

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*

Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court

Ingo Wolfgang Sarlet** | Jeferson Ferreira Barbosa***

Resumo: o objetivo do estudo é identificar e analisar os principais temas em discussão no STF relativamente ao direito à saúde no contexto do combate à pandemia da Covid-19. A síntese das principais discussões aponta para um reforço da dimensão transindividual do direito à saúde, sem deixar de assegurar situações individuais. Também é perceptível o esforço por assegurar tanto a prerrogativa da União de estabelecer critérios gerais e assumir a coordenação geral no que diz com as políticas e medidas em geral de combate à pandemia, quanto garantir que estados e municípios não fiquem imobilizados. A maior deferência a critérios científicos, evidências e estatísticas aparece como uma tendência. Também há um incremento de ações do tipo estruturante, indicando um caminho viável para o diálogo institucional e para o equilíbrio entre os poderes.

Abstract: the purpose of the study is to identify and analyze the main issues under discussion in the Brazilian Supreme Court regarding the right to health in the context of fighting the Covid-19 pandemic. The synthesis of the main discussions reveals a strengthening of the transindividual dimension of the right to health, without ceasing to ensure individual situations. The effort to ensure the prerogative of the Federal Government to establish general criteria and assume general coordination with regard to policies and measures in general to fight the pandemic is also perceptible, as well as to guarantee that states and municipalities are not restrained. The greater deference to scientific criteria, evidence and statistics appears as a trend. There is also an increase in structuring-type actions, indicating a viable path for institutional dialogue and for the balance

* A presente pesquisa conta com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 (no âmbito do Programa CAPES/PNPD – Programa Nacional de Pós-Doutorado). Estudo concluído em 06.11.2021.

** Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS. Advogado e parecerista.

*** Doutor em Direito pela Universidade de Ratisbona, Alemanha. Mestre em Direito pela PUCRS. Pesquisador com bolsa pelo Programa CAPES/PNPD – Programa Nacional de Pós-Doutorado – no PPGD da PUCRS.

Por último, evidencia-se uma tendência de fortalecimento da proteção de grupos vulneráveis.

Palavras-Chave: Direito à Saúde; Pandemia; Covid-19; Judicialização; Supremo Tribunal Federal.

between the powers. Finally, a trend toward strengthening the protection of vulnerable groups is evident.

Keywords: Right to Health; Pandemic; Covid-19; Judicialization; Federal Supreme Court.

Sumário: 1. Introdução; 2. Judicialização do Direito à Saúde: breve contextualização; 3. As medidas de enfrentamento da Covid-19 e das suas consequências; 4. Principais problemas enfrentados no (e pelo) STF; 4.1. (Des)equilíbrio de poderes e moderação de conflitos federativos; 4.1.1 Superação de espaços de omissão; 4.1.2. Deveres de articulação e de cooperação em casos específicos; 5. Considerações finais.

1. Introdução¹

O problema da efetividade do direito fundamental à (proteção e promoção da) saúde, consagrado no artigo 6º e combinado com o artigo 196 a 200 da CF, tem sido objeto de amplo estudo e acirrado debate, seja na esfera doutrinária, seja

¹ Lista de abreviaturas: ACO (Ação Civil Originária); ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade); ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental); Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); AP (Ação Penal); ARE (Agravo no Recurso Extraordinário); BA (Estado da Bahia); BPC (Benefício de Prestação Continuada); CF (Constituição Federal de 1988, referência mais breve à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988); Cf. (confronte ou confira); cit. (citado); CNJ (Conselho Nacional de Justiça); coord. (coordenador); COVID-19 (Coronavirus Disease 2019); DF (Distrito Federal); DJE (Diário da Justiça Eletrônico); EC (Emenda Constitucional); Ed. (editor ou editora); ENSP (Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca); ES (Estado do Espírito Santo); et al. (e outros); HC (Habeas Corpus); HIV (human immunodeficiency virus); INSPER (Instituto de Ensino e Pesquisa); Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada); LC (Lei Complementar); MA (Estado do Maranhão); MC (Medida Cautelar); MG (Estado de Minas Gerais); MT (Estado do Mato Grosso); nº (número); nt. (nota); OMS (Organização Mundial da Saúde); Orgs. (organizadores); p. (página); PI (Estado do Piauí); pp. (páginas, indicação de mais de uma página); R\$ (Real, moeda oficial da República Federativa do Brasil); RE (Recurso Extraordinário); Rev. (revista); RJ (Estado do Rio de Janeiro); RN (Estado do Rio Grande do Norte); RO (Estado de Rondônia); RS (Estado do Rio Grande do Sul); SE (Estado de Sergipe); SL (Suspensão de Liminar); SP (Estado de São Paulo); SS (Suspensão de Segurança); ss. (seguintes); STA (Suspensão de Tutela Antecipada); STF (Supremo Tribunal Federal); STP (Suspensão de Tutela Provisória); SUS (Sistema Único de Saúde); TCU (Tribunal de Contas da União); TO (Estado do Tocantins); UE (União Europeia); UTI (Unidade de Terapia Intensiva); v. (versus); vol. (volume); WHO (World Health Organization).

no âmbito judicial. Dadas importantes disfunções no sistema de saúde e o amplo acesso ao Poder Judiciário assegurado pela CF, um expressivo número de demandas judiciais sobre o tema tem sido proposto em especial desde meados da década de 1990. Tendo em conta o aumento vertiginoso de tais ações e o seu impacto sobre o orçamento público, passou a se falar recorrentemente de um processo de judicialização da saúde e mesmo de uma judicialização das políticas públicas, muito embora tal fenômeno não se verifique apenas nessa seara².

Com a chegada da pandemia da Covid-19 ao Brasil, em março de 2020, quando foi notificado o primeiro caso de infecção, é possível afirmar, aqui ainda em sede preliminar e exploratória, que não só os níveis (quantitativos e qualitativos) da assim chamada judicialização da saúde foram intensificados, como também o número de casos submetidos ao crivo do STF. Em especial, considerando o curto lapso temporal, cresceu exponencialmente o número de demandas, como ainda se terá ocasião de verificar com maior detalhamento logo adiante.

À vista desse cenário, o que se pretende com este texto é identificar os principais temas em discussão no STF relativamente ao direito à saúde e à Pandemia da Covid-19. Tendo como marco temporal inicial o mês de março de 2020 – quando também foi julgado o primeiro caso no STF sobre a matéria – optou-se por selecionar decisões divulgadas até inclusive o mês de julho de 2021, devido ao fechamento do trabalho – em termos de análise do material e revisão textual – ao longo dos meses de agosto, setembro, outubro e início de novembro do mesmo ano.

Dada a enorme quantidade de casos levados ao STF e por este já julgados, optou-se por pautar a seleção inicialmente com base em informações contidas nos boletins de jurisprudência da Corte Suprema brasileira, abarcando o período de março de 2020 até julho de 2021. Secundariamente, com o objetivo de enriquecer

² Sobre o tema, cf., na literatura especializada brasileira, dentre outros: INGO WOLFGANG SARLET / MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO. *Health as an enforceable positive right: the Brazilian Supreme Federal Court? case law on the access to medicines*. “Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, vol. 102, 2019, pp. 117-134; DANIEL WEI LIANG WANG. *Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde*. “Revista Estudos Institucionais”, vol. 7, nº 2, 2021, pp. 849-869. *Right to health litigation* seria uma das possibilidades de tradução do termo “Judicialização da saúde” para o inglês. Sugerindo cuidado com a afirmação de que demandas coletivas e estruturais automaticamente implicariam beneficiar os mais necessitados: OCTÁVIO LUIZ MOTTA FERRAZ. *Social Rights, Judicial Remedies and the Poor*. “Washington University Global Studies Law Review”, vol. 18, nº 3, 2019, pp. 569-579. Sugerindo que a colaboração institucional nem sempre conduz a uma solução satisfatória: NATALIA PIRES DE VASCONCELOS. *Entre justiça e gestão: colaboração interinstitucional na judicialização da saúde*. “Brazilian Journal of Public Administration”, vol. 55, nº 4, 2021, pp. 923-949.

a pesquisa, também foram consideradas informações do “Painel de Ações COVID-19” do STF.

A limitação ao STF é justificada pelo fato de se tratar da Instância Judiciária à qual foi atribuída, pela CF, a guarda da ordem constitucional brasileira, ademais de decidir de modo vinculativo em âmbito nacional e de ter a última palavra quando se trata da interpretação da CF. Além disso, trata-se do foro de maior visibilidade e impacto no que diz respeito aos embates políticos e institucionais levados ao Poder Judiciário, o que igualmente se agudizou durante a pandemia, ainda que não apenas por sua conta.

Com relação aos critérios qualitativos, foram selecionadas as decisões que versam mais diretamente sobre o “direito à saúde”, incluindo as dimensões de promoção e proteção da saúde. Decisões que tem por objeto questões formais apenas são consideradas se tiverem algum desdobramento no âmbito do direito fundamental à saúde, como é o caso das competências dos entes federados nessa seara. O segundo critério delimita a seleção de decisões apenas àquelas que dizem respeito ao enfrentamento da pandemia. Em um terceiro momento busca-se focar em casos de maior impacto e representativos dos diversos e mais relevantes e controversos temas discutidos no STF envolvendo a proteção da saúde e o combate à pandemia.

Note-se, portanto, que se trata predominantemente de uma pesquisa do tipo qualitativa, mediante uma abordagem mais indutiva que dedutiva, embora ambas, ao fim e ao cabo, se façam presentes.

Antes, contudo, de avançar com o mapeamento, discussão e análise das principais decisões do STF, impõe-se uma breve apresentação e contextualização no que diz respeito ao fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, mesmo antes do início da pandemia da Covid-19, seguindo-se uma descrição geral das medidas de enfrentamento da pandemia. Depois, segue a apresentação de um panorama dos principais problemas enfrentados pelo STF em relação ao Coronavírus e ao direito à saúde, mediante o recurso a alguns exemplos. Ao final, conclui-se com um balanço geral acerca da atuação do STF com relação ao direito à saúde no contexto da pandemia.

2. Judicialização do Direito à Saúde: breve contextualização

Como já adiantado em termos muito genéricos, o tema da denominada “judicialização da saúde” tem ocupado a agenda acadêmica, judiciária, política e midiática já há muito tempo no Brasil. De meados de 1996 a meados de 2000 há uma primeira fase mais embrionária, com destaque para pleitos bem sucedidos de

medicamentos para portadores de HIV³. Em meados de 2007, há uma fase de oscilação na jurisprudência do STF com decisão em desfavor de portadores de hepatite⁴. Mesmo considerada esta oscilação, no período entre 2000 e 2010 se estabelece o reconhecimento da saúde como direito subjetivo público e a expansão do objeto deste direito⁵. Nessa fase transparece o uso muito retórico, sem maior densificação em parte significativa dos casos e uma espécie de polarização. De um lado, se coloca o caráter programático do direito à saúde, a reserva do possível e a separação de poderes. De outro se opõe um direito quase absoluto, a possibilitar demandar qualquer objeto e com a consideração dos limites fáticos e jurídicos como entraves meramente burocráticos⁶.

O que se vê é um aumento acentuado de 130% do número de processos sobre saúde distribuídos na primeira instância do Poder Judiciário de 2008 e 2017⁷. Desde

³ Cf. por exemplo em: INGO WOLFGANG SARLET / MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. *Health as an enforceable positive right*, cit. (nt.2); MÁRIO SCHEFFER / ANDREA LAZZARINI SALAZAR / KARINA BOZOLA GROU. *O remédio via Justiça*. Brasília: Ministério da Saúde; 2005; JEFERSON FERREIRA BARBOSA. *Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 88 ss.; FLORIAN F. HOFFMANN / FERNANDO R. N. M. BENTES. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In Cláudio Pereira de Souza Neto / Daniel Sarmiento (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. RJ: Lumen Juris, 2008. pp. 396-397.

⁴ JEFERSON FERREIRA BARBOSA. *Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição Brasileira*, cit. (nt. 3), p. 84 ss.

⁵ A grande envergadura do conjunto de pleitos, que vão de aspectos organizacionais e de estrutura a medicamentos específicos, cirurgias, hospitalizações, *home care*, órtese e próteses, transplantes, etc., pode ser vista em: INGO WOLFGANG SARLET / et al. *Democracia – Separação de Poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro – Observatório do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011. Mais recentemente em: CNJ / INSPER. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução*. Brasília-DF: CNJ, 2019, p. 69 ss.

