

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 II [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: 978-65-5648-318-4

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 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 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 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, acirradas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

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. Dr. José Fernando Vidal De Souza

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

O DIREITO À SAÚDE E A PONDERAÇÃO À LÁ BRASILEIRA: A (IN)EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE COVID-19.

THE HEALTH RIGHT AND THE DELIBERATION À LÁ BRASILEIRA: THE FUNDAMENTAL RIGHT'S (IN)EFFECTIVENESS DURING COVID-19.

Lucas Augusto Gaioski Pagani ¹
Bruno Smolarek Dias

Resumo

O presente artigo trata da ineficácia dos direitos fundamentais à saúde e à vida em tempos de pandemia por covid-19 pela ineficiência da administração pública, bem como do ativismo judicial do poder judiciário através das decisões jurídicas contra legem, em discordância com a constituição federal e elevando o Direito à saúde e à vida ao status de absoluto em frente a todos os outros direitos fundamentais elencados na Constituição, onde usurpam a competência tanto do legislativo quanto do executivo, trazendo possíveis consequências em relação a responsabilidade civil do Estado.

Palavras-chave: Saúde, Covid-19, Ativismo judicial, Ponderação, Ineficácia

Abstract/Resumen/Résumé

The present article brings the Fundamental Right's ineffectiveness of Health and Life during pandemic times of Covid-19 by the public administration, as well as the judicial activism by the judiciary through judicial decisions contra legem, in disagreement with the Federal Constitution and uplifting the rights of Health and Life to the absolute status opposing all other fundamental rights upheld by the Constitution, where they invade as well as legislative and executive jurisdiction, bringing possible consequences regarding Civil Responsibility of the State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health, Covid-19, Judicial activism, Deliberation, Ineffectiveness

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR).

INTRODUÇÃO

Desde a declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS) que estaríamos diante de um cenário de pandemia pela então recém descoberta — pelo ocidente — do coronavírus-19 (Sars-CoV-2) no dia 11 de março de 2020, o mundo todo estudou várias maneiras de poder frear o poder de contaminação do vírus, como propagava, como se transmitia, como se tratava.

No Brasil, em meio a descobertas científicas, brigas políticas, hospitais de campanha, a ‘necessidade’ de dispensa das licitações pelo poder público para contratar serviços à fim de combater o Coronavírus-19, tratamento precoce, da negação da vacina pelo Governo Federal até o próprio início da campanha de vacinação brasileira, foram contabilizadas mais de 361 mil óbitos de covid-19 e mais de 13,6 milhões de casos (BRASIL, 2021).

Através da Medida Provisória nº 926/2020, convertida em lei nº 13.979/2020 (Lei do enfrentamento ao Covid-19), foi-se traçado um plano inicial para o achatamento da curva de infecção para que o Sistema Único de Saúde (SUS) não entrasse em colapso e pudesse oferecer tratamento a todos os infectados por covid-19 no país.

Com a insatisfação do tratamento do combate ao covid-19 pelo Governo Federal, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341 onde ficou determinado que a competência para o combate ao covid-19 era concorrente, podendo, dentro de suas competências fixadas pela Constituição Federal, escolher como combateria o COVID-19 em âmbitos estaduais e municipais.

De fato, a competência para o combate ao covid-19 deve ser lida como concorrente, uma vez que temos aqui, um conflito aparente entre normas constitucionais, segundo o professor Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes (2020)¹, a saber, os Arts. 21, XVIII; Art. 23, II; Art. 22, X e XI; Art. 24, XII; Art. 30, I.

¹ “Estamos diante de conflito aparente de normas constitucionais. Isso porque o art. 21, XVIII, da Constituição estabelece ser competência da União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; ao passo que o art. 23, II, dispõe ser

Não obstante, esse conflito se dá por, segundo Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes (2020):

“ Constituição de 1988 traz sistematização pouco objetiva em matéria de competências administrativas e legislativas. Não é fácil identificar no Texto Constitucional os limites das competências dos entes federativos em cada matéria. A Constituição fala, por exemplo, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. No mesmo sentido, o Texto Constitucional, ao estabelecer o Sistema Único de Saúde, revela que esse sistema deve ser pesando de forma descentralizada (arts. 196 e 198, I, CF (LGL\1988\3)).

