



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-  
19: OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELOS PRINCIPAIS TRIBUNAIS  
BRASILEIROS

Nicholas de Vasconcelos Rebouças

Brasília – DF  
2022

**NICHOLAS DE VASCONCELOS REBOUÇAS**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19: OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELOS PRINCIPAIS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Alexandre Araújo Costa<sup>1\*</sup>.

Brasília – DF  
2022

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Brasília.

**FOLHA DE APROVAÇÃO**  
**NICHOLAS DE VASCONCELOS REBOUÇAS**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19: OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELOS PRINCIPAIS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Alexandre Araújo Costa.

Aprovada em 21/09/2022

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa  
(Orientador – Presidente)

---

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues  
(Membro - titular)

---

Dr. Ricardo Lins Horta  
(Membro - titular)

---

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa  
(Membro – suplente)

## FICHA CATALOGRÁFICA:

REBOUÇAS, Nicholas de Vasconcelos

A judicialização da saúde no contexto da pandemia de covid-19: Os desafios enfrentados pelos principais tribunais brasileiros / Nicholas de Vasconcelos

Rebouças; orientador Alexandre Araújo Costa. –Brasília, 2022. 64p

Monografia (Graduação – Direito) – Universidade de Brasília, 2022.

1. Judicialização da saúde. 2. Covid-19. 3. Direitos fundamentais. 4. Análise de casos

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Helder e Liana, a quem devo tudo, pelo apoio incondicional e esforço diário em proporcionar os meios para que o encerramento deste ciclo fosse possível. Obrigado por sempre me estimularem a sonhar grande e ensinar que, para alcançar voos maiores, nada supera o esforço, a honestidade e a dedicação diária.

Agradeço ao meu irmão, Nathan, pelos conselhos e pela parceria na vida e nas quadras de tennis.

Agradeço à minha amada, melhor amiga e namorada, Giovanna Costa, pelo companheirismo inigualável. Peça fundamental nessa caminhada, que nunca medi esforços em me ajudar e me aconselhar, tendo vivido todos os momentos dessa caminhada comigo, do dia em que entrei como calouro ao dia em que me despeço como bacharel, sempre vibrando com minhas conquistas. Obrigado por me incentivar nos meus sonhos e mostrar que eles são possíveis. Agradeço, ainda, à sua família, em especial à minha sogra, Sandra, pelos conselhos durante essa árdua caminhada.

À minha vó Maria Amélia, que nos deixou neste ano, mas tenho certeza que está vibrando com essa conquista, como ela sempre fez em vida. Posso sentir sua torcida e vibração daí de cima.

Agradeço, também, ao Professor Alexandre Araújo Costa por ter aceitado me orientar neste trabalho e sempre ter se mostrado disponível para apresentar alternativas e sugestões, sendo fundamental para a conclusão dessa monografia.

Agradeço aos membros da banca examinadora por terem aceitado o convite de fazer parte desse trabalho.

Agradeço aos amigos de graduação que tornaram a caminhada mais leve e divertida.

Por fim, agradeço à instituição Universidade de Brasília e a todos que fazem parte dela, por proporcionar um ensino de excelência. Esse com certeza não é um adeus, mas sim, um até breve.

## RESUMO

Estudos revelam que a busca pelo Poder Judiciário para solucionar os casos envolvendo o direito à saúde aumentaram de forma vertiginosa durante a pandemia de COVID-19, iniciada em 2020, sendo os temas mais demandados os relacionados ao fornecimento de leitos de UTI na rede pública de saúde, acesso ao tratamento de medicação não disponível, mas devidamente regulamentada e acesso a leitos de UTI na rede privada, independentemente de aprovação dos planos de saúde.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo empírico voltado a identificar os critérios utilizados pelo Poder Judiciário, durante este período, quando provocado para resolver questões envolvendo os direitos fundamentais dos indivíduos, ante à coletividade, levando em conta a reserva do possível e o mínimo existencial. Identificou-se que a celeridade demandada pela situação emergencial, por muitas vezes, obstou que houvessem critérios objetivos para a uniformização das decisões com relação ao tema, o que foi fonte insegurança jurídica e prejudicou o acesso da população aos direitos constitucionalmente previstos.

## ABSTRACT

Studies show that the search for the Judiciary to solve cases involving the right to health increased sharply during the pandemic of COVID-19, which began in 2020, with the most requested issues being those related to the provision of ICU beds in the public health network, access to treatment for medication not available, but duly regulated, and access to ICU beds in the private network, regardless of approval of health plans.

Thus, the objective of the present study is to conduct an empirical study aimed at identifying the criteria used by the Judiciary, during this period, when called upon to resolve issues involving the fundamental rights of individuals, before the collectivity, taking into account the reserve of the possible and the existential minimum. It was identified that the celerity demanded by the emergency situation often prevented the existence of objective criteria for the standardization of decisions regarding the theme, which was a source of legal insecurity and hindered the population's access to constitutionally foreseen rights.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	
<b>2. CAPÍTULO 1: A pandemia de COVID-19 no Brasil, seus impactos na saúde pública e os desafios enfrentados pelo judiciário.....</b>	
2.1 Uma breve introdução ao contexto vivenciado no Brasil e seus impactos nas demandas levadas ao judiciário.....	
2.2 A judicialização da saúde e os problemas da judicialização excessiva.....	
2.3. A falta de critérios objetivos no processo decisório e a insegurança jurídica.....	
<b>3. CAPÍTULO 2: Análise jurisprudencial.....</b>	
3.1 Metodologia.....	
3.2 Identificação de padrões e critérios.....	
3.3 Possíveis motivos da pouca quantidade de recursos impetrados.....	
<b>4. CAPÍTULO 3: Considerações finais.....</b>	
4.1 Como a falta de critérios objetivos impede a fruição de direitos.....	
4.2 Conclusão.....	

## 1. INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) emitiu<sup>2</sup> uma nota caracterizando como pandemia o estado de contaminação do vírus da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). Tal mudança da nomenclatura se dá em função à rápida disseminação geográfica que o vírus apresenta, se espalhando por todas as partes do mundo em um curto espaço de tempo.

Com isso, o Brasil, seguindo recomendações da própria OMS, estabeleceu medidas de priorização de certas parcelas da população, como às pessoas idosas, profissionais de saúde e àqueles acometidos com doenças graves que faziam parte do grupo de risco. Além disso, foram adotadas medidas de contenção ao avanço da doença, como o uso de máscaras em locais públicos, distanciamento social mínimo, lavagem de mãos, medidas de “*lockdown*” após determinado horário, fechamento de bares e restaurantes ao público, cancelamento de eventos, entre outros.

No Brasil, o avanço vertiginoso do número de infectados pela doença, somado ao fato de que até o início do ano de 2021 ainda não se havia sido aplicada a vacina contra a covid-19 em nosso país<sup>3</sup>, gerou uma sobrecarga do sistema de saúde. Hospitais públicos e privados se viram com 100% de lotação dos seus leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e houve carência de profissionais da saúde, equipamentos e medicamentos.

Conforme dados<sup>4</sup> da Agência Nacional de Saúde (ANS), o Brasil tem, atualmente, aproximadamente 49 milhões de pessoas usuárias de planos de saúde, o que pode parecer muito, mas representa menos de 25% da população do país. Portanto, a maioria da população somente tinha disponível o sistema público de saúde, que contava com 44% dos leitos de UTIs do Brasil, enquanto uma parcela minoritária tinha acesso aos 55% restantes dos leitos instalados.

Essa desigualdade no atendimento, somada à falta de acesso aos meios de tratamento, leitos de UTIs e medicamentos, entre outras dificuldades, estimulou o

---

<sup>2</sup> **Organização mundial de saúde declara pandemia do novo coronavírus.** Una-SUS,2020. Disponível em: < <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus> >. Acesso em 23/07/2022

<sup>3</sup> Em realidade, a primeira vacina contra o vírus da Covid-19 fora aplicada em 17 de janeiro de 2021, na cidade de São Paulo.

<sup>4</sup> **Planos de saúde superam 49 milhões de beneficiários no país.** Agência Brasil, 2022. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2022-05/planos-de-saude-superam-49-milhoes-de-beneficiarios-no-pais> >. Acesso em 25/07/2022

ajuizamento de muitas demandas judiciais diretamente relacionadas ao acesso à saúde para tratar da COVID-19.

Segundo pesquisa quantitativa do CNJ, no portal “Justiça em números”, as demandas relacionadas à assistência social e saúde no ano de 2020 aumentaram de forma estrondosa, muito em função do cenário crítico de pandemia de Covid-19 que o Brasil passou e vem passando. Uma vez que o orçamento e os serviços de saúde oferecidos eram, e são limitados, o Poder Judiciário precisou avaliar essas questões levando em conta que a realidade enfrentada pelo serviço de saúde era a de insuficiência de meios para atender com qualidade às pessoas que necessitavam, o que representou um desafio hermenêutico severo, visto que a dogmática não oferece critérios claros para escalonar o acesso a um bem jurídico a que todos têm direito.

Com o objetivo de atrair atenção para o tema, o presente ensaio trará um aparato de como o judiciário se posicionou, na época mais crítica da pandemia, diante desses casos sem precedentes jurisprudenciais, possíveis falhas e incoerências no que tange à defesa de direitos constitucionais. Tem por foco, portanto, apresentar como o judiciário atuou na garantia de direitos constitucionais dos indivíduos face a eles mesmos, em meio a um contexto de pandemia do vírus da COVID-19, nos anos de 2020 e 2021.

## CAPÍTULO 1

### **A pandemia de COVID-19 no Brasil, seus impactos na saúde pública e os desafios enfrentados pelo judiciário**

#### **2.1. Uma breve introdução ao contexto vivenciado no Brasil e seus impactos nas demandas levadas ao judiciário**

Em 26 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde confirmou<sup>5</sup>, o primeiro caso de coronavírus na história do Brasil, a partir daí a situação da saúde pública no país nunca mais seria a mesma. O sistema de saúde, tanto público quanto privado, se viu sobrecarregado, com leitos de UTI lotados, falta de equipamentos e falta de médicos; a população se viu obrigada a adotar medidas de distanciamento social e respeitar determinações sanitárias como o uso de máscaras em locais públicos, ter sua temperatura aferida antes de adentrar em ambientes fechados, permanecer em suas casas após certo horário do dia, entre outras tantas medidas.

Tal situação incapacitou com que os hospitais atendessem não só os pacientes infectados pelo novo coronavírus, como também aos pacientes com outras enfermidades, que necessitavam de cirurgias eletivas e outro tratamentos, o que levou a um cancelamento em massa dos demais procedimentos, como apontou levantamento realizado pelo SindHosp – Sindicatos dos Hospitais, Clínicas e Laboratórios do Estado de São Paulo<sup>6</sup>, onde foi apurado que 83% dos hospitais da rede pública do estado estavam cancelando cirurgias eletivas durante o período de pandemia. Esse fenômeno, que ocorreu em vários lugares do mundo, foi chamado de “efeito transbordamento”<sup>7</sup>, devido ao impacto que a pandemia de Covid-19 teve em outras doenças e causas de morte, tanto pela sobrecarga do sistema de saúde como pela redução de investimentos em pesquisas de tratamentos de outras enfermidades.

A situação vivenciada no Brasil chegou a um estado em que a média de novos casos era completamente incompatível com os serviços instalados nas redes públicas e privada. Em determinado momento, chegamos a ter mais de 180.000 (cento e oitenta mil)

---

<sup>5</sup>Coronavírus: brasil confirma primeiro caso da doença. Una-SUS, 2020. Disponível em: < <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>>. Acesso em: 14/07/2022.

<sup>6</sup> 83% dos hospitais estão cancelando cirurgias eletivas, diz sindhosp. Medicina S/A, 2021. Disponível em: < <https://medicinas.com.br/sindhosp-internacoes-covid/>>. Acesso em 14/07/2022.

<sup>7</sup> **Our world in data**. Disponível em: < <https://ourworldindata.org/>>. Acesso em 19/07/2022,

casos diários em todo o país, e uma média móvel de óbitos que alcançou o patamar de 3.000 (três mil) morte diárias.

No total, mais de 650 mil brasileiros tiveram suas vidas tiradas em função da pandemia, desde o primeiro caso confirmado, no início de 2020, até a data atual<sup>8</sup>. Tal número coloca o Brasil em segundo lugar no ranking mundial de mortes por Covid-19, atrás apenas dos Estados Unidos, e em terceiro lugar no número de casos confirmados, atrás de Índia e Estados Unidos, com mais de 33 milhões de casos confirmados, o que representa mais de 10% de toda a sua população. Apesar de tais números já serem alarmantes, podem não representar, de forma fidedigna, a real situação vivida pelo país, uma vez que houve um fenômeno de subnotificação e de falta de exames, havendo projeções de que os casos confirmados correspondem a pouco mais de 15% dos casos, o que apontaria para um aumento de quase 4 milhões no número de casos desde o início da pandemia.

Para se ter uma dimensão da gravidade disso tudo, os números de infectados pela pandemia já ultrapassaram, no momento em que este ensaio está sendo escrito, os números do que foi considerada o maior flagelo sanitário da história moderna, a Gripe Espanhola<sup>9</sup>.

Ademais, segundo dados do Portal da Transparência<sup>10</sup>, o Brasil despendeu entre os anos de 2020 e 2021 mais de R\$ 600.000.000.000,000 (600 bilhões de reais)<sup>11</sup> em gastos relacionados ao enfrentamento da Covid-19, o que representa cerca de 10% de todo o Produto Interno Bruto brasileiro voltado unicamente para a construção de hospitais, pesquisas, medidas públicas de enfrentamento à doença e vacinação. Some isso ao fato de, pela característica de transmissão do vírus por vias aéreas e pelo contato pessoal, os estados terem que adotar medidas de isolamento social e “*lockdown*”, o que

---

<sup>8</sup> Painel coronavírus. Coronavírus Brasil, 2022. Disponível em: < <https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em 14/07/2022.

<sup>9</sup> **Memória médica: a gripe espanhola de 1918.** Revista Brasileira de Análises Clínicas. Disponível em: < <http://www.rbac.org.br/artigos/memoria-medica-gripe-espanhola-de-1918/>>. Acesso em 19/07/2022

<sup>10</sup> Recursos federais destinados ao combate da pandemia de coronavírus (COVID-19). Portal da Transparência. Disponível em: < <https://www.portaltransparencia.gov.br/coronavirus>>. Acesso em 14/07/2022.

<sup>11</sup> Em realidade, desse valor foram utilizados cerca de 50%, ou R\$ 300.000.000.000,00 (trezentos bilhões de reais) para o pagamento do chamado “auxílio emergencial” à população, segundo dados do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/10/14/pandemia-jacustou-r-600-bilhoes-ao-governo-federal-diz-tcu.htm>>. Acesso em 21/09/2022

impactara duramente o mercado de trabalho e a arrecadação fiscal, gerando milhares de desempregos<sup>12</sup>, escassez de recursos públicos e recessão econômica.

