

Artigo

Os reflexos da pandemia do novo coronavírus na judicialização do direito à saúde perante o Supremo Tribunal Federal

The effects of the novel coronavirus pandemic on the judicialization of the right to health before the Federal Supreme Court

Las reflexiones de la pandemia del nuevo coronavirus sobre la judicialización del derecho a la salud ante la Suprema Corte Federal

Felipe Scalabrin¹

Universidade Ritter dos Reis, Porto Alegre, RS, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-5892-3252>

 fscalabrin@gmail.com

Camila Farias²

Universidade Ritter dos Reis, Porto Alegre, RS, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-4926-845X>

 camilaclff@gmail.com

Submissão em: 29/01/23

Revisão em: 24/10/23

Aprovação em: 30/10/23

Resumo

Objetivo: identificar se a situação pandêmica interferiu na extensão e no modo como as questões referentes ao direito à saúde foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. **Metodologia:** foi realizada pesquisa documental, que, após consulta na base de dados do Supremo Tribunal Federal, com o filtro pelo termo “saúde”, retornou um total de 1.178 acórdãos, sendo 447 do período pré-pandêmico e 731 do período pandêmico, os quais foram analisados e classificados conforme a pertinência temática. Após os descartes da etapa de classificação, identificaram-se 70 acórdãos no período pré-pandêmico e 167 acórdãos no pandêmico que versam efetivamente sobre o direito à saúde.

Resultados: a pandemia impôs inúmeros desafios ao sistema de saúde, de modo que o Poder Judiciário foi instado a se manifestar ante às controvérsias ora instauradas. Nessas manifestações, identificou-se que houve aumento nas demandas de controle concentrado e no quantitativo absoluto de decisões envolvendo o direito à saúde, bem como que qualitativamente, em geral, o padrão decisório anterior foi mantido, embora novos temas tenham surgido. **Conclusão:** o estudo concluiu que a tendência da Suprema Corte permanece favorável ao reconhecimento de direitos sanitários, tendo, para tal, argumentos como a não ofensa à separação de poderes e a impossibilidade de arguir a reserva do possível para impedir sua concessão.

Palavras-chave

Pandemia. Coronavírus. Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Decisões Judiciais.

Abstract

Objective: to identify whether the pandemic situation interfered with the extent and way in which issues relating to the right to health were assessed by the Federal Supreme Court. **Methodology:** documentary research was carried out, which, after consulting the Federal Supreme Court database, with the filter using the term “health”, returned a total of 1,178 rulings, 447 from the pre-pandemic

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil. Professor da Universidade Ritter dos Reis.

² Especialista em Gestão Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. Bacharelanda em Direito na Universidade Ritter dos Reis.

period and 731 from the pandemic period, which were analyzed and classified according to thematic relevance. After the classification stage discards, 70 rulings were identified in the pre-pandemic period and 167 rulings in the pandemic that effectively deal with the right to health. **Results:** the pandemic imposed numerous challenges on the health system, so that the Judiciary was urged to speak out in the face of the now established controversies. In these manifestations, it was identified that there was an increase in demands for concentrated control and in the absolute quantity of decisions involving the right to health, as well as that qualitatively, in general, the previous decision-making pattern was maintained, although new themes have emerged. **Conclusion:** the study concluded that the Supreme Court's tendency remains in favor of the recognition of health rights, using arguments such as the non-offense of the separation of powers and the impossibility of arguing on the possible reservation to prevent their granting.

Keywords

Pandemic. Coronavirus. Right to Health. Judicialization of Health. Judicial Decisions.

Resumen

Objetivo: identificar si la situación de pandemia interfirió en el alcance y la forma en que las cuestiones relativas al derecho a la salud fueron evaluadas por el Supremo Tribunal Federal. **Metodología:** se realizó una investigación documental que, consultada la base de datos del Supremo Tribunal Federal, con el filtro del término “salud”, arrojó un total de 1.178 sentencias, 447 del período prepandemia y 731 del período pandémico, que fueron analizados y clasificados según relevancia temática. Descartada la etapa de clasificación, se identificaron 70 sentencias en el período prepandemia y 167 sentencias en la pandemia que abordan efectivamente el derecho a la salud. **Resultados:** la pandemia impuso numerosos desafíos al sistema de salud, por lo que se instó al Poder Judicial a pronunciarse ante las controversias ahora establecidas. En estas manifestaciones se identificó que hubo un aumento en las demandas de control concentrado y en la cantidad absoluta de decisiones que abordan el derecho a la salud, así como que cualitativamente, en general, se mantuvo el patrón de toma de decisiones anterior, aunque han surgido nuevos temas. **Conclusión:** el estudio concluyó que se mantiene la tendencia de la Corte Suprema a favor del reconocimiento de los derechos a la salud, utilizando argumentos como la no infracción de la separación de poderes y la imposibilidad de argumentar la reserva de lo posible para impedir su otorgamiento.

Palabras clave

Pandemia. Coronavirus. Derecho a la Salud Judicialización de la Salud Decisiones Judiciales.

Introdução

A Constituição Federal (1) considera dever estatal a promoção da saúde e do bem-estar da população (art. 196, caput, CF/88), condição de uma vida digna, objetivo fundamental da república (art. 3º, IV, CF/88). A saúde é um direito de todos, a ser garantida por políticas públicas adequadas. Trata-se de direito que envolve a prevenção de agravos, a promoção da saúde e até mesmo a cura das enfermidades que porventura acometam o sujeito (2).

Em uma ordem constitucional na qual o direito à vida e à integridade física são protegidos, é natural que a não garantia da saúde acarretaria o esvaziamento daqueles (2). E enquanto deveres fundamentais, eles dialogam com o princípio da solidariedade da sociedade, sendo esta responsável por sua efetivação sob o manto da responsabilidade compartilhada.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de assentar que o caráter programático da norma constitucional em tema, destinada a todos os entes políticos, não pode converter-se em promessa inconstante:

Sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (3).