Diante do cenário de aparente conflito de normas, se fez necessária a decisão do Supremo Tribunal Federal em reconhecer essa competência concorrente. Entretanto, nunca foi tão preciso nos defender da discricionariedade administrativa, cujo exercício descontrolado pode redundar em atos violadores de direitos fundamentais. (ABBOUD, 2020)

As decisões judiciais, bem como os inúmeros decretos formalmente inconstitucionais nas suas matérias como a instituição do toque de recolher (defeso apenas ao Presidente da República, em Estado de Defesa); A determinação do fechamento do comércio, entre outras medidas, mesmo a Constituição Federal, como bem aponta o Ministro da Suprema Corte Americana Neil Gorsuch, esteja de férias durante essa pandemia, não se pode virar férias sabáticas.²

2. AS DECISÕES JUDICIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Dada a inabilidade política do Presidente da república, Jair Messias Bolsonaro, após sucessivas trocas de ministros da saúde e atrasos para com a vacina, o poder

competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e da assistência públicas. Ademais, o art. 22, X e XI, determina ser competência privativa da União legislar sobre trânsito e transporte, bem como sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; enquanto o art. 24, XII, estatui a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para editar normas sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. O art. 30, I, ainda dispõe ser competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local.” In: ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional da Crise: Pacto Federativo, preservação dos direitos fundamentais e controle da discricionariedade**. Revista dos Tribunais, vol. 1022/2020, p. 103-124. Dez/2020.

² "Even if the Constitution has taken a holiday during this pandemic, it cannot become a sabbatical" no Original.

judiciário tomou um papel de poder moderador, trazendo em seu bojo um ativismo judicial, ao trazer decisões jurídicas *contra legem*, confeccionando legitimidade a decretos municipais e estaduais valerem mais que a própria constituição federal, estipulando multas pecuniárias para tipificações dadas em decretos, contrariando todo o ordenamento jurídico brasileiro tipificado em lei.

Utilizaremos o conceito de ativismo judicial capitaneado pelos Professores Georges Abboud e Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2019), a saber, Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico. Em síntese, estamos falando diante da Discricionariedade judicial na sua pior e mais atual forma. (ABBOUD; MENDES, 2019)

O desenho constitucional da CFRB/88 trouxe a todos os poderes funções atípicas constitucionalmente definidas, sendo seu exercício legítimo, dentro de seu registro parâmetro, para que não exista à interferência irregular e nociva do Poder judiciário nas demais esferas do Estado (ABBOUD; MENDES, 2019).

É defeso lembrar que o Poder Judiciário não é pautar políticas públicas e tampouco dar poder de Lei (legalidade estrita) para aquilo que é Decreto, ato unipessoal do poder executivo.

Esse fenômeno de ativismo judicial pernicioso para o Estado Democrático de Direito não veio acontecer apenas na Pandemia, mas, sim, já enraizado no nosso sistema, onde a moralidade toma conta do Lugar da Constituição, como bem conceitua a Professora Eneida Desiree Salgado (2018, p. 207):

“A moralidade toma o lugar da Constituição e de legalidade também quanto às faculdades do Presidente da República. A Constituição estabelece que “compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado” (artigo 84, I), entre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos (artigo 87), sem participação ou autorização dos demais órgãos de soberania. Para anular uma nomeação de um ministro de Estado tida como “imoral”, um magistrado considerou existente direito líquido e certo para defesa da ordem institucional no afastamento de “ilícito atípico” fundado em “confissão extrajudicial” extraída de conversa gravada após ordem judicial para suspensão da interceptação e divulgada em nome do interesse público, aquela mesma

divulgação contrária à Constituição e que não trouxe consequências ao magistrado que lhe deu causa (...) Em caso análogo, no entanto, sob outro relator no mesmo Tribunal, manteve-se a nomeação, por outro chefe do Poder Executivo, de cidadão investigado.”

Esse mecanismo, como veremos mais abaixo, é possível dado a ponderação a lá brasileira, enraizada como Regra jurídica no art. 489, §2º do CPC/2015, que, além de confrontar o art. 489, §1º, inutilizou, na prática, o papel da lei, fazendo que os direitos fundamentais não valessem mais na realidade fática, mas tão somente em uma decisão judicial.