⁶ INGO WOLFGANG SARLET / MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. *Health as an enforceable positive right*, cit. (nt.1). Também nesse sentido a crítica de JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. SP: Editora Método, 2006, p. 229 ss.; Cf. FABIOLA SULPINO VIEIRA. *Ações Judiciais e Direito à Saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS*. “Rev. Saúde Pública”, vol. 42, nº 2, 2008, pp. 365-369. A necessidade de superar a polarização é bem demonstrada em: INGO WOLFGANG SARLET / MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*. “Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça”, vol. 1, nº 1, 2007, pp. 171-21.

⁷ Cf. CNJ / INSPER. *Judicialização da Saúde no Brasil*, cit. (nt. 5), p. 46 ss. Mesmo levando em conta as limitações metodológicas apontadas na pesquisa e o fato de que a partir de dados dos relatórios do CNJ “Justiça em Números” no mesmo período o percentual seja de 50% (Cf. p. 45 ss.), fica demonstrado o crescente impacto da judicialização. Cf. também dados com relação a segunda instância e as tabelas apresentadas nas páginas 59 e 60 da referida pesquisa.

a decisão referente a STA 175, em março de 2010, o STF tem investido no estabelecimento de alguns critérios, em especial para demandas por medicamentos⁸. Também cresce a atenção e colaboração por parte do CNJ seja mediante o uso do poder normativo (resoluções e recomendações), seja por meio de pesquisas, apoio operacional, formação, fóruns de discussão, etc. Em especial desde 2010 com a criação, pelo CNJ, do Fórum Nacional do Judiciário para Saúde, com a missão de monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Daí também surgiram as Jornadas de Direito da Saúde de 2014 e de 2015 com seus enunciados relativos a problemas de saúde pública⁹. Outro destaque é a resolução 238 de 2016, que cria os comitês estaduais de saúde e estabelece a criação e manutenção de varas especializadas no tema da saúde pública pelos tribunais estaduais ou federais e nas comarcas ou seções judiciárias onde houver mais de uma vara de fazenda pública ou câmara de direito público¹⁰. Mais recentemente a resolução 388/2021 reestrutura os comitês estaduais. Dentre os propósitos dessa instituição colegiada é visível a missão de promover o diálogo institucional, a cooperação das diversas esferas envolvidas, a racionalização das decisões e dos recursos envolvidos, o monitoramento das demandas e das decisões, a eficiência, a coordenação das instituições e a participação¹¹.

O crescente impacto e local de destaque assumido pelo tema da judicialização da saúde intensificou o debate doutrinário, inclusive com olhares mais críticos¹².

⁸ Acórdão do STF; Agravo Regimental na STA 175 Ceará, 17.03.2010, in DJE 76, 30.04.2010. Objeto da demanda era um medicamento com o custo de R\$ 52 mil por mês para aumento do tempo e da qualidade de vida para uma pessoa portadora de uma doença neurodegenerativa rara. Embora a decisão tenha envolvido principalmente aspectos processuais, o direito material foi examinado com profundidade. A decisão foi favorável à demanda pelo medicamento. Nesse caso se destacou a atenção por detalhes relativos às provas de necessidade (em termos financeiros e médicos), à presença ou não de alternativas no SUS e ao processo de incorporação de tecnologias.

⁹ CNJ / INSPER. *Judicialização da Saúde no Brasil*, cit. (nt. 5) p. 135 ss.; p. 164 ss.; CNJ. *Resolução 107, de 06 de abril de 2010*.

¹⁰ CNJ. *Resolução 238, de 06 de setembro de 2016*.

¹¹ CNJ. *Resolução 388, de 13 de abril de 2021*.

¹² Cf. mais recentemente, por exemplo: FABIOLA SULPINO VIEIRA. *Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*. Texto para discussão. Brasília/RJ: Ipea, 2020; DANIEL WEI LIANG WANG. *Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde*. “Revista Estudos Institucionais”, vol. 7, nº 2, 2021, pp. 849-869. *Right to health litigation* seria uma das possibilidades de tradução do termo “Judicialização da Saúde” para o inglês. Sugerindo cuidado com a afirmação de que demandas coletivas e estruturais automaticamente implicariam beneficiar os mais necessitados: OCTÁVIO LUIZ MOTTA FERRAZ. *Social Rights, Judicial Remedies and the Poor*. “Washington University Global Studies Law Review”, vol. 18, nº 3, 2019, pp. 569-579. Sugerindo que a colaboração institucional nem sempre conduz a uma solução satisfatória: NATALIA PIRES DE VASCONCELOS. *Entre justiça e gestão: colaboração interinstitucional na judicialização da saúde*.

A judicialização da saúde envolve múltiplos desafios. Em termos quantitativos: aumento exponencial do número de processos, no Poder Judiciário, diretamente relacionados com a matéria. Dados recentes, levando em conta os números da base de dados justiça em números, apontam para mais de 2 milhões de processos em 2019, com clara liderança para pedidos de medicamentos¹³. Entre 2008 e 2017 é constatado um aumento de 130% no número de processos em primeira instância. Em 2008 o número era um pouco maior que 41 mil processos, chegando perto de 96 mil em 2017¹⁴. Com relação à segunda instância, chega-se a mais de 2 milhões novos casos entre 2015 e 2020 nos tribunais de justiça estaduais e a mais de 200 mil nos tribunais regionais federais¹⁵.

Outro aspecto é o aumento do impacto financeiro e orçamentário para o poder público. Em 2012, por exemplo, o Ministério da Saúde gastou mais de R\$ 422 milhões para cumprir ordens judiciais relativas a medicamentos, ao passo que em 2014 esse valor superou R\$ 854 milhões e, a partir de 2015 e até 2018 ultrapassa, anualmente, os R\$ 1 bilhão¹⁶. Em 2014 as secretarias de saúde dos estados de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo gastaram, juntas, mais de R\$ 772 milhões com a judicialização. Há dificuldades de controle do impacto sobre os orçamentos dos 26 estados, dos mais de 5000 municípios e do DF, mesmo assim se pode verificar a relevância do problema¹⁷.

Em termos qualitativos, a afirmação ou o questionamento de um protagonismo do Judiciário conta com fundamentos jurídico-constitucionais expressos e implícitos a serem considerados. O primeiro exemplo é o reconhecimento, no texto constitucional,

“Brazilian Journal of Public Administration”, vol. 55, nº 4, 2021, pp. 923-949. Em períodos anteriores cf.: JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES. *Direitos Sociais*, cit. (nt. 6); FABIOLA SULPINO VIEIRA / PAOLA ZUCCHI. *Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil*. “Rev. Saúde Pública”, SP, vol. 41, nº 2, 2007; SILVIA BADIM MARQUES / SUELI GANDOLFI DALLARI. *Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. “Rev. Saúde Pública”, vol. 41, nº 1, 2007; JOÃO BIEHL / et al. *Judicialisation and the Right to Health in Brazil*. “The Lancet”, vol. 373, nº 9682, 2009, pp. 2182-2184.

¹³ Cf. CLENIO JAIR SCHULZE. *Números de 2019 da Judicialização da Saúde no Brasil*. “Empório do Direito”. 02.09.2019. A liderança dos pedidos de medicamentos também é confirmada em WOLFGANG SARLET / et al. *Democracia – Separação de Poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde*, cit. (nt. 5); CNJ. *Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade*. Brasília: CNJ, 2021.

¹⁴ Cf. CNJ / INSPER. *Judicialização da Saúde no Brasil*, cit. (nt. 5), p. 46. Vale referir o achado, embora se tenha que considerar as ressalvas e limitações metodológicas apontadas no estudo.

¹⁵ Cf. CNJ / INSPER. *Judicialização da Saúde no Brasil*, cit. (nt. 5), p. 30, usando dados do painel justiça em números.

¹⁶ FABIOLA SULPINO VIEIRA. *Direito à Saúde no Brasil*, cit. (nt. 12), p. 31 ss.

¹⁷ Cf. TCU. *Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde*. Ficha síntese. Brasília: TCU, 2017.

do direito à saúde como direito fundamental social (artigo 6º CF, especialmente tendo em vista a sua posição no capítulo II do título II da CF)¹⁸, aplicando-se, em termos substanciais, o mesmo regime jurídico qualificado de proteção e força normativa assegurado aos demais direitos fundamentais, designadamente, os direitos civis e políticos¹⁹.

Nesse sentido, destaca-se o reconhecimento, pela literatura majoritária e pela jurisprudência, da sua condição de direito subjetivo, a vinculação direta dos atores estatais, os níveis de proteção reforçados em face de intervenções restritivas, incluindo a sua condição de limite material ao poder de reforma constitucional, ademais dos diversos desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais²⁰.

A ampliação do acesso ao sistema de justiça (proteção judiciária) promovida pela CF, em especial no que diz respeito ao maior poder e independência atribuída ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e às demais funções essenciais à Justiça (Defensoria Pública, Advocacia Pública e Privada) são uma evolução de grande impacto e relevância. Igualmente, o incremento da assistência judiciária gratuita, da tutela processual coletiva e dos mecanismos de acesso ao STF são mecanismos criados para a proteção e promoção de direitos e contribuem decisivamente para o aumento do número de demandas judiciais²¹.

As bases do SUS encontram-se fixadas já na própria CF, designadamente, nos artigos 196, 197, 198, 199 e 200. O artigo 196 da CF traz as diretrizes mais básicas ao caracterizar a saúde como um direito de todos e um dever do estado, a ser garantido por meio de políticas econômicas e sociais para diminuir os riscos à saúde e para garantir um *acesso universal e igualitário*. O artigo 198 da CF dispõe sobre os serviços públicos de saúde, estabelecendo algumas diretrizes: *a formação de uma rede regional e hierarquizada; a unidade; a descentralização com direção única em cada nível federativo* (Ministério da Saúde no nível federal, secretarias de saúde no nível estadual e igualmente as secretarias de saúde dos municípios); *integralidade*

¹⁸ Cf. INGO WOLFGANG SARLET / MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*, cit. (nt. 6).

¹⁹ Cf., por todos, INGO WOLFGANG SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG. *Direitos Sociais São Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

²⁰ Cf. INGO WOLFGANG SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit. (nt. 19) p. 288 ss.

²¹ Nesse sentido veja-se por exemplo: DANIELA MONTEIRO GABBAY / LUCIANA GROSS CUNHA. *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça*. Relatório Final de Pesquisa (Edital de Seleção nº 01/2009 do CNJ). SP: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de SP, 2010, p. 160 ss.

do atendimento, com prioridade para a prevenção, sem prejuízo para os serviços de assistência à saúde e, por fim, *participação da comunidade*²².

O artigo 199, *caput*, da CF apresenta a abertura ao setor privado para a prestação de serviços de saúde (denominado no Brasil de *saúde suplementar*, que é completamente privado e sujeito ao pagamento do preço), indicando que não há uma completa estatização do setor. Ao mesmo tempo o artigo apresenta a possibilidade de as instituições privadas prestarem serviços ao SUS e atenderem a população, por meio de contrato público e obedecendo aos princípios do SUS (artigo 199 § 1º da CF), incluindo aqui a gratuidade para o usuário²³ (aqui se fala de uma *função complementar* dos prestadores privados de serviços de saúde).

O artigo 197 da CF, ao atribuir relevância pública aos serviços de saúde, se coloca no centro tanto do sistema público como do sistema privado de saúde. Ao poder público cabe a regulação, o controle e a execução direta dos serviços de saúde ou por meio de prestadores privados. A referência aqui não é somente aos privados que, por meio de contrato público, prestam serviços ao SUS e atendem a população, mas também ao ramo dos planos, seguros e demais prestadores de serviços exclusivamente privados de saúde. Nesse último caso, permanece a regulação, a fiscalização e o controle em decorrência do dever do Estado com relação à saúde. De outro lado, também há indicativos de limites para a interação público-privado, o que aparece expressamente na proibição de subvenção pública às instituições privadas que objetivem o lucro (artigo 199, § 2, da CF)²⁴.

²² Um resumo geral, por meio de um quadro e síntese, acerca das diretrizes do SUS e da sua estrutura federativa, inclusive considerando os órgãos colegiados de tomada de decisão e que buscam viabilizar a participação da comunidade encontra-se em: INGO WOLFGANG SARLET. *Relações Interfederativas no Contexto da COVID-19: o papel de cada ente federado e seu desempenho*. In Alethele de Oliveira Santos / Luciana Toledo Lopes (Orgs.). *Competências e Regras*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2021, pp. 12-34. Coleção Covid-19, vol. 3. Considerando as instâncias de decisão, da fase de pesquisa até a inserção de novas terapias no SUS, encontra-se um panorama em: JEFERSON FERREIRA BARBOSA. *O Processo da Incorporação de Novas Tecnologias no Sistema Público de Saúde*. In Ingo Wolfgang Sarlet / Regina Linden Ruaro / Augusto A. F. Leal (Orgs.). *Direito, Ambiente e Tecnologia: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Molinaro*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, pp. 747-768, p. 750 ss. Cf. também com relação às diretrizes do SUS: MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO. *Direito à Saúde*. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 94 ss. e p. 136 ss.

