

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Diana Alina Cordeiro Corrêa

Judicialização da saúde em tempos de pandemia da COVID-19: uma análise dos casos envolvendo a disponibilização de leitos de UTI no TJSC

Florianópolis

2021

Diana Alina Cordeiro Corrêa

Judicialização da saúde em tempos da Pandemia do COVID-19: uma análise dos casos e envolvendo a disponibilização de leitos de UTI no TJSC

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra

A ficha de identificação é elaborada pelo próprio autor.

Orientações em:

<http://portalbu.ufsc.br/ficha>

Diana Alina Cordeiro Corrêa

Judicialização da saúde em tempos da Pandemia do COVID-19: uma análise dos casos e envolvendo a disponibilização de leitos de UTI no TJSC

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito

Florianópolis, 14 de maio de 2021.

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Orientador

Renata Caroline da Silva
Avaliadora

Vanessa Bussolo Brand
Avaliadora

Este trabalho é dedicado aos meus amados pais que mesmo quando eu mesma deixei de acreditar em mim continuaram sendo minha maior inspiração.

AGRADECIMENTOS

Inicio esta que deveria ser a mais leve parte deste trabalho da única forma que poderia iniciar: prestando homenagem e agradecendo ao meu maior fã e hoje minha eterna e mais sincera saudade. Pai, você foi e sempre será minha maior fonte de conhecimento. Aprendi e continuo aprendendo tanto com sua perseverança, com sua paz e cuidado com as pessoas. Você foi e continuará sendo a melhor pessoa com quem tiver o prazer de conviver nesta vida. Obrigada por fazer tanto por mim e por tantos outros. Serei eternamente grata pelos seus ensinamentos e por todo carinho. Agradeço à minha mãe, minha primeira e mais apaixonante professora, amiga e inspiração. Obrigada por me mostrar força em todos os momentos da vida, mesmo naqueles mais difíceis para nós. Você é tudo o que eu tenho de mais importante, faço e continuarei fazendo tudo para lhe deixar feliz e orgulhosa da minha trajetória. Agradeço ao meu avô Antônio, talvez a pessoa que mais esperava a minha formatura. Vô: a sua neta vai ser advogada! Agradeço ao meu irmão Kauan por me ensinar, mesmo de maneira turbulenta que há alegria depois da tristeza. Por meio de Deus, agradeço, ainda, minhas avós Ana e Sueli, minhas tias Delma e Dadiane. Vocês sempre foram fonte de fé e guia para os meus passos. Agradeço aos meus irmãos de alma José e Camila por serem a família que me escolheu para compartilhar a vida. Agradeço à Rittieli, minha família mais presente nos anos de graduação e em Floripa por todo apoio e companhia. Agradeço ao meu namorado que em tão pouco tempo se tornou especial de uma maneira muito intensa: Leo, obrigada por ser minha rocha, refúgio e acreditar em mim sempre, mesmo quando pensei em desistir de tudo. Agradeço aos amigos com os quais o CCJ me presenteou: Izabelly, Tiago, Murillo, Taynara, Willian, Isadora, Luis Guilherme, Bruno e eventualmente aqueles que eu possa ter deixado de mencionar. Ao meu querido amigo e dupla de EMAJ Arthur agradeço por toda atenção e parceria nos últimos anos. À Sociedade de Debates da UFSC, projeto com o qual gastei sinceras energias: obrigada! Agradeço aos lugares onde tracei meu início de jornada profissional: à 26ª Delegacia Regional de Polícia de Campos Novos, à equipe CMPprev Advocacia Previdenciária e em especial à Mosimann, Horn & Advogados Associados e ao núcleo coordenado pelo Dr. Fábio, a quem nominalmente agradeço pela honra de poder conviver e aprender tanto.

Agradeço ainda, aos meus amigos de vida, os quais mesmo sem a presença e contato diário fazem parte do meu coração. Agradeço ao meu orientador Prof. Cláudio Ladeira por todo apoio e compreensão para concretização deste trabalho, bem como a minha banca examinadora, em nome da Renata, pela disponibilidade e interesse. Por fim, mas definitivamente não menos importante, agradeço à Deus pela forma carinhosa e gentil com que me faz levar a vida.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso propõe-se a realizar um resgate no que se refere à evolução histórica do Direito à saúde no Brasil, até sua menção expressa na Constituição Federal de 1988, que culminou, dentre outras coisas, na garantia da universalidade e igualdade deste direito para todos os cidadãos. Bem como, analisar o fenômeno da judicialização da saúde no país e os critérios utilizados pelo poder judiciário no que se refere à judicialização. Por fim, propõem-se a realizar uma análise das decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina durante a pandemia da COVID-19 nas demandas que versaram sobre a disponibilização de leitos de UTI para pacientes acometidos pela doença em comparativo com a jurisprudência atual.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde; Saúde na Pandemia; Direito à saúde; Disponibilização de leitos de UTI;

ABSTRACT

This Course Xonclusion Paper proposes to perform a review of the historical evolution of the Right to Health in Brazil, until the express mention in the Federal Constitution of 1988, which culminated, among other things, in the guarantee of universality and equality of this right for all citizens. Also, to analyze the phenomenon of judicialization of health in the country and the criteria used by the judiciary in cases of judicialization. Finally, it is proposed to perform an analysis of the decisions of the Court of Santa Catarina during the pandemic of COVID-19 in lawsuits that dealt with the availability of ICU beds for patients affected by the disease in comparison with the current jurisprudence.