Em verdade, acerta o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1987, p. 11) ao comentar o anteprojeto dos notáveis, assim descreve o espírito do poder judiciário, desde 1987:

“Na verdade, o inconsciente dos redatores do anteprojeto parece tê-los levado a, no §1º, reproduzir a doutrina soviética do “fim revolucionário”. Segundo essa Doutrina é que o juiz poderia decidir independentemente da lei, e até contra ela, para fazer prevalecer o fim revolucionário, isto é, a transformação necessária para a implantação, primeiro, do socialismo, enfim, do comunismo”.

Nesse diapasão, não podemos esquecer das lições de Eduardo Garcia de Enterria (2001. P. 173) que tomar uma via inadequada — legislar sem função típica, por exemplo —, não prevista na constituição originária, os meios não justificam os fins, estando o tribunal acima da leis, usurpando-se dos poderes definidos pela Carta Maior.³

2.1 A ponderação a lá brasileira do Art. 489, §2º do CPC/2015

No presente artigo, utilizaremos a conceituação ‘ponderação a lá brasileira’ utilizada pelos professores Georges Abboud e Júlio César Rossi (2017), onde, em linhas gerais, traz a leitura da inconstitucionalidade do Art. 489, §2º do CPC/2015, onde descrevem que:

³ “Según la elemental doctrina del gobierno limitado, si esse poder no está enumerado em la Constitución es arbitrario e inconstitucional, es una < usurpación descarada>; El tribunal es verdaderamente una <continua convención constituyente> se há colocado por encima del Derecho. No discute que la doctrina tradicional em la relación con el Pueblo negro, <separados, pero iguales>, sea difícilmente compatible con la sensibilidad del mundo de hoy, pero em Dececho como en moral, el fin no justifica los médios, el costo del sistema constitucional de uma tal usurpación es enorme”

“O § 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil traz uma norma que, a pretexto de positivizar a teoria da ponderação de valores ou princípios (sopesamento) desenvolvida pelo jurista Robert Alexy, desvirtua-a e cria um álibi irracional, cuja consequência gerada será sentida diretamente na arbitrariedade e, indiretamente, na negativa de vigência, tanto do artigo 93, IX, da Constituição Federal quanto dos artigos 11 e 489, § 1º, do Código de Processo Civil, acarretando, exatamente, o que o dever de fundamentação pretende evitar: discricionariedade judicial.”

Os autores dividem essa preocupação com o Doutrinador Lenio Streck (2016, p. 176-178), ao advertir que o maior problema é a equivocada e incompleta recepção com que a teoria de Alexy, embora tenha inúmeros questionamentos e seja altamente discricionária, acabou sendo compreendida e aplicada no Brasil de forma simplista, agravando-se com a ponderação entre regras.

Esse fenômeno se tornou mais forte e evidente nos tempos de pandemia, onde juízes, defensorias públicas, ministérios públicos, tomaram a frente, indevidamente, pelo menos conforme a Constituição Federal, agindo conforme o próprio senso de justiça, utilizando-se das próprias ideologias para decidirem e dando uma ‘roupagem’ de adequarem o seu pensamento em princípios-trunfo como o da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

No ensinamento de José Emílio Medauar Ommati (2014, p. 121):

“Afinal, em um Estado Democrático de Direito, que pretende levar a sério o Direito, só há espaço para fundamentação e nunca para motivação, pois quando o cidadão aciona o órgão jurisdicional, ele não quer saber a posição pessoal do juiz, mas se ele tem ou não determinado direito.”

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2018, p. 463) descreve que o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer referência às suas funções e àquilo que no caso concreto autoriza o respectivo emprego, constitui violação ao dever judicial de fundamentação analítica.

É defeso, também, ao estudar as posições de Nelson Nery Junior (2020, p. 1204) enquanto a motivação judicial, expressando que:

“(...)o texto não permite que se faça mera referência aos conceitos legais e indeterminados, como por exemplo boa-fé, má-fé, justo título, duração

razoável do processo, etc. É necessário que o juiz preencha o conceito indeterminado dizendo, no caso concreto e especificamente, em que consiste a boa-fé, má-fé, justo título, a duração razoável do processo.(...) Sem dar concretude ao conceito indeterminado, a decisão não terá sido fundamentada.”

Veremos abaixo que o dispositivo do art. 489, §2º traz, na realidade, uma possibilidade de ‘tirar o coelho da cartola’, acarretando em, na realidade, uma fundamentação da decisão utilizando de conceitos ‘supertrunfo’ de maneira genérica utilizando-se dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da ponderação.

