

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

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 Napolini - 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 e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-317-7

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. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

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 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 21 artigos, que compõem os presentes anais, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber:

O primeiro artigo intitulado "(Re)leitura do teorema de colisões: uma análise da ponderação entre direitos fundamentais no contexto de grave crise sanitária", de Ana Nathalia Gomes do Nascimento Pinheiro de Sousa trata da aplicação da ponderação no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, referentes à liberdade religiosa, de um lado; e direito social à saúde, de outro, com uma releitura do Teorema de Colisões, considerando o atual contexto de surto endêmico, tudo para explicar a aplicação do princípio da proporcionalidade mitigada.

Em seguida, Bruna Piffer Bernardoni , Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Galdino Luiz Ramos Junior apresentam o artigo "A interferência da globalização no princípio da dignidade da pessoa humana", no qual abordam o fenômeno da globalização no princípio da dignidade da pessoa humana, no contexto político-social, em especial as consequências da pandemia da COVID-19 e das doenças neuronais.

Depois, Maxwell Mota De Andrade, apresenta "A (in)efetividade dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas e o papel afirmativo do estado brasileiro", examinando a efetividade dos direitos fundamentais positivados na Constituição de um país e a crise de efetividade de tais direitos fundamentais.

O quarto artigo, intitulado "A colisão de direitos fundamentais na pandemia e o processo estrutural", Marcília Ferreira da Cunha e Castro e Rodrigo de Castro Alves analisam se o processo estrutural é instrumento relevante para julgamento de casos em que há tal colisão dos direitos fundamentais, em especial durante a pandemia atual.

Na sequência Flavia Piva Almeida Leite e Maria Cristina Teixeira apresentam o artigo "A educação para a cidadania e os objetivos para o desenvolvimento sustentável", no qual examinam a educação para a cidadania em sua relação com os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), aspectos da vida social indissociáveis, fundamentais para o desenvolvimento da sociedade contemporânea, conforme as disposições da Constituição e Tratados e Convenções Internacionais que abordam estes assuntos.

O sexto artigo de Juliana Kryssia Lopes Maia, Natalia Oliveira de Abreu e Milena Zampieri Sellmann, nominado "A garantia fundamental do direito à moradia nas favelas brasileiras em época de pandemia" aborda o conceito de moradia digna e adequada como direito fundamental, previsto na Constituição Federal Brasileira, diante das mazelas causadas pela Pandemia do coronavírus.

"Fosfoetanolamina, a cura do câncer? Pfizer, Astrazenica, Janssen e covid-19 entre o direito a vida e o direito de tentar" de Márcio José Alves De Sousa examina o medo da morte e a proteção do direito à saúde e o direito à vida, diante da fiscalização da Anvisa.

Na sequência, Yuri Nathan da Costa Lannes, Tais Ramos e Phelipe Marcelo Berretta Iaderoza em "Home Care e planos de saúde privados: a efetividade das decisões procedentes no estado de São Paulo" se dedicam a analisar o tratamento home care, verificando quais são os fundamentos para o seu deferimento e quais medidas devem ser tomadas para o cumprimento de referidas decisões.

No nono artigo, "O acesso à justiça e a tutela coletiva para efetivação dos direitos fundamentais dos idosos", Luana Pedrosa De Figueiredo Cruz e Alexandre Junio de Oliveira Machado analisam a necessidade de garantia dos direitos fundamentais dos idosos, através do acesso à justiça e da tutela coletiva.

Na sequência, Rubia Carla Goedert e Ana Luiza Baniski, em "O direito à saúde e os aspectos da judicialização da saúde antes e durante a pandemia do coronavírus" estudam a competência, a distribuição orçamentária do direito à saúde e a sua efetividade diante do cenário da pandemia do coronavírus.

Ato contínuo, José Sebastião de Oliveira e Anara Rebeca Ciscoto Yoshioka, apresentam o artigo "O encarceramento feminino no Brasil e o impacto da pandemia do covid-19 nos direitos reprodutivos e da personalidade da detenta brasileira", no qual estudam os direitos da mulher detenta grávida, lactante e mãe de crianças de até 12 anos, diante dos dispositivos existentes nas legislações nacionais e internacionais, bem como o impacto da pandemia do COVID-19 nos direitos reprodutivos dessas mulheres.

Logo depois, Carlos Rafael da Silva, no artigo "O Estado e os benefícios sociais" apresenta uma análise dos direitos fundamentais, da previdência social, da saúde e da assistência social, como mecanismo de contribuição distributiva e solidária de proteção à pessoa humana.

No décimo terceiro artigo, Renata Botelho Dutra, apresenta "O PAILI e as medidas de segurança: humanização da loucura como exercício para a democracia" cujo objeto principal é a pesquisa do louco infrator, seu comportamento, o envolvimento familiar no tratamento e a participação da sociedade no seu processo de reconhecimento e reinserção enquanto sujeitos de direito do Estado democrático.

Em "Pandemia a disruptividade do século XXI", Katia Daltro Costa Knoblauch e Fernanda Daltro Costa Knoblauch examinam a pandemia do Coronavírus, de maneira multidisciplinarmente, bem como seus efeitos colaterais ocasionados por políticas neoliberais até então adotadas e o contexto da "erosão das fronteiras", que permite melhor compreensão das possibilidades e limites de proteção no âmbito da saúde.

Depois, Bianca Bonadiman Abrão e Carolina Penteado Gerace Bouix, no artigo "Pandemia da covid-19 no estado democrático de direito: breve análise do direito à vida e a saúde versus o direito a liberdade de locomoção frente às restrições governamentais" refletem sobre as restrições impostas pela Administração Pública em suas esferas no combate à pandemia da Covid-19 sob a égide do (des)respeito ao Estado Democrático de Direito e a relação paradoxal da preservação do direito à liberdade de locomoção versus os direitos a vida e à saúde.

Na sequência, Wendelaine Cristina Correia de Andrade Oliveira e Maria Andreia Lemos apresentam o artigo "Política nacional de Educação na perspectiva inclusiva: análise da

decisão de suspensão de eficácia do decreto federal n.º 10.502/2020" e examinam aspectos da Política Nacional de Educação Especial e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante do mencionado decreto, bem como os fundamentos jurídicos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.590.

O décimo sétimo artigo "Preceitos essenciais do ordenamento jurídico brasileiro na sociedade da informação" de Emerson Penha Malheiro estuda as noções de Direitos Fundamentais e os conceitos que tornem exequível a sua análise no ordenamento jurídico brasileiro na sociedade da informação, por meio análise dos princípios elementares e da inserção de normas protetivas no sistema jurídico nacional, avaliando sua validade e aceitação internas.