A dinâmica de efetivação do direito à saúde, por outro lado, não desconsidera o contexto social e o momento histórico vivido. E nesse aspecto, os anos recentes apresentaram desafios inéditos para todas as nações. O mundo foi assolado por uma grave crise sanitária decorrente do assim chamado Novo Coronavírus (COVID-19). A Organização Mundial de Saúde (OMS) reconheceu o nível pandêmico da moléstia em 11 de março de 2020 e, desde então, as adversidades foram crescentes. A situação de emergência trouxe à tona novas contingências e desafios a serem solucionados pelos poderes constituídos. Esses desafios foram ainda maiores no âmbito do sistema de saúde, que sofreu grande pressão e estresse devido à extrema demanda por atendimento. Respostas ágeis por meio de medidas de gerenciamento e de contenção da pandemia foram exigidas do executivo e do legislativo. O Poder Judiciário, por sua vez, também foi provocado a se manifestar. No Brasil, muitos temas envolveram as omissões do governo central na gestão da crise (4), as quais fizeram com que outros entes federados tomassem a frente para salvar a vida da população.

Considerando o cenário de emergência e a necessidade de melhor gerir os recursos existentes, é importante salientar que a aplicabilidade do direito à saúde perpassa vários conceitos de modo a, por vezes, criar uma certa ideia de contraposição entre vida e fator econômico. Essa dualidade pode acarretar conflitos que são levados ao âmbito judicial para sua resolução. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido de que, entre proteger a inviolabilidade do direito à saúde e fazer prevalecer o interesse financeiro, por motivações ético-jurídicas, deverá prevalecer o direito inalienável à saúde (5).

Tendo em vista a aplicabilidade imediata do art. 196, da CF/88 (1), quando se trata da efetivação do direito à saúde, embates quanto às funções administrativas também ocorrem. Sobre isso, é importante destacar a ideia que Germano Schwartz (6) traz em seu livro, de que a saúde integra o sistema social, o qual pertence ao sistema da vida, isto é, um sistema dentro de outro, o que necessariamente acarreta influências mútuas. O autor (6) aborda o quão complexo é esse sistema e os inúmeros fatores que o influenciam, perpassando questões como serviços necessários pela população e posicionamentos políticos, e dessa maneira resultam na prestação de saúde à sociedade. Com isso, ocorrendo a má ou a não prestação, a jurisdição estatal pode ser chamada a se manifestar. Em análise de julgamentos realizados no contexto do direito à saúde, Fernando Rister de Sousa Lima (7) destaca que a Suprema Corte não costuma acoplar os sistemas jurídico e político de modo a permitir a troca de comunicação.

Em paralelo, a ampla judicialização de temas relevantes levou o Supremo Tribunal Federal a firmar variadas teses de repercussão geral acerca do direito à saúde. Como exemplo, definiu-se que os entes da Federação 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. Tema n.º 793/STF (8).

Significa, em suma, que quando existir pluralidade de partes no polo passivo de uma demanda judicial voltada à entrega de prestação de saúde, “caberá à autoridade judicial direcionar o cumprimento de acordo com o regramento legal e infralegal de distribuição de tarefas” (9). Tornando realidade o direito à saúde, a mais alta Corte brasileira também já fixou diretrizes para o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA (Tema n.º 500/STF) (10) e para a “entrega de medicamentos de alto custo” – expressão utilizada pelo próprio Supremo na discussão sobre o assunto (Tema n.º 6/STF) (11).

A intensa atuação do Supremo na matéria e o contexto de crise sanitária decorrente da pandemia traduzem o panorama que deu ensejo à presente pesquisa. Buscou-se identificar se houve mudança qualitativa e ou quantitativa na atuação do STF durante o período estudado. O objetivo geral, então, foi identificar se a situação pandêmica interferiu na extensão e no modo como as questões referentes ao direito à saúde foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foram estabelecidas duas balizas temporais – o período imediatamente anterior à pandemia e o período no qual a pandemia esteve em curso mais intenso – e fixadas métricas de avaliação a partir dos instrumentos de controle de constitucionalidade que justificam a provocação do Supremo Tribunal Federal. Houve, pois, uma segmentação entre demandas de controle difuso e demandas de controle concentrado de constitucionalidade.

No controle difuso, existe uma situação concreta de lesão na qual há uma questão de inconstitucionalidade prejudicial do exame do mérito. Trata-se de controle concreto e realizado por via incidental, voltado à proteção direta de direitos subjetivos violados ou ameaçados. No Brasil, qualquer órgão judicial é competente para processar e julgar uma causa que tenha como pano de fundo questão constitucional. Essa causa poderá ser alçada ao Supremo Tribunal Federal pelas vias recursais comuns ou excepcionais. Em regra, a atuação mais intensa do Supremo será pelo exame de recursos extraordinários interpostos pelos interessados.

No controle concentrado, por sua vez, há um exame abstrato do ato contestado em face da Constituição. Em demandas dessa natureza, a questão principal é a presença, ou não, da inconstitucionalidade do ato do poder público. No Brasil, esse controle é realizado com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” da CF/88) (1) ou pelos Tribunais de Justiça (art. 125, §2º da CF/88) (1) por meio de ações judiciais específicas. Como exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade prevista na Lei n.º 9.868/99 (12) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, detalhada na Lei n.º 9.882/99 (13).

Metodologia

O método de pesquisa utilizado foi o método de pesquisa documental, que além de obter dados de livros, artigos científicos, busca outras fontes em jornais, atos jurídicos, compilações estatísticas etc. (14). Para a coleta de dados foi utilizada a pesquisa eletrônica, na qual as informações são extraídas de endereços eletrônicos (15). Ato contínuo, foram executadas algumas etapas que ocorreram no período de agosto a novembro de 2022.