²³ Cf. artigo 43 da Lei 8080/90 e artigo 2º, I, da LC 141/2012.

²⁴ JEFERSON FERREIRA BARBOSA. *Grenzziehung und Verhältnis zwischen der privaten Krankenversicherung und der öffentlichen Absicherung gegen Krankheit in Deutschland und in Brasilien*. Tese de Doutorado, Universität Regensburg, 2018, p. 39 ss. Embora não possamos aprofundar no tema cabe referir que a interação entre o setor público e o privado, assim como os seus limites, é objeto de dificuldades e discussões.

Não será possível aprofundar neste artigo as problemáticas da interação público-privado no âmbito do direito à saúde, mas cabe mencionar que está nas bases do nosso sistema de saúde. Igualmente digno de nota referir que a diretriz legal (artigo 3 da Lei 8080/90) aponta que os níveis de saúde são expressão da organização social e econômica do Brasil. Eles possuem condicionantes sociais (dentre elas, a moradia, a alimentação, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais). E na saúde estão incluídas as ações para o bem-estar físico, mental e social. Com isso, fica caracterizada a adoção, pelo Brasil, do conceito de saúde estabelecido pela OMS²⁵. A crítica central, no sentido de que tal conceito transforma todos os países, mesmo os ricos, necessariamente em eternos devedores²⁶, não é supérflua, no entanto convém lembrar que sua principal função é orientar adoção de medidas que busquem uma sinergia entre as políticas, que estejam de acordo com o desenvolvimento social e econômico do país e que busquem o aperfeiçoamento dos sistemas de saúde²⁷.

Ao longo de toda a trajetória, uma série de dificuldades de natureza econômica, social, política e jurídica relacionadas à proteção e promoção do direito à saúde e à efetividade do sistema de saúde como um todo, foram sendo registradas. Nesse contexto é inviável oferecer mesmo que uma visão superficial relativamente completa, de tal sorte que somente alguns exemplos – selecionados pela sua relevância, em especial no concernente à judicialização – poderão ser apresentados.

Na perspectiva da exigibilidade, pela via judicial, de bens e serviços em matéria de saúde, que aqui é priorizada, dado o enfoque do presente texto, ao longo da evolução acima retratada, uma série de dificuldades e problemas, de natureza fática e jurídica, foram sendo identificados, gerando maior ou menor controvérsia. Nesse contexto, se situam também as questões relativas aos argumentos esgrimidos a favor ou contra a possibilidade de o cidadão buscar pela via judiciária a proteção do direito à saúde, em especial quando se trata de demandas voltadas contra o poder público.

Algumas das principais objeções, advindas tanto da esfera dos gestores estatais, quanto de setores da literatura especializada, são recorrentes e compartilhadas, em maior ou menor medida, em outras ordens jurídicas. Dentre elas, destacam-se as

²⁵ Cf. WHO, Constitution of the WHO. Cf. o preâmbulo.

²⁶ Cf. por exemplo: AUDREY R. CHAPMAN. Introduction. In Audrey R. Chapman (ed.). *Health care reform: a human rights approach*. Washington, DC: Georgetown University Press, 1994, p. 8 ss.

²⁷ Cf. DANIEL TARANTOLA / et al. *Human rights, health and development*. Technical Series paper # 08.1. Australia: University of New Wales, 2008.

teses da ilegitimidade democrática do Poder Judiciário para definir, à revelia do Legislador e da Administração Pública, o conteúdo do direito à saúde, argumento que guarda relação direta (embora com ele não se confunda propriamente) com o da separação dos poderes²⁸. Também a alegação do caráter programático das normas que definem direitos sociais, no sentido de direitos a prestações estatais, ou mesmo – numa versão constitucionalmente mais consistente – de que se trata de normas definidoras de fins e tarefas estatais (normas-objetivo), carentes de interposição legislativa²⁹, embora bastante enfraquecida, segue atual. Soma-se a isso o limite da assim chamada reserva do possível, na sua dupla dimensão fática e jurídica, ademais do argumento de que a judicialização cria problemas de isonomia (beneficiando apenas aos que logram o acesso ao sistema judiciário, em detrimento dos que seguem a via administrativa) e impacta a funcionalidade do sistema de saúde. Além disso, a ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário é frequentemente invocada³⁰.

Mas também existem relevantes problemas e disfunções na esfera político-administrativa, vinculados à gestão do sistema de saúde, aqui compreendida em sentido amplo. Aqui podem ser referidos, entre outros, os aspectos ligados ao histórico e cada vez mais grave subfinanciamento do sistema de saúde pública, incluindo o descumprimento dos mínimos de investimento previstos na CF, a deficitária e mal equacionada articulação entre o sistema público e o setor privado da saúde suplementar, a falta de transparência, as desigualdades regionais, o desperdício e mesmo os desvios de recursos e a corrupção, o desabastecimento, etc³¹. As deficiências em matéria de investimento de recursos (financeiros,

²⁸ Cf. DANIEL WEI LIANG WANG. *Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde*. “Revista Estudos Institucionais”, vol. 7, nº 2, 2021, pp. 849-869.

²⁹ Cf. JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES. *Direitos Sociais*, cit. (nt. 6), p. 229 ss.

³⁰ Cf. OCTÁVIO LUIZ MOTTA FERRAZ. *Social Rights, Judicial Remedies and the Poor*. “Washington University Global Studies Law Review”, vol. 18, nº 3, 2019, pp. 569-579; DANIEL WEI LIANG WANG. *Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde*. “Revista Estudos Institucionais”, vol. 7, nº 2, 2021, pp. 849-869; OCTÁVIO LUIZ MOTTA FERRAZ. *Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil*. “Revista Direito GV”, vol. 15, nº 3, 2019, pp. 1-39; DANIEL WEI LIANG WANG. *Priority-setting and the Right to Health: Synergies and Tensions on the Path to Universal Health Coverage*. “Human Rights Law Review”, vol. 20, 2020, pp. 704–724.

³¹ Cf. focado no contexto da pandemia e indicando a continuidade dos déficits no financiamento e das desigualdades regionais: GUSTAVO ANDREY DE ALMEIDA LOPES FERNANDES / BLENDIA LEITE SATURNINO PEREIRA. *Os desafios do financiamento do enfrentamento à COVID-19 no SUS dentro do pacto federativo*. “Rev. Adm. Pública”, vol. 54, nº 4, 2020, pp. 595-613. No combate à pandemia, por exemplo, foi desaconselhada uma fila única geral, incluindo vagas públicas e privadas, para a gestão de leitos de UTI, tendo em vista a descoordenação entre saúde pública e privada: ALEXANDRE

institucionais, humanos) já se verifica na própria fase da pesquisa e formação de quadros suficientes em termos quantitativos e qualitativos.

Além disso, existem problemas de organização e coordenação, a exemplo do que se dá com os fóruns de discussão e decisão sobre as políticas de saúde, que apresentam déficits de cooperação, de formação de seus membros e na estruturação de pautas com um mínimo de simetria³². Um outro exemplo de dificuldade é a baixa disponibilidade mesmo de medicamentos que fazem partes das listas do SUS e que deveriam ser disponibilizados nos serviços públicos de saúde³³.

À vista do exposto, se por um lado, o controle judicial apresenta suas dificuldades e não se mostra imune a críticas, não sendo a esfera apropriada e preparada para a formatação de políticas públicas, de outro lado é difícil abrir mão de tal intervenção, sabendo da existência de déficits consideráveis³⁴.

O fato é que, a exemplo do já demonstrado, a procura da via judicial segue intensa, o que em grande medida se dá como reação às disfunções que se verificam no sistema de saúde público e privado.

No que diz respeito ao papel do Poder Judiciário, aqui representado pelo STF, é possível afirmar que houve, também por influência do processo político-administrativo

MARINHO. *A proposta de adoção de fila única nas unidades de terapia intensiva e nas demais internações hospitalares, durante a pandemia de COVID-19 no Brasil*. Nota técnica 65. Ipea: maio de 2020. Um problema frequentemente apontado (inclusive com investigações e até processos judiciais em andamento) diz respeito aos hospitais de campanha criados para atender os pacientes contaminados pela COVID-19, visto que em alguns existem suspeitas e acusações de corrupção, desperdício e má gestão dos recursos, sendo que em alguns casos tais hospitais sequer chegaram a funcionar: Cf. por exemplo ESTADO DE MINAS GERAIS. *Hospitais de campanha já vivem impasse*. 09.09.2020. Estudo sobre as regiões que compõe o sistema de saúde descentralizado, por exemplo, constatou que em mais de um quarto das regiões verificadas não havia UTIs, existindo grandes vazios de cobertura nas regiões norte, nordeste e centro-oeste: MARGARETH CRISÓSTOMO PORTELA / et al. *As regiões de saúde e a capacidade instalada de leitos de UTI e alguns equipamentos para o enfrentamento dos casos graves de Covid-19*. Nota Técnica 2. RJ: ENSP/Fiocruz, 20 de abril de 2020.

³² Cf. JEFERSON FERREIRA BARBOSA. *O Processo da Incorporação de Novas Tecnologias no Sistema Público de Saúde*, cit. (nt. 22), em especial p. 758 ss.

³³ Cf. RENATA C. R. MACEDO DO NASCIMENTO / et al. *Availability of essential medicines in primary health care of the Brazilian Unified Health System*. “Revista de Saúde Pública”, vol. 51, nº 2, 2017, p. 1-11; Cf. AUGUSTO AFONSO GUERRA JR. / et al. *Disponibilidade de medicamentos essenciais em duas regiões de Minas Gerais, Brasil*. “Rev. Panam. Salud Publica”, vol. 15, nº. 3, 2004, pp. 168-175. A imprensa também noticia frequentemente sobre a falta de medicamentos, muitos deles para tratar doenças gravíssimas como o câncer. Para um exemplo recente veja: ALEXANDRE HENDERSON. *Pacientes com câncer param tratamento por falta de medicamentos no Hospital Federal do Andaraí, no Rio*. G1. 22.07.2021.

³⁴ Cf. JEFERSON FERREIRA BARBOSA. *Grenzziehung und Verhältnis zwischen der privaten Krankenversicherung und der öffentlichen Absicherung*, cit. (nt. 24), nota de rodapé 103.

e pela literatura jurídica, uma evolução significativa, especialmente quanto aos argumentos e critérios utilizados para o julgamento das ações judiciais.

Não sendo o caso aqui de apresentar um inventário minucioso da jurisprudência do STF sobre o direito à saúde (e o sistema de saúde como um todo), aproveita-se, contudo, para referir, em caráter ilustrativo, mas representativo da orientação atualmente prevalente, o julgamento da STA 175, em março de 2010³⁵. Neste caso, embora não se tenha tratado de decisão final, já que proferido em sede de STA, confirmando decisão precária das instâncias ordinárias, foram revisitados, agregados e sistematizados importantes argumentos e critérios no que diz com a exigibilidade do direito à saúde como direito subjetivo. Em síntese, podem ser destacados os seguintes pontos:

a) o direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível);

b) a responsabilidade do Estado é solidária, abrangendo todos os entes da Federação³⁶;

c) embora em regra o objeto do direito à saúde deva ser estabelecido pelos órgãos politicamente legitimados (Legislativo e Executivo), no sentido de que aos cidadãos é assegurado um acesso igualitário e universal às prestações disponibilizadas

³⁵ Acórdão do STF; Agravo Regimental na STA 175 Ceará, 17.03.2010, in DJE 76, 30.04.2010.