Na prática, temos de exemplo a Decisão do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR) onde decidiram que o tribunal não extrapolou a sua competência constitucional, muito menos se autoconcedeu poderes de judiciário. Não houve interferência na discricionariedade administrativa do gestor público. Sequer se questionou a definição do rol de serviços essenciais., segundo o Presidente do Tribunal, Fábio Camargo. (TCE-PR, 2021)

A argumentação discricionária — não há outra palavra para o ato — pelo Tribunal foi fundamentar na base legal é o Art. 17 do Regimento Interno combinado com o Art. 53, IV da Lei Complementar Estadual 113/2005 para garantir o direito à vida dos passageiros do transporte público da cidade de Curitiba-PR, utilizando-se da Lei Municipal 15.627/2020 bem como a Lei Complementar 173/2020 para falar dos recursos do Governo Federal repassados à prefeitura de Curitiba-PR.

Essa decisão jurídica não é fundamentada na Lei, mas, sim, na vontade de ativismo judicial — danoso para o Estado Democrático de Direito — capitaneado pelo presidente do tribunal de contas!

Como bem observa Abboud (2018. P. 1222), “não se pode simplesmente suprimir direitos dos particulares, sob a mera alegação de que haveria interesse público e que estes se sobreporiam ao privado”, uma vez que “a garantia e o exercício dos direitos fundamentais são caracterizados por um entrecruzamento de interesses públicos e individuais”.

No mesmo diapasão, a decisão do TJPR no processo nº 0018027-15.2020.8.16.0000 que discute a inconstitucionalidade do toque de recolher instituído pelo poder público Municipal da Cidade de Umuarama-PR, onde, em decisão, o então presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, decidiu que em detrimento do direito individual de ir e vir para com o direito coletivo à vida e à saúde, reconhecendo o fundamento que a medida é absolutamente excepcional, onde a comunidade, ‘em grande parte’, conta com jovens estudantes acostumados a participar de atividades festivas noturnas onde geram aglomeração e não se compatibilizam, por ora, com os cuidados que todos devemos ter para preservar o maior número possível de vítimas dessa pandemia!

O desembargador trouxe a ‘ponderação’ entre duas regras jurídicas e não dois princípios jurídicos, usando como fundamento o princípio da proporcionalidade, para conflitar com a regra do direito de ir e vir e bem como o direito à vida e à saúde! Coisa que nem mesmo Robert Alexy faria!⁴

Ao emprestarmos dos ensinamentos de Andrés Ollero (2000, p.158):

“no hay derechos ilimitados.(...)Todo derecho se entiende como una libertad limitada, al marcar el tránsito del estado de natureza al civil. En el primero, la libertad campaba por sus respetos, alimentando una incierta anarquía;(...) Delimitar derechos, precisando su efectivo y real alcance, no supone aplicar límites a una realidad ya existente, sino dar paso a una ponderación del juego que ajustadamente cabe reconocerles.(...) Parece personalmente más seguro, científicamente más riguroso y políticamente menos expuesto a veleidades de jueces activistas, disponer de unos derechos que se sabe ya a priori dónde comienzan e dónde terminan. NO discutiré las < ventajas > de la propuesta. Me parece más razonable preguntarme simplemente si ellos es en la práctica posible; porque nada más personalmente inseguro, científicamente falto de rigor y políticamente arriesgado que considerar real lo imposible)”.

O status, hoje, do direito à saúde e à vida tornou-se absoluto por parte dos magistrados, sendo que qualquer regra jurídica, nem mesmo a própria Constituição Federal, não tem sua plena validade perante tais direitos absolutos, e retiraram qualquer

⁴ “Mais uma vez, Alexy, em nenhuma oportunidade, defende a ponderação de regras, o jurista alemão tem compromissos democráticos. Na realidade, a primeira vítima da ponderação de regras é a própria teoria de Alexy que perderia toda sua coerência interna mediante a possibilidade de sopesamento de regras, afinal, passaria a inexistir critério distintivo entre princípios e regras.” In: Abboud. Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. Revista de Processo. Vol 269/2017. P. 109-138. Jun/2017.

limite dos seus poderes, agindo da forma que querem, dentro das suas ideologias e consciências, usurpando o poder do legislativo e do executivo, sem qualquer *accountability*.