Depois, Mário Luiz Silva com o artigo "Princípio da igualdade em sua acepção material como fundamento do estado de bem estar social" examina a busca de justiça a todos os indivíduos e a figura do Estado abstencionista que permite a criação de abissais desigualdades sociais e o Estado de Bem Estar Social, como forma de mitigar as desigualdades criadas pelo Estado Liberal.

Outrossim, Murilo Tanaka Munhoz apresenta a "Relação entre discurso de ódio, fake news e a dignidade humana em tempos atuais", um estudo sobre o discurso de ódio e as fake news, contrastando com os direitos fundamentais.

Em "Tributo: a função social e o desenvolvimento como liberdade", Daisy Rafaela da Silva e Natalia Oliveira de Abreu tratam da função social do tributo e sua importância para que se busque a redução da desigualdade social, a partir do pensamento do economista Amartya Sen.

Por fim, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Gustavo Henrique Maia Garcia apresentam o artigo "Tutela coletiva da saúde: reserva do possível e a escassez de recursos na pandemia de covid-19", no qual analisam a concretização do direito fundamental à saúde em um quadro pandêmico grave, com escassez de recursos financeiros, insumos médicos e de recursos humanos, ao lado do dever estatal de coordenar planos contingenciais do Sistema Único de Saúde.

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 da presente apresentação, 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.

Desejamos uma boa leitura aos estimados leitores.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas-Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

TUTELA COLETIVA DA SAÚDE: RESERVA DO POSSÍVEL E A ESCASSEZ DE RECURSOS NA PANDEMIA DE COVID-19

HEALTH COLLECTIVE JUDICIAL PROTECTION: RESERVE OF THE POSSIBLE AND THE SCARCITY OF RESOURCES IN THE COVID-19 PANDEMIC

Luana Pedrosa De Figueiredo Cruz ¹

Gustavo Henrique Maia Garcia ²

Resumo

O artigo pretende analisar a concretização do direito fundamental à saúde em um quadro pandêmico grave, em que há escassez de recursos financeiros, insumos médicos e de recursos humanos. Discute-se as nuances relativas à tutela coletiva dos serviços públicos de saúde e o dever estatal de coordenar planos contingenciais. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, e pretende analisar como se relacionam as demandas judiciais que postulam serviços públicos de saúde frente à escassez de recursos do Estado, diante de um colapso nacional do Sistema Único de Saúde.

Palavras-chave: Processo coletivo, Saúde, Covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

The article intends to analyze the realization of the fundamental right to health in a situation of severe pandemic, in which there is a shortage of financial, medical and human resources. The nuances of collective protection of public health services and the state's duty to coordinate contingency plans are discussed. The method used is the hypothetical-deductive and intends to analyze how the judicial demands related to public health services are related to the scarcity of State resources, in the face of a national collapse of the Brazilian health system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collective process, Health, Covid-19

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professora nos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (UIT-MG). Advogada.

² Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 representa, até então, o maior desafio para o Sistema Único de Saúde – SUS desde a sua criação, exigindo ações coordenadas em um nível jamais esperado, com respostas rápidas frente a uma crescente demanda por atendimentos de urgência. Sistemas públicos de saúde que garantem atenção básica se mostraram a ferramenta mais eficiente com que um país pode lidar com grandes crises sanitárias como essa (MARASCIULO, 2020), pois permitem ao Estado aplicar políticas públicas de forma direta e ágil, independentemente de interesses econômicos inerentes ao setor privado.

O SUS tem como base três princípios, são eles a universalidade, a igualdade e a integralidade, instituídos pela própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, na esteira de uma crescente preocupação com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, ao assegurar o acesso à saúde universal e gratuito, tratando em diversos dispositivos sobre o dever do Estado de concretizar esses preceitos.

O sistema brasileiro é reconhecido no mundo inteiro por sua complexidade e pela capilaridade do atendimento básico de saúde, e sobretudo pela atuação preventiva realizada em todo o território nacional, a exemplo do Programa Nacional de Imunizações, que foi decisivo para a erradicação de algumas doenças contagiosas como varíola e poliomielite. O país, assim, surpreendeu a imprensa internacional com seu fracasso na prevenção e controle da pandemia¹, mesmo contado com seu elogiado sistema de saúde (Organização Mundial da Saúde, 2008).

Não se pode ignorar as frequentes críticas ao SUS, que enfrenta dificuldades em atender demandas de alta complexidade, e muitas vezes carece até mesmo de equipamentos para a realização de exames básicos, tendo muito o que aprimorar para de fato concretizar o direito fundamental à saúde (Portal DSS, 2013), o que inequivocamente demanda planejamento e um constante fluxo de investimentos públicos.

Com o objetivo de sistematizar as diferentes frentes de atuação social, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL), no Capítulo II do Título VIII, instituiu um complexo sistema de Seguridade Social, que abarca a assistência social, a previdência social, e também a saúde. A primeira se destina a prestar auxílio material aos desamparados, aqueles que não possuem meios para prover sua subsistência, enquanto a previdência se coloca como um mecanismo de

¹ Como exemplo de destaque do insucesso no combate à pandemia, cita-se os destaques frequentes na página *O Brasil na imprensa alemã*, um editorial periódico mantido pelo Portal Deutsche Welle, dedicado a reunir matérias dos principais jornais alemães sobre o Brasil (Deutsche Welle Brasil, 2021); a deterioração da imagem do país com a falta de seriedade no trato da pandemia também é destacado na reportagem da Revista VEJA: *As causas e os estragos da pior crise de imagem internacional do Brasil* (GHIROTO, GONÇALVES, 2020).

planejamento e proteção aos trabalhadores, que precisam contribuir para a manutenção financeira do sistema, atuando como proteção em face de riscos sociais, como invalidez, e para que assegurem uma fonte de sustento na velhice.

Já o direito à saúde, diferente dos outros dois, não exige condições específicas ou contraprestações do cidadão, sendo custeado totalmente pelo Estado. Ele é um direito universal, e não distingue faixa etária ou de renda, embora as condições particulares dos indivíduos exijam diferentes intervenções estatais.

