. *In verbis*:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. INDEFERIMENTO. **INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICA PÚBLICA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. PRECEDENTES DO STF. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE CAPAZ DE OCASIONAR A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. [...] AUSÊNCIA DE IRRESIGNAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE NÃO CONHECIDO, EM HARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL.**

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. É preciso assinalar, por relevante, que o direito à saúde representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 196) e qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num 'facere', pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno a este direito inafastável.

Assim, o alto significado jurídico e social que reveste o direito à saúde **incumbe ao Poder Público torná-lo real, mediante ações concretas de efetivação da garantia, exigindo, sobretudo em período de pandemia, que as autoridades, em todos os níveis de governo, atuem para efetivar concretamente a proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis** para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.

E, ao basilar a atuação do Poder Executivo e dos demais Poderes em tempo de Pandemia, o Excelso Supremo Tribunal Federal em decisão de sua Excelência, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, nos autos da ADPF n. 672/DF consignou expressamente a necessidade de respeito à separação dos poderes, princípio motriz na condução do Estado em regimes presidencialistas. Assim, **a atuação do Poder Judiciário não se fundamenta na escolha de qual a melhor ação a ser adotada pelo Chefe do Poder Executivo, mas sim em balizar se há omissão relevante que consistiria na desproteção do direito fundamental à saúde.**

[...] Sabe-se, ainda, que há um efetivo aparato governamental em trabalho para minimizar e tentar controlar os efeitos da pandemia do COVID-19. A título de exemplo, deflui-se que o Governo do Estado do Amazonas criou um Plano de Contingência para infecção humana pelo Covid. Conforme noticiado, o Governo do Estado aumentou a quantidade de leitos disponíveis em 134% (cento e trinta e quatro por cento), também tem investido no aumento da capacidade do volume de oxigênio líquido, o qual ficou em 382,9%. **A luz destas razões, deflui-se não haver omissão do Poder Público que justifique a adoção de medidas por esta Corte de Justiça.**

[...] (TJ-AM - AI: 4004466-83.2020.8.04.0000, Relator: Joana dos Santos Meirelles, Data de Julgamento: 15/03/2021, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 18/03/2021) (grifo nosso)

Observa-se que na fundamentação do *decisum* argumentou-se que ao Poder Judiciário cabe tornar real a efetivação do direito à saúde, através de “medidas possíveis” e “tecnicamente sustentáveis”, fazendo alusão à Teoria da Reserva do Possível.

Também abordou-se acerca da necessidade de respeito à separação dos poderes, devendo a atuação do Judiciário cingir-se à análise de eventual omissão do Poder Público a ensejar intervenção pelo órgão judiciário demandado.

Em outro julgado, dessa vez extraído do acervo do E. Tribunal do Rio de Janeiro, em sede de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo - 0029365-02.2020.8.19.0000 - a Douta Relatoria decidiu a demanda também com base na ausência (ou não) de omissão por parte do Poder Público:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRETENSÃO DE ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. **MATÉRIA QUE ENVOLVE QUESTÕES SOCIAIS E DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. ORIENTAÇÃO DO CNJ QUANTO À EFETIVIDADE DAS MEDIDAS JUDICIAIS, INCLUINDO A POSSÍVEL EXTENSÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES RELATIVAS À SAÚDE. DEMONSTRADO O PERIGO DE DANO. O DESBLOQUEIO DE TODOS OS LEITOS BLOQUEADOS E LIVRES, DA REDE MUNICIPAL E ESTADUAL, PODERIA, EM TESE, DIFICULTAR O TRATAMENTO DE OUTRAS PATOLOGIAS, ANTE AO POSSÍVEL REDIRECIONAMENTO DOS LEITOS PARA A INTERNAÇÃO DOS PACIENTES INFECTADOS COM A COVID -19.** CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO QUANTO A OBRIGAÇÃO DE LIBERAÇÃO DE LEITOS LIVRES OCIOSOS E BLOQUEADOS/ IMPEDIDOS DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL E ESTADUAL. CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO PARCIAL, QUANTO A EFETIVA OPERAÇÃO DE TODOS OS LEITOS DOS HOSPITAIS DE CAMPANHA, PARA DETERMINAR O PRAZO DE 20 DIAS, A CONTAR DA INTIMAÇÃO DESTE JULGADO, PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. SUSPENSÃO DE TODAS AS MULTAS APLICADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU, MANTIDAS EM SEDE DE PLANTÃO JUDICIAL. RECOMENDAÇÃO DO CNJ Nº 66 DE 13/05/2020. Conclusões: Por unanimidade de votos, deferiu-se os efeitos suspensivos, na forma do voto do Relator. (TJ-RJ - AI: 0029365-02.2020.8.19.0000, Relator: Des(a). JDS ISABELA PESSANHA CHAGAS, Data de Julgamento: 13/05/2020, VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 2020-05-21)

A demanda original argumentava o fato de que alguns leitos da UTI daquela localidade ainda não estarem efetivamente disponibilizados para pacientes acometidos pela COVID-19. Assim, requereu-se o desbloqueio de todos os leitos, a fim de coloca-los em efetiva operação com todos os recursos materiais e humanos necessários ao seu pleno e imediato funcionamento.