O professor Georges Abboud (2016) é categórico quanto a esse espírito do poder judiciário como usurpador de poderes:

“No afã de implementarmos direitos fundamentais, historicamente sonegados por ineficiência legislativa e administrativa, não podemos criar uma judicialização de direitos que se converta numa invasão e colonização de todas as esferas da individualidade do jurisdicionado.(...) Sempre que vislumbramos parcela de nosso Judiciário acreditando que a consolidação e o fortalecimento de nossa democracia constitucional passam por um agigantamento do Poder Judiciário com o recrudescimento de seu ativismo, em detrimento da democracia deliberativa, ficamos horas a fio contemplando o abismo sem nos aperceber que é o abismo está olhando para nós: criamos, assim, o monstro que nos devora.”

O momento que vivemos no Brasil, dentro do judiciário, é descrito por Georges Abboud e Guilherme Lunelli (2015) como:

“um momento de verdadeiro caos e incerteza dentro do nosso judiciário, onde o êxito ou o fracasso de uma demanda pauta-se numa lógica mais lotérica do que jurídica. É lugar comum em nossos tribunais (...) a existência de diversos posicionamentos conflitantes para questões equivalentes, bem como um total descompromisso da nossa magistratura não só com as decisões pretéritas, mas também com a própria lei.”

Dentro desse cenário de caos e incerteza no nosso judiciário, passaremos, agora, para os problemas enfrentados pelo sistema de saúde durante a pandemia por COVID-19.

3. OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO;

Segundo o Observatório Covid-19 da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), no Boletim Extraordinário do dia 06 de abril de 2021, durante a semana do dia 28 de março a 3 de abril, “foram registrados números recordes de óbitos por covid-19, superando-se a marca de 3 mil mortes diárias”. (FIOCRUZ, 2021).

Segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2021), no dia 14 de abril de 2021, chegamos ao patamar de 13.673.507 casos confirmados e 361.884 óbitos de covid-19. Atingimos o colapso do Sistema Único de Saúde no mês de março de 2021. (FIOCRUZ, 2021).

No boletim do dia 06 de abril de 2021, encontram-se com taxa de ocupação superiores a 90% mais de 19 estados e o distrito federal sendo eles RO, AC, AM, TO, PI, CE, RN, PE, SE, MG, ES, RJ, SP, PR, SC, RS, MS, MT, GO, DF e outros 4 estados apresentam taxas de ocupação entre 80-89% sendo eles AL, MA, BA e PE e com taxas inferiores a 80% os estados de AM, RR e PB. (FIOCRUZ, 2021).

Além do caos de saúde propagado pela covid-19, os efeitos econômicos são devastadores. Segundo o IBGE, mais de 2,7 milhões de pessoas foram afastadas do trabalho devido ao distanciamento social (setembro, 2020), onde mais de 41% dos domicílios recebem auxílio emergencial (novembro, 2020), sem contar a diminuição do rendimento normalmente recebido pelo brasileiro atingiu cerca de 19,6% da população empregada (IBGE, 2021).

No estado do Paraná, a espera por leitos de UTI, até a data de 24 de março de 2021, trouxeram à óbito 1925 pessoas (SCORTECCI 2021). Chegamos num estado onde, literalmente, o Estado deve escolher entre quem será atendido e quem não será atendido, negando o atendimento dos pacientes com covid-19 que precisam dos leitos para terem uma chance de sobrevivência ao covid-19.

Nesse cenário, vemos, ao mesmo tempo, a omissão do Estado em atender adequadamente o disposto no art. 196 c/c 198 da Constituição Federal onde não é capaz de prover a integralidade do direito à saúde de seus cidadãos, e a comissão do Estado em escolher quem deve ter tratamento e quem não deve ter tratamento por incapacidade administrativa da própria máquina brasileira.

Segundo o Art. 37, §6º da CRFB/88, como veremos adiante, traz a possibilidade da responsabilização do Estado para com as pessoas que não tiveram o adequado atendimento à saúde, sendo responsável pelas sequelas dos pacientes decorrentes da COVID-19 bem como a indenização pela morte dos pacientes nas filas de espera do SUS.

4. INDENIZAÇÃO POR SEQUELA/MORTE POR COVID-19? CONSIDERAÇÕES

Nesse momento caótico, onde desde os primórdios da república temos um sistema único de saúde (SUS) sobrecarregado, que conta não só com o esgotamento de leitos de enfermaria e UTI, de profissionais de saúde e de insumos em geral, custeados pelo Estado para tratamento de qualquer moléstia e específicos da COVID-19, mas também com a paralisação da prestação dos serviços médico-hospitalares devidos pelo Estado.