³⁶ Tal entendimento foi reafirmado pelo Acórdão do STF; Embargos de Declaração no RE 855.178 SE, 23.05.2019, DJE 90, 16.04.2020, onde venceu a tese de que, em decorrência da competência comum, os entes da Federação são solidariamente responsáveis para responder as demandas prestacionais na área da saúde, competindo ao Poder Judiciário, em face dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. Note-se que restaram vencidos, no mérito, o Relator, que reformulou seu voto, bem como os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Dias Toffoli, segundo os quais a demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento, constante das políticas públicas, deve ser proposta em face da pessoa política com competência administrativa para o fornecimento, dispensação daquele medicamento, tratamento ou material, ressalvada, em todos os casos, a responsabilidade subsidiária da União. Acrescente-se que os autores sempre divergiram da orientação dominante em prol da solidariedade passiva irrestrita, tal como afirmada no julgamento referido, porquanto tal solidariedade é mitigada e carece de ser conciliada com a repartição de competências legislativas e administrativas e densificada pela legislação infraconstitucional, de modo a racionalizar e dar eficácia ao sistema de saúde em observância aos princípios diretivos do SUS. Nessa linha, v. a obra resultante de dissertação de mestrado, de autoria do autor JEFERSON FERREIRA BARBOSA. *Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição Brasileira*, cit. (nt. 3), orientada pelo autor Ingo Sarlet.

pelo SUS, em caráter excepcional, notadamente quando em causa o direito à vida com dignidade, o Estado tem o dever de disponibilizar os bens e serviços correspondentes;

d) a desproporcional afetação do sistema de saúde e o comprometimento da ordem pública (inclusive das diversas dimensões da reserva do possível) devem ser demonstrados pelo Poder Público;

e) há que distinguir entre medicamento novo e experimental, no sentido de que novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes (protocolos de pesquisa) e não liberados para venda. A partir de tal distinção, o STF entendeu que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela Anvisa ou inserido na lista pelas autoridades da área da saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional (v. item *c, supra*), ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até mesmo pelo fato de não haver certeza quanto à segurança para o próprio autor da demanda.

Aliás, especialmente quanto ao critério acima referido (distinção entre medicamento novo e experimental) e à necessidade, em regra, de análise e autorização pela Anvisa, calha invocar recente e paradigmática decisão do STF (ADI 5.501 MC/DF, medida liminar julgada em 19.05.2016). A referida decisão suspendeu, em sede de liminar e por maioria de votos, a eficácia da Lei 13.269/2016, que autorizava o uso do medicamento fosfoetanolamina (a “pílula do câncer”, como ficou difundido publicamente) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, bem como da ausência de registro sanitário perante o órgão competente. No caso, o medicamento referido – quando de sua dispensação anterior, com base em decisão monocrática anterior do STF e uma série de decisões judiciais nas instâncias ordinárias – sequer estava sendo testado com base nos protocolos oficiais para pesquisas em seres humanos e de certo modo não poderia ser designado propriamente de experimental no sentido técnico do termo, contrariando, de tal sorte, os próprios precedentes do STF, designadamente a STA 175, já referida.

Convém sublinhar que tal orientação, em termos gerais – no que diz com a excepcionalidade da imposição ao Poder Público de prestações (em especial medicamentos) não previstas no sistema de políticas públicas já praticadas (com destaque para a legislação do SUS), tem sido mantida pelo STF, que segue sendo constantemente provocado a se posicionar sobre o tema, como dão conta os julgamentos do RE 566.471/RN, bem como do RE 657.718/MG. Em ambos os

casos foi reconhecida a Repercussão Geral das matérias discutidas, designadamente a possibilidade de se obrigar o Poder Público, pela via judicial, a dispensar medicamentos de alto custo para doenças raras não incorporadas à lista correspondente elaborada pelo Ministério da Saúde e veiculada mediante Portaria (RE 566.471/RN) e medicamentos não aprovados e registrados pela Anvisa (RE 657.718/MG).

No primeiro recurso (RE 566.471), considerou que, de modo a ser possível obrigar o Poder Público a prover medicamentos de alto custo não incorporados ao sistema do SUS, devem estar presentes os requisitos da indispensabilidade do medicamento e da incapacidade financeira do autor e de sua família, pois há de ser demonstrado que em causa está a garantia do mínimo existencial. Exige, além disso, a demonstração da efetiva necessidade e impossibilidade de custeio pelo requerente ou familiares (em termos analógicos ao da obrigação alimentar civil), em homenagem ao princípio (e dever) de solidariedade. Ainda, no caso concreto tais requisitos foram atendidos, mas ressaltou que em regra a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas deve ser mínima e excepcional.

No julgamento houve voto-vista pelo desprovimento do recurso pelo fato de, no curso da ação, o medicamento ter sido aprovado pela Anvisa e incorporado à lista de medicamentos do SUS. Mas frisou que, no caso de medicamentos não incorporados ao sistema, deverá ser observado rigorosamente, para manter o caráter excepcional de tal tipo de situações, um conjunto de critérios materiais e procedimentais. Por sua vez, outro ministro se posicionou pelo parcial provimento do RE, entendendo ser procedente a alegação do estado-membro no sentido de que não poderia ser condenado a custear sozinho o medicamento, sendo necessário que a União integre o polo passivo. Ademais disso, além de sugerir critérios (em parte distintos e complementares daqueles sugeridos pelos Ministros que o antecederam), propôs que fossem preservados os efeitos das decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias que versem sobre questão constitucional submetida à Repercussão Geral, inclusive as sobrestadas até a data do respectivo julgamento do mérito, ainda não concluído.

Já no julgamento do RE 657.718/MG, julgado em 22.05.2019, esteve em causa a possibilidade de o Poder Público ser compelido ao fornecimento de medicamentos não previamente aprovados pela Anvisa. Em apertada síntese, por maioria de votos³⁷, o STF decidiu que “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Anvisa impede,

³⁷ Dois ministros se posicionaram por negar provimento ao recurso, mediante o argumento de que o registro do medicamento na Anvisa é condição inafastável para se concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento.

como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (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 regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

Note-se, ainda, que – de acordo com o STF no mesmo julgamento – em se tratando de doenças raras e ultrarraras, é possível, em caráter excepcional, que o Estado seja compelido a fornecer o medicamento independentemente do registro, porquanto também se verifica, em muitos casos, que o laboratório não tem interesse comercial em pedir o registro.

Os critérios que têm sido estabelecidos pelo STF, asseguram em princípio uma orientação mais sólida para os demais juízes e tribunais e tornam suas decisões em geral mais solidamente fundamentadas, previsíveis e controláveis. Tais aspectos representam um ganho substancial, mas não necessariamente implicam redução do número de ações e nem mesmo afastam a correção de parte das críticas que têm sido esgrimidas em relação à judicialização da saúde.

Registre-se, outrossim, que as objeções/críticas referidas não afastam a possibilidade de se pleitear em Juízo a satisfação de bens e serviços destinados a salvaguardar o direito à saúde, mesmo nos casos de medicamentos não incorporados ao SUS e/ou não aprovados pela Anvisa, mas apontam para a necessidade de contínua reflexão e aperfeiçoamento de critérios e instrumentos. De especial relevância são medidas (de todos os atores públicos, mas também da sociedade civil) destinadas a combater a má governança, incluindo a corrupção, o desperdício, a falta de racionalização e de planejamento, o financiamento insuficiente, a falta de informações adequadas e de transparência, entre outros fatores, sem o que uma efetividade desejável do direito à saúde (aliás, de todos os direitos fundamentais) não será jamais – com ou sem atuação do Poder Judiciário – alcançada.

Não seria realista, ao fim e ao cabo, querer a absoluta eliminação das intervenções do Judiciário, mas também não se revelaria razoável apostar em uma política de saúde corrigida e guiada substancialmente por decisões judiciais. O amadurecimento da jurisprudência, por meio do reconhecimento gradual de critérios para a concessão ou denegação de pleitos, comunica um gradual reconhecimento da necessidade de um caminho intermediário, de um caminho de prudência.

3. As medidas de enfrentamento da Covid-19 e das suas consequências

A pandemia gerada pela Covid-19 foi notificada pela primeira vez no Brasil em março de 2020, e desde então tem produzido impactos massivos em amplos setores da sociedade. Tem demandado medidas não apenas para a proteção da saúde pública, mas também exigido ações para apoiar a economia e a sociedade. As medidas adotadas pelas instâncias governamentais brasileiras para lidar com a crise, a exemplo do que se verificou em escala mundial, são múltiplas e heterogêneas, podendo, contudo, ser enquadradas em três grupos: (1.) isolamento e distanciamento social (2.) aumento da capacidade dos serviços de saúde e (3.) auxílio financeiro para a população, empresas, estados e municípios³⁸.

O combate mais direto da pandemia é regulado pela Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que contém diretrizes sobre quarentena e isolamento, uso obrigatório de máscaras, exames, tratamentos e vacinas, restrições à locomoção, atividades essenciais, expropriação de bens privados e regras mais flexíveis para licitações e importações³⁹.

Essa lei deixa claro os desafios da coordenação: (i.) entre os diferentes entes federados, (ii.) entre o setor público e o privado e (iii.) entre diferentes atividades na sociedade. Isso fica destacado tendo em vista que a restrição em rodovias, portos e aeroportos requer a ação de três ministérios (do Governo Federal) e recomendação técnica da Anvisa (entrada e saída do País ou entre estados) ou do órgão estadual de vigilância sanitária (locomoção interestadual). Multas devem ser estabelecidas e regulamentadas pelos entes federados. Há obrigatoriedade, em nível nacional, do uso de máscaras em espaços com acesso ao público, em vias públicas, em transportes remunerados e locais de reunião. Há dever de fornecimento de máscaras pelo empregador, dever de higienizar e disponibilizar álcool em gel, dever de comunicação às autoridades. Além de atividades expressamente reconhecidas como serviços públicos e atividades essenciais, há também a determinação de que restrições não atrapalhem o abastecimento de produtos.

A crise sanitária começou a se intensificar em março de 2020. O Governo Federal reconheceu o estado de calamidade pública por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020⁴⁰. Da mesma forma, estados e municípios passaram a reconhecer formalmente a situação⁴¹. É possível afirmar que, em um primeiro

³⁸ Cf. ROBERTO ROCHA C. PIRES. *Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19*. Nota Técnica 33. Ipea, abril de 2020.

³⁹ Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei 13.979/2020).

⁴⁰ Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020.

⁴¹ ANA KARINE PEREIRA / MARÍLIA SILVA OLIVEIRA / THIAGO DA SILVA SAMPAIO. *Heterogeneidades das políticas estaduais de distanciamento social diante da COVID-19: aspectos políticos e técnico-administrativos*. "Rev. Adm. Pública", vol. 54, nº 4, 2020, pp. 678-696.

momento, não houve extenso planejamento, contemplando critérios para divisão de estados em áreas geográficas, possibilitando medidas mais rigorosas em áreas de maior exposição, nem previsão de diretrizes para suspensão e retomada das atividades. Posteriormente houve um aperfeiçoamento com a relação a tais critérios, todavia com variações entre os entes federados⁴². Tais variações têm relação com: (1) uma fraca coordenação nacional; (2) uma forte liderança dos estados; e (3) ao conflito entre o Presidente e seu Ministro da Saúde, em um primeiro momento, e ao conflito entre o Presidente e governadores, que se seguiu. Esses focados na proteção da saúde pública, aquele na proteção da economia⁴³.

Uma pesquisa que investigou os meses iniciais da emergência sanitária, registrou um repasse pelo Governo Federal de aproximadamente R\$ 9,5 bilhões a estados municípios e DF e constatou a existência de engessamento para o uso dos recursos. Verificou também a abertura de recursos adicionais no valor de R\$ 38,96 bilhões ao Ministério da Saúde e chegou à conclusão de que o aumento ocorreu em boa parte por remanejamento de verbas do próprio ministério, tendo em vista que o aumento real das verbas foi de apenas 21,95%. Além disso, foram verificados três repasses específicos realizados pelo ministério a estados e municípios, sendo que no terceiro, o maior, de R\$ 3,9 bilhões, houve mudança de critérios e não foram consideradas as desigualdades regionais e os vazios assistenciais⁴⁴.

Uma análise da dimensão financeira e de alocação de recursos, já demonstra as dificuldades para aumentar a capacidade dos serviços de saúde no Brasil. A pesquisa antes referida encontrou sinais de continuidade do financiamento insuficiente e de que os recursos são distribuídos de acordo com os critérios de população, produção de riquezas e número de leitos de internação, destacando a pouca aderência a critérios epidemiológicos. Razões políticas também impediram que municípios recebessem verbas destinadas por parlamentares (emendas parlamentares)⁴⁵.

⁴² RODRIGO FRACALOSSO DE MORAES / LARA LÍVIA S. SILVA / CRISTIANA M. TOSCANO. *Covid-19 e Medidas de Distanciamento Social no Brasil: Análise Comparativa dos Planos Estaduais de Flexibilização*. Nota Técnica 25. Ipea, agosto de 2020.

⁴³ ANA KARINE PEREIRA / MARÍLIA SILVA OLIVEIRA / THIAGO DA SILVA SAMPAIO. *Heterogeneidades das políticas estaduais*, cit. (nt. 42).