Esse cenário de calamidade atingiu diretamente os anseios e necessidades da população, atingindo as atividades do judiciário. Segundo pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre os anos 2015 e 2020, foram levadas ao judiciário brasileiro, mais de 2 milhões de demandas relacionadas à saúde, contabilizando apenas os Tribunais de Justiça, sendo que em 2020 houve um aumento de mais de 10% nas demandas em comparação ao ano anterior<sup>13</sup>, em função da pandemia. Essa mesma pesquisa concluiu que, neste período de 5 anos, mais de 1 milhão de todos os processos novos recebidos pelo judiciário têm temática relacionada ao fornecimento de medicamentos.

Ocorre que, como já mencionado, o ano de 2020 trouxe um enorme desafio para os juízes, o enfrentamento à pandemia. Tamanho foi o esforço gerado com o aumento rápido e significativo das demandas judiciais, que muitos tribunais tiveram que criar câmaras de apoio administrativo para a discussão pré-processual ou prévia de demandas relacionadas à COVID-19. Conforme dados<sup>14</sup> coletados pelo Conselho Nacional de Justiça, as principais demandas judiciais recebidas desde o momento em que se fora confirmado o primeiro caso da COVID-19, até a data da realização da pesquisa, foram relacionadas à “utilização de tratamento ou medicamento não disponível, porém

---

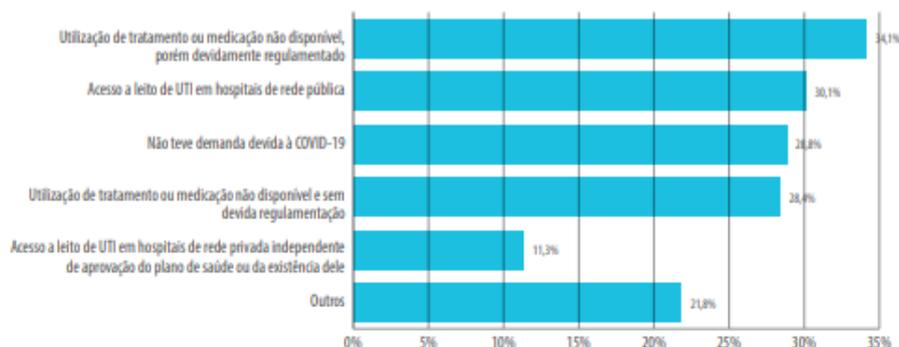
<sup>12</sup> Segundo levantamento, em setembro de 2020, o Brasil atingiu seu pico de desemprego, registrando o alarmante número de 14,9%, conforme balanço realizado pelo Ministério da Economia. Disponível em: < <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/principais-acoes-na-area-economica/balancos-e-perspectivas/noticias/brasil-superou-os-impactos-economicos-da-pandemia-e-esta-pronto-para-crescer#:~:text=O%20d%C3%A9ficit%20para%202022%20%C3%A9,chegar%C3%A1%20a%2018%25%20em%202022>>. Acesso em 19/07/2022

<sup>13</sup> Judicialização e saúde : ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2021.

<sup>14</sup> Judicialização e saúde : ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2021.

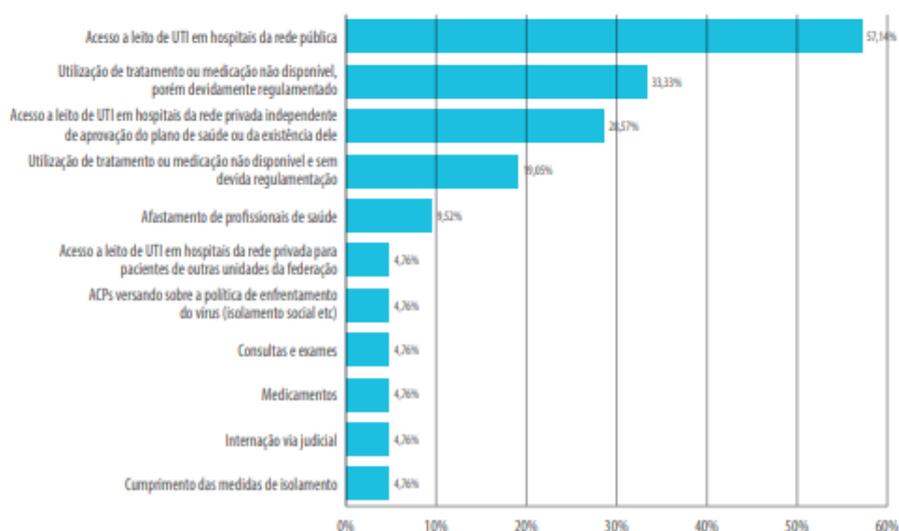
devidamente regulamentado” e “acesso a leitos de UTI em hospitais da rede pública, vejamos:

**Gráfico 63 - Secretarias Municipais: Principais demandas judiciais recebidas desde que se viu deflagrada a situação de emergência pública decorrente do novo Coronavírus, 2020**



Fonte: Elaboração própria com base nos questionários aplicados/CNJ, 2020

**Gráfico 64 - Secretarias Estaduais: Principais demandas judiciais recebidas desde que se viu deflagrada a situação de emergência pública decorrente do novo coronavírus, 2020**



Fonte: Elaboração própria com base nos questionários aplicados/CNJ, 2020

Fonte: Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade/CNJ, 2021

Diante disso, o Poder Público brasileiro se viu em uma situação sem precedentes em sua história, de excessos de casos da doença, escassez de leitos de UTI e de hospitais e escassez de recursos públicos. Dessa forma, o Poder Judiciário esteve incumbido da difícil tarefa de responder às demandas elencadas acima, sem que usurpasse outras esferas de poder, respeitando à reserva do possível de cada estado, nem abrisse mão dos direitos individuais dos indivíduos face à coletividade.

## **2.2. A judicialização da saúde e os problemas da judicialização excessiva.**

A judicialização da saúde é um fenômeno que está diretamente ligado ao surgimento da constituição de 1988, uma vez que está foi a primeira a reconhecer, de fato, o direito à saúde como um direito fundamental de todos os cidadãos.

Nos últimos anos, o judiciário brasileiro vem assumindo um papel de protagonismo no enfrentamento de diversas questões importantes para o contexto político, social e econômico do país. Esse fenômeno pode ser atribuído, muitas vezes, à inércia das outras esferas de poder, que se omitem em realizar ações públicas ou até mesmo criar leis que regularizem determinada situação<sup>15</sup>.

Conforme ensina Sarlet e Figueiredo (2010), os direitos fundamentais sociais, à vida e à dignidade estão diretamente relacionados à garantia das necessidades existenciais de todo indivíduo, gerando para o Estado a obrigação de assegurar o chamado “mínimo existencial”, que implica a garantia de um conjunto de prestações materiais e indispensáveis para assegurar condições de uma vida digna e de sobrevivência física dos indivíduos, com qualidade e o mínimo de dignidade.

Assim, a população quando se sente prejudicada por esta falta de iniciativa do Poder Público, se vê obrigada a recorrer ao poder judiciário, o que gera um ativismo (ou um excesso de ativismo) por parte deste último.

Como defendido pela Constituição Federal <sup>16</sup>, a República Federativa do Brasil é constituída por um Estado Democrático de Direito, o qual tem como alicerce garantir que seus cidadãos tenham acesso à fruição de seus direitos, sejam eles civis, políticos, econômicos e culturais. Neste sentido, nos ensina o jurista Inocêncio Mártires Coelho que:

“Considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

---

<sup>15</sup> Dworkin afirma em sua obra “Levando os direitos à sério” (2011) que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes (...)”

<sup>16</sup> Segundo o Art. 1º da Constituição Federal, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”

Noutras palavras, como se veia em capítulo específico, o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História. ” (2009)

Incontestável, então, o reconhecimento da posição do Poder Judiciário como um dos pilares que sustentam um Estado Democrático de Direito, na medida que, muitas vezes, quem fará o papel de assegurar, ainda que de forma indireta, o exercício de certo direito por parte do cidadão será o magistrado. Dessa forma, o judiciário tem, entre outras diversas funções, o dever de zelar pelo acesso pleno dos cidadãos ao sistema de saúde, mesmo que não tenha o poder normativo de executar por si próprio medidas que asseguram esse acesso, ficando restrito à imposição de determinações e sanções aos que descumprirem suas decisões.

Ademais, há uma grande dificuldade de se mensurar o que de fato seria esse “mínimo existencial”, invocado pelos magistrados em suas decisões, em relação à saúde, de modo que a Constituição Federal não é muito clara quanto a esse limite. Esta, na verdade, estabelece que o acesso a bens e serviços de saúde deve ser universal, igualitário e integral.

Ocorre que, essa integralidade abrange uma gama muito grande de serviços, consistindo no atendimento dos indivíduos em todos os níveis de complexidade possíveis, o que economicamente se torna inviável.

O controle jurisdicional exercido pelos juízes, em matéria de acesso à serviços de saúde de qualidade, deve ter por fundamento, uma norma jurídica, fruto de um processo legislativo democrático, apoiado na deliberação, de modo que, se uma política pública é determinada de forma explícita pela constituição (ainda que não fosse de forma explícita), ou por leis infraconstitucionais válidas, a ação (ou a inércia) poderá ser objeto de controle jurisdicional, como parte do dever do magistrado de aplicar a lei ao caso concreto. Em suma, onde não há lei ou ações implementativas das diretrizes defendidas pela constituição, o Judiciário deve agir; assim como, havendo leis e o a Administração Pública quedando-se inerte, deve, igualmente, agir. (BARROSO, 2013)

Ora, o papel do poder judiciário em um estado democrático de direito é, sobretudo, o de interpretar as normas, constitucionais e infraconstitucionais, e aplicá-las ao caso concreto, de modo a garantir os direitos ali previstos. Ou, quando diante de situações

lacunosas, lançar mão de princípios para a construção de sentido interpretativo de normas. Não é desta hipótese que estamos tratando, haja vista que o direito à saúde é expressamente disposto na legislação brasileira.

Segundo ensina José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito de acesso a serviços de saúde de qualidade, bem como qualquer direito social, engloba dois tipos de atuação pelo Estado:

“(…) uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e tratamento delas.” (1993, p. 342)

Diante do alto valor jurídico dado ao direito à saúde, quis o legislador constituinte originário criar dispositivo<sup>17</sup> específico para dispor sobre o dever do Estado em oferecê-lo, de forma universal e igualitária, bem como destinar um seção inteira do texto constitucional para tratar do assunto. Entretanto, nem sempre a norma é seguida como prevê o texto constitucional, ficando o indivíduo sem acesso ao sistema de saúde, seja para ter um medicamento ao qual não tem dinheiro para comprar, seja para receber um tratamento cujo valor é muito alto.

Nesse tipo de situação, o judiciário tem a difícil tarefa de resolver questões das quais muitas vezes não tem o conhecimento técnico necessário, uma vez que envolvem assuntos relacionados à medicina, bem como envolvem todo um contexto macroeconômico no sentido de que os estados não têm condições financeiras de fornecer tratamento e medicamento a todos. Assim, o magistrado é colocado sob o desafio de decidir conflitos de direitos fundamentais, sem que para isso tenham sido definidos critérios claros para se buscar a solução mais razoável ao caso concreto, em se considerando o contexto de filas de espera para receber atendimentos ou até mesmo para resolver questões referentes a planos de saúde que se esquivam do pagamento de tratamentos que o paciente necessita.

---

<sup>17</sup> Art. 196 da Constituição Federal de 1988: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De acordo com Barcellos (2010), o magistrado deve se preocupar não apenas com as questões individuais de cada caso, mas também com o conjunto de indivíduos de toda a sociedade, levando em conta que muitos deles são invisíveis ao Poder Judiciário, por não possuírem meios para acessá-lo. Para este autor, uma vez que o Estado tem o dever de garantir uma prestação positiva a um único indivíduo, tem também o dever de garanti-la a todos que dela necessitem, de modo que é impossível desvincular o direito à saúde da reserva do possível.

Como bem pontua Santos (2014), a garantia do direito à saúde gera custos à máquina pública, de modo que este direito não pode ser pensado de forma vaga e subjetiva. Dessa forma, pensar na efetivação desse direito é, na verdade, pensar na alocação de recursos escassos, bem como ter uma pauta voltada à garantia desses recursos, por meio de políticas fiscais, etc.

É necessário colocar nessa balança, também, a enorme desigualdade social existente no país, em termos de renda, moradia, informação, alimentação, entre outras. Entre essas desigualdades, há também a de acesso ao judiciário que atinge, principalmente, a parcela da população socioeconomicamente mais vulnerável. Para se ter uma dimensão, fora constatado em 2013 que o déficit de defensores públicos no Brasil para cada 10 mil pessoas que tinham renda até 3 salários mínimos, era de mais de 10.500 profissionais (Moura, *et al.*, 2013).

Nesse cenário, surgem discussões no meio jurídico, mas principalmente nos tribunais brasileiros, quanto à judicialização de pedidos de fornecimento de leitos de hospitais, em um cenário, como citado anteriormente, de escassez absoluta de vagas; pedidos de fornecimento de medicamentos de alto custo não disponíveis nas farmácias públicas, além de tratamentos de grande valor, devido às restrições orçamentárias desencadeadas pelo contexto da pandemia.

Isto porque, o processo decisório dos juízes, por mais que não dependa do contexto econômico, não pode se desvincular totalmente dele, sob pena de proferir decisões vazias, sem qualquer aplicabilidade, ante a impossibilidade do estado de arcar com sua efetivação ou até mesmo ante a não razoabilidade de privilegiar 1 em detrimento de uma grande coletividade.

A título de exemplo, pensemos na situação em que determinado indivíduo, habitante de um município do estado de São Paulo, foi diagnosticado com a doença de

Atrofia Muscular Espinhal<sup>18</sup> (AME), doença rara e degenerativa que interfere na capacidade do corpo em produzir uma proteína essencial para o sistema nervoso, responsável pelos gestos voluntários vitais do ser humano. Tal doença é conhecida por ter um dos tratamentos mais caros do mundo, com valores que ultrapassam os R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Agora imaginemos, também, que neste mesmo município exista uma fila de mais de 500 pessoas esperando para o custeio de uma cirurgia para realização de um cateterismo com Stent no coração, cujo valor permeia os R\$ 10.000,00 por procedimento. Veja, ambas as situações estão relacionadas com o direito à saúde, mais especificamente com o direito à vida, pois a negligência desses tratamentos pode causar morte, sendo que uma possui maior grau de urgência que a outra. Diante dessa situação, o que deve o poder judiciário fazer, conceder o tratamento para uma única pessoa, acometida com uma doença grave, ou levar em conta as limitações orçamentárias daquele município e assegurar o tratamento das outras 500 pessoas com problemas cardíacos?