Mesmo aqueles que contam com planos de saúde privados com as mais completas coberturas acabam por usufruir direta ou indiretamente da atuação do SUS, como pelas campanhas de vacinação, que se utilizam de estratégias de imunização coletiva, e pelos programas de fiscalização mantidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que garantem a segurança de medicamentos, agrotóxicos, cosméticos, dentre outros produtos oferecidos ao público.

O direito à saúde é um dos maiores expoentes do rol dos direitos sociais, aqueles advindos da 2ª dimensão dos Direitos Fundamentais, que se desenvolveram junto com a ideia de Estado do bem-estar social (SARLET, 2012). Por terem uma acepção positiva, exigem uma efetiva prestação do direito pelo Estado, obrigação que no Brasil foi conferida a todos os entes federados, que possuem responsabilidade comum para a sua implementação, observando-se a capacidade orçamentária de cada ente em prover cada tipo de serviço.

O dever do Estado de garantir acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção da saúde está previsto no *caput* do art. 198 da Constituição (BRASIL, 1988), e sobre ele já se manifestou inúmeras vezes o Supremo Tribunal Federal, assentando o entendimento de uma interpretação ampla da obrigação estatal em garantir tratamento médico aos indivíduos, principalmente os necessitados, confirmando ainda a obrigação de todos os entes federados em sua concretização (STF, 2020-A).

Com efeito, o custeio da saúde é muito dispendioso, pois envolve complexas estruturas físicas, aparelhos de alta tecnologia e muitos profissionais envolvidos, o que inclui, além de médicos e enfermeiros, também biomédicos, dentistas, farmacêuticos, fisioterapeutas, nutricionistas, psicólogos, além de técnicos e auxiliares dessa ampla rede de atendimento.

Para financiar esse sistema, a Constituição estabelece em seu art. 198, § 2º, patamares mínimos vinculados à arrecadação de cada ente. A União deve destinar pelo menos o equivalente a 15% de sua receita corrente líquida, conforme o disposto no art. 198, § 2º, II, do

texto constitucional, cabendo a lei complementar definir o patamar mínimo de investimentos de estados, municípios e do Distrito Federal².

Assim como todas as demais despesas públicas, pelo regime constitucional brasileiro, as verbas destinadas às ações de promoção à saúde devem estar discriminadas no orçamento aprovado pelo Legislativo, impondo-se um rígido controle das contas públicas. Dentre as normas homenageadas, estão aquelas correlatas ao princípio republicano, principalmente as previstas no art. 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Trata-se de uma questão de legitimidade política, pois a máquina pública precisa receber um direcionamento quanto às ações consideradas prioritárias pela sociedade. Portanto, elas devem ser discutidas entre os representantes periodicamente eleitos, e a execução do orçamento deve atender de forma efetiva e na maior medida possível essas prioridades.

Toda a complexidade de se construir um orçamento e de executá-lo encontra seu maior óbice justamente na limitação de recursos à disposição do Estado. É nesse contexto que as demandas judiciais por serviços de saúde se apresentam como elemento contramajoritário, buscando dar efetividade a esse direito fundamental.

2 A ESCASSEZ DE RECURSOS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Com o advento da carta constitucional de 1988, consagrou-se a saúde de fato como um direito fundamental no Brasil, embora tenha levado um certo tempo para que se admitisse a possibilidade da exigência desse direito perante o Poder Público. Baseando-se no princípio da separação dos poderes, por muito tempo o Judiciário manteve o entendimento de que não poderia intervir na aplicação de políticas públicas, ao argumento de que a ele seria vedado interferir na construção do orçamento ou em sua execução, o que seria prerrogativa exclusiva de Legislativo e Executivo, algo fortemente influenciado por uma concepção Liberal, cujo principal objetivo é neutralizar as atividades do Estado (GRINOVER, 2013, p. 126).

Por outro lado, pode-se argumentar que essa restrição autoimposta pelo Judiciário vai de encontro ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CINTRA, 1978), sobretudo quando se trata de políticas públicas de saúde, o que pode se tornar uma questão dramática, pois tem como cerne o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, talvez os princípios mais caros ao ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, muitas das demandas que

² A Lei Complementar nº 141/12, nos arts. 6º e 7º, estabelece o investimento em saúde do produto de, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos estaduais, e 12% dos impostos municipais (BRASIL, 2012).

chegam ao poder Judiciário e que envolvem a saúde humana exigem uma resposta imediata, já que a falta do tratamento adequado pode conduzir rapidamente à perda do bem jurídico que é a vida, além de perdurar o sofrimento e a angústia do paciente.

Com efeito, a Constituição de 1988 se constrói como um paradigma de Estado Democrático de Direito, tendo assimilado os avanços trazidos pelo Estado Liberal e pelo Estado Social, mas indo adiante, pois para atingir seus objetivos fundamentais deve “se organizar no *facere* e no *prestare*, incidindo sobre a realidade” (GRINOVER, 2013). Ou seja, promover o bem estar dos cidadãos deixa de ser mera benevolência estatal, passando a ser uma obrigação, vinculando não somente Executivo ou Legislativo, mas todos os poderes de Estado.

Acerca dos objetivos fundamentais da República elencados pela Constituição, importa transcrever: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988). Sobre esses objetivos, citando também o art. 9º da Constituição Portuguesa de 1976³, discorre Fábio Konder Comparato:

A organização do Estado contemporâneo, tal como expressa em alguns documentos constitucionais mais recentes, é claramente teleológica. (...) Aos poderes públicos são, cada vez mais, assinados objetivos fundamentais, que devem nortear a sua ação. (...) Em decorrência dessa orientação marcadamente teleológica do direito público contemporâneo, a função primordial do Estado já não é apenas a edição de leis, ou seja, a fixação de balizas de conduta, como pensaram os autores clássicos, mas também, e sobretudo, a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental em todos os níveis e setores. E no desempenho dessa função, como sublinhamos, o povo deve assumir papel relevante (2006, p. 675-677, apud WATANABE, 2011, p. 02).

Assim, a tradicional divisão de poderes dá lugar a uma divisão de funções de Estado (ZANETI JR, 2011, p. 47), em que não há mais uma separação rígida entre Executivo,

³ Artigo 9.º São tarefas fundamentais do Estado:

- a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam;
- b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;
- c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais;
- d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;
- e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território;
- f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa;
- g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira;
- h) Promover a igualdade entre homens e mulheres. (PORTUGAL, 1976).