⁴⁴ GUSTAVO ANDREY DE ALMEIDA LOPES FERNANDES / BLENDIA LEITE SATURNINO PEREIRA. *Os desafios do financiamento do enfrentamento à COVID-19 no SUS dentro do pacto federativo*. “Rev. Adm. Pública”, vol. 54, nº 4, 2020, pp. 595-613.

⁴⁵ GUSTAVO ANDREY DE ALMEIDA LOPES FERNANDES / BLENDIA LEITE SATURNINO PEREIRA. *Os desafios do financiamento do enfrentamento à COVID-19 no SUS dentro do pacto federativo*, cit. (nt. 45).

Um estudo tendo como objeto as regiões que compõe o sistema de saúde descentralizado constatou que em mais de um quarto das regiões verificadas não havia UTIs, existindo grandes vazios de cobertura nas regiões norte, nordeste e centro-oeste⁴⁶. Embora essa constatação tenha sido feita no período inicial da crise, os indícios são de uma dificuldade persistente. Um problema frequentemente apontado (inclusive com investigações e até processos judiciais em andamento) diz respeito aos hospitais de campanha criados para atender os pacientes contaminados pela Covid-19, visto que em alguns existem suspeitas e acusações de corrupção, desperdício e má gestão dos recursos, sendo que há casos em que tais hospitais sequer chegaram a funcionar⁴⁷.

Mesmo em meio às incertezas, discussões e confrontos, ocorreram ações de combate e apoio por parte da União, que incluíram auxílio aos demais entes federados com a possibilidade de suspensão de dívidas e a entrega de recursos, totalizando (R\$) 60 bilhões em 4 parcelas⁴⁸, e diante da perspectiva de queda significativa na arrecadação, foi estabelecido o valor de (R\$) 16 bilhões para compensar as perdas dos entes federados⁴⁹. Dirigido ao setor privado, em 2020, foi aberta linha de crédito, com um fundo total de R\$ 17 bilhões, para que empregadores pudessem financiar até 100% dos salários por quatro meses e até dois salários mínimos por empregado, aos empresários que cumprissem os requisitos previstos⁵⁰.

Também foi estabelecido um benefício emergencial a ser pago aos empregados nos casos de redução proporcional da jornada de trabalho e de suspensão temporária do contrato de trabalho, o benefício se orientou pelo valor do seguro desemprego que o empregado receberia e buscou compensar a perda da renda⁵¹. Para trabalhadores desempregados, microempreendedores individuais e trabalhadores informais foi estabelecido, em 2020, um auxílio emergencial de R\$ 600 por três meses⁵², que posteriormente foi prorrogado até o final do ano, mas com parcelas reduzidas a R\$ 300 mensais⁵³.

⁴⁶ MARGARETH CRISÓSTOMO PORTELA / et al. *As regiões de saúde e a capacidade instalada de leitos de UTI e alguns equipamentos para o enfrentamento dos casos graves de Covid-19*. Nota Técnica 2. RJ: ENSP/Fiocruz, 20 de abril de 2020.

⁴⁷ ESTADO DE MINAS NACIONAL. *Hospitais de campanha já vivem impasse*. 09.09.2020.

⁴⁸ LC 173, de 27 de maio de 2020.

⁴⁹ Lei 14.041, de 18 de agosto de 2020; Exposição de Motivos da Medida Provisória 938, de 02 de abril de 2020.

⁵⁰ Lei 14.043, de 19 de agosto de 2020 (Lei 14.043/2020).

⁵¹ Cf. Artigo 5º I e II e artigo 6º da Lei 14.020, de 06 de julho de 2020. O benefício está incluído em um conjunto de medidas de um Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda.

⁵² Lei 13.982, de 02 de abril de 2020.

⁵³ Medida Provisória 1000, de 02 de setembro de 2020.

O auxílio foi retomado em 2021, por quatro meses, com valores variáveis de R\$ 150, 250 ou 375⁵⁴. Importante mencionar a existência de medidas especiais para o setor da cultura e medidas específicas para o combate da pandemia em territórios indígenas, comunidades quilombolas e de pescadores artesanais, previstas em lei de julho de 2020⁵⁵.

Além do histórico de judicialização da saúde e dos desdobramentos políticos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, na Federação Brasileira, o Poder Judiciário vem desempenhando um papel central nos direcionamentos do combate à pandemia no nosso País.

4. Principais problemas enfrentados no (e pelo) STF

No presente capítulo busca-se identificar e discutir os principais problemas enfrentados no STF, com relação aos desdobramentos do direito à saúde no contexto da pandemia. Em um primeiro momento o que chama a atenção é o aspecto quantitativo. Em 04.11.21 tramitavam 9.849 processos no STF classificados como ações sobre a Covid-19 e 12.804 decisões. 5.708 processos eram classificados como de alta complexidade, grande impacto e repercussão, 3.038 processuais penais e 385 como direito administrativo e outras matérias de direito público⁵⁶. A dimensão impactante desses números fica ressaltada pelo fato de estarem diretamente relacionados com problemas gerados pela pandemia, atingindo o setor público e/ou o privado, o que indica quantidade ainda maior de demandas nas demais instâncias judiciárias. Tais evidências apontam para uma significativa judicialização.

Um segundo aspecto assume uma natureza qualitativa. As decisões a serem discutidas na próxima seção, abrangem, entre outros, conteúdos muito diferenciados, como é o caso de (1) finanças públicas; (2) competências; (3) requisições de equipamentos para UTI e de estruturas; (4) leitos de UTI com custeio e financiamento pela União; (5) Fornecimento de Oxigênio; (6) restrição de serviços, comércio e de atividades essenciais; (7) uso de máscara⁵⁷; (8) plano de distanciamento social

⁵⁴ Medida Provisória 1039, de 18 de março de 2021.

⁵⁵ Lei 14.017, de 29 de junho de 2020 (Lei 14.017/2020). Lei 14.021, de 07 de julho de 2020 (Lei 14.021/2020). Outras medidas de apoio podem ser vistas em: INGO WOLFGANG SARLET. *Social Security in Brazil in the Context of Social Insurance Reform and the COVID-19 Pandemic*. “Social Law Reports”. Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, nº. 07, 2020, no prelo.

⁵⁶ STF, *Painel de Ações COVID-19*. Acesso em: 04.11.2021.

⁵⁷ Aqui, já adiantando, o destaque seria: Decisão Monocrática no STF; MC na ADPF 714 DF, 715 e 718, 03.08.2020, DJE 194, 05.08.2020, referendada no Pleno: Acórdão do STF; ADPF 714 DF, 05 a 12.02.2021, DJE 35, 25.02.2021. O Presidente vetou alguns dispositivos de lei a respeito do

e flexibilizações de restrições; (9) restrição à circulação e ao transporte; (10) vacinação; (11) proteção de grupos vulneráveis; (12) decisões judiciais que impõe regras ou criam exceção; (13) divulgação de dados epidemiológicos; (14) responsabilidade de agentes públicos; (15) acesso à informação e proteção de dados pessoais. Mesmo essa redução, não exaustiva, dos casos a alguns temas, deixa clara a multiplicidade, heterogeneidade e complexidade dos desafios gerados por decisões que possuem efeito em diversos setores da sociedade.

De um lado é importante registrar, de forma sintética e esquemática, a abrangência das matérias discutidas, por outro, na exploração mais detida dos temas, encontra-se neles um elemento comum, a exemplo de um fio condutor, qual seja, o contexto federativo. Como federação compreende-se aqui tanto o aspecto mais comum da divisão vertical do poder entre a União, estados e municípios, como igualmente a separação horizontal nas funções executiva, legislativa e judiciária, contextualizadas com o dever de cooperação⁵⁸. Por esse motivo, os casos investigados serão apresentados e discutidos sob o enfoque do (des)equilíbrio de poderes e da moderação de conflitos federativos. Ainda nesta perspectiva, serão exploradas igualmente manifestações mais específicas das questões levantadas, nomeadamente: 1 – os aspectos relativos aos espaços de omissão, e 2 – deveres de articulação e de cooperação em casos específicos. Na sequência, segue uma breve reflexão sobre o papel do STF com relação ao direito à saúde em tempos de pandemia.

4.1. (Des)equilíbrio de poderes e moderação de conflitos federativos

A judicialização das medidas de enfrentamento da pandemia tornou mais visíveis alguns problemas históricos, dentre eles os questionamentos sobre a legitimidade do Poder Judiciário na resolução dos problemas federativos e na sua relação com os demais Poderes. Em especial se reconhece a crescente autoridade que o STF vem exercendo sobre os demais níveis do Judiciário e mesmo o aumento do seu poder em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, fenômeno que já foi inclusive designado de “supremocracia”⁵⁹.

Durante a pandemia, é possível afirmar que o STF não apenas tem examinado litígios e afirmado direitos, mas também intensificou a sua atuação como agente

uso de máscara – em parte foi concedida medida cautelar, por problemas formais, em parte também houve reincorporação deles à lei, tendo em vista a derrubada do veto.

⁵⁸ JEFERSON FERREIRA BARBOSA. *Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição Brasileira*, cit. (nt. 3), p. 17 ss.

⁵⁹ OSCAR VILHENA VIEIRA. *Supremocracia*. “Rev. direito GV”, vol. 4, nº 2, 2008, pp. 441-463.

político que busca preservar e expandir seu poder⁶⁰. Nesse duplo aspecto se vislumbra a Suprema Corte tendo a última palavra sobre decisões do Executivo e do Legislativo, esclarecendo o significado e o alcance das legislações dos entes federados e, na prática, dando aval para aquilo que os entes federados devem fazer, bem como para aquilo que podem ou mesmo não podem fazer. Importante lembrar aqui também a linha de confrontação e de omissão adotada pelo Executivo Federal como um importante fator no contexto do combate à pandemia. Assim, os conflitos federativos também acabam envolvendo, em grande parte dos casos, tensões e mesmo confrontos entre os poderes estatais, destaque aqui para as relações entre o Poder Judiciário, representado pelo STF, e os Poderes Legislativo e Executivo. Os exemplos que podem ser referidos são muitos e diversificados quanto ao seu conteúdo, razão pela qual seguem alguns casos, escolhidos para ilustrar o ponto e priorizando os de maior relevância e impacto:

(i) O STF esclareceu que os entes federados poderiam ultrapassar os limites legais e constitucionais com relação aos gastos e dívida pública⁶¹, embora já houvesse articulação legislativa por meio da EC 106/2020, que instituiu o regime extraordinário fiscal para atender as necessidades existentes e limitado ao período da calamidade pública⁶². Depois, ressaltou o caráter transitório dessas medidas, proibindo a assunção de gastos continuados⁶³.

A responsabilidade fiscal é um problema antigo no contexto federativo brasileiro, com especial destaque para a crise financeira dos estados. A desconfiança de que clientelismo e corrupção sejam motivos ocultos para gastos resulta de uma percepção formada ao longo do tempo, tratando-se de uma dificuldade histórica. A necessidade do Judiciário para afastar a assunção de gastos continuados ressalta a crise de papéis na relação entre os Poderes. A decisão sobre o alcance dos investimentos para combater a pandemia e seus efeitos seria tarefa estratégica básica do Poder Executivo

⁶⁰ Cf. JOÃO BIEHL / LUCAS E. PRATES / JOSEPH J. AMON. *Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil*. “Health and Human Rights Journal”, vol. 23, nº 1, 2021, pp. 151-162.

⁶¹ Acórdão do STF; Referendo na MC na ADI 6357 – DF, 13.05.2020, DJE 276, 20.11.2020.

⁶² EC 106, de 07.05.2020.

⁶³ Assim o fez ao decidir contrariamente à governo de estado que pretendia afastar limitações de despesa com pessoal, contratação, aumento de remuneração e vantagens para servidores da saúde: Acórdão do STF; ADI 6394, 23.11.2020, DJE 284, 02.12.2020. O mesmo é discutido quanto ao aumento do limite de renda para o recebimento do BPC: Decisão Monocrática no STF; MC na STP 495 RJ, 29.07.2020, DJE 193, 04.08.2020.

em diálogo com o Poder Legislativo, alcançando a União, estados e municípios⁶⁴. Cumpre também referir o aspecto positivo dos pronunciamentos judiciais acima referidos, no sentido de oferecer mais segurança aos administradores públicos em um contexto de insegurança e incerteza.