Na primeira etapa, houve a delimitação do lapso temporal de análise, considerando um período pré-pandêmico e outro pandêmico. O início do período pandêmico foi marcado em 11 de março de 2020, data em que a Organização Mundial de Saúde (OMS) considerou como tal o nível de emergência sanitária. O fim do período pandêmico foi marcado em 22 de maio de 2022, data de decretação do fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) no Brasil (16).

Na segunda etapa, foram definidos os blocos de pesquisa como bloco 1, do período de 29 de dezembro de 2017 a 10 de março de 2020, e como bloco 2, de 11 de março de 2020 a 22 de maio de 2022. A definição do período pré-pandêmico (bloco 1) foi limitada temporalmente para corresponder à quantidade de dias de intervalo entre o início da pandemia e o término da ESPIN no Brasil, isto é, 802 dias.

Na terceira etapa, houve a realização de pesquisa quantitativa de acórdãos do STF com o uso da palavra “saúde”. Aqui cabe elucidar que optou-se pela pesquisa mais abrangente com a palavra “saúde” ao invés do uso do termo “direito à saúde”. Com isso, os acórdãos, objetos da análise nesta etapa, totalizaram 1.178, dos quais 447 no bloco 1 e 731 no bloco 2.

Após consultar a jurisprudência do Supremo, isto é, o conjunto de decisões relativas ao tema eleito, no intervalo de datas predefinidas e com a aplicação do filtro “saúde”, a seleção de acórdãos foi feita por meio do método de pesquisa baseado na definição de um conjunto de características e de atributos que a amostra deveria apresentar para ser considerada como uma decisão que abordasse o tema direito à saúde. Para a inclusão, a decisão judicial, em análise qualitativa, deveria conter a tutela da prestação e/ou da garantia do direito à saúde como pedido principal da causa, quer seja em controle concentrado quer seja em difuso. Com isso, decisões que abordassem apenas de modo indireto o tema foram excluídas da análise.

Na quarta etapa, houve a análise qualitativa para a identificação das decisões sobre direito à saúde e sobre outras temáticas por meio do critério positivo de classificação de acórdãos. Os critérios utilizados foram de que o conteúdo da demanda deveria necessariamente abordar a temática direito à saúde sob os seguintes enfoques: (a) concessão da prestação de saúde; (b) manutenção da prestação já deferida; (c) negativa da prestação; (d) competência federativa para concessão; e (e) impossibilidade de análise da questão por envolver reexame de provas.

Nem todos os critérios qualitativos haviam sido definidos inicialmente. Contudo, no curso da pesquisa, verificou-se a dispersão de fundamentos a justificar a ampliação dessas métricas. Como exemplo, constatou-se, uma quantidade significativa de julgados envolvendo a competência federativa para a concessão de prestação de saúde, sendo acrescentado tal enfoque ao estudo.

Optou-se pela pesquisa por meio do termo “saúde” e não pelo termo “direito à saúde”, o que ampliou o quantitativo de acórdãos a serem analisados uma vez que é um termo mais abrangente. Por conseguinte, houve retorno de decisões que versavam sobre diversos assuntos alheios ao estudo, tais como: cumulação de cargo por profissional da saúde (17); ações com alegação de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (18); revisão da tabela de procedimentos do SUS (19); ações envolvendo sindicatos dos trabalhadores públicos da saúde (20); habeas corpus devido ao paciente ser do grupo de risco da COVID-19 (21); realização de exames médicos em concurso público (22).

Após a aplicação dos critérios de classificação, foram descartadas 377 decisões do bloco 1 e 564 do bloco 2. Assim, dados os limites propostos, foram identificados 70 acórdãos que efetivamente versavam sobre direito à saúde no bloco 1 e 167 acórdãos no bloco 2. Os 70 acórdãos do bloco 1 e os 167 acórdãos do bloco 2 compuserem, então, o âmbito de análise do estudo.

A análise dos aspectos quantitativos e qualitativos considerou apenas decisões colegiadas. Com isso, a pesquisa se limitou ao exame de acórdãos referentes ao tema, utilizando uma classificação que considerou os fundamentos jurídicos empregados. Essa restrição buscou melhor compreender a visão do colegiado do Supremo, assim, foram excluídas da pesquisa as decisões unipessoais (decisões

monocráticas). Buscou-se identificar, também, se houve decisão de mérito ou se apenas outras questões foram apreciadas pelos julgadores. Caso o estudo abarcasse tais decisões o bloco 1 retornaria, além dos acórdãos estudados, 640 decisões monocráticas sobre direito à saúde, enquanto no bloco 2 seriam 1.157 decisões dessa natureza.