Tem-se, pois, uma negativa dos serviços de saúde para os cidadãos, notadamente os infectados pelo COVID-19, que dependendo do quadro clínico, e da prescrição médica, obviamente, precisam ser internadas (enfermaria ou UTI), e tratadas para contenção da infecção e recuperação dos órgãos afetados, para terem uma chance de sobrevivência e de cura.

Convém destacar – ao revés do noticiado pelos grandes veículos de comunicação – que por força do próprio Poder Judiciário, ao Governo Federal foi “atribuída” a singela competência de destinar recursos financeiros ao Distrito Federal, aos Estados-Membros e aos Municípios, e a estes, finalmente, foi “atribuída” a competência para decidir os rumos da máquina pública no combate ao COVID-19.

Daí que as situações fáticas são as mais variadas (e absurdas, diga-se de passagem) em função não só por conta das diferentes ideologias e interesses (por vezes obscuros) entre os agentes políticos, os partidos políticos e os entes federados, mas também pelo aparelhamento da máquina pública, em todas as suas esferas.

Alguns cidadãos, com fulcro nos arts. 196 e 198 da CFRB/1988, provocaram a jurisdição ordinária para pugnar pela tutela estatal à saúde, visando obrigar a máquina pública a disponibilizar atendimento médico-hospitalar aos pacientes infectados por COVID-19, pedidos que são rejeitados com base na argumentação de que: **(i)** não existem

vagas para o atendimento destes pacientes; e **(ii)** não pode haver “burla” da ordem dos pacientes que aguardam nas imensas filas do SUS, leitos de enfermaria e UTI.

A rejeição do pleito (obrigação de fazer – dever de prestar atendimento médico-hospitalar), pelo menos por causa dos fundamentos utilizados, viola tanto as normas constitucionais-basilares do princípio republicano, quanto o art. 2º, da Lei 8.080/90⁵.

Afinal, não existe nenhuma norma jurídica em vigor que confira ao Administrador Público (ou ao Poder Judiciário, diga-se de passagem), poder discricionário para decidir acerca da possibilidade ou não de fornecer serviços de saúde via SUS aos cidadãos brasileiros.

O comando constitucional é imperativo: os serviços de saúde gratuitos estão incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros, cuja negativa é passível de correção pela via judicial.

O processo judicial e as competências atribuídas ao Poder Judiciário, portanto, assumem relevo por serem os instrumentos constitucionais cabíveis para saneamento das violações (ativas ou passivas) da máquina pública, concretizando a proteção dos direitos fundamentais.

Ao longo da história, conforme ver-se-á adiante, o Poder Judiciário sempre atendeu aos pedidos dos portadores de enfermidades, seja para que a máquina pública fosse compelida a custear medicações experimentais e/ou de alto custo (com ou sem registro na ANVISA)⁶, seja para que a máquina pública realizasse exames e/ou

⁵ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

⁶Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MENOR. DOENÇA GRAVE. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. ART. 19-T DA LEI 8.080/1990.** INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO. SITUAÇÃO FÁTICA EXCEPCIONAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O entendimento a quo está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos (AgInt no REsp 1.597.299/PE, Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/11/2016; AgRg no REsp 1.584.691/PI, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/11/2016). 2. O art. 19-T da Lei 8.080/1990, que veda a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa, reproduz regra geral, que não deve ser aplicada de forma isolada dos fatos, acabando por violar direitos

procedimentos cirúrgicos indicados para o tratamento, independentemente do custo — até mesmo considera abusiva a recusa de custeio de medicamento experimental de uso off-label.⁷

Nos múltiplos casos, o Poder Judiciário nunca se imiscuiu na análise da existência de possibilidade econômica e financeira de a máquina pública custear tais medicamentos, exames e/ou procedimentos (tratamentos em geral), nem tampouco da existência “de fila de espera” Brasil à fora...

Vale dizer: sempre se partiu do pressuposto fático-normativo de que os serviços de saúde devem ser garantidos pelo Estado, cabendo ao Poder Judiciário intervir nas situações em que há negativa de tais serviços pela máquina pública – notadamente negativa de atendimento médico-hospitalar pelo argumento de que inexistem recursos.