(ii) O STF reafirmou que à União compete o interesse nacional (geral), aos estados o interesse regional e aos municípios o interesse local, em um panorama de competências concorrentes (art. 23 II CF – administrativa comum; 24 XII CF – legislativa concorrente entre União e estados; 30 II CF – legislativa suplementar dos municípios)⁶⁵. O STF tem se apoiado nesses conceitos para responder às controvérsias federativas e considerou:

- a. Que a União, por meio do Congresso Nacional e da Lei 13.979/2020, age dentro da sua competência para legislar sobre vigilância epidemiológica e em favor de ações coordenadas⁶⁶.
- b. Que a União não pode regular a totalidade das medidas a serem tomadas contra a pandemia, pois deve respeitar a autonomia dos demais entes federados e porque não conhece todas as peculiaridades regionais⁶⁷.
- c. Que compete ao Presidente da República reger serviços públicos e atividades essenciais, sem excluir a competência dos demais entes federados, que permanecem podendo adotar medidas de sua competência, no que se refere a isolamento, quarentena e restrição em rodovias, portos e aeroportos internacionais, interestaduais e intermunicipais⁶⁸.
 1. Tais medidas podem ser adotadas por todos os entes federados, conforme suas competências, e não é necessário aval da União⁶⁹.
 2. Para restrições ao transporte intermunicipal e interestadual, estados e municípios apenas precisam de fundamentação técnica e garantir

⁶⁴ Na UE, por exemplo, a estratégia parece ser a de, ao mesmo tempo, combater a crise e direcionar investimentos que impactem na preparação dos seus países para o futuro, com investimentos na transição digital, ecológica e para a resiliência: CONSELHO DA UE. *COVID-19: resposta da UE às consequências económicas*. 22.06.2021.

⁶⁵ Cf. INGO WOLFGANG SARLET. *Relações Interfederativas no Contexto da COVID-19*, cit. (nt. 22); OCTÁVIO LUIZ MOTTA FERRAZ / et. al. *Brazil: Legal Response to Covid-19*. In Jeff King / Octavio Ferraz (Eds.). *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

⁶⁶ Acórdão do STF; Referendo na MC na ADI 6341 – DF, 15.04.2020, DJE 271, 13.11.2020.

⁶⁷ Acórdão do STF; Referendo na MC na ADI 6343 DF, DJE 273, 17.11.2020.

⁶⁸ Decisão Monocrática no STF; ADPF 672 DF, 08.04.2020, DJE 89, 15.04.2020.

⁶⁹ ADI 6341, cit. (nt. 67); ADI 6343, cit. (nt. 68).

- a circulação de produtos e serviços essenciais. O fechamento de fronteiras, no entanto, excederia suas atribuições⁷⁰.
3. Os estados devem ter espaço para regulamentar o transporte intermunicipal e organizar barreiras sanitárias conforme o interesse regional, sem ferir a autonomia dos municípios⁷¹.

A posição tomada pelo STF com relação às competências é vista como uma ação estratégica para corrigir a política federal de manter a economia aberta e da postura de confrontação⁷² adotada pelo Presidente da República. Ela confere mais poder a estados, municípios e ao DF, poder, todavia, limitado pela dependência de tais entes federativos dos recursos financeiros federais⁷³.

A estratégia do STF, como reconhecida pela literatura, no entanto, não revela a ocorrência de uma ruptura com a jurisprudência pretérita na interpretação das diretrizes constitucionais em geral, aqui com destaque para a separação de poderes e o sistema de repartição de competências, e sobre a judicialização da saúde em particular. Muito embora, no contexto da pandemia, tais questões estejam, como já ressaltado, em maior ou menor medida imbricados.

Em um primeiro momento, o que se vê é a latência inevitável de conflitos federativos e que leva os entes federados a disputarem e discutirem soluções na via judicial. Em segundo lugar, é possível perceber nitidamente o contexto da polarização social e política vigente, encabeçada pelo atual Presidente da República, o que potencializa tais conflitos e pode ter tornado a atuação mais intensa do STF inevitável. Além disso, a especificidade das diretrizes pode revelar tanto a falha da cooperação entre os entes, como o exercício dessa função fora do ambiente institucional apropriado. A dúvida que remanesce é no sentido de se essa atuação de fato estimula a cooperação entre União, estados e municípios, seus poderes e órgãos, ou se a tendência é a de ter um Poder Judiciário, que, ao ser provocado, se coloca acima deles e não apenas resolve a disputa, como diz especificamente o que se espera das atuações dos poderes Legislativo e/ou Executivo, bem como dos entes federativos⁷⁴.

⁷⁰ ADI 6343, cit. (nt. 68).

⁷¹ ADI 6343, cit. (nt. 68).

⁷² Verificada seja em relação aos seus dois primeiros ex-Ministros da Saúde, seja com relação aos demais entes federados.

⁷³ JOÃO BIEHL / LUCAS E. PRATES / JOSEPH J. AMON. *Supreme Court v. Necropolitics*, cit. (nt. 61), p. 155; Cf. OCTÁVIO LUIZ MOTTA FERRAZ / et. al. *Brazil: Legal Response to Covid-19*, cit. (nt. 66), n. 41 ss.

⁷⁴ Cf. por exemplo, no resumo de casos acima, o STF ao se adiantar e assinalar que se o ente federado fechar fronteiras extrapolará suas competências; Cf. também JOÃO BIEHL / LUCAS E. PRATES /

(iii) Ao examinar a constitucionalidade de medida provisória que limita a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia aos erros grosseiros, o STF qualificou os atos administrativos que dão lugar a violações do direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou a impactos adversos sobre a economia como erros grosseiros. Também determinou que se requeira opiniões que atendam aos critérios técnicos e científicos de reconhecidas instituições nacionais e internacionais e os princípios da prevenção e da precaução⁷⁵.

Uma análise de tais decisões revela que a qualificação levada a efeito pelo STF e as respectivas exigências postas relativamente aos erros grosseiros, soam razoáveis. Mas, de outra parte, dada a generalidade das prescrições da Suprema Corte, acaba implicando, em certa medida, uma invasão da liberdade de conformação legislativa. Tal invasão provoca, ademais, uma ampliação do espaço de culpabilidade e responsabilização, pois em tempos de pandemia, qualquer erro pode ser reconduzido à vida, saúde, ambiente e economia, de tal sorte que se o agente público não tiver violado as exigências da prevenção, poderá ter desatendido às da precaução.

Outro ponto a ser destacado, ainda nesse contexto, é que a avaliação de atos/omissões dos demais poderes pelo Poder Judiciário, fica dependente de suas repercussões políticas e da conformação de maiorias. Aqui é importante retomar as reflexões dos tópicos anteriores, em especial os problemas históricos com relação à corrupção, ao clientelismo, à má-gestão, à falta de transparência, entre outros. Igualmente relevante, a estratégia de confrontação, de polarização e de omissão adotada pelo Presidente da República brasileiro. Todos esses elementos devem ser levados em conta na reflexão sobre a questão posta acima e decidida pelo STF. Todavia, permanece salutar questionar se tal tipo de decisão representará um passo para o estímulo da cooperação e/ou denuncia um Poder um Judiciário que substitui a insubstituível cooperação entre as demais instâncias federadas.

(iv) No que diz respeito aos limites à liberdade religiosa, o STF considerou constitucional a interdição de cultos, missas e demais atividades religiosas presenciais coletivas por estado da federação. Assim o fez, tendo em vista a contenção da pandemia, a existência de maior risco e a presença de análise técnica⁷⁶.

JOSEPH J. AMON. Supreme Court v. Necropolitics, cit. (nt. 61), ao referir que no STF já se pronunciava na imprensa a necessidade de judicializar o tema das vacinas.

⁷⁵ Acórdão do STF; ADI 6421 MC. 21.05.2020, *Case Law Compilation Covid-19*. Brasília: STF, 2020, pp. 29-31.

⁷⁶ Acórdão do STF; ADPF 811 SP, 08.04.2021, DJE 123, 25.06.2021.

Ainda que não se possa aprofundar o tópico, deve-se ressaltar que a dimensão sem precedentes (pelo menos desde a gripe espanhola) da pandemia de Covid-19, colocou em evidência aspectos centrais relativos às relações entre o direito à saúde e a liberdade religiosa. Especialmente instigante seria investigar as religiões em sua função como instância da sociedade civil, o papel que podem exercer no auxílio do combate à pandemia e de suas consequências sociais e econômicas, ademais da função que a religião e as suas instituições desempenham (ou poderiam exercer) para a resiliência das famílias e dos indivíduos.

Por outro lado, e é isso que em parte se verificou no Brasil, a defesa da liberdade religiosa, designadamente naquilo que assegura a livre frequência a igrejas e locais de culto, que envolvem a reunião de pessoas, por vezes tinha como objetivo principal a preservação de ingressos financeiros para manutenção das instituições e seus agentes, visto que, do ponto de vista técnico, viável – dadas as circunstâncias – a realização de atividades à distância. Da mesma forma, perceptível a diferença de posicionamento adotado pelas diversas correntes religiosas relativamente ao modo de enfrentar a pandemia e, em especial, quanto à adoção das correspondentes medidas de prevenção e segurança. De qualquer sorte, cuida-se de questões carentes de melhor análise e reflexão.⁷⁷

(v) No respeitante às vacinas, insumos e estruturas para o atendimento de saúde, as decisões do STF abriram perspectivas para investigar a moderação de conflitos federativos.

Em termos de judicialização da política, investigação mais antiga, mas ainda atual quanto aos seus achados centrais, apontou para o uso das ações diretas de inconstitucionalidade, ou seja, do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, como instrumento indispensável⁷⁸ para a governabilidade no Brasil, a transformar o Supremo em uma espécie de conselho de estado. Nesse contexto, também se constatou a atuação constante para a correção das relações federativas, mas, à época, tendencialmente favorável à União⁷⁹. Com a pandemia, contudo, a exemplo do que já se podia registrar em relação à proteção ambiental, o padrão de respostas do STF, especialmente no concernente às medidas de combate à

⁷⁷ Nesse campo, por exemplo o artigo de JAYME WEINGARTNER NETO. *A tensão em rede: religião e democracia na crise sanitária*, 2021, no prelo.

⁷⁸ Indispensável no sentido de já constituir, na prática, uma etapa regular do processo de construção das políticas públicas, no sentido de que tanto as maiorias como as minorias político-partidárias já contem com a judicialização como parte do processo de realização ou de proteção de suas pautas, melhor dito, dos seus projetos.

⁷⁹ LUIZ WERNECK VIANNA / MARCELO BAUMANN BURGOS / PAULA MARTINS SALLES. *Dezessete anos de judicialização da política*. “Tempo Social”, vol. 19, n.º. 2, 2007, pp. 39-85.

COVID-19, sofreu ajustes significativos, dando ênfase à descentralização e ao assim chamado federalismo cooperativo, o que, por sua vez, não significa que com isso, por força das decisões da Corte Suprema, tenham sido superados os substanciais déficits de cooperação entre os entes da Federação.

Nesse contexto, assumem relevo as disputas levadas ao STF relativas à vacinação, chamando a atenção a aparente inversão (ou aproximação) de argumentos por parte da Corte. Ela avigora a compulsoriedade da vacinação, ao mesmo tempo em que aponta para a descentralização do poder no âmbito da Federação, empoderando estados e municípios, ademais de reforçar sua imagem como instituição apoiada na ciência.⁸⁰

Nesse sentido, seguem, em caráter ilustrativo, algumas diretrizes estabelecidas pelo STF nas suas decisões sobre o tema, destacando-se:

*(a) O entendimento de que pais veganos não podem recusar vacinação compulsória de filho menor, tendo em vista que a sociedade e a saúde dos filhos seriam afetadas gravemente, havendo também a possibilidade, como exceção, de proteger as pessoas contra a sua vontade*⁸¹.

1. *Tal obrigatoriedade, contudo, não dispensa o consentimento do indivíduo e somente poderia ser concretizada indiretamente, por restrições previstas ou decorrentes de lei, como é o caso do impedimento de certas atividades ou de visita a certos lugares*⁸².
2. *Evidência científica, ampla informação, respeito à dignidade humana e direitos fundamentais do indivíduo, critérios de razoabilidade e proporcionalidade, distribuição universal e gratuita das vacinas e insumos estão entre os pré-requisitos estabelecidos pelo STF para que os entes federativos possam concretizar as medidas*⁸³.

*(b) Os demais entes federados foram autorizados a importar e distribuir vacinas aprovadas por algumas autoridades estrangeiras caso a União não cumpra o plano de imunização e a Anvisa não se pronuncie em 72 horas*⁸⁴.

⁸⁰ Cf. JOÃO BIEHL / LUCAS E. PRATES / JOSEPH J. AMON. *Supreme Court v. Necropolitics*, cit. (nt. 61), p. 157.

⁸¹ Acórdão do STF; ARE 1267879 SP, 16 e 17.12.2020, Informativo 1003, 29.01.2021, p. 17-19.

⁸² Acórdão do STF; ADI 6586 DF e ADI 6587 DF, 17.12.2020, DJE 63, 07.04.2021.