Análise e discussão dos resultados

Aspectos quantitativos

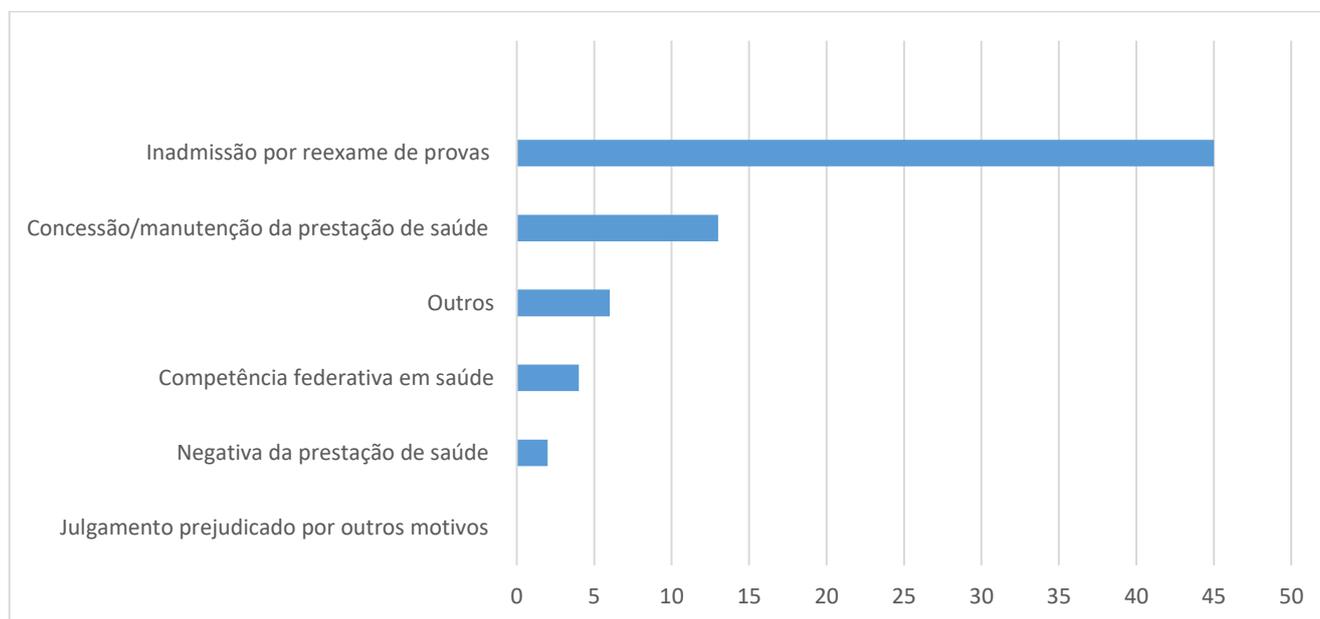
A primeira etapa da pesquisa envolveu os aspectos quantitativos dos períodos pré-pandêmico (bloco 1) e pandêmico (bloco 2). Tratou-se de investigar os números relativos às demandas sobre direito à saúde no Supremo.

No aspecto quantitativo do período, bloco 1 reuniu 70 acórdãos, enquanto no bloco 2, pandêmico, foram 167 acórdãos, tendo partido deles as análises do presente estudo. Sendo assim, houve 97 decisões proferidas a mais no período pandêmico quando comparado ao mesmo lapso temporal antecedente ao início da pandemia, um acréscimo de 41,9% no proferimento de decisões colegiadas quanto à temática em um período de quatro anos e quatro meses.

Após a análise, verificou-se que os 70 acórdãos no bloco 1 e os 167 no bloco 2 apresentam variados fundamentos para exame da questão.

No bloco 1, 13 decisões mantiveram o direito à saúde, 2 denegaram o direito na forma peticionada, 4 versavam sobre competência, 45 sobre a impossibilidade de reexame de provas (23) e 6 sobre outros assuntos:

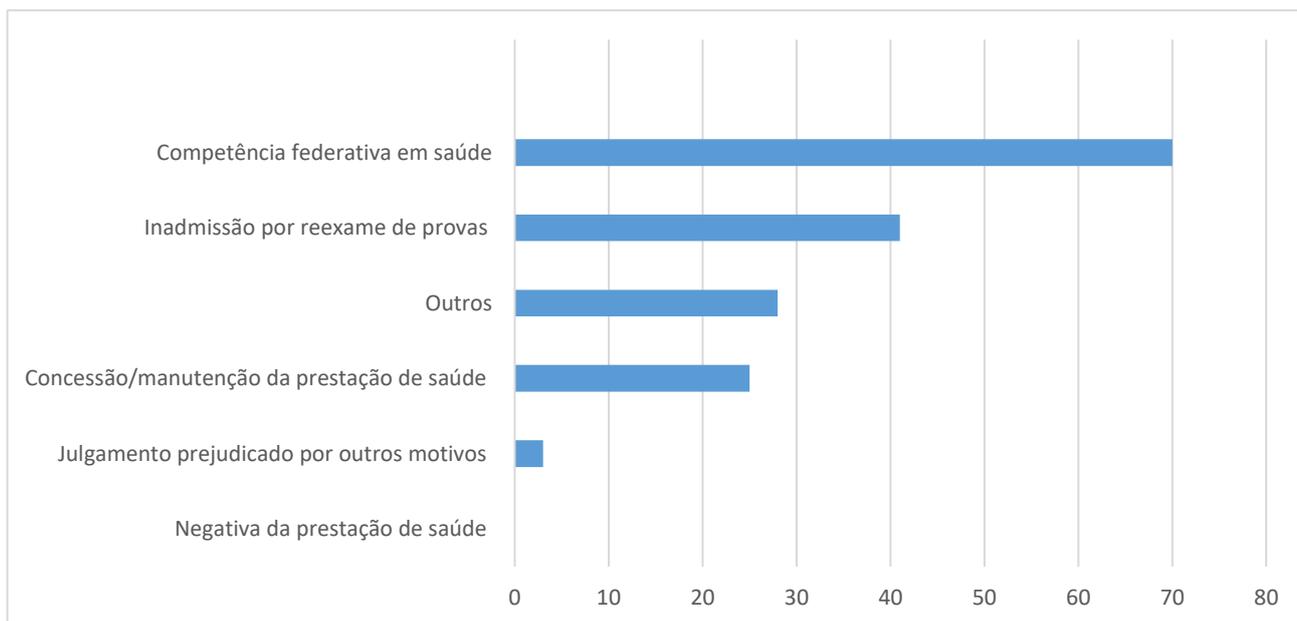
Gráfico 01. Temática dos acórdãos do bloco 1 sobre direito à saúde



Fonte: elaboração dos autores.