Legislativo e Judiciário, que agora devem exercer em harmonia suas funções típicas e atípicas, em um sistema mais sofisticado de freios e contrapesos do que aquele desenvolvido originalmente na Europa ocidental. Ademais, todos esses atores sujeitam-se a um poder uno que emana do povo, sendo responsáveis pela manutenção da ordem constitucional e pela efetivação dos direitos fundamentais:

As funções exercidas atualmente se dividem, na proporção da margem de disponibilidade da matéria, em funções de governo e funções de garantia. (...) Assim, o que realmente diferencia os poderes é exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo) ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público) (ZANETI JR, 2011, p. 49-50).

Dessa forma, o Judiciário atua principalmente a partir de uma lógica contramajoritária, como instituição de garantia de direitos individuais e de grupos minoritários contra eventuais pretensões autoritárias do Estado ou de grupos hegemônicos que concentram poder político. Como exemplo, é possível citar conflitos referentes à defesa de pautas relacionadas aos costumes, à liberdade religiosa ou à segurança pública. Se a política é a forma de intervenção do Estado na sociedade, é natural e necessário que o Judiciário esteja aberto a apreciar a implementação de políticas públicas, inclusive quando suscitada a existência de omissão ou de violação de direitos de grupos minoritários.

Contudo, nesse ponto, entra em discussão novamente a questão do custo dos direitos. As prestações positivas assumidas pelo Estado Social, e incorporadas pelo Estado brasileiro, pressupõem muito investimento, e são especialmente onerosas para um país em desenvolvimento, com grandes distorções na distribuição de renda, e que ainda tenta assimilar mesmo os direitos individuais advindos da primeira geração de direitos fundamentais.

Os recursos financeiros de um país são limitados, e o gestor precisa fazer escolhas sobre onde aloca-los de forma equilibrada, o que muitas vezes significa realizar escolhas trágicas (CALABRESI, BOBBIT, 1998), pois ao se escolher prestar um serviço público, abre-se mão de um universo de outras possibilidades.

Ainda que o valor da vida seja tido como um bem jurídico de valor absoluto, talvez nenhum Estado atual tenha a capacidade de atender a todas as demandas de saúde de seus cidadãos, incluindo tratamentos experimentais e onerosos, pois ainda precisa honrar compromissos orçamentários importantes para a sua saúde financeira e para garantia de outros direitos, o que inevitavelmente colocaria em xeque a própria manutenção da prestação de saúde pública.

Mas dizer que não é possível atender a todas as demandas de saúde não permite a omissão dos Poderes estatais em sua prestação, diante da inequívoca escolha constitucional pela efetivação do direito (SARLET, 2012). A discussão sobre a “reserva do possível” e a “garantia do mínimo existencial” tem permeado tribunais de todo o ocidente pelas últimas décadas, a fim de se determinar como se define o conteúdo do mínimo existencial, e em que medida pode o Judiciário criar ou corrigir políticas públicas.

Apesar da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, BRASIL, 1988), desde a Assembleia Constituinte havia consciência de que o projeto de país que se desenhava não poderia ser alcançado a curto prazo, e os objetivos fundamentais demonstram isso. Mas ao mesmo tempo, tornou-se inequívoca a normatividade de tais preceitos, oponíveis inclusive contra o próprio poder político.

No que toca aos direitos prestacionais, sobretudo, é possível identificar diversas normas programáticas, positivadas de forma a estabelecer realmente um programa de longo prazo, sem que com isso se queira negar eficácia a tais normas (SARLET, 2012). O que se quer dizer é que o constituinte estabeleceu de antemão um *standard* jurídico e socioeconômico a ser perseguido, uma utopia que talvez nunca seja alcançada, mas que jamais deve ser renunciada, exigindo-se uma marcha contínua para este horizonte.

Nesse sentido, são muito pertinentes as críticas dirigidas às correntes que limitam a judicialização de políticas públicas à garantia do mínimo existencial, já que no texto constitucional não há alguma menção à efetivação de direitos fundamentais em grau mínimo, mas, pelo contrário, o que se busca é a sua máxima efetividade (SARLET, 2012), o que conduz a uma definição dinâmica de seu conteúdo, relacionado intimamente com a regra da proporcionalidade (DANIEL, 2013, p. 122-123).

Nesse contexto, revela-se ainda muito presente a filosofia de Estado Liberal puro do século XVIII, segundo a qual a concentração de riquezas é o melhor, ou o único, caminho para o desenvolvimento econômico geral, e que traria como consequência a melhoria das condições de vida da população em geral. Essa ideologia marcou a década de 1970 no Brasil com o mantra atribuído ao economista Delfim Netto: “primeiro é preciso fazer o bolo crescer, para depois dividi-lo” (FOLHA DE S. PAULO, 2008). Na prática, significa negar direitos econômicos e sociais às massas, com a promessa de que em um futuro incerto haverá distribuição de renda:

O direito a o desenvolvimento humano ou o princípio do desenvolvimento humano sustentável, por conseguinte, passa a ter extraordinária importância para o orçamento, já porque postula as despesas orçamentárias obrigatórias para a garantia do *status positivus libertatis*, já porque redireciona as despesas discricionárias no sentido da mais efetiva proteção aos direitos sociais, em

nome da justiça, já porque esvazia o discurso do desenvolvimento econômico (...) (TORRES, 2008, p. 294).

Essa leitura econômica dos direitos fundamentais tornou-se incompatível com o advento do paradigma constitucional instituído em 1988, em que a dignidade da pessoa humana ocupa lugar central, não sendo cabível interpretá-la em sua versão minimalista (OLSEN, 2008). Assim, da mesma forma em que não cabe ao Judiciário conceder tudo a todos de forma inconsequente, também não há motivos para só limitar a sua interferência em políticas públicas aos casos extremos, ou a conceder somente o mínimo do mínimo.

Por outro lado, a reserva do possível, elemento que permitirá aferir qual é a efetiva capacidade do orçamento público de comportar determinada demanda judicial, só pode ser aferida no caso concreto. Ocorre que muitas vezes este argumento relacionado à escassez é utilizado como defesa genérica contra demandas judiciais relativas a políticas públicas, um verdadeiro contrassenso lógico.