Keywords: Judicialization of Health; Pandemic Health; Right to Health; Availability of ICU beds.

LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS

Gráfico 1 – Evolução dos números de processos relacionados à saúde no Brasil.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Ação de descumprimento de preceito fundamental

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

COVID – 19 - Infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

OMS – Organização Mundial da Saúde

RE – Recurso Extraordinário

SUS – Sistema Único de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1	16
O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	16
1.1 Resgate histórico do direito à saúde pré-Constituição de 1988.....	16
1.2 A Constituição Federal de 1988 e os avanços internos e externos trazidos ao direito à saúde	19
1.3 A saúde enquanto direito social	21
1.4 O papel do Estado enquanto garantidor do direito à saúde	22
1.5 Titulares do direito fundamental à saúde.....	24
1.6 A judicialização da saúde no Brasil	26
1.6.1 O ativismo judicial na judicialização das demandas.....	29
1.6.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas ações envolvendo saúde no Brasil	30
CAPÍTULO 2.....	32
2.1 Conceitos e informações importantes para a análise das decisões envolvendo a disponibilização de leitos de UTI durante a pandemia da COVID-19 em Santa Catarina	32
2.2 Considerações sobre o mínimo existencial	34
2.3 Considerações sobre a reserva do possível	35
2.4. A razoabilidade aplicada às decisões envolvendo saúde pública	38
2.5 A (des)igualdade do acesso à justiça no Brasil	38
2.6. O princípio da igualdade nas decisões envolvendo saúde pública	41
2.7 Excepcionalidade do período – A Pandemia da COVID-19	44

CAPÍTULO 3.....	49
3.1 DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA VISANDO A OBTENÇÃO DE LEITOS DE UTI DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19.....	49
3.2 Comentários Gerais acerca das decisões envolvendo disponibilização de leitos de uti-covid no estado de Santa Catarina.....	50
3.3. Decisão 01 – Agravo de Instrumento Nº 5008697-47.2021.8.24.0000	51
3.4. Decisão 02 – Agravo de Instrumento nº 5011585-86.2021.8.24.0000	53
3.5. Análise das decisões acerca da disponibilização de leitos de UTI	54
CONCLUSÃO.....	58
ANEXOS	65
ANEXO A – DECISÃO AUTOS 5008697-47.2021.8.24.0000/SC.....	65
ANEXO B – Decisão Autos 5011585-86.2021.8.24.0000	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

É consensual a ideia de que a saúde é um bem vital ao ser humano e à sociedade em geral. O Estado Democrático de Direito, no seu papel de garantidor de direitos sociais, deve estar preocupado com sua manutenção e garantia.

No Brasil, as discussões relacionadas ao direito à saúde surgiram em meio à Reforma Sanitária, período em que o acesso era garantido apenas àqueles que tinham algum tipo de vinculação ao sistema produtivo.

Contudo, foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que houve um grande avanço em direção ao acesso universal e igualitário deste direito a todos os cidadãos, com o Estado como promotor das condições para seu pleno exercício.

Se por um lado a constituição cidadã inovou no que se refere à previsão deste direito universal, por outro não levou em conta os aspectos econômico-financeiros que envolvem o custeio do Estado.

Com o passar dos anos, o déficit de concretização do acesso à saúde por meio do sistema público se intensificou, resultando na necessidade de o indivíduo recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer seus direitos.

Atualmente as discussões acerca da judicialização da saúde têm se tornado cada vez mais comuns, uma vez que as demandas relacionadas à necessidade de um indivíduo de ter seu direito à saúde garantido crescem dia após dia.

A dicotomia necessidade do indivíduo *versus* capacidade do Estado para garantir o acesso a leitos de UTI em meio à pandemia da COVID-19 é o problema que se pretende enfrentar com o presente estudo.

A importância deste tema reside na dificuldade de estabelecer limites, tanto da obrigação jurisdicional quanto da atividade judicial, que muitas vezes acaba transgredindo a dinâmica da separação dos poderes, privilegiando o atendimento individual em detrimento da coletividade, comprometendo recursos já alocados para satisfazer necessidades individuais determinadas judicialmente.

Ademais, a produção de conhecimento sobre a temática se mostra incipiente, devido à complexidade e atipicidade do momento presente, inédito na história nacional e mundial. Para tanto, aspectos jurídicos, econômicos, sociais e especificamente voltados à saúde serão analisados.