No bloco 2, das 25 decisões que mantiveram o direito à saúde, nenhuma denegou o direito na forma peticionada, 70 versavam sobre competência, 41 sobre a impossibilidade de reexame de provas (23); 28 sobre outros assuntos e 3 sem análise de mérito:

Gráfico 02. Temática dos acórdãos do bloco 2 sobre direito à saúde



Fonte: elaboração dos autores.

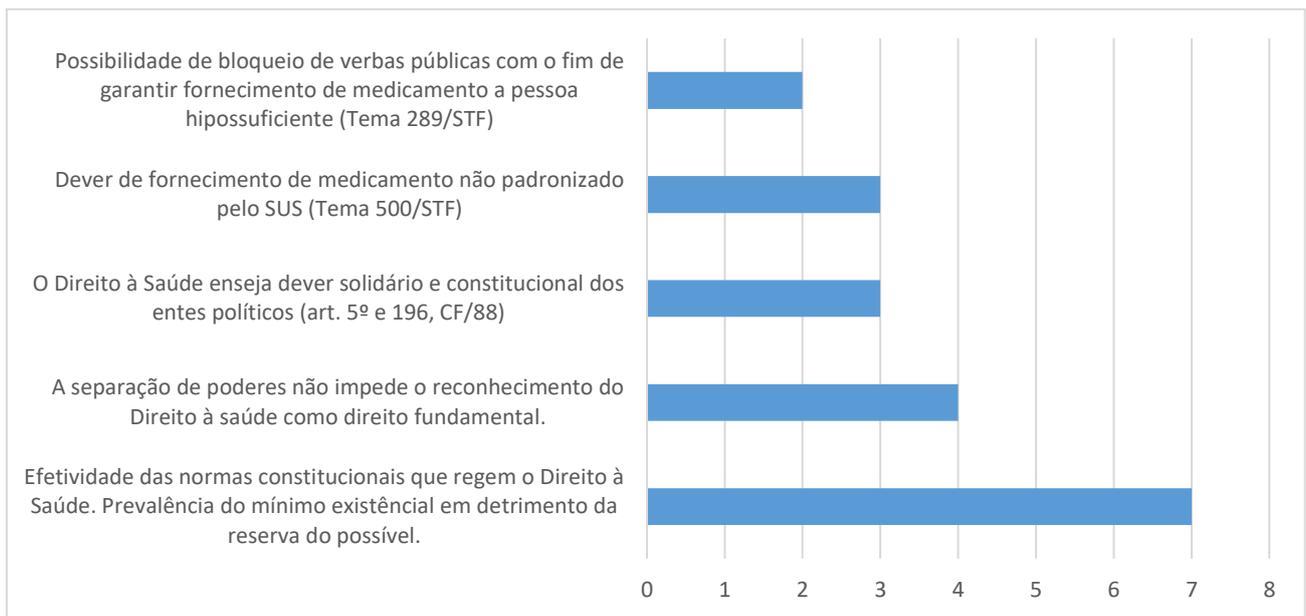
No exame dos acórdãos que tratavam de direito à saúde, no bloco 1, todos partiram de controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo, enquanto no bloco 2 83,23% foram oriundos do controle difuso e 16,77% do controle concentrado. Ademais, quanto às decisões que mantiveram ou concederam o direito sanitário pleiteado, dos 25 acórdãos, sete foram fruto de controle concentrado, isto é, 28%.

Aspectos qualitativos

A segunda etapa da pesquisa envolveu os aspectos qualitativos dos julgamentos dos períodos pré-pandêmico e pandêmico. Tratou-se de examinar os fundamentos jurídicos empregados pelo Supremo nos casos em que foi mantido ou reconhecido o direito a alguma prestação de saúde.

Considerando a relevância temática, optou-se por analisar se houve mudanças na argumentação que embasou a concessão ou a manutenção do direito à saúde quando do debate no STF. Após análise dos acórdãos elegíveis do bloco 1 que mantiveram ou concederam o direito à saúde, foi realizada a seguinte apuração:

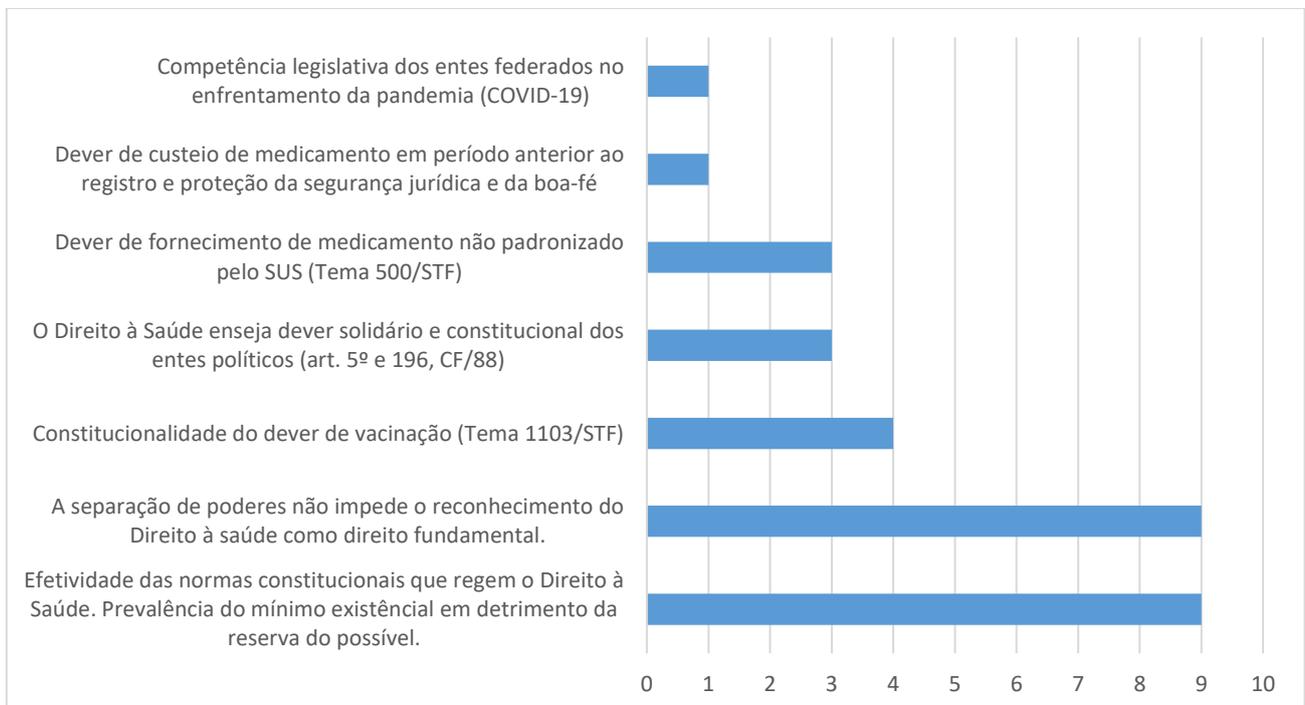
Gráfico 03. Argumentos bloco 1



Fonte: elaboração dos autores.

Em contrapartida, na análise dos 25 acórdãos do bloco 2 que mantiveram ou concederam o direito à saúde, foi feita a seguinte apuração:

Gráfico 04. Argumentos bloco 2



Fonte: elaboração dos autores.

Os gráficos apresentados e o exame dos acórdãos permitem o destaque de pontos relevantes, tanto para o período anterior como o posterior à pandemia. Como indicado no gráfico 04, com a

pandemia, o STF foi instado a se manifestar sobre assuntos antes não questionados, como a constitucionalidade da vacinação obrigatória e a intervenção do Poder Judiciário diante da omissão do Poder Executivo ou gerenciamento do direito à saúde.

Nota-se que foram identificados apenas dois acórdãos que negaram, na forma peticionada, o direito à saúde pleiteado. Foram eles o terceiro Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1.019 (24), julgado em 03 outubro de 2019, Relator Ministro Dias Toffoli, e o Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Provisória nº 101 (25), julgado em 03 de outubro de 2019, de mesma relatoria, ambos incluídos no bloco 1. Nos dois casos, o argumento central envolveu a impossibilidade de o SUS custear tratamentos cujas evidências científicas não fossem favoráveis ao emprego da prestação de saúde buscada.

Quanto à classificação dos meios de controle, houve nítido aumento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, em que pese as questões de controle difuso ainda comporem a maioria dos julgados. Dentre os que versavam sobre o direito à saúde, no bloco 1 não foram identificadas ações de controle concentrado, enquanto no bloco 2, dos 167 acórdãos, houve 28 com tal tipo de controle. Por outro lado, os fundamentos jurídicos que envolviam potencial lesão à economia do ente municipal caso mantida a prestação de saúde foram acatados em apenas uma decisão do bloco 2 (26). Mesmo neste caso, o direito à saúde restou garantido em face da União e do estado-membro, ambos condenados solidariamente à entrega da prestação sanitária.

No seguimento do exame dos fundamentos jurídicos, verificou-se que a tese de que a efetivação de direitos não configura violação da separação de poderes esteve presente em ambos os blocos de acórdãos. Todavia, talvez pelo contexto de emergência pública, no bloco 2 esteve presente o tom mais enérgico do Poder Judiciário, como no Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.625 (27), que, por maioria, modulou a validade de artigos da Lei 14.035/2020 (28), que dispunha sobre procedimentos para aquisição e contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia e cuja vigência havia sido definida por escolha legislativa.

No que se refere à separação de poderes, o Supremo Tribunal Federal manteve a posição de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação dos poderes” (29). Esse foi um argumento muito debatido no bloco 2, sendo lido como o meio de contingência para lidar com a omissão estatal ou gerenciamento errático em situação de emergência.

Dentre os fundamentos mais correntes e utilizados pela Fazenda Pública consta a observância da reserva do possível. A teoria da reserva do possível é fruto do direito comparado e indica que se o Estado não detém orçamento suficiente para suprir uma demanda prestacional de direito social, ele poderá ser desonerado de tal obrigação. Em suma, cuida-se de argumento que envolve questões orçamentárias e escolhas políticas estatais quanto ao seu direcionamento. Para Fernando Rister de Sousa Lima (7), não há abertura do STF quanto a este tema e o autor entende que às decisões jurídicas não cabem a ruptura com o sistema político, isto é, funções de cada poder. No que tange ao fornecimento de medicamentos e às intervenções médicas pleiteadas, ele acrescenta que o STF é completamente favorável a tais atendimentos. Ao passo que Camilla Japiassu Dores Brum e Roberto Freitas Filho (30), sem pretenderem colocar ou não a posição jurisprudencial do STF como a mais adequada, refletem até que ponto o Poder Judiciário pode obrigar o Estado a conceder medidas de efetivação do direito à saúde. Em suma, a restrição de recursos, quando alegada, tem sido considerada

pelos ministros como má gestão administrativa do gestor público, prevalecendo até então o mínimo existencial (30).

Sobre isso, cabe acrescentar que Elísio Augusto Velloso Bastos e Heloisa Sami Daou (31) abordam a insustentabilidade do argumento econômico quando utilizado em contraponto à garantia de direitos sociais. Isto porque a destinação do orçamento é dada por escolha administrativa e desse modo é um ato de vontade e deve ser visto com “profundo rigor, questionamento e fundamentação, pois é certo que os direitos sociais são todos essenciais para a vida digna” (31).