O orçamento público não é uma mera formalidade entre Executivo e Legislativo para que se distribuam verbas conforme interesses da classe política. Ele é, na verdade, o planejamento da atuação estatal para determinado período de tempo, devendo ser sensível aos anseios de toda a sociedade, contendo a demonstração objetiva das contas do poder público, sistematizada, pormenorizada e fiscalizada pelos tribunais de contas competentes:

Sem dúvida, a escassez de recursos e a possibilidade, destarte, de arguição da reserva do possível como defesa responsável trazem aos gestores públicos, ao menos, dois deveres, o primeiro, de ordem processual, o segundo, relacionado ao próprio modo de ser da administração de recursos públicos: o primeiro condiz (...) com *o dever do Estado de estruturar muito bem e provar sua alegação de inexistência de recursos públicos* (o que, no fundo, envolve verdadeira *prestação responsável de contas*, autêntico *accountability*); o segundo, com o dever dos gestores *de aplicar, da maneira mais eficiente possível, os recursos que estão à sua disposição* (SABINO, 2014, p. 214).

Dessa forma, a defesa apresentada pelos entes estatais em sede processual deve justificar assertivamente porque há escassez de recursos, onde os recursos estão sendo de fato utilizados e qual é a prioridade de gastos futuros na atenção de direitos tão ou mais urgentes. O interesse público, neste caso, não permite ao Estado livrar-se de ônus processuais e extraprocessuais de prestar contas. Pelo contrário, o interesse público exige do Estado que se mantenha um controle rígido de gastos e se demonstre que a escassez não foi provocada por sua própria gestão ineficiente.

3 O DEVER ESTATAL DE EVITAR A ESCASSEZ

3.1 A saúde pública como bem jurídico coletivo

Não obstante a relevância do tratamento de temas essencialmente coletivos, considerando o modo de vida urbano moderno cada vez mais complexo, as sociedades ocidentais não conseguiram superar o individualismo desenvolvido no renascimento e consagrado pelo Estado Liberal. A pandemia de covid-19 veio para lembrar que os seres humanos são interdependentes, e esse problema mal resolvido impede que cheguemos a soluções racionais (CASTELLO, 2020). O homem é um animal naturalmente social, e a partir das relações constantes que se desenvolvem entre os membros de uma comunidade, sempre surgem conflitos que envolvem interesses coletivos.

Dada a relevância de se mediar os conflitos que os envolvem, o direito precisa desenvolver institutos jurídicos próprios, compatíveis com demandas coletivas e difusas. A existência de direitos metaindividuais é reconhecida pelo menos desde o Direito Romano, como é o exemplo da *actiones populares*, que se direcionava para a persecução de interesses da sociedade, sendo ampla a legitimidade para propositura (NERY JUNIOR *apud* ALMEIDA, 2008, p. 419).

Quando se trata do planejamento e coordenação do controle epidemiológico, competência do SUS prevista no art. 200, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1998), não existe, a princípio, direito individual a ser tutelado em caso de violação ou omissão. Há, contudo, nítido direito fundamental coletivo a um sistema público de saúde com capacidade de prevenir e de atender a todos os pacientes que eventualmente venham a ser infectados pela doença, e mesmo os que necessitarão de atendimento médico por outras razões.

Tais bens jurídicos coletivos, por sua natureza, só podem ser tutelados a partir do processo coletivo, e por isso ele tem importância central no combate à pandemia. E ainda que surjam pretensões individuais em face da política de atenção à saúde, seu objeto influenciará diretamente interesses coletivos, com impacto no orçamento e na coordenação dos serviços.

A pandemia e as normas editadas para seu enfrentamento, como a Medida Provisória 936/2020, posteriormente convertida na Lei nº 14.020/2020, geraram diversas controvérsias jurídicas, sobretudo ações de controle concentrado de constitucionalidade, questionando principalmente as relações que envolvem interesses econômicos e o direito à saúde, como as relações trabalhistas (MEDEIROS NETO, ROCHA, LOPES, 2020).

Diante do dever de coordenar as ações de saúde, orientando a utilização eficiente e a manutenção dos estoques de insumos médicos, resta evidente a possibilidade de utilização de medidas processuais coletivas a fim de garantir a concretização desse direito tão caro ao ordenamento constitucional brasileiro. E mais, o manuseio de ações coletivas, com preferência em relação às ações individuais, é o meio mais adequado para que o Judiciário intervenha em políticas públicas, conforme se expõe a seguir, mostrando-se essencial para a proteção de direitos fundamentais em momentos de graves crises, como é a Covid-19.

3.2 O Papel de coordenação do Estado e a Tutela Coletiva

A gestão pública com a participação de setores da sociedade, por meio do orçamento participativo, é um dos elementos que distinguem o Estado de Direito Constitucional de modelos anteriores, como o Estado Liberal e o Estado Social. O estabelecimento de metas e programas permite uma organização interna da máquina pública, e ao mesmo tempo a fiscalização por parte dos cidadãos, bem como iniciativas para conformar os diversos interesses dos grupos sociais.

Por outro lado, a eficiência é um dos princípios regentes da administração pública, inserido pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, justamente para positivar um dever de gestão responsável do patrimônio público, para que se possa concretizar ao máximo as aspirações sociais e se obtenha o melhor resultado possível com um orçamento que é limitado. Como abordado no tópico anterior, a manutenção de um controle rigoroso de gastos públicos anda ao lado de uma administração eficiente, responsável em relação à *res publica*, não se podendo separar uma coisa da outra.

Para se manter o funcionamento da máquina administrativa, é preciso criar uma complexa estrutura de prédios e de quadro de funcionários, o que aumenta quanto maior é a abrangência de serviços e responsabilidades assumidas pelo poder público. Ao lado de encargos da dívida pública e de transferências compulsórias a outros entes, essas são despesas obrigatórias com as quais o Estado deve arcar, não havendo grandes margens de escolha ao gestor quanto a seu cumprimento. Por outro lado, o outro grande grupo de despesas públicas são as discricionárias, que basicamente se referem aos investimentos que o Estado faz para fomentar o desenvolvimento econômico e social.

Esses investimentos públicos dependerão, em primeiro lugar, da disponibilidade de recursos que resulta após o adimplemento das despesas obrigatórias, e em segundo, das prioridades estabelecidas no orçamento público, cuja iniciativa parte do Executivo, mas é

conformada pelo Legislativo, seguindo regras próprias de direito financeiro. Com efeito, o orçamento é relativamente influenciado pela vontade popular, na medida em que é confeccionado por seus representantes, periodicamente eleitos, como estabelecido pelos art. 165 a 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Por esse motivo, surgem críticas, que não podem ser ignoradas, quanto a capacidade do Poder Judiciário em interferir na promoção de políticas públicas, já que não possui legitimidade representativa para suprimir a vontade popular (BUCCI, 2006, p.33). O maior desafio que advém dessa intervenção talvez seja a capacidade técnica que o Judiciário possui de avaliar e estruturar políticas públicas de grande abrangência, que normalmente exigem expertise e dezenas ou centenas de funcionários de carreira do Executivo, somando muitas horas de estudos e avaliação.