Em outros períodos, o Supremo Tribunal Federal, no RE 657718, por exemplo, na importação de remédios sem a autorização da ANVISA, critérios excepcionais para que o estado custeasse o tratamento médico indicado, a saber: I) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (Salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de

fundamentais, notadamente o direito à saúde. 3. Com efeito, in casu, o fornecimento do fármaco não registrado na Anvisa foi autorizado pela Corte de origem em caráter excepcional e não para a comercialização, visando ao atendimento de necessidade de menor portador de moléstias de natureza grave. 4. Ademais, em se tratando de criança, com apenas 10 (dez) anos na data da distribuição da demanda, “não há dúvida de que a plausibilidade do fornecimento do remédio por ela solicitado, a cargo do Poder Público, decorre diretamente das promessas da proteção integral e da prioridade absoluta, ambas positivadas no art. 227 da Constituição Federal; especificamente no tocante à saúde, o pleito encontra conforto nos arts. 11 e seguintes do ECA e, mais, no art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU/1989), ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/90” (AgRg no AgRg no AREsp 685.750/PB, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 9/11/2015). 5. Recursos Especiais não providos. (REsp 1645067/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/04/2017)

⁷ Ementa: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **PLANO DE SAÚDE NA MODALIDADE AUTOGESTÃO. RECUSA DE CUSTEIO DE MEDICAÇÃO EXPERIMENTAL - USO OFF-LABEL. ABUSIVIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.** 1. O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de custear a cobertura do medicamento registrado na ANVISA e prescrito pelo médico do paciente, ainda que se trate de fármaco off-label, ou utilizado em caráter experimental. 2. Aplicação do entendimento acima descrito às entidades de autogestão, uma vez que estas, embora não sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, não escapam ao dever de atender à função social do contrato. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1653706/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2020, DJe 26/10/2020)

regulamentação no exterior; e III) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil (BRASIL, 2019), vindo a se transformar no Tema 500 da repercussão geral: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA⁸.

Também não diverge do Assunto o Superior Tribunal de Justiça no RE nº 1.657.156-RJ, onde reconheceu, excepcionalmente, o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, com critérios estabelecidos e vinculados no Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça.

Ora, é desarrazoado se admitir negativa de tratamento médico-hospitalar aos pacientes (independentemente da moléstia que o acometa) com base na falácia de ausência de recursos financeiros, sob pena de responsabilização civil do ente federativo competente, e administrativa do respectivo agente público.

CONCLUSÃO

Independentemente da teoria da responsabilidade civil que incida nestes casos (se objetiva ou subjetiva), fato é que o Ente Federativo competente não só pode, como deve responder pelos danos causados aos cidadãos brasileiros pela negativa de serviços de saúde, especialmente sob o crivo da falta de recursos financeiros – que pode configurar, inclusive, improbidade administrativa.

⁸ Ementa: AGRAVOS REGIMENTAIS. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. SAÚDE PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. **TRATAMENTO SEM OS RESULTADOS ESPERADOS. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO QUE SE MOSTRA IMPRESCINDÍVEL PARA A MELHORIA DA SAÚDE E MANUTENÇÃO DA VIDA DO PACIENTE. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. FÁRMACO REGISTRADO EM ENTIDADE GOVERNAMENTAL CONGÊNERE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** I – Decisão que deferiu o fornecimento de medicamentos não disponíveis na rede pública de saúde para o tratamento do vírus da Hepatite genótipo “C”. II – Tratamento oferecido no âmbito do Sistema Único de Saúde que não surtiu o efeito esperado. Prescrição da utilização combinada dos medicamentos Sofosbuvir 400 mg, Simeprevir 150 mg e Ribavirina 250 mg, única forma viável de evitar o agravamento da doença. III – Discussão sobre a possibilidade do custeio pelo Estado de medicamento ainda não registrado pela ANVISA. IV – Repercussão Geral da matéria reconhecida nos REs 566.471/RN e 657.718/MG, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio. V – Eficácia do fármaco atestada aprovada por entidade governamental congênera à ANVISA. VI – Decisão de indeferimento da suspensão que preserva a vida do paciente, ante a constatação da não comprovação do grave risco de lesão à ordem e à economia públicas. VII – Agravos regimentais a que se nega provimento. (SL 815 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2015 PUBLIC 05-06-2015)

Neste diapasão, indaga-se: uma vez negado o direito de saúde aos pacientes infectados por COVID-19, e que em decorrência disso, tiveram sequelas transitórias ou permanentes, e/ou vieram a falecer, será cabível a responsabilização civil do Estado?