Outros argumentos presentes nas decisões foram a saúde como dever solidário e constitucional (Tema 793/STF) (8), o fornecimento de medicamento não padronizado pelo SUS (Tema 500/STF) (10), a possibilidade de bloqueio de verbas públicas com o fim de garantir fornecimento de medicamento a pessoa hipossuficiente (Tema 289/STF) (32), a constitucionalidade da vacina obrigatória (Tema 1103/STF) (33), o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA (Tema 1161/STF) (34) e a competência legislativa dos entes federados para enfrentamento da COVID 19 (ADPF 811) (35).

E como não poderia ser diferente, inúmeros recursos extraordinários não são conhecidos por questões processuais, sendo a mais comum aquela decorrente da vedação ao reexame das provas. De fato, na grande maioria das situações que envolvam a concessão de prestações de saúde, torna-se necessário avaliar o quadro fático-probatório para aferir se houve ofensa a alguma norma constitucional.

Considerações finais

O direito à saúde enquanto ramo autônomo passou por severos desafios em razão da crise sanitária decorrente do novo coronavírus (COVID-19). A presente pesquisa promoveu uma análise quantitativa e qualitativa de acórdãos do Supremo Tribunal Federal para identificar possíveis mudanças no perfil de julgamento. Para tanto, foi realizado um recorte temporal com decisões proferidas durante a pandemia e decisões proferidas no período anterior ao quadro pandêmico. As principais conclusões são as seguintes:

a) No aspecto quantitativo, conclui-se que houve um aumento de casos de direito à saúde julgados pelo STF durante a pandemia. No mesmo lapso temporal, a tendência do Supremo permaneceu favorável ao reconhecimento de direitos dessa natureza. Sendo, em números absolutos, maior a quantidade de decisões pela concessão ou manutenção de prestações sanitárias.

b) Ainda no aspecto quantitativo, confirma-se que, durante o período pandêmico, o direito à saúde recebeu importante atenção no julgamento de casos oriundos de controle concentrado de constitucionalidade. Pode-se cogitar que a dinamicidade dos atos do legislativo e do executivo, o que por vezes foi objeto de discordância quanto à adequação de medidas, exigiu atuação mais célere e direta da Corte.

c) Seguindo no aspecto quantitativo, verifica-se um grande acréscimo de julgamentos referentes à competência federativa. De fato, enquanto no bloco 1 questões de competência puderam ser identificadas em 5,71% dos acórdãos sobre direito à saúde, no bloco 2 este número sobe para 41,32%. Embora não seja objeto da presente pesquisa, vale lembrar que entre 2019 e 2020 o Supremo reafirmou a competência comum dos entes da federação nas demandas prestacionais da área da saúde (Tema 793/STF) (8). Com uma tese aberta e pouco clara, o julgamento em questão pode ter dado margem para o aumento numérico da litigância sanitária nesse assunto. Um pouco antes do fechamento do

presente texto, o STF aprovou mais um recurso extraordinário com repercussão geral para decidir os limites das competências federativas em matéria de saúde (Tema 1234/STF) (36).

d) No aspecto qualitativo, conclui-se que os principais fundamentos em prol do direito à saúde persistem na jurisprudência do Supremo. A Corte mantém posição favorável ao reconhecimento do direito à saúde enquanto direito fundamental sindicável pelo Poder Judiciário. O reconhecimento judicial desse direito não ofende a separação de poderes e a reserva do possível não impede a concessão de prestações de saúde.

e) Prosseguindo no aspecto qualitativo, o período pandêmico levou o STF a apreciar novos temas. O colegiado viu-se obrigado a decidir sobre a competência legislativa dos entes federados e sobre a constitucionalidade do dever de vacinação (Tema 1103/STF) (33).

A análise da atuação do Supremo na proteção do direito à saúde durante e após a pandemia confirma a visão amplamente favorável à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação das medidas necessárias para assegurar o bem-estar do cidadão desde a perspectiva da prevenção de agravos, da promoção da saúde ou da busca pela cura de enfermidades (2). De igual modo, reforça o entendimento proposto por alguns no sentido de que as restrições orçamentárias não são uma barreira intransponível para o atendimento do cidadão que busca uma prestação sanitária em juízo (31). Trata-se, na realidade, de uma questão que envolve a tomada de decisão adequada por parte dos gestores públicos que, portanto, se submete ao controle judicial.

Como visto ao longo da pesquisa, o STF não visualiza ofensa à separação de poderes na efetivação judicial do direito à saúde. No panorama das funções estatais, cabe ao Poder Executivo disponibilizar à população o acesso a serviços adequados inclusive na perspectiva da saúde pública. Se o Poder Executivo realiza de forma incompleta ou inadequada essa atividade, é do Poder Judiciário a tarefa de fiscalizar a atuação e, conforme o caso, viabilizar o direito pleiteado pelo indivíduo. A atuação do Poder Judiciário na concessão de direitos não se confunde com a atuação do Poder Executivo na execução de políticas públicas de saúde.

Por fim, cumpre advertir que foram identificados possíveis vieses, os quais foram considerados na análise de dados. Em que pese o Código de Processo Civil indique prazos para que o magistrado profira as suas decisões, sabe-se que conforme o regimento interno de cada tribunal e de acordo com o modo de organização das pautas, a frequência dos julgamentos pode variar. Sendo assim, até por questão de amadurecimento de determinados temas, não necessariamente a causa mais antiga será decidida antes das demais. Nesse contexto, como a pesquisa foi feita por data da decisão, é necessário apontar que o retorno da quantidade de acórdãos na pesquisa, por não considerar a data de interposição do recurso, não pode por si só levar à conclusão de que houve um número maior ou menor de pedidos de tutelas judiciais ao direito à Saúde nos períodos estudados.

Em conformidade com o objetivo geral da presente pesquisa, verificou-se que houve aumento de decisões judiciais na temática de direito à saúde, contudo sem mudanças significativas nos fundamentos jurídicos empregados pelo Supremo. A pandemia pode ter sido um momento para maior reflexão sobre a importância das prestações sanitárias, já que os números indicam uma tendência em prol do seu reconhecimento.