Porém, tanto a administração quanto as leis orçamentárias devem, antes de mais nada, estrita obediência à Constituição, a qual conferiu ao Judiciário a responsabilidade de corrigir eventuais violações de direitos fundamentais, seja por ação, seja por omissão. O que se pode, e se deve, discutir é a forma e a intensidade com que serão corrigidos tais desvios do poder público. Com efeito, há de se convir que a decisão judicial deve intervir em menor grau possível na atuação dos outros poderes, para garantir o direito violado na exata medida da proporcionalidade (DANIEL, 2013). Nesse ponto, relevante é a noção de risco orçamentário.

O Judiciário pode ser provocado a se manifestar sobre omissões ou incorreções em políticas públicas por duas formas: por ações individuais ou por ações coletivas. A partir de uma mesma circunstância de fato, que envolve o interesse de muitos indivíduos, não há dúvidas de que a análise isolada da pretensão de cada um dos interessados representaria um risco orçamentário muito maior do que se houvesse uma única demanda coletiva contemplando o interesse de todos (CARVALHO, 2010).

Embora não haja óbice para que ações individuais possam suprir omissões em políticas públicas, a tutela coletiva desses interesses se mostra muito mais adequada. Em verdade, o ordenamento constitucional brasileiro atrai para a tutela coletiva a proteção de “todos os direitos e interesses difusos, coletivos e, por ficção legal, os direitos e interesses individuais homogêneos, incluindo também o *interesse coletivo objetivo legítimo* de garantir a proteção abstrata e indivisível da Constituição como Lei Fundamental” (ALMEIDA, 2008, p. 436-437).

Dessa forma, a interferência realizada pela decisão judicial contempla o interesse de indivíduos identificados ou identificáveis, permitindo ao Estado, como unidade, avaliar de forma ampla a própria política pública desenvolvida, para que a questão orçamentária seja tratada de forma global, além de garantir a isonomia no tratamento de todos os interessados.

Este é, de fato, o caso das políticas de enfrentamento da Covid-19, em que a crise sanitária provocou não só a escassez de recursos financeiros para lidar com o aumento da demanda por serviços de saúde, mas também a escassez de medicamentos, insumos hospitalares e até mesmo de profissionais de saúde qualificados (CAMBRICOLI, GIRARDI, 2021). Assim, aqui também deve ser aplicado o raciocínio de que o Estado é responsável por administrar os serviços públicos de forma responsável, não podendo se negar a prestar determinado serviço sob o argumento da escassez, caso não tenha diligenciado para evita-la, ou caso ela seja fruto das escolhas do gestor.

Mesmo após quase um ano de pandemia, e com um crescente número de casos diagnosticados e internações, os hospitais da capital do Estado do Amazonas, Manaus, esgotaram seus níveis de oxigênio hospitalar em janeiro de 2021, após uma alta na demanda provocada pelo excesso de pacientes com Covid-19 (LUPION, 2021). Em março do mesmo ano, até então o mês mais mortal da pandemia⁴, o número estimado⁵ de pacientes com Covid-19 à espera de um leito de UTI, em todo o país, seria de 6.370, segundo informado pelo presidente do CONASS – Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (PRUDENCIANO, 2021).

Por mais que seja uma doença nova, principalmente se consideradas as novas variantes que vão sendo descobertas por especialistas, o Estado tem à disposição um corpo técnico qualificado de sanitaristas muito bem preparados para lidar com crises como esta, tendo estrutura para planejar medidas de contenção dos riscos e para evitar o colapso dos serviços de saúde.

Este parece um caso sem precedentes em que a escassez de recursos (profissionais, fármacos e leitos hospitalares disponíveis) foi provocada por escolhas da administração pública, que, ainda que dispondo de informação científica e de dados sobre as experiências internacionais, privilegiou a manutenção das atividades comerciais ao invés de promover medidas de distanciamento social e a redução da circulação de pessoas ou a compra de vacinas em regime de urgência (MARTINS, 2021).

A crise sanitária é inequivocamente um problema que afeta a todos os brasileiros, e, portanto, exige políticas públicas integradas, muito bem planejadas entre todos os entes da federação, até mesmo para que se possam tomar medidas contingenciais adequadas para a

⁴ O mês de março de 2021 registrou 66.573 mortes, segundo o Ministério da Saúde, contabilizando 20,7% de todas as mortes diretamente provocadas pela doença (BRONZE, VITAL NETO, 2021).

⁵ A falta de publicidade quanto aos dados nacionais da pandemia é analisada por Lopes, Meyer e Linhares (2020), que destacam o risco democrático ao esconder os reais efeitos da doença com discursos negacionistas.

situação de cada um deles. A ausência de coordenação pode provocar efeitos catastróficos em um país grande como o Brasil (CASTRO *et al*, 2021). Este é um bom exemplo em que a tutela individual de direitos se torna ineficiente, como em demandas que pretendem obter leitos de internação de UTI ou de enfermaria. Ainda que um juiz reconheça tal direito subjetivo, e não se questione esse direito, o Estado pode já não ter mais condições materiais de concretizá-lo, porque até mesmo o sistema privado de saúde entrou em colapso (PRUDENCIANO, 2021).

Ainda dentro do mesmo exemplo, o magistrado poderia determinar que se incluísse o postulante no primeiro lugar na fila de leitos daquela localidade, a despeito de todos os outros pacientes que agonizam na espera, ignorando ainda todos os parâmetros médicos de preferência e prioridade. Tal provimento estaria descolado da realidade, e mais, violaria o direito de todos os pacientes que se encontravam melhor posicionados na fila de leitos.

A escolha pela omissão foi tomada e reiterada sucessivas vezes, desde quando pela primeira vez a administração pública se eximiu da responsabilidade de contenção da doença (CASTRO *et al*, 2021), permitindo que a população, por sua conta e risco, mantivesse suas atividades habituais, mesmo com o alerta constante de especialistas em saúde pública sobre o risco dessa postura.

O Judiciário foi pontualmente acionado para se manifestar sobre a legalidade de medidas adotadas por estados e municípios, sendo o maior exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF (STF, 2020). Nela, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser de competência comum entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal a adoção de medidas de enfrentamento, como a restrição de circulação de pessoas e a restrição do direito de reunião. Como argumenta em seu voto o Min. Edson Fachin, a omissão de uns não podem prejudicar a iniciativa de outros:

(...) o pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo a omissão em relação às ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal.