⁸³ Acórdão do STF; ADI 6586 DF e ADI 6587 DF, 17.12.2020, DJE 63, 07.04.2021.

⁸⁴ Cf. Acórdão do STF; Referendo na MC na ACO 3.451 DF, 24.02.2021, DJE 45, 10.03.2021; Acórdão do STF; Referendo na MC na ADPF 770 DF, 24.02.2021, DJE 45, 10.03.2021. O STF autoriza estados a importarem vacina ainda não aprovada, caso a Anvisa não se pronuncie no prazo

(c) *Em cenário de lentidão e escassez na vacinação e frente a um planejamento muito genérico, foi determinado que o Governo Federal especificasse os grupos, os subgrupos, as ordens de precedência nas fases da imunização e obediência a critérios técnico-científicos*⁸⁵.

O contexto internacional de escassez e de disputa por insumos, materiais e produtos para a saúde durante a pandemia, intensificou conflitos federativos no sistema de saúde brasileiro, que chegou inclusive a envolver não apenas a União, estados e municípios, mas também alcançou os hospitais filantrópicos e os hospitais privados. Surgiu inclusive a ideia da necessidade de um aval do Ministério da Saúde para que os demais entes federados pudessem requisitar bens privados em situações de emergências⁸⁶. O tema foi discutido no STF, que se posicionou contrariamente a esta pretensão. A competência da União para o planejamento e promoção de medidas contra calamidades públicas, prevista no artigo 21, XVIII, da CF, quando lida à luz do disposto no artigo 198, CF, que trata da saúde, implica que à União cabe o papel de coordenação, o que, todavia, não significa que os demais entes federativos tenham de pedir o aval da União para realizar requisições. Caso fosse exigido o aval, ficaria impedida a reação rápida dos estados e municípios em situações de crise⁸⁷.

Com referência a medidas mais concretas de requisição, há uma série de exemplos⁸⁸. No início da pandemia houve município que requisitou hospital privado que estava desativado. A medida foi suspensa nas instâncias ordinárias por ter sido considerada desproporcional, mas o STF reverteu tal orientação, decidindo que a medida atendeu ao dever de precaução⁸⁹. Outra situação conflitiva se verificou

legal de 30 dias: Decisão Monocrática no STF; MC na ACO 3.477 DF, 26.04.2021, DJE 78, 27.04.2021. No mesmo sentido: Tutela Provisória na ACO 3.497 DF, 19.04.2021, DJE 75, 22.04.2021; Tutela Provisória na ACO 3.500 DF, 22.04.2021, DJE 77, 26.04.2021; Tutela Provisória na ACO 3.505 DF, 22.04.2021, DJE 77, 26.04.2021; Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ACO 3451 DF, 03.05.2021, DJE 111, 10.06.2021.

⁸⁵ Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 754 DF, 01.03.2021, DJE 46, 11.03.2021.

⁸⁶ EDUARDO P. S. FIUZA / et al. *Revisão do Arranjo das Compras Públicas para um Contexto de Crise*. Nota Técnica 68. Ipea, junho de 2020.

⁸⁷ Acórdão do STF; ADI 6362 DF, 02.09.2020, DJE 288, 09.12.2020.

⁸⁸ Cf. apenas para mencionar: Decisão Monocrática no STF; Tutela Provisória na ACO 3.385 MA, 20.04.2020, DJE 99, 24.04.2020; Acórdão do STF; Referendo na MC na ACO 3.393 MT, 12 a 19.06.2020, DJE 172, 08.07.2020; Decisão Monocrática no STF; MC na ACO 3.398 RO, 19.06.2020, DJE 157, 24.06.2020; Decisão Monocrática no STF; MC na SS 5.382 PI, 21.05.2020, DJE 128, 25.05.2020; Acórdão do STF; Referendo na MC na ACO 3463 SP, 08.03.2021, DJE 51, 17.03.2021.

⁸⁹ Decisão Monocrática no STF; MC na STP 393 MG, 22.06.2020, DJE 157, 24.06.2020. No mesmo sentido, com relação a bens de hospital privado que não operava suas UTIs: Decisão Monocrática no STF; STP 192 SP, 22.06.2020, DJE 161, 26.06.2020.

quando a União requisitou bens potencialmente adquiridos pelos demais entes. Isso ocorreu com ventiladores mecânicos adquiridos por estado da federação para equipar UTIs e igualmente com insumos comprados pelo estado de São Paulo para a produção de vacinas. Situações nas quais a Corte tem protegido as aquisições⁹⁰.

4.1.1. Superação de espaços de omissão

No contexto da pandemia, o STF também foi confrontado com a necessidade de se pronunciar relativamente a omissões por parte da União e mesmo dos demais entes federativos, de modo a assegurar a sua correção. Isso ocorreu em um número significativo de casos, dentre os quais, destaca-se a falta de leitos hospitalares, unidades de terapia intensiva, insumos e medicamentos.

No que diz respeito aos hospitais de campanha, ou seja, à sua falta, esses se tornaram um grande problema já no início da pandemia, com o aceleração dos casos e o aumento das necessidades em termos de internação hospitalar, inclusive devido à rápida desmobilização das estruturas. Em cenário de nova proliferação da pandemia no território brasileiro, de crise no sistema de saúde e de aumento das mortes, os estados buscaram o pronunciamento do STF, tendo em vista a falta de manifestação da União sobre a habilitação de novos leitos de UTI e a desabilitação de leitos custeados com recursos federais para o tratamento dos infectados pela Covid-19. Nesse caso, a União foi obrigada a avaliar os pedidos e a reativar leitos com apoio técnico e financeiro⁹¹.

No primeiro trimestre de 2021 tomou forma uma crise de dimensão sem precedentes na cidade de Manaus, que foi marcada sobretudo pela falta de oxigênio para os pacientes internados e intubados. Foi determinado que a União prestasse auxílio com relação ao oxigênio e outros insumos e apresentasse plano detalhado de ação em 48 horas, a ser atualizado a cada 48 horas⁹². Posteriormente também se enfrentou o risco de falta de insumos para os pacientes entubados. A União foi obrigada a apresentar plano informando os estoques dos medicamentos para intubação, a forma e a frequência do controle, cronograma de aquisição, recursos financeiros para aquisição e distribuição, critérios de distribuição e forma de publicidade⁹³.

⁹⁰ ACO 3.385, cit. (nt. 89); ACO 3463 SP, cit. (nt. 89).

⁹¹ Acórdão do STF; Referendo na MC na ACO 3473 DF, 08.04.2021, DJE 98, 24.05.2021.

⁹² Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 756 DF, 22.03.2021, DJE 60, 30.03.2021.

⁹³ Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória na ACO 3.490 DF, 14.06.2021, DJE 122, 24.06.2021.

Efeitos mais intensos da pandemia têm sido documentados com relação a grupos considerados vulneráveis⁹⁴. Nesse contexto, o STF determinou que a União elaborasse e monitorasse um plano de enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas, com a participação da população indígena e de outras instituições⁹⁵. Há também pronunciamento pela suspensão de ordens de reintegração de posse contra esses segmentos da população na pendência da pandemia⁹⁶. O mesmo se deu com as comunidades quilombolas, tendo sido, ainda, determinada a inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro de casos⁹⁷.

Já a situação do sistema prisional, levou o CNJ a elaborar a Recomendação 62, que orienta, dentre outras ações, a adoção de medidas que diminuam o risco de contágio como a realização de audiências por vídeo conferência, a saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, concessão de prisão domiciliar dos presos em regime aberto e semiaberto⁹⁸. Frente a isso e aos riscos da pandemia, o STF vem decidindo individualmente a pedidos de prisão domiciliar e de revogação de prisões de caráter cautelar. Nesse sentido, em decisão provisória foram estabelecidos critérios para a concessão e para a recusa de medidas como progressão antecipada de regime, prisão domiciliar e liberdade provisória a detentos no contexto da pandemia⁹⁹.

⁹⁴ Cf. por exemplo: ROBERTO ROCHA C. PIRES. *Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19: Propostas para o Aperfeiçoamento da Ação Pública*. Nota Técnica 33. Ipea, abril de 2020; ENID ROCHA ANDRADE DA SILVA / VALÉRIA REZENDE DE OLIVEIRA. *Proteção de Crianças e Adolescentes no Contexto da Pandemia da COVID-19: Consequências e Medidas Necessárias para o Enfrentamento*. Nota Técnica 70. Ipea, maio de 2020.

⁹⁵ Acórdão do STF. Referendo na MC na ADPF 709 DF, 05.08.2020, DJE 244, 07.10.2020. Mais recentemente foi deferida tutela provisória para a adoção de medidas, por parte da União, para a proteção dos indígenas frente a invasores, inclusive com desdobramentos no direito à saúde e combate à pandemia. Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 709 DF, 21.06.2021, DJE 170, 26.08.2021.

⁹⁶ Decisão Monocrática no STF; MC na Reclamação 43.907 RJ, 07.10.2020, DJE 247, 13.10.2020.

⁹⁷ Acórdão do STF; MC na ADPF 742 DF, 24.02.2021, DJE 80, 29.04.2021. Há também decisão que manteve medidas de estado da federação em prol da manutenção da moradia de todas as pessoas que comprovem absoluta necessidade: Cf. Decisão Monocrática no STF; MC na Reclamação 45.319 RJ, 23.12.2020, DJE 2, 11.01.2021.

⁹⁸ CNJ. Recomendação 62, de 17.03.2020.

⁹⁹ Acórdão da Segunda Turma do STF; Referendo na MC no HC 188.820 DF, 24.02.2021, DJE 56, 24.03.2021. Há também uma série de julgamentos de medidas específicas, que remetem a um exame caso a caso: Acórdão da Segunda Turma do STF; Agravo Regimental na AP 996, 08.06.2020, DJE 238, 29.09.2020. Decisão Monocrática no STF; Extradicação 1.601 DF, 18.06.2020, DJE 157, 24.06.2020. Decisão Monocrática no STF; MC no HC 182.596 ES, 23.03.2020, DJE 72, 26.03.2020; Decisão Monocrática no STF; Agravo Regimental na Reclamação 41.199 SP, 10.07.2020, DJE 192, 03.08.2020; Decisão Monocrática no STF; MC na STP 648 Goiás, 21.09.2020, DJE 234, 23.09.2020.

Se por um lado, com relação aos indígenas a atuação do STF é vista como histórica e positiva no reconhecimento de direitos; por outro, os cuidados e cautela com relação à soltura de presos é vista em conformidade com uma retórica predatória¹⁰⁰. Esse contraste é explicado, em tese, no uso de uma justiça seletiva, na descrição do STF como um ator que escolhe suas batalhas e tem cautela nas causas impopulares¹⁰¹. É perceptível que, em diversos momentos a Administração Federal é obrigada, pelo STF, a agir. Nesse sentido, os indicativos são de que as omissões são parte da postura de confrontação adotada pelo comando da Administração Federal, com relação às medidas de combate à pandemia, à determinados ministros que estiveram à frente do Ministério da Saúde e aos demais entes federados¹⁰².

Como se pode aferir, mediante os exemplos referidos, as omissões do Poder Executivo Federal ficam evidentes nos mais diversos âmbitos: na questão dos leitos de UTI, com relação a falta de insumos e oxigênio, com relação à segmentos mais vulneráveis da população (como é o caso dos indígenas e dos quilombolas), entre outros. Nesse sentido, se por um lado não se pode subestimar a importância da atuação do STF nesses casos, por outro, também há que reconhecer o forte poder de supervisão e controle que a Corte tem exercido na execução de tarefas pelo Poder Executivo Federal. A perspectiva, levantada na literatura, da Suprema Corte como sendo um ator que escolhe suas batalhas e assim pratica uma justiça seletiva¹⁰³, traz igualmente a possibilidade de que algumas omissões estejam também replicadas no âmbito judicial. A resposta dada à crise gerada pela pandemia no sistema prisional, seria um exemplo de contexto onde tal questionamento poderia ocorrer.

4.1.2. Deveres de articulação e de cooperação em casos específicos

Em continuidade ao que se debateu nos tópicos anteriores serão discutidos agora os deveres de articulação e de cooperação em casos específicos: 1 – a possibilidade de os entes federados restringirem atividades essenciais; 2 – a questão dos planos regionais de distanciamento social e flexibilizações de restrições; 3 – os problemas relacionados com a circulação e o transporte, e, 4 – o panorama federativo da distribuição horizontal de competências. Em alguns dos casos referidos e examinados

¹⁰⁰ Antes de irrestrita concordância, o que se vê aqui é a necessidade de aprofundar a investigação do tema.