Torna-se, assim, evidente que se trata de uma questão de complexidade imensurável e que talvez não tenha uma única resposta certa para a resolução deste problema. O Ministro, e professor, Roberto Barroso entende<sup>19</sup> que a intervenção do judiciário na Administração Pública, para que esta forneça medicamentos ou tratamentos de forma gratuita à população, procura realizar uma promessa feita pelo poder constituinte originário de prestação universalizada do serviço de saúde. Além disso, salienta o eminente Ministro que a falta de critérios objetivos neste processo pode fazer com que o sistema “morra da cura”, condenando a administração ao pagamento de tratamentos irrazoáveis (BARROSO, 2013).

Isto porque, de nada adianta que o judiciário tenha o poder de proferir infinitas decisões concedendo a tutela de serviços de saúde à população, se o orçamento público não tenha aporte suficiente para oferece-los. Fenômeno, este, que torna as decisões do

---

<sup>18</sup> ATROFIA MUSCULA ESPINHAL (AME). O que é Atrofia Muscular Espinhal (AME)? Disponível em: < [<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.](https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/a/ame#:~:text=A%20Atrofia%20Muscular%20Espinhal%20(AME)%20%C3%A9%20uma%20doen%C3%A7a%20rara%2C,respisar%2C%20engolir%20e%20se%20mover.> . Acesso em 14/07/2022.</a></p></div><div data-bbox=)

magistrado um mero documento formal, sem qualquer tipo de efetividade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso<sup>20</sup>:

“ O judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. ” (2013, pág. 13)

Nos parece, em um primeiro momento, que no fenômeno da judicialização da saúde está por se travar um embate ante ao binômio “Poder Judiciário-Reserva do Possível”, o que no fim das contas é um verdadeiro eufemismo para a real situação. Na realidade, no citado fenômeno, o judiciário é colocado diante da difícil tarefa de ponderar o direito à vida de uns em detrimento de outros<sup>21</sup>.

Como bem ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 175, há uma observância da justiça do caso concreto, ou como ele chamou, “microjustiça”. Entretanto, concluiu que no Brasil o problema talvez não seja de judicialização ou de interferência do poder judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois, na realidade, o que ocorre é a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Nos ensinamentos de Fabiola Sulpino Vieira, mais desafiador é o exercício da macrojustiça, uma vez que pressupõe o controle sobre as políticas públicas de forma mais abrangente, de modo a garantir que elas respeitem os princípios constitucionais de universalidade e igualdade de acesso a bens e a serviços de saúde e, além disso, constituam meios para a concretização das promessas constitucionais, em consonância com a capacidade financeira estatal (VIEIRA, 2019).

Desta forma, fácil notar que tal situação se tornou ainda mais desafiadora durante o contexto de covid-19, onde foi adicionada mais uma variável a essa questão, uma vez

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009

<sup>21</sup> O mesmo autor, mais adiante, cita que “O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada. É o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta questão” (BARROSO,2013).

que além de se atentar com as peculiaridades de cada caso em relação ao acesso à saúde, o judiciário teve de acrescentar ao problema as situações das pessoas que precisavam de leitos de UTI ou quartos de hospitais com urgência, em função dos riscos gerados por essa doença e as restrições orçamentárias impostas pelo próprio contexto pandêmico.

Tal situação, como citado anteriormente, gerou uma grande demanda de processos requerendo um pleno direito à saúde, uma vez que muitas pessoas estavam sem acesso aos serviços de saúde devido à lotação de hospitais.

A despeito das ideias expostas anteriormente, pode-se criar uma narrativa na cabeça do leitor de que a judicialização de temas definidos pelas leis do ordenamento local está ali para sempre resolver as lacunas deixadas pelo agente público, determinando a realização de ações positivas quando este se mantém inerte, como também determinando ações negativas quando o mesmo extrapola suas prerrogativas. Uma visão utópica de que basta recorrer ao Poder Judiciário para ver suas demandas atendidas.

Como é sabido, as medidas positivas, principalmente as relacionadas ao direito à saúde, tema em estudo, demandam custos ao erário que, por sua vez, tem disponibilidade limitada. Assim, em um universo de recursos limitados e demandas ilimitadas, de nada adianta que um juiz profira decisões determinando o oferecimento de tratamentos médicos, medicamentos ou vagas em hospitais, sem que antes seja feito um estudo da viabilidade do fornecimento dessas coisas, sob pena de transformar as decisões em meras “folhas de papel”, sem poder algum. É o que a doutrina vai chamar de “reserva do possível”<sup>22</sup>.

Essa linha de pensamento parte do pressuposto de que os recursos públicos não são suficientes para atender a todas as demandas da população, impondo que o estado deva, na maioria das vezes, tomar decisões difíceis para fornecer o que é possível diante das peculiaridades de cada caso sob uma ótica macro, levando em conta todo o contexto daquele país, estado ou município. Isto porque, o empenho de determinada quantia de recurso público no fornecimento do tratamento de um único indivíduo pode cercear o acesso à saúde de outros tantos, devido à limitação orçamentária.

Nesse sentido, o Ministro Roberto Barroso<sup>23</sup>, em seu voto no Recurso Extraordinário de n. 566.471, do Rio Grande do Norte, que versava sobre o dever do

---

<sup>22</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, A.J.A.; COUTINHO, J.N.M.(orgs.). Diálogos Constitucionais : Brasil- Portugal. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

<sup>23</sup> Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentosde-alto-custo-versão-final.pdf>. Acesso em: 31/07/2022.

Estado no fornecimento de medicamentos de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de arcar com o tratamento, destacou o problema da excessiva judicialização da saúde, vejamos:

“Nesse contexto, a escassez de recursos traz contornos dramáticos às decisões alocativas na área da saúde. Afinal, como definir quais prestações fornecer? Quanto destinar ao orçamento da saúde? Quais tratamentos e pacientes priorizar? Como é natural, todas essas indagações devem ser pensadas e respondidas pelos órgãos competentes para a elaboração das políticas públicas de saúde. E não pelo Judiciário. Mais recentemente, porém, a excessiva judicialização da saúde tem impedido a execução das políticas públicas existentes. Em 2010, o Ministério da Saúde já estimava que a litigância teria produzido um estoque de mais de 60 mil processos, além de gastos que excederam a programação financeira do ministério e das secretarias de saúde em mais de R\$ 500 milhões anuais (...)”

Além disso, Daniela da Cunha Santos<sup>24</sup> ensina que a administração da saúde requer a realização de escolhas difíceis, com recursos limitados, no atendimento de necessidades ilimitadas, não podendo restringir essa questão a um mero discurso de má utilização do orçamento público. Afirmo, ainda, que tais questões se tornaram ainda mais difíceis durante a pandemia, onde mesmo se deslocando verbas de outras áreas da Administração Pública, os recursos não se mostraram suficientes para atender, de forma célere e eficaz, as peculiaridades da crise sanitária (SANTOS, 2021).

Ademais, o protagonismo adquirido pelo judiciário nessas situações privilegia aquelas pessoas que possuem acesso qualificado ao judiciário, ou por que conhecem dos seus direitos, ou por poderem arcar com os custos do trâmite processual, de modo que o fornecimento serviços de saúde favoreceria às classes mais favorecidas, em detrimento da classe pobre. A exclusão destes últimos, inclusive, se agravaria uma vez que os recursos que seriam utilizados para a realização de programas sociais e de auxílio à parcela mais vulnerável da população, seriam aproveitados em benefício da classe mais privilegiada economicamente (BARROSO, 2013).

---

<sup>24</sup> SANTOS, Daniela da Cunha. **O direito à saúde em tempos de pandemia: os desafios e as perspectivas no âmbito da saúde e da economia.** Revista Intraciência, mai/jun. 2021.

Assim, por mais que haja um esforço do judiciário brasileiro para encontrar um ponto de equilíbrio nessa questão, a exemplo das recomendações emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>25</sup> para uniformizar o processo decisório no contexto nacional, a solução para o problema ainda parece permear um distante horizonte. Na realidade, ao que parece, os esforços empreendidos pelo judiciário limitam-se a soluções genéricas e recomendações abstratas, que pouco influem em como são decididas as questões difíceis, como é o caso do direito à saúde.

Essa falta de critérios lógicos e objetivos força, muitas vezes, os juízes a adotarem métodos utilitaristas, que no sentido mais comum de sua terminologia<sup>26</sup>, sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficiência na promoção da felicidade, acumulada por todos os habitantes da “sociedade” em que se vive, um verdadeiro “*superávit*” do prazer comparativamente à dor<sup>27</sup>. Tal posicionamento, segundo Richard Posner, por vezes se confunde com a chamada economia normativa, que consiste na ideia de que uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social (2010).

Explico, quando não há critérios objetivos na lei que definem qual situação em que deve se encontrar o paciente para que este seja agraciado com a ação positiva do estado, é normal que o juiz que, via de regra, não possui qualquer conhecimento técnico medicinal, recorra a outros meios, como por exemplo os princípios. Ocorre que, se respeitados estritamente os princípios elencados em nosso ordenamento jurídico, por óbvio que o direito à vida será, sempre, colocado em primeiro lugar, passando-se a busca por outro critério.

Surge então a possibilidade se usar o método pautada na “felicidade” do restante da sociedade, que nada tem a ver com as demandas em específico, de modo que a concessão do direito da minoria não desequilibre a harmonia orçamentária, prejudicando os direitos de toda uma coletividade.

Entretanto, uma das grandes críticas e, talvez, problema, na aplicação do utilitarismo nos casos concretos é a questão de que não há definição de seu campo de

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, temos a Recomendação nº 31 de 30/03/2010 que “recomenda aos tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. Além disso, recomendou que os juízes, até dezembro de 2010, celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação de questões clínicas.

<sup>26</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Editora WMF Martins Fontes, 2010

<sup>27</sup> Sidwick, Henry. *The methods of Ethics*. 7ª ed., 1907

ação, o que deixa em aberto quem deverá ter sua felicidade incluída na elaboração de políticas públicas<sup>28</sup> e como uma decisão ou política surte efeitos na felicidade total da população (POSNER, 2010). Afinal, deve ser levada em conta a felicidade das pessoas agraciadas por decisões que forçam a atuação do Poder Público, a despeito de restrições orçamentárias, ou a felicidade da outra parcela da sociedade, que vai ver esses recursos sendo destinados a outras áreas que não a de disponibilização de serviços públicos?

Ao que parece, a última parcela da população é a mais numerosa, o que poderia gerar atrocidades, como a completa exclusão das minorias, como já foi visto em alguns episódios da sociedade moderna.

Essa decisão vai depender da agenda do juiz a que foi incumbida a tarefa de julgar o caso, no sentido de que, quando diante de um magistrado que tem por pilar teórico a defesa dos direitos dos cidadãos em face as questões econômicas, por óbvio que para este irá pender para o lado de “proporcionar” a felicidade daqueles que recorrem ao judiciário buscando satisfazer seus direitos fundamentais. Todavia, se diante de um magistrado preocupado com a análise econômica do direito, com os impactos de suas decisões nas questões orçamentárias e no usufruto dos direitos sociais daqueles que em nada tem a ver com a lide, pode-se concluir que, na maioria das vezes, esse irá pender para a “proporcionar” a felicidade da outra parcela da população.

Em suma, a lógica do utilitarismo parece favorecer uma parcela da população em detrimento da outra, uma vez que a maximização da quantidade total da felicidade do universo só pode ser atingida mediante a infelicidade de um grande número de pessoas. Outro problema que é elencado por Posner é a inexistência de métodos capazes de calcular, quantitativamente e qualitativamente, o efeito de uma decisão na felicidade total da população (2010).

Quando aplicada aos casos estudados, podemos notar que o utilitarismo se manifesta no tipo de decisão que preza pela manutenção da harmonia financeira da sociedade, de modo que decisões isoladas não possam abalar a estrutura orçamentária do estado. Como será visto, por vezes os juízes optaram por negar a confirmação de tutelas a título de observância da reserva do possível, por entender que ações diversas poderiam afetar a estrutura orçamentária, de modo a colocar em xeque outros serviços sociais que atendem parcelas maiores da população.

---

<sup>28</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Dessa forma, temos que por mais que o acesso à justiça, na maioria das situações, sirva como pilar de um estado democrático de direito, onde os cidadãos possam ter seus direitos constitucionais garantidos pelas diversas esferas do poder público, a falta de critério nos julgamentos pode “desequilibrar essa balança”, privilegiando uma parcela da população em detrimento da outra. Reforçando, mais uma vez, a complexidade que é colocada ao judiciário brasileiro na resolução de demandas relacionadas ao direito à saúde, principalmente em um contexto de pandemia.

### **2.3. A falta de critérios objetivos no processo decisório e a insegurança jurídica.**

O procedimento decisório envolvendo questões basilares para a população geralmente demanda um esforço maior dos órgãos julgadores, isto porque, muitas vezes, para tanto, estes precisam recorrer a princípios expressos nos diplomas normativos, sem que haja para tanto uma definição clara de como esse direito deve ser protegido, garantido e disponibilizado. É o exemplo do direito à saúde, elencado no artigo 196 da Constituição Federal, onde têm-se que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por mais que tal direito esteja expressamente elencada no texto constitucional, a utilização de termos vagos e abstratos, como por exemplo “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença”, não dá um norte claro para a atuação dos operadores do direito, na realidade deixa eles à mercê de regulamentações póstumas, sem qualquer garantia de que essas serão editadas. Entretanto, não é possível se olvidar de certos direitos em função da demora dos entes públicos, o que torna a atuação dos juízes e membros do Poder Público ainda mais difícil.

Ocorre que, por mais que o ordenamento jurídico brasileiro preze pela previsibilidade da atuação judiciária, como forma de expressão do princípio constitucional da segurança jurídica, elencado no artigo 5º, incisos XXXV e XXXVI, da Constituição Federal de 1988, seria impossível exigir, ou acreditar, que juízes diferentes, com pensamentos diferentes, encontrariam a mesma solução comum para os diversos casos envolvendo tais direitos constitucionais. Fato que acaba por gerar certa insegurança jurídica e o sentimento de que o cidadão está submetido a um sistema de “loteria judiciária”, onde tem que contar com a sorte de ter seu processo julgado por um juiz, ou

juízes, que tenham a defesa dos seus direitos fundamentais em sua agenda de atuação, a despeito de questões envolvendo orçamento e reserva do possível do governo.

Essa falta de segurança jurídica reflete diretamente no exercício dos direitos do cidadão, que ficam à mercê de decisões inconstantes, sem qualquer previsibilidade e vinculação às decisões prévias.

Além disso, vertentes críticas vão defender, por vezes, a ilegitimidade dos juízes em agir de tal forma, sob o prisma da democracia, uma vez que não estão exercendo a função jurídica em respeito ao processo democrático de votação. Na realidade, não são poucos os que defendem a ilegitimidade de se retirar daqueles legitimados pelo voto popular a tarefa de decidir como os recursos públicos serão gastos, de modo que o povo pode preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, como também pode optar pela concentração dos recursos, em sua maior parte, na educação (BARROSO, 2013).