Conflito de interesses

Os autores declaram que não há conflito de interesses.

Contribuição dos autores

Todos os autores contribuíram com a concepção, elaboração, redação, revisão e aprovação do artigo.

Equipe editorial

Editora científica: Alves SMC

Editor assistente: Cunha JRA

Editores associados: Lamy M, Ramos E

Editor executivo: Teles G

Assistente editorial: Rocha DSS

Revisora de texto: Barcelos M

Referências

1. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2016 [citado em 31 ago. 2022] Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
2. Sarlet IW, Streck LL, Mendes GF, coordenadores. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação; 2018 [citado em 31 ago. 2022]. 2505 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553602377>.
3. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). ARE 685230 AgR. Relator: Celso de Mello. Julgamento em 5 de mar. 2013. [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3542167>.
4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 754. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento em 21 de mar. 2022. [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755295024>.
5. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). Pet 1.246 MC/SC. Relator: Celso de Mello. Julgamento em 31 de jan. 1997. [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/verDecisao.asp?numDj=29&dataPublicacao=13/02/1997&incidente=3724003&capitulo=6&codigoMateria=2&numeroMateria=7&texto=394137>.
6. Schwartz GAD. Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2001. 224 p.
7. Lima FRS. Decisões do STF em Direito à Saúde: aspectos econômicos e políticos. São Paulo: Almedina; 2020. 144 p.
8. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema 793. Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Brasília, DF: STF, 2019 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=793>.
9. Santanna GS; Scalabrin F. A solidariedade no direito à saúde vista pelos tribunais gaúchos após o julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal. Revista da Escola Superior de Direito Municipal [Internet]. 5 set. 2022 [citado em 15 dez. 2022]; 8(15), p. 98-114. Disponível em: <https://doi.org/10.29282/esdm.v8i15.185>.
10. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema 500. Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Brasília, DF: STF, 2020 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=500>.
11. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema 6. Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Brasília, DF: STF, 2007 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=6>.
12. Brasil. Lei nº 9.868, 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 nov. 1999 [citado em 15 dez. 2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm.
13. Brasil. Lei nº 9.882, 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 06 dez. 1999 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm.
14. Gil AC. Como elaborar projetos de pesquisa. 7. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022 [citado em 31 ago. 2022]. 186 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559771653>.
15. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Métodos de Pesquisa. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. 120p [citado em 02 nov. 2022]. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>.

16. Ministério da Saúde (Brasil), Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2022. Declara o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) e revoga a Portaria GM/MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União. 22.4.2022.
17. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ARE 1343478 AgR. Relator: Luiz Fux. Julgamento em 18 de dez. 18 de dezembro de 2021 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759100202>
18. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). SS 5520 AgR. Relator: Luiz Fux. Julgamento em 2 de mai. 2022 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760739796>.
19. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ARE 1301749 RG-ED. Relator: Luiz Fux. Julgamento em 2 de mai. 2022 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760739789>.
20. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). ARE 1311628 AgR-AgR. Relator: Luiz Fux. Julgamento em 2 de mai. 2022 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760739094>.
21. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). HC 208479 AgR. Relatora: Cármen Lúcia. Julgamento em 6 de dez. 2021 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758645408>.
22. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ARE 1370163 AgR. Relator: Luiz Fux. Julgamento em 21 de abr. 2022 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760590038>.
23. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: STF, 1963 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2174#:~:text=Para%20simples%20reexame%20de%20prova%20n%C3%A3o%20cabe%20recurso%20extraordin%C3%A1rio>.
24. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). SL 1019 AgR-terceiro. Relator: Dias Toffoli. Julgamento em 3 de out. 2019 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751631164>.
25. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). STP 101 AgR. Relator: Dias Toffoli. Julgamento em 3 de out. 2019 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751631120>.
26. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). STP 384 AgR. Relator: Luiz Fux. Julgamento em 13 de abr. 2021 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755756937>.
27. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6625 MC-Ref. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento em 8 de mar. 2021 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755551305>.
28. Brasil. Lei nº 14.035, 11 de agosto de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 12 ago. 2020 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14035.htm.
29. Brasil. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). MS 23.452. Relator: Celso de Mello. Julgamento em 1 de jun. 1999 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>.
30. Brum CJD, Freitas Filho R. A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. In: Freitas Filho R. Direito à saúde: questões teóricas e a prática dos tribunais. [Internet]. São Paulo: Saraiva Educação; 2021 [citado em 31 ago. 2022]. [p. 63-98]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555598278>.
31. Bastos EAV; Daou HS. A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da teoria dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido. Revista Direito, Estado e Sociedade [Internet]. 18 out. 2020 [citado em 18 dez. 2022]; V(57), p. 75-109. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1012/598>.
32. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema 289. Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos. Brasília, DF: STF, 2010 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=289>.
33. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema 1103. Possibilidade dos pais deixarem de vacinar os seus filhos, tendo como fundamento convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais. Brasília, DF: STF,

2021 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1103>.

34. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema 1161. Dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária. Brasília, DF: STF, 2022 [citado em 31 ago. 2022]. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1161>.

35. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 811. Relator: Gilmar Mendes, Julgamento em 8 de abr. 2021

[citado em 31 ago. 2022]. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur449524/false>.

36. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tema 1234. Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF: STF, 2022 [citado em 15 dez. 2022]. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1234>.

Como citar

Scalabrin F, Farias C. Os reflexos da pandemia do novo coronavírus na judicialização do direito à saúde perante o Supremo Tribunal Federal. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2024 jan./mar.;13(1):69-82
<https://doi.org/10.17566/ciads.v13i1.1001>

Copyright

(c) 2024 Felipe Scalabrin, Camila Farias.