¹⁰¹ JOÃO BIEHL / LUCAS E. PRATES / JOSEPH J. AMON. *Supreme Court v. Necropolitics*, cit. (nt. 61), p. 155.

¹⁰² A descrição feita por OCTÁVIO LUIZ MOTTA FERRAZ / et. al. *Brazil: Legal Response to Covid-19*, cit. (nt. 66), demonstrando a grande descentralização, variação e em muitos casos o vácuo, e a falta de coordenação nas medidas de enfrentamento da pandemia traz indicativos nesse sentido.

¹⁰³ JOÃO BIEHL / LUCAS E. PRATES / JOSEPH J. AMON. *Supreme Court v. Necropolitics*, cit. (nt. 61), p. 155.

a seguir, as instâncias ordinárias do Poder Judiciário proferiram decisões excessivas, no sentido de terem invadido atribuições do Poder Executivo.

Nesse contexto, perceptível que restrições levadas a efeito por parte de estados e municípios em relação a atividades previstas em norma federal¹⁰⁴ como essenciais, foram revertidas no STF. Assim ocorreu: (i) com o fechamento, aos domingos e feriados, bem como restrição nos horários de funcionamento, de estabelecimentos que vendem alimento e utilizam qualquer forma artificial de circulação de ar, sem fundamentação técnica adequada a explicar porque seria importante a restrição a esse âmbito mais específico de estabelecimentos e não a todos da mesma atividade¹⁰⁵; (ii) igualmente ocorreu com restrição ao funcionamento de lojas de produtos naturais apenas à modalidade “drive-thru”¹⁰⁶; (iii) com a proibição de funcionamento de loja de conveniência em postos de combustíveis¹⁰⁷ e (iv) com a restrição de dias e horários para o funcionamento de postos de combustíveis¹⁰⁸.

Por outro lado, é compreensível que se reconheça a possibilidade de município restringir horários, dias e a lotação do atendimento nos estabelecimentos de saúde sob sua competência, pois na Constituição e ao nível infraconstitucional os municípios constam como os responsáveis por excelência pelo atendimento mais direto à população¹⁰⁹. O mesmo se dá com relação à possibilidade de município proibir academia esportiva de funcionar, mesmo quando incluída por decreto federal como atividade essencial, haja vista o indício de falta do interesse nacional¹¹⁰. Com relação, aos pronunciamentos, no STF, pela possibilidade de município, restringir o horário de funcionamento de supermercados e com relação a possibilidade de interdição de todas as atividades aos domingos, o fundamento foi o de não inviabilizar atividade essencial, a justificativa e o embasamento técnico a demonstrar que a realidade local exigiu medidas excepcionais¹¹¹.

Dever de articulação e de coordenação, incluído o necessário planejamento e embasamento técnico, parecem ser as palavras-chave com relação aos planos

¹⁰⁴ Decreto 10.282, de 20 de março de 2020.

¹⁰⁵ Decisão Monocrática no STF; SS 5365 RN, 27.04.2020, DJE 104, 29.04.2020.

¹⁰⁶ Decisão Monocrática no STF; SS 5370 RS, 22.04.2020, DJE 104, 29.04.2020.

¹⁰⁷ Decisão Monocrática no STF; SS 5364 RJ, 17.04.2020, DJE 95, 22.04.2020.

¹⁰⁸ Decisão Monocrática no STF; SS 5369 SP, 17.04.2020, DJE 97, 23.04.2020.

¹⁰⁹ Decisão Monocrática no STF; MC na SS 5394 PI, 04.06.2020, DJE 141, 08.06.2020. Para mais detalhes sobre as atribuições veja-se: INGO WOLFGANG SARLET. *Relações Interfederativas no Contexto da COVID-19*, cit. (nt. 22), p. 14, quadro 1.

¹¹⁰ Decisão Monocrática no STF; MC na SS 5402 SP, 23.06.2020, DJE 161, 26.06.2020.

¹¹¹ Decisão Monocrática no STF; MC na STP 492 SP, 05.08.2020, DJE 198, 10.08.2020. Decisão Monocrática no STF; MC na STP 501 SP, 03.08.2020, DJE 198, 10.08.2020.

regionais de distanciamento social e flexibilizações de restrições. Por esse motivo, em determinado caso o município foi obrigado a participar de plano estadual¹¹², além de ter sido determinada observância da classificação, mais restritiva, dada a município por plano estadual de distanciamento social¹¹³. Com relação a decretos de município que, diante de um contexto de número controlado e estável de infecções, flexibilizavam restrições a atividades comerciais, constatou-se atuação dentro da competência local e harmonia com a atuação das demais esferas federadas¹¹⁴. Quando houve contradição entre decreto municipal que estabelecia o retorno da atividade comercial e o decreto estadual que estabelecia o retorno gradual das atividades comerciais, preponderou o decreto estadual, tendo em vista embasar na situação crítica do sistema público de saúde e a necessidade de coordenação¹¹⁵.

Aqui o panorama de discussão se apresenta bem amplo, incluindo não apenas dúvidas e/ou conflitos na atuação dos entes federados, mas também a necessidade de atuação do STF para que os entes federados não atuem de forma arbitrária. Isso ocorreu em exemplos referidos no parágrafo anterior, designadamente, a ausência de interesse geral para a União incluir academias como atividade essencial, ou mesmo a recusa em participar de planos de flexibilização ou de rede de cooperação a nível regional, por parte de municípios.

Mais focados ao tema da restrição à circulação e ao transporte também há uma gama considerável de discussões. Em conflito entre estado da federação e a competência da Anvisa para realizar atividades de controle sanitário nas áreas reservadas de aeroportos sobressaiu a competência da Anvisa¹¹⁶. Quando estado da federação quis reverter restrição imposta pela União ao ingresso de voos internacionais nos aeroportos a posição foi desfavorável ao estado¹¹⁷. Por outro lado, foi mantida restrição a transporte fluvial, imposta por estado, tendo em vista reconhecer exceções aplicáveis a serviços e atividades essenciais¹¹⁸. Com relação às restrições e flexibilizações do transporte coletivo municipal parece haver tendência de privilegiar o interesse local¹¹⁹. Quando em discussão a possibilidade de município decretar restrição à circulação de pessoas

¹¹² Decisão Monocrática no STF; STP 442 MG, 08.07.2020, DJE 175, 13.07.2020.

¹¹³ Decisão Monocrática no STF; MC na SS 5403 SP, 24.06.2020, DJE 161, 26.06.2020.

¹¹⁴ Decisão Monocrática no STF; STP 401 BA, 25.06.2020, DJE 168, 03.07.2020.

¹¹⁵ Decisão Monocrática no STF; STP 516 SP, 26.08.2020, DJE 216, 31.08.2020.

¹¹⁶ Decisão Monocrática no STF; STP 172 BA, 08.04.2020, DJE 89, 15.04.2020. Decisão Monocrática no STF; STP 173 MA, 10.04.2020, DJE 90, 16.04.2020.

¹¹⁷ Decisão Monocrática no STF; MC na ACO 3425 DF, 17.09.2020, DJE 231, 18.09.2020.

¹¹⁸ Decisão Monocrática no STF; MC na Reclamação 39.871 DF, 06.04.2020, DJE 88, 14.04.2020.

¹¹⁹ Cf. Decisão Monocrática no STF; Tutela Provisória na STP 669 SP, 08.10.2020, DJE 247, 13.10.2020; Decisão Monocrática no STF; MC na STP 296 TO, 26.05.2020, DJE 131, 28.05.2020.

com mais de 60 anos de idade, a decisão foi favorável à suspensão da medida. Nesse caso, o fundamento mais destacado é a falta de recomendação técnica da Anvisa¹²⁰.

Decisões judiciais proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário e que se revelam excessivas podem ser identificadas em vários casos, tendo sido revertidas pelo STF. Isso se verificou, por exemplo: (i) ao estabelecer hierarquia entre decreto de estado e de município sem justificar a prevalência daquele e sem fundamentar afirmação de ausência de critério científico da portaria municipal¹²¹; (ii) ao abrir exceção para que estabelecimento comercial funcionasse¹²²; (iii) ao determinar que estado da federação, em prazo exíguo, executasse medidas e fornecesse materiais para o atendimento da população, segurança e conforto dos profissionais de saúde¹²³; (iv) ao proibir a renovação ou contratação de profissionais temporários de saúde e determinar a realização de concurso¹²⁴. Como adiantado, nesses casos as decisões foram revertidas no STF por haver invasão nas atribuições do Poder Executivo. Da mesma forma é possível sustentar a necessidade da atuação da Suprema Corte para conter eventuais arbítrios ocorridos nas instâncias do Judiciário.

Um desdobramento com relação ao dever de publicidade e de transparência do poder público levou o STF: (a) a impedir o uso de nova metodologia para contabilizar casos e óbitos pelo Ministério da Saúde e para determinar a divulgação integral de dados¹²⁵; (b) a decidir contrariamente a disposições inseridas na Lei 13.979/2020, que limitavam o dever de publicidade e o direito à informação, possibilitando, entre outros, a negativa da prestação da informação sem possibilidade de recurso e a suspensão de prazos para resposta¹²⁶. Esses casos demonstram a importância da atuação do Judiciário em momentos em que o Poder Executivo pretende impedir o acesso a informações pelos cidadãos, inclusive diminuindo o seu detalhamento, a sua qualidade e chegando até mesmo à hipótese extrema de recusa arbitrária.

As causas decididas no STF, referidas neste item, revelam uma expressiva gama de princípios e direitos fundamentais em jogo. Sem ignorar isso colocam-se claramente duas perspectivas: a proteção da vida e da saúde (individual e coletiva)

¹²⁰ Decisão Monocrática no STF; STP 175 SP, 15.04.2020, DJE 95, 22.04.2020.

¹²¹ Decisão Monocrática no STF; MC na Reclamação 41.935 MT, 29.07.2020, DJE 192, 03.08.2020.

¹²² Decisão Monocrática no STF; MC na SS 5371 Amapá, 29.04.2020, DJE 111, 07.05.2020.

¹²³ Decisão Monocrática no STF; SL 1321 PI, 29.04.2020, DJE 117, 12.05.2020.

¹²⁴ Decisão Monocrática no STF; MC na STP 396 RJ, 26.06.2020, DJE 168, 03.07.2020.

¹²⁵ Acórdão do STF; ADPF 690, 691 e 692 DF, 15.03.2021, DJE 71, 15.04.2021.

¹²⁶ Acórdão do STF; Referendo em MC na ADI 6351, 30.04.2021, *Case Law Compilation Covid-19*. Brasília: STF, 2020, p. 64-65.

e o impacto (restrições) sobre outros princípios e direitos. Tal dinâmica fica clara nas decisões sobre restrição de atividades em geral, de atividades essenciais, à circulação e ao transporte. As oscilações da jurisprudência dizem respeito, em grande parte dos casos, a questões de competência dos entes da Federação, mas se vislumbra também a necessidade de equilíbrio na proteção dos direitos envolvidos, entre eles a liberdade de circulação.

5. Considerações finais

A síntese dos principais temas em discussão no STF aponta para um reforço da dimensão transindividual do direito à saúde, sem deixar de assegurar situações individuais, mas com uma clara tendência à priorização da dimensão coletiva.

Também é perceptível o esforço por assegurar, mediante interpretação do sistema de repartição constitucional de competências, tanto a prerrogativa da União de estabelecer critérios gerais e assumir a coordenação geral no que diz com as políticas e medidas em geral de combate à pandemia, quanto garantir que estados e municípios não fiquem imobilizados, seja no caso de paralisia da União, seja no sentido da complementação, formatação compatível com as peculiaridades regionais e locais. Há a busca por um marco federativo que assegure a proteção integral num esquema de federalismo do tipo cooperativo e que opera num regime de solidariedade dos entes da federação, mas temperado pela subsidiariedade. Em suma, afinado com o marco jurídico constitucional do SUS.

A maior deferência a critérios científicos, evidências e estatísticas aparece como uma tendência, inclusive no manejo do princípio da proporcionalidade. Também ocorreu um incremento de ações do tipo estruturante, o que indica um caminho viável para o diálogo institucional e para o equilíbrio entre os poderes. Além disso, destaca-se uma tendência de fortalecimento da proteção de grupos vulneráveis frente à pandemia.

Em suma, a judicialização excessiva não deixa de ser um reflexo das disfunções do sistema de saúde, crise econômica, governança, etc. Ao mesmo tempo, ela tem sido um laboratório permanente, e, a despeito da persistência de uma série de problemas, também tem sido arena de avanços, de permanente reconstrução e de aperfeiçoamento.