Contudo, no supracitado acórdão, ponderou-se acerca da utilização dos leitos para outras patologias, motivo pelo qual concedeu-se efeito suspensivo apenas parcial quanto a efetiva operação de todos os leitos dos hospitais de campanha, resguardando os demais leitos para utilização também por pacientes acometidos por outras doenças que não o COVID-19.

Por fim, como último exemplo a ser citado nesse estudo, temos outra decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - 0029230-87.2020.8.19.0000 - na qual discutiu-se acerca da transferência imediata de paciente acometida com COVID-19 para hospital da rede pública:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. DEFERIMENTO EM PLANTÃO JUDICIÁRIO DE PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA DETERMINAR A **TRANSFERÊNCIA, PARA A REDE PÚBLICA, DE PACIENTE DIAGNOSTICADA COM PNEUMONIA POR COVID-19 E**

INTERNADA EM HOSPITAL PARTICULAR. DETERMINAÇÃO EXPRESSA DE QUE A MANUTENÇÃO DA AUTORA NO HOSPITAL, ATÉ A EFETIVA TRANSFERÊNCIA, CORRERÁ ÀS EXPENSAS DOS ENTES PÚBLICOS. RECURSO DO ESTADO.

1- Como reiterado na jurisprudência deste Tribunal, a possibilidade de o cidadão valer-se dos serviços da rede particular é condicionada à falta de vagas ou de recursos da rede pública, **pena de se responsabilizar o Estado por dívida decorrente de ajuste entre particulares.**

2- Agravada que comprovou ter buscado o atendimento emergencial em hospital particular em 29/04/20, dia seguinte ao seu atendimento na rede pública, sendo então diagnosticada com pneumonia por COVID-19, em grau moderado, com comprometimento de 50%. Diagnóstico baseado no mesmo exame de TC de tórax analisado na CER da rede pública. Receituário da rede pública que corrobora a existência de notórios sintomas da doença, inclusive febre persistente e falta de ar.

3- Ré que confirma o recebimento do pedido de transferência no dia 29/04/20, sem qualquer notícia de disponibilização de leito.

4- Alegações genéricas quanto a existência de planos de ação que não são suficientes para negar a tutela do direito à saúde de paciente comprovadamente doente que necessita de internação com urgência e não tem uma resposta efetiva da Administração. **O limite do possível não constitui argumento válido para que se coloque o cidadão em evidente e inegável risco, como reiteradamente apontado pela jurisprudência dos tribunais do país.**

5- Ausência de fundamento, contudo, para impor a multa diária, se já determinada outra medida visando à obtenção de resultado prático equivalente em caso de descumprimento. 6- Recurso parcialmente provido. (TJ-RJ - AI: 0029230-87.2020.8.19.0000, Relator: Des(a). EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO NETO, Data de Julgamento: 26/08/2020, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/09/2020)

A ação exemplificada acima foi ajuizada para assegurar o direito de acesso à saúde por paciente diagnosticada com pneumonia em decorrência do COVID-19. A paciente havia procurado a rede pública de saúde para tratamento, mas internou-se em hospital particular em decorrência da urgência de tratamento sem que houvesse providências de internação por parte da Administração Pública.

Em decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento, o Egrégio TJRJ fez menção à reserva do possível, ponderando que tal teoria não constitui argumento válido para que se coloque o cidadão em evidente risco.

Assim, no caso concreto, declarou-se o direito da Autora à transferência para rede pública de saúde, além de considerar responsabilidade do Estado qualquer dívida porventura decorrente do tempo em que a paciente veio a internar-se em hospital particular em virtude da ausência de vagas na rede pública.

Feitas as breves análises dos julgados acima transcritos, é possível perceber que a observância do mínimo existencial vem sendo relevada pelo Poder Judiciário a despeito da Teoria da Reserva do Possível, a qual não tem sido considerada como fundamentação hábil para

afastar o direito ao efetivo acesso à saúde do cidadão. Ao mesmo tempo, para interferência do Judiciário, os Tribunais vêm analisando, prioritariamente, a existência (ou não) de omissão por parte do Poder Público, a fim de justificar eventual intervenção judicial, além de garantir a separação dos poderes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 representou, de fato, um marco no tocante ao direito à saúde, uma vez que o elencou no rol dos direitos humanos fundamentais sociais e garantiu, assim, que todas as pessoas sem distinção pudessem acessar o sistema público, conhecido por Sistema Único de Saúde (SUS). Ocorre que a implementação do direito à saúde no Brasil sempre foi uma questão polêmica e merecedora de debates não apenas por juristas, mas por toda a sociedade brasileira.