Entretanto, não se pode atribuir todo esse peso aos juízes operadores de direito, declarando ser eles os culpados por gerar essa insegurança jurídica quando, na realidade, os maiores culpados são os membros do legislativo, que criam leis abertas, onde se prevê a existência de regulamentação, quando na realidade não é feita regulamentação nenhuma. Ora, não é razoável, muito menos cabível, exigir que os juízes tenham conhecimentos técnicos de todos os assuntos que são demandados no poder judiciário, como por exemplo, saber pormenorizado os impactos econômicos e sociais de uma decisão que concede o tratamento de uma doença pelo Sistema Único de Saúde, ou até mesmo ter conhecimentos médicos quanto ao quadro de saúde das partes do processo.

Não estou aqui afirmando que o legislador derivado tenha esse tipo de conhecimento, ou deva ter, mas é inegável que este tem ferramentas ao seu alcance que o juiz não tem, sendo uma delas, e talvez a mais crucial, o tempo. Por vezes, o juiz, atendendo à urgência do caso, tem de conceder tutelas provisórias de urgência de maneira antecipada, sem que seja possível qualquer estudo pormenorizado da viabilidade desta decisão. Já o legislador tem a prerrogativa de usar o tempo ao seu favor, além de que, antes de editar uma nova lei, é capaz de realizar diversos estudos de viabilidade e impactos desta, com auxílio de especialistas no tema, bem como priorizar determinadas agendas no parlamento.

É justamente essa situação que aconteceu durante a pandemia, onde a maioria das ações envolvendo a concessão de leitos de UTI e de tratamentos para o combate ao vírus da COVID-19 foram proferidas mediante pedidos de tutela provisória, tendo o juiz que

dar uma solução ligeira, de modo a impedir que o direito, ou o objeto, fosse perdido no decorrer do processo. Entretanto, tal decisão de nada importa se o Poder Público não tem capacidade de concretizá-la.

Nesse contexto que surge o problema da falta de critérios objetivos no procedimento decisório, uma vez que é atribuída aos juízes a função de julgar o caso concreto, não importando a falta de legislações ou de conhecimentos técnicos sobre o assunto, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>29</sup>. Além disso, o Poder Judiciário é, antes de tudo, inerte<sup>30</sup>, não sendo os juízes que vão atrás das partes para judicializar seus direitos, mas sendo eles os que mais sustentam o peso do processo decisório de questões difíceis.

---

<sup>29</sup> Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>30</sup> Nos termos do artigo 2º do Código de Processo Civil, “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo exceções previstas em lei”.

## **CAPÍTULO 2**

### **Análise Jurisprudencial**

#### **3.1. Metodologia**

O presente ensaio, para ilustrar as demandas relacionadas ao direito à saúde, que permearam o Poder Judiciário brasileiro durante o estado mais crítico da pandemia de COVID-19, fez a coleta e análise de dados relacionados ao tema nos sítios de buscas dos tribunais de justiça dos três estados mais populosos do Brasil, quais sejam São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, sendo estas as Unidades Federativas com o maior número de mortes no país, bem como no tribunal de justiça do Distrito Federal. Além disso, foram feitas pesquisas no sítio de busca do Supremo Tribunal Federal (STF).

O painel de pesquisa desses tribunais possui um campo de busca jurisprudencial, onde é possível fazer buscas avançadas de processos por meio da utilização de palavras chaves, classes processuais, assuntos, número do processo e nome da parte. Ao fazer a pesquisa, é possível visualizar as Ementa do acórdão, bem como visualizar seu inteiro teor, o Órgão julgador, o relator, o resultado da decisão e a data de julgamento

A busca se pautou em acórdãos proferidos no lapso temporal de 26 de fevereiro de 2020, data em que fora relatado o primeiro caso da doença no Brasil, até final de 2021, onde houve aplicação em massa da primeira e segunda dose da vacina na população brasileira e, por consequência, uma drástica diminuição no número de mortes e de leitos de UTI ocupados. Além disso, as buscas nos sítios de pesquisa jurisprudencial das páginas dos referidos tribunais se pautaram nas palavras chaves “UTI”, “Covid-19”, “Saúde”, “leito”, “fila”, “SUS” e “tratamento”.

De forma complementar, foram realizadas pesquisas em sítios de notícias e coletas de dados quantitativos referentes à Covid-19 em sites do próprio Governo Federal, que atualizam, diariamente, os números da pandemia. Ademais, foram utilizados os painéis de monitoramento da pandemia do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e dados financeiros extraídos do “Portal da Transparência”, de modo a complementar o arcabouço teórico das decisões elencadas.

Ao todo foram analisados mais de 500 julgados nos tribunais em questão, com os temas relacionados não só ao exposto, mas com o contexto da pandemia de coronavírus como um todo. Por questões espaciais, foram colacionados apenas julgados que

elucidaram a questão de forma mais clara e relevante, servindo como ilustradores da questão, excluindo a imensidão de casos com pedidos iguais e decisões repetidas.

Para elucidar o resultado da pesquisa, será adotada a divisão dos julgados por Tribunal, com o objetivo de se ter uma melhor visão das diferenças regionais nos julgados envolvendo a temática, buscando-se dados nos tribunais dos estados de maior população do país. Dessa forma, foi utilizado o sistema de tabelamento simples, contendo o número do processo, trechos do acórdão analisado e uma breve exposição do resultado da lide, de modo a demonstrar de maneira resumida o teor da decisão.

Destaca-se que, apesar de este ensaio buscar o maior número possível de casos relacionados ao tema elencado alhures, a falta de padronização dos sistemas de pesquisa e acesso dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Superiores prejudica no resultado quantitativo da pesquisa, de modo que a busca pelos mesmos termos em plataformas diferentes pode gerar um número muito menor de encontrados sobre o tema. Dessa forma, reconhecemos que o presente trabalho pode não abranger a totalidade de ações propostas no poder judiciário destes referidos estados, referentes ao direito à saúde e ao acesso aos meios de garantia deste direito, no contexto da COVID-19, bem como à proteção à vida e dos demais direitos assegurados pelo texto constitucional.

Além disso, considerando a possibilidade de alteração da jurisprudência durante esse período específico, devido às mudanças relativas à disponibilidade de recursos, agravamento da pandemia e caos no sistema de saúde, entendeu-se plausível a inserção da data dos julgados, para que o leitor possa se situar melhor no contexto temporal da decisão, vejamos:

<b>PROCESSO</b>	<b>ASSUNTO</b>	<b>SÍNTESE DO ACÓRDÃO</b>	<b>RESULTADO</b>
<b>ACO 3473</b>  <b>Data de julgamento:</b> <b>11/11/2021</b>	Direito à saúde x omissão estatal	<p>“As condições da saúde pública decorrentes da calamidade provocada pelo novo Coronavírus, agravadas pelo recrudescimento da pandemia em todo território nacional, desautorizam qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, especialmente a supressão de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. 2. Comprovada a omissão estatal e identificado o gerenciamento errático em situação de emergência, como a que ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a</p>	<p>O supremo concedeu a tutela provisória de urgência, por entender que não há nada mais valioso e nada mais urgente que o direito à vida. Dessa forma, deve interferir o judiciário na concretização do direito social à saúde, ante a comprovada omissão estatal, de modo que a</p>

		<p>concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcados constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196). 3. Tutela de urgência deferida para: (i) determinar à União Federal que analise, imediatamente, os pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelo Estado requerente junto ao Ministério da Saúde; (ii) determinar à União que restabeleça, imediatamente, de forma proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 no Estado requerente que estavam habilitados (custeados) pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, e que foram reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro de 2021; (iii) determinar à União Federal que preste suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTI's no Estado requerente, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia.”</p>	<p>União preste suporte técnico e apoio financeiro para a expansão da rede de UTI.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>2231711-73.2021.8.26.0000/SP</b></p> <p><b>Data de julgamento:</b> <b>05/11/2021</b></p>	<p>Tratamento médico hospitalar x reserva do possível</p>	<p>“Pretensão inicial voltada à realização de procedimento cirúrgico com profissional especializado, para colocação de marca-passo na autora, pessoa idosa, portadora de "cardiopatia grave" – Decisão agravada que deferiu a tutela de urgência, determinando ao Município que forneça a imediata transferência da paciente para UTI com tratamento cardíaco adequado, inclusive cirúrgico, para colocação de marca-passo definitivo, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$500,00 – Possibilidade – Direito constitucional à saúde (art. 196, da CF/88) – Dever do Poder Público de fornecer medicamentos àqueles que necessitam e se encontram em situação de vulnerabilidade econômica – <b>Princípio da reserva do possível inoponível em relação ao direito à vida e à</b></p>	<p>Recurso com provimento negado, uma vez que, conforme a decisão acostada, a alegação de que o sistema de saúde está sobrecarregado em razão da pandemia do Covid-19 e a reserva do possível, não são idôneas para se opor ante ao direito à vida e à saúde, com previsões constitucionais expressas.</p>

		<b>saúde</b> – Necessidade e eficácia do tratamento demonstradas.” (grifos nossos)	
<b>Apelação Cível</b> <b>5004102-</b> <b>90.2020.8.13.0470/</b> <b>MG</b>  <b>Data de</b> <b>juízo:</b> <b>19/10/2021</b>	Obrigação da operadora de plano de saúde custear atendimento realizado em outra região x situação emergencial	<p>“Reputa-se lícita a cláusula contratual que limita o atendimento do segurado a determinada área geográfica. No entanto, inexistindo na área delimitada profissional ou hospital capacitado para realizar o tratamento do qual necessita o segurado, deve a operadora de plano de saúde custear o atendimento realizado em localidade diversa.</p> <p>Comprovada a situação emergencial pelo agravamento do quadro de saúde do Apelante decorrente do comprometimento significativo dos seus pulmões em razão do COVID-19, e frente à carência de equipamento adequado ao tratamento no hospital local, forçoso reconhecer a obrigação da cooperativa do plano de saúde em arcar com os custos despendidos no nosocômio conveniado, ainda que localizado fora da área de abrangência contratada.”</p>	O tribunal “ad quem” entende ser lícita a cláusula, existente em contratos de plano de saúde, que limita o atendimento do segurado a determinada área geográfica. Entretanto, diante do cenário de escassez de leitos e tratamentos, gerado pela pandemia de COVID-19, o tribunal entendeu ser razoável a relativização desta regra, devendo, portanto, a operadora de plano de saúde custear atendimento realizado em outra região
<b>ADPF 756</b>  <b>Data de</b> <b>juízo:</b> <b>11/10/2021</b>	Crise sanitária em Manaus x dever do estado em imprimir esforços para conter a crise	<p>“Plausibilidade das alegações dos requerentes quanto à caótica situação sanitária instalada no sistema de saúde de Manaus, capital do Estado de Amazonas, que está a exigir uma pronta, enérgica e eficaz intervenção por parte das autoridades sanitárias dos três níveis político-administrativos da Federação, particularmente da União. II - Em situações como está sob análise, marcada por incertezas quanto às medidas mais apropriadas para o enfrentamento da pandemia, incumbe ao Supremo Tribunal Federal exercer o seu poder contra majoritário, oferecendo a necessária resistência às ações e omissões de outros Poderes da República de maneira a garantir a integral observância dos ditames constitucionais, na espécie, daqueles dizem respeito à proteção da vida e da saúde. III – Medida cautelar referendada pelo Plenário do</p>	O STF julgou procedente a medida liminar para determinar que o Governo Federal promova todas as ações em seu alcance para debelar a crise sanitária instalada em Manaus/AM, suprimindo os estabelecimentos de saúde, para que possam prestar pronto e adequado atendimento ao seus pacientes.

		<p>Supremo Tribunal Federal para determinar ao Governo Federal que: (i) promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional.”</p>	
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>1209671-77.2021.8.13.0000/</b> <b>MG</b></p> <p><b>Data de julgamento:</b> <b>02/09/2021</b></p>	<p>Dever do estado x falta de leitos de UTI</p>	<p>“O Município não deve ser responsabilizado pela transferência do autor para hospital que contenha estrutura compatível com o tratamento necessário, inclusive realização de cirurgia vascular - segundo a interpretação dada recentemente pelo S.T.F. no RE 855178-SE (RE 793). Assim, a solidariedade dos entes federativos só pode ser aplicada de forma subsidiária, devendo ser a pretensão direcionada ao ente que, primeiramente, deve fornecer o tratamento, dentro do sistema de repartição de competências. - Se a necessidade de realização do procedimento foi atestada por médico vinculado ao SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, não se recomenda indeferir o pedido, sob pena de risco irreversível para o autor. <b>Portanto, o</b></p>	<p>O tribunal “ad quem” entendeu que, se a necessidade da realização de atendimento foi atestada por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde (SUS), não se pode indeferir o pedido, sob pena de risco irreparável à parte. Além disso, por mais que o período de pandemia tenha ensejado uma situação atípica, em decorrência da falta de leitos de UTI, compete aos médicos reguladores decidir quem será internado, considerada</p>

		<p><b>Estado de Minas Gerais tem o dever de possibilitar a efetivação do tratamento médico necessário a expensas do SUS. Se assim não age - seja de forma omissiva, seja de forma comissiva</b> -, está caracterizada a verossimilhança hábil a ensejar a intervenção judicial.</p> <p>- Quanto à tese de que a decisão não observa os critérios técnicos das Centrais de Regulação de Leitos do SUS em um momento crítico de falta de leitos hospitalares em decorrência do agravamento da pandemia de coronavírus (COVID19), o próprio agravante reconhece competir aos médicos reguladores decidir quem será internado, considerada a "gravidade da solicitação de internação, especificada em protocolos clínicos amparados na literatura médica, de modo a garantir o acesso aos serviços de urgência e emergência de forma justa."</p> <p>- Já quanto ao pedido para que seja excluída a condenação do Estado de Minas Gerais a pagamento de multa, acatando-se, sendo o caso, a decisão proferida no RESP 1.069.810/RS (substituir eventual multa pelo sequestro de numerário para custeio do tratamento pleiteado), não pode ser aqui apreciado, pois a decisão agravada não o condenou ao pagamento de multa." (grifos nossos)</p>	<p>a gravidade da solicitação de internação.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>2432420-93.2020.8.26.0000/SP</b></p> <p><b>Data do julgamento:</b> <b>25/08/2021</b></p>	<p>Vagas de UTI x reserva do possível</p>	<p>“O ato judicial impugnado determinou a transferência para a UTI do Hospital das Clínicas condicionada à existência de vagas. A agravante quer a imediata transferência e, para tanto, informa que estava, ao tempo do ajuizamento, internada em UTI de outro estabelecimento médico. <b>A ausência de vagas constitui óbice material para o cumprimento da decisão. Interpreta-se que o deferimento da medida, sem que haja vagas, não</b></p>	<p>Recurso não provido sob o argumento de que a ausência de vagas de UTI constitui óbice material para o cumprimento da decisão, de modo que o deferimento da medida, sem que haja vagas, não resultaria na abertura forçada de leitos, mas sim</p>