É grave do ponto de vista constitucional, quer sob o manto de competência exclusiva ou privativa, que sejam premiadas as inações do Governo Federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados-membros e os Municípios (p. 34).

Essa foi uma importante decisão que reafirmou a responsabilidade comum de todos os entes estatais para, em cooperação, gerir a crise sanitária e avaliar as condições locais e regionais de risco de falta de recursos médicos para atender a população, seguindo os preceitos trazidos pelo art. 23, inciso II, da Constituição (BRASIL, 1988): “É competência comum da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

Além disso, ao reafirmar a responsabilidade concorrente, que deve ser exercida por meio da cooperação, torna-se possível individualizar a conduta da gestão de cada um dos entes em suas estratégias de controle, sobretudo para efeitos de responsabilização posterior. Uma vez reconhecida a omissão de agentes públicos no trato da pandemia, os eventuais danos sofridos deverão ser apurados na medida da responsabilidade de cada um. Também permite que ações corretivas sejam pleiteadas no Judiciário de forma direcionada para cada localidade.

Com efeito, um dos grandes problemas provocados pela Covid-19 é o longo período de internação que pacientes em estado grave permanecem, comprometendo também o atendimento de outras emergências médicas, bem como a realização de cirurgias eletivas e outros tratamentos normalmente realizados (FRANZÃO, 2021).

Até mesmo aqueles que podem pagar por serviços de saúde suplementar foram fortemente impactados pela pandemia, uma vez que hospitais privados também sofreram contingências de longo prazo. Há ainda as possíveis sequelas da doença, que aos poucos vão sendo descobertas, e inevitavelmente provocarão um aumento da demanda por tratamentos de reabilitação.

Tudo isso exige muito do Estado como um todo, e reclama sobretudo uma grande e contínua coordenação entre os entes da federação, para que possam se auxiliar nas diferentes fases enfrentadas por cada um. No entanto, o enfrentamento da Covid-19 no Brasil foi marcado pela falta de coordenação nacional, obrigando os estados a traçarem seus próprios planos de contingência e formar alianças regionais para criar medidas de enfrentamento, como a compra de vacinas (NASCIMENTO, 2021). A ausência de coordenação nacional prejudica muito o combate da pandemia pelos estados, municípios e Distrito Federal, que contam com menores estruturas de planejamento e poder de negociação de insumos, se comparado à União.

Dessa forma, o Brasil assumiu a postura de um Estado Europeu do Século XIX, omitindo-se das funções mais básicas de um Estado Democrático de Direito, permitindo que o Sistema Único de Saúde e a própria sociedade fossem lançados à própria sorte, submetendo-se aos desígnios de um vírus.

Houve notável omissão em se buscar evitar ou compensar a escassez de recursos humanos, insumos e leitos hospitalares, uma evidente violação do direito à saúde de toda a coletividade, pois, mesmo aqueles que não sofram com um caso grave de Covid-19, não podem mais contar com a disponibilidade de um leito de UTI ou tratamentos básicos porque os hospitais não conseguem atender à demanda. Afinal, é dever do Estado manter uma gestão

eficiente do patrimônio público e da execução do orçamento para atender em melhor medida as necessidades da população (SABINO, 2014, p. 214).

Diante do completo caos dos serviços de saúde e da falta de coordenação nacional, o Judiciário tem não só a legitimidade constitucional, mas o dever de apreciar as políticas públicas que vêm sendo desenvolvidas, considerando que é dever do Estado, como poder uno, garantir a efetividade de direitos fundamentais, e, por consequência, evitar a escassez de recursos para sua efetivação.

Nesse contexto, é preciso ressaltar ainda a importância do processo coletivo e da apreciação em toda a amplitude das políticas de Estado, pois conta com maior legitimidade e aptidão para alcançar os resultados exigidos pelo direito, gerando riscos orçamentários mais baixos em relação a ações individuais, inclusive com abrangência e efeitos diferenciados.

Com efeito, ressalta-se a importância do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com a redação dada pela Lei nº 9.494/97, que limitava a eficácia das ações coletivas somente ao território de competência do órgão jurisdicional prolator da decisão (STF, 2021-B).

É preciso fortalecer o papel institucional e democrático do processo coletivo como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e como a principal ferramenta de controle jurisdicional de políticas públicas, permitindo a ampla discussão e participação dos interessados, a partir do adequado estudo do impacto orçamentário das medidas pleiteadas. No caso da crise sanitária, uma medida prudente só poderá ser tomada se embasada em evidências científicas, e estudada por equipes multidisciplinares, compostas por médicos sanitaristas, infectologistas, dentre outros profissionais que se julgar necessários, o que só é viável dentro do processo coletivo.

4 CONCLUSÃO

Quando se trata da efetivação de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, não restam mais dúvidas acerca da adequação da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, uma vez que é responsabilidade de todos os poderes, em conjunto, garantir a observância dos direitos fundamentais.

Sobretudo em momentos de graves crises sanitárias, como a pandemia de Covid-19, as tensões institucionais entre os poderes estatais, entre os entes da federação, e mesmo entre grupos que concentram poder político, não podem prejudicar o desenvolvimento de uma política pública consciente, baseada em evidências científicas, capaz de proteger a todos os

indivíduos da melhor forma possível. Este é o desempenho da função contramajoritária do Poder Judiciário, que não pode fugir à sua responsabilidade para com os direitos fundamentais.

O dever de impedir a escassez de recursos necessários à manutenção dos serviços de saúde é imprescindível para efetivação desse direito fundamental, devendo o Estado diligenciar por todas as formas disponíveis para que riscos previsíveis sejam evitados. Nesse sentido, a reserva do possível não se caracteriza meramente pelas possibilidades disponíveis no momento das contingências de saúde, mas também pelo planejamento bem estruturado, pela coordenação e mesmo pela promoção de campanhas de conscientização eficientes da população.

Seja para promover a correção, seja para promover a responsabilização por omissões da administração pública, o processo coletivo se mostra a ferramenta mais adequada para a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde em momentos de graves crises sanitárias, como é a pandemia Covid-19. A coordenação pelo SUS e a autonomia dos entes federados exige uma análise complexa, com ampla discussão entre os agentes envolvidos na prestação do serviço, de forma a fornecer uma resposta ágil e coerente com os preceitos constitucionais e com a realidade financeira do Estado.