É evidente que não são raros os exemplos práticos que demonstram o abandono por parte de Poder Público com o sistema de saúde brasileiro, seja por falta de investimentos, seja por falta de infraestrutura para os profissionais de saúde. Assim, em diversas ocasiões, os brasileiros precisaram buscar o Poder Judiciário para terem garantida a efetivação do aludido direito fundamental.

Diante disso, com o advento da pandemia provocada pelo Coronavírus, marcada pela propagação em larga escala de vírus até, o sistema de saúde brasileiro entrou em um verdadeiro colapso, não sendo, pois, capaz de atender todos que dele necessitavam.

Destarte, nesse contexto, o Poder Judiciário, em todas as instâncias, foi e vem sendo provocado diversas vezes a decidir conflitos em torno da concretização do direito constitucional à saúde, considerando que o Estado não estava/está conseguindo atender a todas as demandas.

É certo que não cabe ao magistrado formular políticas públicas, sendo, pois, é da competência dos Poderes Legislativo e Executivo tal missão. Todavia, em casos de omissão na implementação de um direito, tal qual vem sendo observado na atualidade com a pandemia, a intervenção do Judiciário passou a ser necessária.

Por fim, é importante destacar que, embora importante, tal intervenção não pode olvidar da necessidade de ponderação entre as teorias do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, sendo necessária cautela e atenção do magistrado para que não haja afronta ao princípio da separação dos poderes.

6. REFERÊNCIAS

AMAZONAS. TJ-AM - AI: 4004466-83.2020.8.04.0000, Relator: Joana dos Santos Meirelles, Data de Julgamento: 15/03/2021, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 18/03/2021.

BAHIA, Flavia. Descomplicando Direito Constitucional. 3. ed. Recife/PE: Editora Armador, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230-250. 227. Ob.

BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 mar. 2021.

_____, Planalto. Lei nº 13.979/2020. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em 20 mar. 2021.

_____, Planalto. Decreto legislativo nº 06/2020. Brasília. Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 6. ed. atual. até a EC 99/2017. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

_____, ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.04.2004)

_____, RE 267.612, Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 23-8-2000.

_____, RE 368.041, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 17-6-2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COM 100% de lotação na UTI, Hospital Moinhos de Vento restringe Emergência Covid e só atenderá casos graves. Jornal Zero Hora, 2020. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2020/11/com-100-de-lotacao-na-uti-hospital-moinhos-de-vento-restringe-emergencia-covid-e-so-atendera-casos-graves-ckhgcczdd000c0170e0hczphg.html>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

COVID-19: servidores de hospital público do DF alertam para risco de desabastecimento de luvas e medicamentos. Portal G1 de notícias, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/11/06/covid-19-servidores-alertam-que-estoque-de-medicamentos-em-hospital-publico-do-df-pode-zerar-ate-o-fim-de-semana.ghtml>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. 9. Ed. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPODIVM, 2017.

HOSPITAL Clementino Fraga atinge 100% de ocupação nos leitos de UTI para Covid-19, em João Pessoa. Portal G1 de notícias, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2020/11/16/hospital-clementino-fraga-atinge-100percent-de-ocupacao-nos-leitos-de-uti-para-covid-19-em-joao-pessoa.ghtml>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria

do Advogado, 2006.

LIMA, Claudio Márcio Amaral de Oliveira. Informações sobre o novo coronavírus (COVID-19). Radiol Bras, São Paulo, v. 53, n. 2, p. V-VI, Apr. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-39842020000200001&lng=en&nrm=iso> . Acesso em 20 mar. 2021.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PONTES DE MIRANDA. Direitos à subsistência e direito ao trabalho. 1933

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. In: Revista de informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010.

PISARELLO, Gerardo. Los Derechos Dociales y Sus Garantias: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

RIO DE JANEIRO. AI: 0029365-02.2020.8.19.0000, Relator: Isabela Pessanha Chagas, Data de Julgamento: 13/05/2020, Vigésima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 2020-05-21 _____ . AI: 0029230-87.2020.8.19.0000, Relator: Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito Neto, Data de Julgamento: 26/08/2020, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 08/09/2020).

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Por um Constitucionalismo Inclusivo. Ed. Lumen Juris, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível. mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2.ed. Rev.e Amp. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THOM, Dione Santos; TOSE, Laura Pimenta Krause. A Judicialização da Saúde Pública no Brasil. Disponível em <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/a-judicializacao-da-sa%C3%BAde-p%C3%BAblica-no-brasil.pdf>. Acesso em 28 de março de 2021.

World Health Organization. Dados atualizados sobre o contágio de COVID-19, 2021. Disponível em: < <https://covid19.who.int>> Acesso em 20 mar. 2021.