		<p><b>resultaria na abertura forçada de leito, que se mostra inviável, mas no inadimplemento por parte da Fazenda Pública.</b> Notícia de que houve a transferência no curso do processamento do agravo de instrumento, o que esvazia a primeira providência. Sobrevive o segundo pedido de urgência, que não pode ser acolhido, porquanto a ordem para imediata realização do transplante viola a fila de espera estruturada no âmbito do SUS e qualifica supressão da opinião médica sobre o assunto, já que os documentos encartados aos autos revelam que a paciente está sob avaliação multiprofissional para eventual inclusão em fila. Não é possível identificar a excepcionalidade que qualifica o controle jurisdicional relativo à imediata intervenção cirúrgica para promover o transplante cardíaco.” (grifos nossos)</p>	<p>no inadimplemento por parte da Fazenda Pública.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento 3004001-79.2020.8.26.0000/ SP</b></p> <p><b>Data do julgamento: 24/08/2021</b></p>	<p>Unidades de UTI x Encaminhamento de pacientes em número superior ao de vagas</p>	<p>“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que deferiu pedido de liminar que, em função da pandemia da Covid-19, pretendia impedir o encaminhamento de pacientes "vaga zero" em número superior à quantidade de leitos disponibilizados nas dependências da Santa Casa de Franca – Critérios técnicos específicos à prática médica, voltados ao gerenciamento e à movimentação de pacientes – Pretensão da impetrante, ora agravada, que se funda não na ilegalidade ou na irregularidade da conduta administrativa, mas na inconveniência dos efeitos dela decorrentes – Ato administrativo regulamentado de maneira expressa pelo artigo 17, § 4º, da Resolução nº 2.077/14 do Conselho Federal de Medicina.”</p>	<p>Recurso provido, para indeferir a medida liminar requerida pela agravada, que pretendia impedir o encaminhamento de pacientes em número superior à quantidade de leitos.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento 0004073-78.2021.8.19.0000/ RJ</b></p>	<p>Transferência de paciente, com COVID 19, em estado grave x obrigação do estado</p>	<p>“Agravo de instrumento. Obrigação de fazer. Agravado com quadro de dispnéia súbita, síncope, náuseas e febre, testando positivo para covid-19, necessitando de tratamento em cti/uti covid. Decisão agravada que deferiu a tutela de</p>	<p>O tribunal negou provimento ao recurso sob o entendimento de que o quadro de saúde, atestado pelos médicos, do paciente</p>

<p><b>Data do julgamento:</b> <b>19/08/2021</b></p>		<p>urgência determinando a transferência do agravado para unidade hospitalar de grande porte com centro de terapia intensiva (cti/uti) com suporte para covid-19. Presença dos requisitos legais. Aplicação do verbete 59 e 65 da súmula do tjrj. prazo e multa arbitrados que atendem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.”</p>	<p>já caracterizava os requisitos legal para que fosse concedido o tratamento em UTI, motivo pelo qual o governo do município em questão deveria fornecer o tratamento.</p>
<p><b>Agravo de instrumento</b> <b>0745517020208070</b> <b>000/DF</b></p> <p><b>Data de julgamento:</b> <b>18/08/2021</b></p>	<p>Direito à saúde x dever do estado em fornecer atendimento médico hospitalar</p>	<p>“O Distrito Federal integra o Sistema Único de Saúde e tem o dever inarredável de prover àqueles que necessitem de tratamento médico, com a disponibilização de meios para assegurar o imediato atendimento ao paciente em estado grave de saúde. 4.1. A saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme art. 196 da Constituição Federal e arts. 204 e seguintes da Lei Orgânica do Distrito Federal. 4.2. Dessa forma, é possível observar que a legislação é uníssona ao incumbir ao Distrito Federal o dever de prestar atendimento médico àqueles que não possuem condições financeiras suficientes para arcar com seu próprio tratamento em rede particular, garantindo, assim, o direito à saúde assegurado expressamente na Constituição Federal e na LODF. 4.3. Ressalte-se que a proteção ao direito à vida se encontra protegida no art. 5º, caput, da Constituição, no título dos direitos e garantias fundamentais, explicitamente pelo Princípio da Inviolabilidade do Direito à Vida. 4.4. Especificamente quanto ao idoso, o art. 230, caput, da CF afirma que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. 5. No caso dos autos, restou devidamente comprovado que o impetrante, idoso de 74 anos, se encontra em estado gravíssimo. 5.1. Trata-se de paciente crônico que faz uso de</p>	<p>Mandado de Segurança concedido ante ao dever do governo do Distrito Federal de fornecer atendimento médico e hospitalar, uma vez que integra o SUS. Trata-se de uma reafirmação de direitos previstos no texto constitucional por parte do poder judiciário</p>

		<p>uma série de medicamentos contínuos para diversas enfermidades e que foi submetido a intubação orotraqueal (IOT) em decorrência do novo coronavírus, necessitando, portanto, urgentemente, de um leito de UTI para afastar o iminente risco de morte.”</p>	
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>2127739-87.2021.8.26.0000/SP</b></p> <p><b>Data do julgamento:</b> <b>11/08/2021</b></p>	<p>Acesso à unidade de terapia intensiva x existência de fila cronológica</p>	<p>“Liminar deferida para determinar que o Município de Ribeirão Preto e o Estado de São Paulo providenciem a transferência para UTIs de todos os pacientes de COVID-19 que necessitem de tal tratamento, procedendo a transferência até para estabelecimentos particulares, se necessário for. Inadmissibilidade. O Estado de São Paulo gerencia a existência de vagas em UTIs e CTIs através do sistema CROSS (Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde). Impossível privilegiar uma região em detrimento de outras, em situação até mais grave. Decisão reformada.”</p>	<p>O recurso fora provido para cassar a liminar que determinou a transferência para UTIs dos pacientes com COVID-19, inclusive para estabelecimentos particulares, uma vez que o gerenciamento das vagas de UTI, no estado de São Paulo, é feito através do sistema CROSS (Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde), sendo impossível privilegiar uma região em detrimento das outras, “furando” a fila.</p>
<p><b>Apelação</b> <b>07003854620218070018/DF</b></p> <p><b>Data do julgamento:</b> <b>04/08/2021</b></p>	<p>Restrições orçamentárias x atuação do estado na pandemia de COVID-19</p>	<p>“Cuida-se de ação de obrigação de fazer julgada improcedente para afastar a responsabilidade do ente público em custear as despesas hospitalares contraídas pela autora junto a hospital de rede privada, pelo período em que esteve internada na Unidade de Terapia Intensiva - UTI, acometida pela Covid-19. 2. A legislação é uníssona ao incumbir ao Distrito Federal o dever de prestar atendimento médico àqueles que não possuem condições financeiras suficientes para arcar com seu próprio tratamento em rede particular, garantindo, assim, o direito à saúde assegurado expressamente na Constituição Federal e na LODF. O provimento judicial que determina a observância de preceito constitucional não viola o Princípio da Isonomia, ao contrário, encontra-se em sintonia com o Princípio da</p>	<p>O tribunal entendeu que as restrições orçamentárias, impostas pela pandemia de COVID-19, não podem justificar a atuação ilegítima do Estado, de modo a servir como um verdadeiro óbice à implementação de políticas públicas, sob o risco de transformar os direitos constitucionais em meras promessas.</p>

		<p>Dignidade Humana, uma vez que as restrições orçamentárias não podem justificar a atuação ilegítima do Estado, servindo como verdadeiro óbice à implementação de políticas públicas, sob risco de transformar os direitos constitucionalmente assegurados em meras promessas, frustrando a coletividade. 3. Portanto, comprovado o envio do pedido de vaga em UTI de unidade hospitalar pública, por meio de mensagem eletrônica dirigida à CERIH (central de regulação), no mesmo dia da internação, o rito burocrático não pode ser debitado à paciente autora, ainda que, num primeiro momento, tenha optado pelo atendimento emergencial de um hospital particular. 4. Se o médico supervisor da CERIH não compareceu ao hospital em que estava internada a paciente, para confirmação do pedido, eventual demora nesse mister importa omissão de atendimento do Ente Público.”</p>	
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>3003300-84.2021.8.26.0000/SP</b></p> <p><b>Data do julgamento:</b> <b>30/07/2021</b></p>	<p>Tratamento médico hospitalar x existência de fila cronológica</p>	<p>“Agravo de Instrumento – Mandado de Segurança – Decisão agravada que determinou a imediata disponibilização de vaga para internação hospitalar em leito COVID-19 – Impossibilidade, contudo, de adoção de medidas isoladas, sem considerar a política estatal de regulação de vagas mediante priorização de pacientes com base em critérios técnicos de urgência.”</p>	<p>Deu-se provimento ao recurso interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, sob o argumento de que não seria possível o acolhimento da liminar da impetrante, ora agravada, sem sopesar a gravidade do seu caso em comparação à situação dos demais pacientes que também aguardam transferência hospitalar.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>0028375-74.2021.8.19.0000/RJ</b></p>	<p>Custeio de internação em hospital da rede privada x possibilidade orçamentária do estado</p>	<p>“(…)considerando os princípios constitucionais e ponderando-se os valores envolvidos nesta demanda, é certo que no caso concreto deve prevalecer o direito à saúde, projeção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, nos termos do art. 1º, III, da CRFB/88. Cabe ao Poder Judiciário,</p>	<p>O tribunal indeferiu o recurso interposto pelo Município de Magé, sob o argumento de que a arguição da impossibilidade de cumprimento da medida</p>

<p><b>Data de julgamento:</b> <b>21/07/2021</b></p>		<p>sempre que possível, superar essa dificuldade, prestando a tutela jurisdicional em deferência à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.</p> <p>5. A formalidade administrativa para o paciente aguardar a fila do SUS e o tratamento de urgência colocaria em risco a saúde e a vida do recorrido, de maneira que a intervenção do Poder Judiciário, diante do caso concreto, está devidamente autorizada e justificada. Precedentes.</p> <p>6. O art. 24 da Lei n.º 8.080/90 prevê à atuação subsidiária da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde quando insuficientes os recursos estatais. Além disso, este Tribunal de Justiça possui entendimento firme sobre a possibilidade de custeio da internação do paciente necessitado em clínica privada pelo ente público nas hipóteses de urgência e falta de vaga em hospital público. Precedente.</p> <p>7. <b>Não se sustenta o argumento da impossibilidade de cumprimento à medida em razão do colapso do sistema de saúde com a pandemia da COVID 19</b>, uma vez que o Governo Federal, através da LC n.º 173/2020, repassou 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais) para os entes federados contornarem os efeitos da COVID 19. ” (grifos nossos)</p>	<p>em razão do colapso do sistema de saúde, devido à pandemia de COVID 19, não é cabível, uma vez que o governo federal repassou R\$ 60.000.000.000,00 para os entes federados. De modo que a falta de vagas na rede pública de nada impede que seja determinado o custeio, pelo governo, do tratamento na rede privada de saúde. Tudo isso, em conformidade com o disposto no texto constitucional, referente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da saúde.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>3002158-45.2021.8.26.0000/SP</b></p> <p><b>Data do julgamento:</b> <b>20/07/2021</b></p>	<p>Tratamento médico hospitalar x respeito à ordem cronológica de atendimento</p>	<p>“Paciente portadora de 'Coxartrose Bilateral'. Decisão que determina a realização urgente de cirurgia de 'Artroplastia' para colocação de próteses em ambos os quadris. Reforma que se impõe. 1. Situação de calamidade ocasionada pelo Covid-19 que justifica o período de sobrestamento da realização de cirurgias eletivas em nome do atendimento prioritário de pacientes emergenciais e urgentes. Inexistência, a rigor, de recusa de atendimento pelo ente público. 2. <b>Observância da ordem</b></p>	<p>Recurso provido para derrubar a decisão que determinou a concessão da tutela provisória de urgência, para realização de procedimento cirúrgico. Utilizou-se como argumento o respeito à ordem cronológica de atendimento, sob pena de</p>

		<b>cronológica da fila de espera existente para atendimento na rede pública. Não configurada excepcionalidade para ordenar a preterição de outros pacientes que possam se encontrar em situação semelhante ou pior do que a apresentada pela ora recorrida. Respeito ao primado constitucional da isonomia.</b> ” (grifos nossos)	infringir o princípio da separação de poderes.
<b>Mandando de segurança</b> <b>0707895672021807</b> <b>0000/DF</b>  <b>Data de julgamento:</b> <b>14/07/2021</b>	Direito à vida x obrigação do estado em fornecer vagas em UTI	“Não há que se falar em extinção do processo por perda superveniente do interesse recursal, tendo em vista que há a necessidade e utilidade da prestação jurisdicional ao impetrante. Isso porque, a internação em leito de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) objeto do mandamus somente foi realizada por força de determinação deste juízo, devendo a liminar ser confirmada em juízo de cognição exauriente. 2. O direito à saúde e à vida se constituem bens por excelência, garantidos pela Constituição Federal, cujo art. 196, caput, que determina ser dever do Estado o amparo à saúde, bem como sua promoção e proteção. 3. Cabe ao Distrito Federal, no âmbito de sua atuação, o fornecimento de serviço médico adequado, garantindo vaga em hospital público ou, em caso de impossibilidade, em leito de nosocômio particular, às suas expensas.”	Mandado de Segurança concedido com base nos direitos constitucionais à saúde e à vida, de modo que é dever do Distrito Federal proceder com a disponibilização de um serviço médico adequado, fornecendo medicamentos e vagas em hospital.
<b>Agravo de Instrumento</b> <b>2142068-</b> <b>07.2021.8.26.0000/</b> <b>SP</b>  <b>Data do julgamento:</b> <b>22/06/2021</b>	Concessão de vagas em leito de UTI x separação de poderes	“Agravo de instrumento. Pandemia de Coronavirus (Covid-19). Busca por internação em UTI. Indicação de existência de vagas. Intervenção judicial, no entanto, de todo descabida. Extrema gravidade do quadro de saúde não revela lesão de direito. Inexistência, pois, de violação a direito líquido e certo. Ilegalidade incorrente. Prevalecem critérios médico e administrativo.”	Recurso desprovido, por entender que a ausência de ilegalidade na recusa da transferência do paciente para UTI impede a intervenção judicial, sob pena de grave desorganização administrativa, ante ao princípio da separação de poderes.
<b>ACO 3490</b>	Concretização do direito à saúde x	“(…)comprovado o gerenciamento errático em situação de emergência sanitária, é viável a	Determinou-se o deferimento da tutela de