Como se viu, por causa de decisões judiciais neste sentido, o Estado não pode ser compelido a fornecer o tratamento médico-hospitalar adequado aos pacientes infectados por COVID-19, por causa da falta de recursos e por causa da fila de espera.

Agora, será que esse entendimento judicial terá óbice de impedir a imputação de responsabilidade civil ao Estado, pelos danos causados aos pacientes infectados por COVID-19, causados pela negativa de tratamento?

Mesmo que seja um ato lícito do estado poder negar o atendimento ao paciente porque não há vagas hospitalares, existe um direito violado e, portanto, passível de indenização frente ao Estado, seja a responsabilidade Objetiva ou Subjetiva. Não há orçamento para construção de mais leitos e hospitais, mas haverá orçamento para o pagamento das inúmeras indenizações que o Estado pode ser condenado a pagar?

Em mais de um ano de pandemia, os estados, com inúmeras licitações, recursos advindos do Governo Federal, hospitais de campanha que sequer foram utilizados e desmontados pelas autoridades brasileiras, não se prepararam o suficiente para a crescente demanda de leitos hospitalares e ventiladores? Não pode se furtar o Estado do dever da saúde integral dos cidadãos brasileiros.

BIBLIOGRAFIA

“Decisão do TCE-PR sobre ônibus é amparada pela garantia constitucional do direito à vida”. TCE-PR, 2021. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/decisao-do-tce-pr-sobre-onibus-e-amparada-pela-garantia-constitucional-do-direito-a-vida/8851/N#:~:text=por%20e%2Dmail,-,%22Decis%C3%A3o%20do%20TCE%2DPR%20sobre%20%C3%B4nibus%20%C3%A9%20amparada%20pela%20garantia,constitucional%20do%20direito%20%C3%A0>

[20vida%22&text=O%20Tribunal%20de%20Contas%20do,discrecionalidade%20administrativa%20do%20gestor%20p%C3%ABlico](#) Acesso em: 15 de abril de 2021.

ABBOUD. Georges; LUNELLI. Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do Processo. Revista de Processo. Vol. 242/2015. P. 21-47. Abr/2015.

_____.; MENDES. Gilmar Ferreira. A jurisdição constitucional da Crise: Pacto Federativo, preservação dos direitos fundamentais e controle da discricionariedade. Revista dos Tribunais, vol. 1022/2020, p. 103-124. Dez/2020.

_____.; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais. Vol. 1008/2019. Out/2019.

_____. Submissão e juristocracia. Revista de Processo. Vol. 258/2016. p. 519-527. Ago/2016.

_____.; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. Revista de Processo. Vol 269/2017. P. 109-138. Jun/2017.

_____. Processo Constitucional Brasileiro. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018.

BRASIL. Painel Coronavírus. Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

ENTERRIA. Eduardo Garcia de. La constitucion como norma y el tribunal constitucional. Madrid: Civitas, 2001.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. O Anteprojeto dos notáveis. São Paulo: Saraiva, 1987.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Observatório Covid-19: boletim extraordinário de 6 de abril de 2021. Disponível em:

https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-abril-06-red_2.pdf Acesso em: 15 de abril de 2021.

IBGE. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística apoiando o combate à covid-19, 2021. Página inicial. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/> Acesso em: 15 de abril de 2021.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 117, pp. 193-217, jul./dez. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. 4. Ed. atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 19. Ed. ver. Atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCORTECCI, Catarina. No Paraná, quase 2 mil pessoas morreram na fila por leitos de covid-19. Gazeta do Povo, 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/fila-leitos-covid-curitiba-parana-mortes/>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

SHAPIRO, Ilya. Supreme Court Rules That Constitution Matters, Even in a Pandemic. Cato Institute, 2021. Disponível em: <https://www.cato.org/blog/supreme-court-rules-constitution-matters-even-pandemic> Acesso em: 15 de abril de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). Ponderação e arbitrariedades: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Coleção: Hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Salvador. Juspodivm. 2016. v. 2, p. 176-178.

OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões judiciais no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz;

Camargo, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Orgs). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivum, 2014. v. III, p. 121).