Uma vez que o gestor público é responsável por evitar a escassez de recursos necessários à efetivação de direitos fundamentais, é seu dever agir de maneira prudente, racionalizando a administração de forma a dar efetividade para a prestação de serviços públicos. Para tanto, é necessário que se pautem por evidências científicas, não se deixando levar por interesses econômicos de grupos hegemônicos, nem se omitindo de suas funções de coordenação e combate às contingências.

Embora a Covid-19 seja um desastre natural, surpreendendo a humanidade com sua capacidade destrutiva, o Estado não pode se omitir de impedir o seu avanço, sacrificando vidas em favor de uma suposta estabilidade econômica. Sem a vida, não há sujeitos, não há direitos. A vida, assim como a dignidade humana, é prioridade absoluta, à qual o Estado não pode jamais se omitir.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Publicada no Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. **Publicada no Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jan. 2012. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em 23 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Publicada no Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341, Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 15 abr. 2020.

Publicado no DJE em 13 nov. 2021-B. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em 23 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178, Sergipe. Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 23 maio 2019. **Publicado no DJe** em 16 abr. 2020-A. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em 23 mar. 2021.

BRONZE, Giovana; VITAL NETO. 1 a cada 5 brasileiros vítimas da Covid-19 morreu em março de 2021. 31 mar. 2021, **CNN Brasil**. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/04/01/1-a-cada-5-brasileiros-vitima-da-covid-19-morreu-em-marco-de-2021>. Acesso em 22 mar. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**, The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources. New York: Norton & Company, 1978.

CAMBRICOLI, Fabiana. GIRARDI, Giovana. Seis Estados Falam em Déficit de Profissionais de Saúde e em quatro há risco de falta de remédios. 10 mar. 2021, **O Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,seis-estados-falam-em-deficit-de-pessoal-e-em-4-ha-risco-de-falta-de-remedios,70003642399>. Acesso em 20 mar. 2021.

CARVALHO, André Castro. “O Impacto Orçamentário da Atuação do Poder Judiciário”, em AMARAL Jr., José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTELLO, Juliana Justo B. Covid-19 e a lógica das ações coletivas. **Jota**, 06 jul 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/covid-19-e-a-logica-das-acoes-coletivas-06072020>. Acesso em 21 mar. 2021.

CASTRO, Marcia, *et al.* Spatiotemporal pattern of COVID-19 spread in Brazil. 14 abr. 2021. **Science**. Disponível em:

<https://science.sciencemag.org/content/early/2021/04/13/science.abh1558?rss=1>. Acesso em: 14 abr. 2021.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

DANIEL, Juliana Maia. **O Mínimo Existencial no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FOLHA de São Paulo. 1968 – Ato Institucional nº 5. **Os Personagens** – Antônio Delfim Netto. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/personas/delfimNetto.html>. Acesso em 28 mar. 2021.

FRANZÃO, Luana. Pandemia ainda afeta agendamento de cirurgia eletiva; médicos alertam para risco. 22 jan. 2021. **CNN Brasil**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/01/22/pandemia-ainda-afeta-agendamento-de-cirurgia-eletiva-medicos-alertam-para-risco>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GHIROTTTO, Edoardo; GONÇALVES, Eduardo. As causas e os estragos da pior crise de imagem internacional do Brasil. 29 maio 2020. **Revista VEJA**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/as-causas-e-os-estragos-da-pior-crise-de-imagem-internacional-do-brasil/>. Acesso em 21 mar. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**. Coord. Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LOPES, Mariana Tormin Tanos; MEYER, Emílio Peluso Neder; LINHARES, Emanuel Andrade. Pandemia e Erosão da Democracia Constitucional: uma Análise dos Ataques à Transparência no Brasil. **Revista Direito Público**. Brasília, Volume 17, n. 96, p. 93-122, nov./dez. 2020.

LUPION, Bruno. A sucessão de erros que levou à crise de oxigênio em Manaus. 19 jan. 2021, **Deutsche Welle Brasil**. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3o7jX>. Acesso em 22 mar. 2021.

MARASCIULO, Marília. Por que um sistema nacional de saúde é o ideal para lidar com a pandemia. **Revista Galileu**, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/04/por-que-um-sistema-nacional-de-saude-e-o-ideal-para-lidar-com-pandemia.html>. Acesso em 22 mar. 2021.

MARTINS, Humberto. Justificativas do Governo para recusar vacina da Pfizer não convencem. 24 jan. 2021. **Estado de Minas**. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2021/01/24/interna_nacional,1231871/justificativas-do-governo-para-recusar-vacina-da-pfizer-nao-convencem.shtml. Acesso em: 24 mar. 2021.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. ROCHA, Elzeane da. LOPES, Sara. Breves apontamentos sobre a judicialização como reflexo dos efeitos da pandemia relativa à Covid-

19 in **As Implicações da COVID-19 no direito administrativo**. Augusto Dal Pozzo e Márcio Cammarosano, coordenadores. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NASCIMENTO, Luciano. Vacinas compradas por consórcio do Nordeste irão para todo o Brasil. 13 mar. 2021, Brasília: **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-03/vacinas-compradas-por-consorcio-do-nordeste-irao-para-todo-brasil>. Acesso em 23 mar. 2021.

O Brasil na imprensa alemã (24/03). **Deutsche Welle Brasil**. 24 mar 2021. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3r4H8>. Acesso em 25 mar. 2021.

O Problema do SUS é Político. **Portal DSS – Determinantes Sociais da Saúde**. 1º maio 2013. Disponível em: <http://dssbr.org/site/entrevistas/o-problema-do-sus-e-politico/>. Acesso em 19 mar. 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde (OMS). **Bulletin of the World Health Organization**. Volume 86, Number 4, 2008. Disponível em: <https://www.who.int/bulletin/volumes/86/4/08-030408/en/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa de 1976. Promulgada em 2 de abril de 1976. **Publicada no Diário da República** de 10 abr. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 22 mar. 2021.

PRUDENCIANO, Gregory. Brasil tem mais de 6.300 pessoas na fila por leitos de UTI Covid. **CNN Brasil**. São Paulo, 25 mar 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/26/brasil-tem-mais-de-6300-pessoas-na-fila-por-leitos-de-uti>. Acesso em 26 mar. 2021.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e Saúde: limites, excessos e remédios**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Volume V - O Orçamento na Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente Judicializáveis. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 193, p. 13 - 26, mar. 2011.

ZANETI JR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011.