<p><b>Data de julgamento:</b> <b>14/06/2021</b></p>	<p>dever do estado em promover a contingência do avanço da pandemia</p>	<p>interferência judicial para a concretização do direito social à <b>saúde</b>, cujas ações e serviços são marcados constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196). 4. Tutela de urgência deferida para determinar que a União Federal apresente um planejamento detalhado das ações em prática, e das que pretende adotar, com vista a garantir o suprimento dos insumos do kit intubação. O plano deverá contemplar, no mínimo: (i) o nível atual dos estoques de medicamentos, bem como a forma e periodicidade de monitoramento dos estoques; (ii) a previsão de aquisição de novos medicamentos, esclarecendo os cronogramas de execução; (iii) os recursos financeiros para fazer frente às necessidades de aquisição e distribuição dos insumos, considerando o prognóstico da pandemia no território nacional; (iv) os critérios que adotará para distribuir os insumos aos entes subnacionais e às unidades hospitalares; e (v) a forma pela qual dará ampla publicidade ao planejamento e à execução das ações.”</p>	<p>urgência para determinar que a União apresente planejamento detalhado das ações em prática e das que pretende adotar, com vistas a garantir o suprimento dos insumos do kit intubação, tendo em vista a comprovação do gerenciamento errático por parte do governo.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>0744124-58.2021.8.13.0000/</b> <b>MG</b></p> <p><b>Data de julgamento:</b> <b>10/06/2021</b></p>	<p>Direito à vida x obrigação do ente público em providenciar a transferência de paciente diagnosticado com COVID para UTI</p>	<p>“Em sendo a proteção à saúde indissociável do direito à vida, a Constituição da República preconiza que o Poder Público deve disponibilizar, mediante políticas públicas, atendimento integral ao cidadão, às crianças e aos adolescentes, de modo a suprir as suas necessidades individuais de acordo com as peculiaridades do caso, <b>além de envidar todos os esforços possíveis para preservar-lhe a saúde e a vida, sob pena de comprometer bens jurídicos maiores e que se encontram sob risco de perecimento.</b></p> <p>- Deve ser mantida a decisão que impõe ao ente público, em sede de tutela antecipada, a obrigação de providenciar transferência hospitalar ao paciente diagnosticado com</p>	<p>O recurso foi negado, uma vez que o tribunal entendeu que, diante do que preconiza os princípios constitucionais do direito à vida e à saúde, deve o Poder Público arcar com a obrigação de providenciar a transferência hospitalar ao paciente diagnosticado com COVID-19.</p>

		COVID19, para hospital com UTI, capaz de fornecer o tratamento adequado. ” (grifos nossos)	
<b>Agravo de Instrumento 2085605-45.2021.8.26.0000/SP</b>  <b>Data do julgamento 19/05/2021</b>	Concessão de vagas em leitos de UTI x respeito à ordem cronológica da fila de espera	“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Tutela provisória – Saúde – Necessidade de vaga em UTI para tratamento – UPA que não dispõe de vagas de UTI – Direito fundamental ao fornecimento gratuito de medicamentos, insumos e ao custeio de tratamentos – Aplicação dos arts. 1º, III, e 6º da CF – Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da medida – Autor que já está inserido no CROSS – Ampliação da tutela provisória, para disponibilização de vaga na UTI não covid na rede privada, às expensas do réu, caso não haja vaga imediata no CROSS e haja vaga disponível na rede privada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”	O recurso foi parcialmente provido por entender que o fato de o agravante já estar figurando na fila de espera por vagas em UTI (não covid), já configura atuação do Poder Público, de modo que a fila deve ser respeitada.
<b>Agravo de Instrumento 0707918132021807 0000/DF</b>  <b>Data de julgamento: 12/05/2021</b>	Internação de paciente em estado grave x respeito à ordem cronológica da fila de espera	“A constatação de que a internação em leito de UTI, em caráter de urgência ou de emergência, configura condição fundamental para a promoção e preservação da saúde da parte justifica a concessão, ao paciente, do tratamento pretendido. 3. A despeito da grave crise sanitária vivenciada pelo Distrito Federal em razão da pandemia da Covid-19, com o iminente risco de esgotamento das vagas nas unidades de terapia intensiva das redes hospitalares públicas e privadas, a Administração Pública deve fornecer o tratamento médico e hospitalar apropriado aos que se valem de sua proteção. 3.1. É necessário, no entanto, que seja observada a ordem de atendimento dos pacientes, de acordo com o Sistema de Regulação de Leitos de UTI. 4. Recurso conhecido e provido.”	O tribunal entendeu que, a despeito da crise sanitária vivenciada no Distrito Federal, durante a pandemia de COVID-19, é dever do governo do estado o fornecimento de tratamento médico e hospitalar apropriado aos que se valem da sua proteção, devendo ser respeitada a ordem de atendimento dos pacientes, de acordo com o Sistema de Regulação de Leitos de UTI.
<b>Agravo de instrumento 2086945-</b>	Gestão de leitos de UTI x separação de poderes	“Pretensão inicial voltada ao fornecimento de vaga de leito em UTI para paciente, com o objetivo de tratamento do vírus da COVID-19 (SARS-CoV-2) – Decisão agravada que deferiu	Recurso conhecido para dar provimento ao agravo de instrumento, de modo a caçar a decisão

<p><b>24.2021.8.26.0000/</b> <b>SP</b></p> <p><b>Data do</b> <b>Julgamento:</b> <b>11/05/2021</b></p>		<p>a tutela de urgência – Pretensão de reforma – Possibilidade – Atuação do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas na área da saúde que adquire contornos próprios no contexto da pandemia de COVID-19 – Colapso no sistema público e privado de saúde, com falta de medicamentos, insumos e vagas em leitos de UTI – <b>Discricionariedade da Administração Pública na gestão de leitos de UTI, não podendo ser substituída pela atuação do Poder Judiciário sem flagrante ilegalidade, sob pena de desvirtuamento da lógica de funcionamento do Estado</b> – Necessidade de preservação da isonomia na gestão coletiva da saúde pública no contexto da pandemia de COVID-19 – Recomendação nº 92/2021 do CNJ que orienta os magistrados, à luz da independência funcional, a atuar na pandemia de COVID-19, de forma a fortalecer o sistema brasileiro de saúde, com observância à isonomia e em atenção aos preceitos veiculados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Probabilidade do direito não evidenciada (art. 300 do CPC).” (grifos nossos)</p>	<p>interlocutória em questão, no sentido de indeferir a tutela pleiteada, em respeito ao princípio da separação de poderes, por entender que decisões desse tipo colocariam o Poder Judiciário no papel de gestor público, atuante na linha de frente da pandemia.</p>
<p><b>Agravo de</b> <b>Instrumento</b> <b>3002718-</b> <b>21.2020.8.26.0000/</b> <b>SP</b></p> <p><b>Data do</b> <b>Julgamento:</b> <b>29/04/2021</b></p>	<p>Transferência de pacientes em estado grave x separação dos poderes</p>	<p>“Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública movida pelo Município de Presidente Venceslau contra o Estado de São Paulo. Decisão agravada deferiu tutela provisória de urgência, para compelir o ora agravante a providenciar vaga de internação a seus munícipes, acometidos de Covid, no Hospital Regional de Presidente Prudente ou em outro nosocômio estadual, afirmando incapacidade do sistema de saúde municipal em atender à demanda de pacientes com a referida enfermidade. <b>Situação que não cabe ao Judiciário resolver, mas exclusivamente à esfera administrativa, pena de violação ao</b></p>	<p>Recurso provido para cassar a decisão que deferiu a tutela de urgência para compelir o Estado de São Paulo, através do seu sistema de saúde a disponibilizar, em atendimento imediato a todos os munícipes da cidade de Presidente Venceslau que precisem ser encaminhados em situação emergencial, com suspeita fundada em contaminação por COVID 19, por</p>

		<b>princípio da separação de poderes.</b> ” (grifos nossos)	entender não ser lícito ao Poder Judiciário interferir na esfera de competência do Poder Executivo.
<b>Agravo de Instrumento</b> <b>2083814-41.2021.8.26.0000/SP</b>  <b>Data do julgamento:</b> <b>22/04/2021</b>	Falta de leitos de UTI x possível desorganização administrativa	<b>“Embora presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, a ausência de ilegalidade impede a intervenção judicial, sob pena de desorganização administrativa, agravando ainda mais o atual quadro de combate à pandemia de Covid-19.”</b> (grifos nossos)	Negou-se provimento ao recurso devido à falta de vagas em leitos de UTI no Estado de São Paulo, de modo que, segundo a decisão, o deferimento da tutela somente contribuiria para desorganizar a administração dos atendimentos médicos. Afirma não ter a agravante indicado onde haveria vaga ociosa para que pudesse ser para lá transferida. Alega, ainda, que não compete ao Judiciário o exercício de função administrativa, sob pena de gerar inúmeros outros problemas de ordem estrutural.
<b>Agravo de Instrumento</b> <b>2303458-20.2020.8.26.0000/SP</b>  <b>Data do julgamento:</b> <b>08/04/2021</b>	Dignidade da pessoa humana x obrigação do estado em fornecer vagas de UTI	<b>“Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem ao Município, de modo solidário com os demais entes públicos (art. 196 da CF), a obrigação de fornecer, prontamente, em favor de pessoa hipossuficiente, que comprova a urgente necessidade do medicamento, insumo, ou tratamento médico, por prescrição médica, de idoneidade presumida. 2. Concessão de medida liminar em mandado de segurança, para obrigar o Poder Público ao fornecimento de vaga em UTI, é viável ante a satisfação dos pressupostos legais (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09).”</b> (grifos nossos)	Recurso provido, por entender que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como da preservação da saúde, impõe ao Município a obrigação de fornecer, prontamente, medicamentos, insumos e tratamentos, em favor de pessoa hipossuficiente.

<p><b>Mandado de Segurança</b> <b>0748597892020807</b> <b>0000/DF</b></p> <p><b>Data de julgamento:</b> <b>05/03/2021</b></p>	<p>Direito à saúde x obrigação do Distrito Federal em fornecer tratamento hospitalar</p>	<p>“A orientação jurisprudencial dominante nesta Corte é no sentido de que o Secretário de Saúde é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança que vindica internação em leito hospitalar. Preliminar rejeitada. 2. O direito à saúde, inserto nos artigos. 6º e 196 da CF e artigos 204, II, e 205, I, da Lei Orgânica do Distrito Federal, é dever do Estado estendido de forma solidária a todos os entes da federação, de observância obrigatória pelos responsáveis pela garantia dos direitos fundamentais em nossa sociedade, mormente os operadores do direito. 3. No particular, verifica-se que a impetrante, idosa de 67 anos, mediante prova pré-constituída, conseguiu demonstrar ser portador de grave quadro de saúde, com piora na sua função pulmonar em razão do acometimento do vírus COVID-19, permanecendo em grave estado geral e com risco de morte, necessitando de transferência para Unidade de Internação Hospitalar de Tratamento Intensivo, a fim de realizar tratamento urgente. 4. Considerando a obrigação do Distrito Federal em fornecer o tratamento necessário para aqueles que não tenham condições de fazê-lo com recursos próprios; a necessidade demonstrada pelo caso grave do impetrante, de internação hospitalar em UTI; impõe-se a concessão da ordem. O Poder Judiciário age, nessa situação, no cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal violados em razão da inércia da Administração quanto à materialização do direito à saúde (Artigos 6º, 196 e 198 da CF/88 e 204, 205 e 207 da LODF).</p>	<p>O tribunal entendeu que o poder judiciário deve atuar nas situações de omissão da Administração Pública, com objetivo de garantir direitos, previstos no texto constitucional, àqueles que não têm condição de fazer com recursos próprios. Assim, determinou a transferência da autora para uma unidade de tratamento intensivo (UTI), com urgência.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>5154446-</b> <b>38.2020.8.13.0000/</b> <b>MG</b></p>	<p>Divisão dos poderes x ampliação do número de leitos de UTI</p>	<p>“Diante das orientações técnicas atuais da Secretaria Estadual de Saúde que informa a necessidade projetada de 42 leitos de UTI COVID-19 na microrregião de Sete Lagoas e da demonstração de que o Município possui 46</p>	<p>Recurso provido por entender que o Judiciário não pode interferir na efetivação do Plano de Contingência Operativo,</p>

<p><b>Data de julgamento:</b> <b>15/12/2020</b></p>		<p>leitos exclusivos implantados, inexistente razão para a intervenção do poder judiciário para a efetivação do Plano de Contingência Operativo.”</p>	<p>que determina um número mínimo de leitos de UTI que devem estar disponíveis, uma vez que o número atual, à época, de leitos se mostrou suficiente.</p>
<p><b>Agravo de Instrumento</b> <b>3005210-83.2020.8.26.0000/SP</b></p> <p><b>Data de julgamento:</b> <b>14/12/2020</b></p>	<p>Transferência de paciente em estado grave x falta de vagas em UTI</p>	<p>“Em face de decisão que, em ação civil pública, deferiu a tutela provisória para impor ao Estado de São Paulo, quando identificado pelo médico regulador a existência de paciente em equipamento de urgência e emergência que necessite ser transferido para atendimento em Hospital e em não existindo vaga, a obrigação de transferi-lo, com segurança, para Hospital de outra regional de saúde ou para hospital privado situado na região da DSR XI, mediante compra ou requisição de vaga. Ação embasada na insuficiente estrutura do Hospital Público "Domingos L. Cerávolo" para a demanda da Região Administrativa de Presidente Prudente – Plausibilidade do quadro de deficiência e insuficiência narrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e relevância do fundamento da ação – Tutela provisória nos moldes em que foi concedida, contudo, revela-se temerária, afetando a política pública de saúde adotada para a região e podendo causar verdadeira desorganização administrativa, agravando ainda mais o já precário sistema de saúde pública – Estado de calamidade pública decorrente da pandemia do COVID-19 que ainda persiste, de contexto drástico e sem precedentes, o que reforça a necessidade de ações coordenadas entre os Poderes Executivo e Judiciário – Questão complexa e imputação de omissão quanto às políticas públicas adotadas na área da saúde para a Região Administrativa de Presidente Prudente exige</p>	<p>Recurso provido para deferir a transferência de paciente da Região Administrativa de Presidente Prudente para hospital de outra regional de saúde, por força da insuficiência de vagas e a situação de urgência que se encontrava esse paciente.</p>

		uma cognição mais exauriente. Decisão de 1º grau reformada.”	
<b>Agravo de Instrumento</b> <b>0767168-43.2020.8.13.0000/</b> <b>MG</b>  <b>Data de julgamento:</b> <b>13/08/2020</b>	Dever do estado x reserva do possível	<p>“Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.</p> <p>- A obrigação consiste em fornecer os meios necessários ao tratamento médico de enfermos, competindo ao Estado providenciar leitos de CTI/UTI sempre que o paciente estiver internado em Unidade de Saúde de Ribeirão das Neves, com indicação médica de necessidade de tratamento em CTI/UTI, e já estando cadastrado na Central de Leitos, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa.</p> <p>- Apesar dos graves danos causados pela pandemia à população e para o sistema de saúde, não se pode ignorar e violar direito fundamental, colocando a vida de pacientes necessitados de unidade de terapia intensiva, por doenças diversas, por mero descaso do ente estatal.</p> <p>- Tendo em vista que os recursos do Estado estão sendo consideravelmente utilizados no combate ao coronavírus e a atenção quase que integral ao cenário atual, a tutela de urgência deve ser suspensa, pelo prazo de 90 dias, devendo ser restaurados os seus efeitos (originários) posteriormente.”</p>	Deu-se parcial provimento ao recurso, por entender que a decisão no sentido de manter a obrigação de fornecimento de leitos de UTI, sempre que o paciente internado em Unidade de Saúde do Município de Ribeirão das Neves, com indicação médica de UTI, oneraria demasiadamente o Estado, que já vem realizando gastos exorbitantes no combate à pandemia, bem como feriria o direito daqueles que já se encontram na fila de espera.

### **3.2. Identificação de padrões e critérios**

Conforme se depreende da análise dos julgados sobre os temas relacionados ao direito à saúde durante a pandemia de COVID-19 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é possível notar que o referido tribunal, quando confrontado com as demandas relacionadas ao acesso de vagas em leitos de UTI, não montou sua jurisprudência de forma padronizada e unânime.

Não foi raro ver casos em que o tribunal afirmava não ser possível opor a reserva do possível e a sobrecarga do sistema de saúde ao direito à vida e ao acesso aos serviços de saúde. Apesar dessas afirmações, o mesmo tribunal afirmou em alguns julgados que a ausência de leitos de UTI constitui óbice material para o cumprimento da decisão, de modo que a interferência do judiciário poderia usurpar a competência do poder executivo e desregular toda a máquina pública.

É o caso do processo de nº. 2231711-73.2021.8.26.0000, em que o tribunal usou do argumento de que é dever do Poder Público de fornecer medicamentos àqueles que necessitam e se encontram em situação de vulnerabilidade econômica, de modo que a “reserva do possível” não pode ser utilizada para mitigar a proteção do direito à vida e à saúde dos indivíduos.

Na mesma linha decisória, temos o julgado de nº. 2303458-20.2020.8.26.0000 que entendeu que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como da preservação da saúde, impõe ao Município a obrigação de fornecer, prontamente, medicamentos, insumos e tratamentos.

Apesar desses julgados, o mesmo tribunal proferiu decisões onde entendeu que o fato de o paciente estar figurando em uma fila de espera por tratamento em unidade de terapia intensiva, já demonstrava a prestação pelo poder público, de modo que a interferência do judiciário poderia ir de encontro com o princípio da separação de poderes, como foi o caso elencado no julgado de n. 2085605-45.2021.8.26.0000.

Outro caso marcante é o elencado no processo de n. 2083814-41.2021.8.26.0000, onde o tribunal entendeu que, embora presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a ausência de ilegalidade na omissão do Poder Público em conceder leito de UTI e a falta de indicação, por parte da parte, de leitos ociosos, impede a intervenção judicial, sob pena de desorganização administrativa, o que poderia agravar ainda mais o quadro de combate à pandemia.

O tribunal usou entendimento semelhante ao se pronunciar no sentido de que o deferimento de acesso à leitos de UTIs dos chamados pacientes “vaga zero”, isto é, aqueles que se encontram na fila de espera por não haver nenhuma vaga, não resultaria na construção de novos leitos de UTIs, mas sim no inadimplemento em massa do Poder Público, como o é o caso exposto no processo n. 2243242093.2020.8.26.0000.

Além disso, o mesmo tribunal entendeu que o deferimento de vagas de UTI pelo Poder Judiciário, estaria por ferir a discricionariedade da Administração Pública na gestão do seu sistema de saúde, o que infringiria o princípio da separação de poderes, de modo que o judiciário atuaria na linha de frente do combate à pandemia, o que não faz parte de suas atribuições, como exarado no processo de n. 2086945-24.2021.8.26.0000.

Dessa forma, é possível notar que não houve uma padronização nos julgados do TJSP, de modo que por vezes este proferia decisões concedendo o acesso a tratamentos médicos, com vista a proteger os direitos fundamentais de acesso à saúde e da vida, utilizando-se do argumento de que a reserva do possível não pode ser oponível a estes direitos e, ao mesmo tempo, proferia decisões onde afirmava não ser possível a interferência do judiciário na questão, sob pena de infringir a separação de poderes, ou até mesmo desregular a máquina pública diante da crise econômica instalada pelo coronavírus.

A despeito da pouca quantidade de casos relacionados ao fornecimento de tratamentos pelo Estado, no sítio de busca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi possível notar um esforço da referida corte em afirmar a tese da obrigação do poder público em custear o tratamento dos pacientes infectados pelo vírus da COVID-19, ainda que, para isso, seja necessário a transferência dos mesmos para hospitais particulares, face a falta de vagas na rede pública.

Nesse sentido, marcante o disposto no julgado de n. 0028375-74.2021.8.19.0000, onde o tribunal “ad quem” entendeu não ser válido o argumento apresentado pelo Município de Magé, em recurso, alegando a impossibilidade do cumprimento de medidas positivas relacionadas ao fornecimento de tratamento aos pacientes, em razão do colapso do sistema de saúde, uma vez que o governo federal havia repassado verba considerável para os entes federados, de modo que a falta de vagas na rede pública de nada impede que o governo do estado custeie o mesmo tratamento na rede privada de hospitais.

Em conformidade com esse entendimento, o mesmo tribunal reafirmou, mais uma vez, no processo de nº. 0004073-78.2021.8.19.0000 os direitos constitucionais de acesso à saúde e proteção à vida, de modo que entendeu que, uma vez atestado o quadro de saúde

grave, pelos médicos competentes, já estava caracterizado requisito legal para que fosse concedido tratamento em UTI, ainda que fosse necessária a transferência do paciente para a rede privada.

Podemos notar, assim, que o critério adotado, pelo menos nos julgados analisados, fora o de respeito aos princípios constitucionais em face às questões orçamentárias e logísticas do estado, dando primazia aos laudos médicos no processo de decisão quanto à urgência de internação do paciente.

Conforme resultado da pesquisa jurisprudencial realizada no sítio de busca do próprio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi possível notar que tribunal em questão proferiu decisões tanto no sentido da obrigação do Estado em fornecer aos cidadãos o acesso aos serviços de saúde, como no sentido que o deferimento de medidas determinando a internação de leitos em UTI, dos pacientes em estado grave, oneraria demasiadamente o Estado.

É o que pôde ser observado no processo de n. 0744124-58.2021.8.13.0000, onde o tribunal entendeu que é dever do Poder Público providenciar a transferência hospitalar de paciente acometido com COVID-19, em atenção aos princípios constitucionais do direito à vida e à saúde.

Em linha parecida temos o julgado de n. 1209671-77.2021.8.13.0000, em que se entendeu que, uma vez diagnosticado pelos médicos responsáveis a necessidade de internação do paciente, deve o Poder Público de imediato conceder a medida, sob pena de infringir os direitos fundamentais da vida e da saúde. Além disso, a despeito da situação atípica ensejada pelo período de pandemia, em decorrência da falta de leitos de UTI, é competência dos médicos reguladores decidir quem será internado, considerando a gravidade do caso concreto.

Já nos autos de n. 0767168-43.2020.8.13.0000, o tribunal entendeu que a decisão no sentido da obrigação no fornecimento de leitos de UTI oneraria demasiadamente o Estado, que já vinha realizando gastos exorbitantes no combate à pandemia, bem como feriria o direito daqueles que se encontram na fila esperando por vagas.

Como podemos notar, mais uma vez os tribunais estaduais não se utilizaram de critérios objetivos ao proferir decisões quanto ao fornecimento ou não fornecimento de atendimento hospitalar pelo Estado, de modo que por muitas vezes fora utilizada os princípios da vida e saúde para determinar medidas positivas do estado, bem como fora utilizado a reserva do possível e o princípio da divisão dos poderes, para determinar medidas negativas por parte do ente estatal.

No tocante à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pode-se dizer que houve uma maior padronização nos julgados, uma vez que o tribunal se manteve firme, na maioria das vezes, em afirmar os direitos fundamentais de acesso aos serviços de saúde e proteção à vida, sem abrir mão, porém, do direito da coletividade, ou seja, respeitando a ordem cronológica da fila estabelecida pelo próprio SUS. Bem como, utilizou-se dos direitos constitucionais para afirmar o dever do estado na realização de ações positivas no atendimento aos cidadãos, a despeito da crise orçamentária vivenciada no país.

A título de exemplo, temos o julgado de número 07079181320218070000, onde se afirmou a tese de que é dever do estado, durante a pandemia de COVID-19, o fornecimento de tratamento médico e hospitalar apropriado aos cidadãos, devendo ser respeitada a ordem da fila de atendimento aos pacientes, de acordo com o Sistema de Regulação de Leitos de UTI.

Ademais, no processo de n. 07003854620218070018, o tribunal firmou tese no sentido de que as restrições orçamentárias, causadas pela pandemia de COVID-19, não podem justificar a omissão do Estado, de modo que isso sirva como um verdadeiro óbice à implementação de políticas públicas, sob o risco de transformar os direitos constitucionais em meras promessas. Trata-se, na verdade, de uma mitigação do princípio da reserva do possível, de modo a reafirmar o dever do Estado na realização de ações positivas para atender às necessidades da população.

Por fim, temos outro caso em que o tribunal reafirmou o dever do governo do Distrito Federal em promover o fornecimento de serviço médico adequado, garantindo vagas de UTI, em hospitais públicos, aos pacientes acometidos pela COVID-19 e, em caso de impossibilidade física, seja disponibilizado e custeado um leito em hospital partícular, como é o exemplo do julgado no processo de número 07078956720218070000.

Por fim, como era de se esperar, o Supremo Tribunal Federal, exercendo seu papel de órgão de cúpula, montou sua jurisprudência no sentido de afirmar o papel do poder judiciário em intervir sempre que ocorrer uma omissão estatal face à pandemia de COVID-19. De modo que devem os juízes interferir na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como é o exemplo do direito social à saúde, ante a comprovada omissão estatal no atendimento à população, prestando a União suporte técnico e apoio financeiro para a expansão da rede de UTIs e do fornecimento de insumos para a realização do tratamento hospitalar.

Tese essa que foi afirmada no julgamento da ACO 3473, onde se entendeu que uma vez comprovada a omissão estatal e identificado o gerenciamento errôneo de contingenciamento da pandemia, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, reafirmando o texto constitucional pelo acesso igualitário e universal da população aos serviços de saúde.

Além disso, em caso envolvendo a controvérsia da crise sanitária instalada na cidade de Manaus, o STF julgou a ADPF de n. determinando a imediata interferência do Governo Federal para que promovesse todas as ações ao seu alcance de modo a debelar a crise sanitária instalada na cidade de Manaus, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e outros insumos médico-hospitalares, cruciais para o tratamento dos pacientes internados pelo agravamento da COVID-19.

### **3.3. Possíveis motivos da pouca quantidade de recursos impetrados**

Como fora afirmado em capítulo anterior, durante a pandemia de COVID-19 houve um aumento significativo do número de demandas, envolvendo o direito à saúde, que chegaram ao judiciário. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apenas durante o ano de 2020, início do contágio da doença no Brasil, o número de novos casos relacionados ao campo dos direitos humanos mais do que triplicou a sua demanda, tendo sido recebidos cerca de 200.000 (duzentos mil) novos processos referentes ao direito à saúde, apenas nesse ano. Já em 2021, o CNJ registrou um aumento de 20% do número de processos em relação ao ano anterior, tendo o judiciário brasileiro recebido cerca de 245.000 (duzentos e quarenta e cinco mil) novos processos. Em 2022, como era de se esperar, devido à vacinação em massa da população e a constante diminuição de casos, foram registrados 89.000 (oitenta e nove mil) novos casos, segundo dados do Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde, do CNJ.

Desses números, foram constatados, no ano de 2020, o protocolo de aproximadamente 30.000 (trinta mil) novos processos relacionados ao tema fornecimento de medicamentos e/ou tratamento médico hospitalar. Já no ano de 2021, seguindo a proporção de aumento de processos referentes ao direito à saúde, houve o aumento de um pouco mais de 10% nas demandas, resultando em no número de, aproximadamente, 34.000 (trinta e quatro mil) novos processos sobre o tema. Por fim, em 2022, houve uma queda significativa no número de novas demandas, o que resultou na anotação de cerca de 12.000 (doze mil) novas lides sobre o assunto.

Esses dados, servem para ilustrar a quantidade de demandas que chegaram ao judiciário em um curto espaço de tempo. Entretanto, surge a seguinte questão, se houveram tantos novos casos envolvendo o direito à saúde, mais especificamente, o acesso à tratamentos médicos, fornecimento de medicamentos e planos de saúde, o que explica a pouca quantidade de acórdãos sobre o tema, em outras palavras, o que explica a pouca quantidade de recursos levados ao Poder Judiciário?

Para responder a essa pergunta, foi necessário realizar a análise das decisões monocráticas proferidas sobre o tema. Dessa forma, foram utilizados mesmos critérios de busca expostos acima, as mesmas palavras chaves e o mesmo lapso temporal dos resultados buscados, bem como analisados os dados disponibilizados pelo CNJ.

Apesar de os dados localizados no portal “Justiça em números” do CNJ não fazerem a divisão de temas relacionados ao direito à saúde, de modo que não é possível ter, pormenorizado, o número de demandas efetivamente relacionadas à pandemia, a análise quantitativa e qualitativa dos dados serve para ilustrar a situação.

No Distrito Federal foram localizados, conforme dados do CNJ, no ano de 2020, um total de 1.050 (mil e cinquenta) novos casos envolvendo o tema Unidade de terapia intensiva; já em 2021, houve um crescimento significativo na demanda por esse tema, tendo sido registrados cerca de 1.800 (mil e oitocentos casos novos), em função do aumento de casos e, conseqüentemente, de internações de pessoas acometidas com a COVID-19. Com relação ao assunto Sistema Único de Saúde (SUS), foram identificados 1.310 (mil trezentos e dez novos casos) em 2020 e 2.140 (dois mil cento e quarenta) novos casos em 2021.

No estado de São Paulo, conforme os mesmos dados, foram identificados, no ano de 2020, 1.360 (mil trezentos e sessenta) novos processos com relação ao tema Unidade de Terapia Intensiva; no ano de 2021, registrou-se 1.290 (mil duzentos e noventa) novas demandas, sobre o mesmo tema. Não foram identificados, pela base de dados no CNJ, números precisos quanto ao ingresso de novos casos relacionados ao financiamento de tratamentos pelo SUS.

No estado do Rio de Janeiro, foram identificados, no ano de 2020, cerca de 2.300 (dois mil e trezentos) novos processos relacionados ao tema UTI; já em 2021, houve um aumento de, aproximadamente, 20% nos números, o que resultou em cerca de 3.000 (três mil) novas demandas sobre o tema. Não foram identificados, pela base de dados no CNJ, números precisos quanto ao ingresso de novos casos relacionados ao financiamento de tratamentos pelo SUS.

Por fim, no estado de Minas Gerais, foram identificados, no ano de 2020, 1.360 (mil trezentos e sessenta) novas demandas relacionadas ao tema Internação e Unidade de Terapia Intensiva; já em 2021, constatou-se um leve aumento, resultando em 1.530 (mil quinhentos e trinta) novos processos sobre o tema. No que concerne ao tema Financiamento de tratamento pelo SUS, tivemos no ano de 2020 a constatação de 414 (quatrocentos e quatorze) novas demandas, enquanto em 2021 foram registradas 450 (quatrocentos e cinquenta) novos processos sobre o tema.

Diante desse alto número de demandas, o não acompanhamento do crescimento de recursos/acórdãos de forma proporcional ao alto índice de novos processos sobre o tema se deve, em sua maioria, por dois motivos:

O primeiro, e mais chocante, é que alguns desses casos perderam o objeto no decorrer do trâmite processual, isto é, houve a notícia de óbito da parte antes do julgamento por completo da lide. Conforme pesquisa realizada na base de dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, foi possível constatar que cerca de 10% do total de processos foram extintos sem resolução do mérito, por perda superveniente do objeto, o que serve de ilustração para a situação como um todo.

Já no Estado de São Paulo fora possível constatar, mediante pesquisa na base de dados do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a extinção de cerca de 30% dos processos sem resolução de mérito por perda superveniente do objeto, isto é, o falecimento da parte.

No Estado de Minas Gerais, conforme pesquisa realizada no sítio de busca do TJMG, foi possível observar que cerca de 20% dos processos foram extintos sem resolução de mérito, por perda superveniente do objeto.

Por fim, no que tange ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, não fora possível identificar dados conclusivos quanto ao número de decisões monocráticas, por inconsistências na base de dados do sítio de pesquisa do próprio tribunal, de modo que ao pesquisar sobre o tema, este identifica um número irrisório de decisões sobre o tema, o que não corresponde aos dados demonstrados pelo CNJ.

Além disso, foi identificado um esforço dos tribunais na concessão do pedido das partes, referentes ao fornecimento de tratamento médico hospitalar e disponibilização de leitos de UTI para os pacientes em estado grave. Entretanto, como fora constatado nos acórdãos, os tribunais seguiram o mesmo padrão (ou falta dele), no sentido de que não houve critérios na definição dos pacientes que iriam “furar a fila” de espera por leitos de

UTI e daqueles que teriam seu direito observado, entretanto teriam de se submeter à ordem cronológica da mesma.

Constatação essa que explica, na maioria dos casos, o fato de a maioria dos recursos terem sido impetrados pelos estados membros, uma vez que estes eram as partes perdidas, obrigadas a fornecer tratamentos e vagas em UTI. Tratou-se de uma tentativa, na verdade, de minimizar os impactos econômicos das decisões, uma vez que o atendimento a todas as demandas oneraria demais o estado.

Dessa forma, o baixo número de recursos julgados pelos órgãos colegiados dos tribunais, se deve, de um lado, ou pela perda do objeto da lide, uma vez que a parte veio a óbito no decorrer do processo, ou porque, muitas vezes, o teor da decisão era no sentido de reconhecer a obrigação do estado, mas respeitando a fila de espera, por leitos de UTI, dos pacientes em estado grave, uma espécie de meio termo entre o reconhecimento do direito à saúde do cidadão e o reconhecimento do dever do estado em prover a proteção e a garantia deste direito.

## **CAPÍTULO 3**

### **Considerações finais**

#### **4.1. Como a falta de critérios objetivos impede a fruição de direitos**

É possível argumentar que a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações ao Poder Público, é crucial para a manutenção de um estado democrático de direito, pautado na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, a promessa constitucional de que todos têm direitos a acesso à saúde, entre outros direitos, faz com que o sistema vire vítima de sua própria ambição. Nesse sentido, o Ministro Barroso afirma que:

“A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da própria cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento”

Nesse mesmo sentido, entendem Sarlet e Figueiredo que, por mais que a garantia constitucional crie um dever para o estado de fornecimento de assistência à saúde, em sua integralidade, para a população, não se pode negar que essa previsão cria prestações materiais, com impactos diretos na questão econômica, uma vez que essa garantia depende da disponibilidade de recursos financeiros do Estado. Desse modo, essa disponibilidade, ou reserva do possível, está atrelada à: disponibilidade fática de recursos; disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; proporcionalidade da prestação (Sarlet e Figueiredo, 2010).

Dessa forma, fácil notar que a atividade do Poder Judiciário deve estar atrelada à aferição de critérios para que a efetiva prestação jurisdicional seja concretizada e não seja uma mera determinação sem qualquer conteúdo material, ante a não capacidade de concretização do disposto pelo ente público, devido às restrições orçamentárias.

Na perspectiva da busca da efetividade do acesso à saúde de modo amplo para toda a população, não basta apenas o investimento em serviços de saúde ou na maior oferta de medicamentos. Na verdade, é necessário a garantia do financiamento de políticas que atuam sobre diversas camadas dos fatores que influenciam as condições de saúde dos indivíduos (Vieira, 2019).

Nas palavras da mesma autora, o excesso de decisões favoráveis a quem recorre ao judiciário, baseadas em solicitações individuais, concedidas sem qualquer critério que leve em conta as políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, impõe aos gestores dificuldades na operação do sistema de saúde e pode resultar em desigualdade de acesso a bens e serviços de saúde no país (Vieira, 2019).

Ao que parece, não restam dúvidas de que o controle judicial sobre as políticas públicas, no que diz respeito à alocação de recursos públicos, é fundamental na efetivação dos direitos sociais inscritos na Constituição (Pinto, 2007). Ou seja, o Poder Judiciário tem atuação basilar na defesa de direitos fundamentais no caso concreto, mas também pode exercer a defesa desses direitos de maneira indireta, realizando o controle da legalidade da alocação desses recursos, bem como utilizando métodos que levem em conta a saúde orçamentária do poder público.

Como pode ser visto em algumas decisões colacionadas neste estudo, foi possível ver o mesmo tribunal, por vezes, proferindo entendimentos no sentido da obrigação do estado em oferecer à população o acesso aos serviços de saúde e, em casos análogos, entender que a determinação de medidas visando a internação de pacientes, em estado grave, nos leitos de UTI, poderia onerar demasiadamente o estado.

Ou seja, não houve uma definição clara de quando o princípio do direito à vida e à saúde deveriam ser invocados, para determinar medidas positivas pelo estado, bem como não se notou um critério objetivo ao afirmar quando tais medidas poderiam desregular o orçamento público e onerar o estado, prejudicando a prestação de outros serviços públicos.

Vieira (2019) possui uma visão, de certa forma, pessimista quanto à atuação do poder judiciário na garantia do direito à saúde, uma vez que entende que a garantia desse direito deve se dar por meio de políticas sociais e econômicas, visando a redução dos

riscos dos indivíduos contraírem doenças e, também, pelo acesso a bens e a serviços de saúde. Dessa forma, não seria possível, na visão da autora, assegurar o direito à saúde a todos os brasileiros por meio da chamada “microjustiça”, que se faz em decorrência de uma situação de judicialização da saúde de forma individual.

Transpondo esse pensamento ao contexto da COVID-19, por mais que o judiciário tenha boas intenções ao deferir pedidos de atendimentos de pacientes em estado de urgência e conceder vagas em leitos de UTI, a justiça do caso individual pouco vai agregar ao contexto visto como um todo. Isto porque, muitas vezes, deferir o pedido de um indivíduo significa indeferir o de outro, por conta da impossibilidade de atuação, inerente da própria máquina pública, que possui recursos limitados.

Por mais crítica que seja a situação, não é plausível atribuir ao judiciário todo o peso dessa ingerência do sistema de saúde, nem o problema da questão orçamentária gerada pelos atos dos magistrados.

Nesse sentido, a “macrojustiça”, tal como suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da STA 175 AgR/CE, deve ser aplicada em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais. Para Vieira (2019), a macrojustiça pressupõe o controle do judiciário sobre as políticas públicas de forma mais abrangente, garantindo que essas irão respeitar os princípios constitucionais de universalidade e igualdade de acesso a bens e a serviços de saúde, constituindo meios para a concretização das promessas constitucionais, levando em conta a capacidade financeira do Estado.

De todo sorte, não se pode esperar que tal sistema seja aplicado do “dia para a noite”, é necessário que os poderes, em conjunto, realizem maiores estudos quanto à possibilidade de sua aplicação e seus resultados práticos na realidade brasileira, sob pena de se transformar em mais uma promessa de fruição de direitos.

## **4.2. Conclusão**

O presente trabalho buscou examinar alguns aspectos em comum em julgados proferidos por diferentes tribunais, no contexto da Covid-19, mais especificamente, durante o “pico” da pandemia, como alguns especialistas vão chamar o período em que houve maior taxa de contaminações, mortes e internações de pacientes em estado grave nos leitos de UTIs. O cerne do estudo gira em torno das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos estados de Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, bem como

Tribunal de Justiça Distrito Federal e Supremo Tribunal Federal, quando confrontados com questões que envolviam a concessão de vagas em leitos de UTI para pacientes acometidos com a COVID-19 e o custeio de tratamentos pelo ente público, tudo isso em um contexto de restrições orçamentárias e calamidade pública, gerada pela pandemia.

Para isso, no primeiro capítulo, foi realizada uma breve introdução aos impactos da pandemia na sociedade e na economia de nosso país, com enfoque em aspectos quantitativos, bem como aos impactos que esse contexto gerou para a atuação do judiciário brasileiro, demonstrando como esse cenário aumentou significativamente a demanda por ações relacionadas ao direito à saúde. Além disso, buscou-se demonstrar os desafios enfrentados pelos magistrados brasileiros em proferir decisões que, sabidamente, geram custos extras à máquina pública, em um cenário de completa recessão econômica, devido às políticas de “*lockdown*”, fechamento de fronteiras, distanciamento social, etc.

No segundo capítulo, foram avaliados diversos julgados dos tribunais citados alhures, por meio dos sítios de buscas dos próprios tribunais, onde foram utilizadas as palavras chaves “UTI”, “Covid-19”, “Saúde”, “leito”, “tratamento”, “pandemia”, de modo a buscar os acórdãos proferidos sobre o tema, bem como identificar critérios utilizados pelos desembargadores e ministros, para conceder ou denegar ações positivas pelo ente público, como por exemplo furar a fila de espera de leitos de UTI; determinar a transferência e custeio de pacientes em estado grave para hospitais particulares, ante a falta de vagas nos hospitais públicos; determinar a construção de novos hospitais de campanha, para que sejam internados mais pessoas em estado grave; determinar a transferência de pacientes em estado grave para outros municípios, ante a falta de vaga no sistema de saúde local; entre outros. Foram realizadas buscas, também, nos sítios de pesquisa dos tribunais mencionados, por decisões monocráticas relacionadas ao tema.

A partir dos julgados encontrados, constatou-se que, de fato, não houve uma harmonização da jurisprudência dos tribunais, sendo possível identificar julgados dos mais diversos tipos, invocando a supremacia do direito à vida; bem como, se pautando em uma análise econômica do direito e na não interferência na autonomia dos outros poderes.

Além disso, foi possível realizar um ponto de congruência entre o baixo número de acórdãos julgados nos tribunais e o alto número de casos novos levados até o judiciário brasileiro, tendo sido constatado como possíveis motivos a perda do objeto no decorrer do processo, bem como a tentativa dos juízes em encontrar um meio termo entre a proteção do direito à saúde e o reconhecimento da obrigação do estado no fornecimento

de tratamentos de combate ao vírus da COVID-19. Entretanto, de igual forma, não foi possível identificar a presença de critérios objetivos, de modo que não restou claro o método adotado pelos juízes para a concessão de medidas de urgência, para que pessoas pudessem furar a fila de espera por leitos de UTI, além da própria constatação de urgência inerente da doença.

Já no terceiro capítulo, buscou-se analisar como uma possível falta de critérios objetivos, que se atentem às questões econômicas, sociais e individuais, em conjunto, podem prejudicar a fruição de direitos fundamentais de forma reflexa, tanto daqueles que recorrem ao judiciário, como daqueles que não recorrem, seja por falta de informação, seja por desnecessidade. Essa prejudicialidade, de forma reflexa, se dá pelo impacto de decisões que oneram a máquina pública demasiadamente nas políticas públicas de atendimento à população em outras áreas, como educação, transporte e saneamento, por exemplo, bem como se dá pela falta de segurança jurídica gerada àqueles que recorrem ao judiciário, estando sujeitos à imprevisibilidade das decisões dos tribunais.

Nessa toada, ainda que não seja plausível atribuir a responsabilidade da gerência dessa situação calamitosa unicamente ao poder judiciário, impossível negar seu papel crucial na garantia do direito à saúde, seja direta ou indiretamente, por meio de suas decisões.

A pandemia, na realidade, serviu para mostrar a existência de um sistema, ao que parece, falido, de uma justiça do caso individual. Preocupado com essa questão, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da STA 175 AgR/CE, afirma que a “macrojustiça” deve ser aplicada em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais. De forma breve, macrojustiça pressupõe o controle do judiciário sobre as políticas públicas de forma mais abrangente, garantindo que essas irão respeitar os princípios constitucionais de universalidade e igualdade de acesso a bens e a serviços de saúde, constituindo meios para a concretização das promessas constitucionais, levando em conta a capacidade financeira do Estado.

Entretanto, parece que a solução deste problema permeia um horizonte distante, sendo necessários estudos por parte dos três poderes, em conjunto, quanto à aplicabilidade desse sistema de justiça e seus resultados práticos na realidade de nosso país, levando em conta todas as peculiaridades sociais que aqui existem. Entende-se, portanto, que essa falta de critérios objetivos por parte do Poder Judiciário, quanto ao sopesamento entre

direito à saúde e possibilidade orçamentária do estado, pode gerar danos irreparáveis para os cidadãos na fruição de seus direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, C. E. Análise sobre a judicialização da saúde nos municípios. Revista Técnica CNM, Brasília, p. 151-175, 2016.

ASSIS, G. Mediação sanitária: direito, saúde e cidadania. In: SANTOS, L.; TERRAZAS, F. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2014. p. 197-220.

BARCELLOS, A. P. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pág. 342.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório analítico propositivo. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Justiça em números 2020: ano-base 2019. Brasília-DF: CNJ, 2020. p. 31-37. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizadoem-25-08-2020.pdf>.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério; tradução Nelson Boeira – 3ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.

INSPER – INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOURA, T. W. et al. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Brasília: Anadep: Ipea, 2013.

PINTO, E. G. Controle judicial de políticas públicas: ainda às voltas com a indigência analítica. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, p. 65-80, 2007.

POSNER, Richard A. A economia da justiça. Editora WMF Martins Fontes, 2010

SANTOS, Daniela da Cunha. O direito à saúde em tempos de pandemia: os desafios e as perspectivas no âmbito da saúde e da economia. Revista Intraciência, mai/jun. 2021.

SANTOS, J. A. F. Classe social, território e desigualdade de saúde no Brasil. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 556-572, 2018b.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 13-50.

SCHULZE, Clenio Jair. Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. Empório do Direito, 02 set. 2019. <https://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-dajudicializacao-da-saude-no-brasil>.

SIDWICK, Henry. The methods of Ethics. 7ª ed., 1907

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, A.J.A.; COUTINHO, J.N.M.(orgs.). Diálogos Constitucionais: Brasil- Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, F. S.; PIOLA, S. F.; BENEVIDES, R. P. S. Vinculação orçamentária do gasto em saúde no Brasil: resultados e argumentos a seu favor. Rio de Janeiro: Ipea, 2019. (Texto para Discussão, n. 2516).