O objetivo geral desta pesquisa, intitulada “Judicialização da saúde em tempos da Pandemia do COVID-19: uma análise dos casos e envolvendo a disponibilização de leitos de UTI no TJSC” é analisar até onde vai o papel do judiciário na garantia do direito à saúde igualitário a todos os cidadãos.

A realização do estudo tem como objetivos específicos analisar as demandas relativas à judicialização da obtenção de leitos de UTI durante a pandemia no Tribunal de Justiça de Santa Catarina; verificar os critérios utilizados para deferimento ou indeferimento das demandas; avaliar a atuação do Poder Judiciário como garantidor de direitos individuais frente à coletividade e verificar o entendimento firmado pelos tribunais superiores no que diz respeito à judicialização

Dessa forma, ao analisar os fatos e os fundamentos jurídicos das demandas, deseja-se aprofundar o estudo relacionado aos limites do ativismo do Poder Judiciário frente à liberalidade do Poder Executivo de alocação de recursos visando o bem estar da coletividade.

CAPÍTULO 1

O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 RESGATE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de 1988 a proteção do direito à saúde no Brasil se restringia a esparsas e restritivas normas, conforme passa-se a expor. Um dos exemplos mais distantes no que se refere à garantia à saúde são os chamados “socorros públicos” da Constituição de 1824 (art. 179, XXXI), benefício garantido apenas aos reconhecidamente cidadãos. Significa dizer que esses socorros não incluíam sob sua proteção os escravos, que não figuravam como cidadãos legítimos.

A Constituição de 1934 ao tratar sobre saúde, seguindo a mesma linha, sugere uma ideia genérica de delegação de competência concorrente à União e aos Estados para “*cuidar da saúde*”¹ e da União, Estados e Município de “adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e morbidade infantis; e de higiene social que impeçam a propagação das doenças transmissíveis” e “cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais”.²

Os demais textos constitucionais subsequentes limitaram-se a atribuir competência à União para o planejamento de um sistema nacional de saúde, sem estabelecer garantias reais e universais no que diz respeito a essa benesse. Na prática, ocorreu novamente um modelo restritivo de saúde pública, onde apenas alguns grupos, quase sempre trabalhadores, viam o acesso à saúde garantido.

O conceito de cidadania regulada, cunhado por Wanderley Guilherme dos Santos é central para a compreensão da questão social no Brasil no período pré-Constituição de 1988. Para o autor “A cidadania está embutida na profissão e os

¹ Redação do art. 10, II da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934.

² art. 138, *f e g*, da **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, promulgada em 1934.

direitos do cidadão restringem-se aos direitos do lugar que ocupam no processo produtivo, tal como reconhecido por lei”³.

Um dos sistemas criados neste período (pós Constituição de 1934) foi o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia responsável, até 1990, pela saúde dos trabalhadores. Ela funcionava mediante contribuição social e excluía as pessoas desempregadas (não contribuintes), que acabavam ficando à mercê de organizações filantrópicas, curandeiros e organizações religiosas como a Santa Casa de Misericórdia, ou ainda em consultórios e clínicas privadas, caso tivessem poder aquisitivo.

Segundo Maria Glória Teixeira e Maria da Conceição Nascimento Costa⁴, os séculos XIX e XX são marcados no Brasil com políticas de saúde pública fortemente influenciadas pelos interesses econômicos voltados à manutenção de cidades portuárias e da mão de obra trabalhadora livre de doenças transmissíveis epidêmicas.

Isso porque esses lugares (majoritariamente grandes cidades portuárias) eram mais sensíveis em relação à política de obtenção de mão de obra e exportação de produtos agrícolas⁵.

Outro ponto que favorecia a ideia restritiva de acesso à saúde era a concentração de médicos na elite e nas maiores cidades do país, deixando os mais pobres, indígenas, colonos e escravos novamente aquém de qualquer possibilidade de atendimento, seja pelo distanciamento geográfico, seja pela exclusão voluntária em razão de suas condições humanitárias.

O grande marco para as políticas de saúde extensivas e que veio posteriormente a ser base para a mudança de paradigma que foi a Constituição Federal de 1988, ocorreu quando as epidemias passaram a significar entraves à expansão socioeconômica e não mais podiam ser controladas somente com o isolamento dos doentes. Era preciso pensar no bem-estar coletivo, ascendendo, a

³ SANTOS, W. G. dos. **Cidadania e Justiça**: a política social na ordem brasileira. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1987.

⁴ TEIXEIRA, Maria Glória; COSTA, Maria da Conceição Nascimento. Vigilância Epidemiológica: políticas, sistemas e serviços. In: GIOVANELLA, Lúcia (org) *et al.* **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. Cap. 22, p. 1058

⁵ COSTA, N. do R. *Lutas Urbanas e Controle Sanitário*. Petrópolis: Vozes, 1985.

partir de então, a discussão acerca de políticas universais de maneira mais direcionada para o país.

Ocorre que somente com a Reforma Sanitária Brasileira⁶, movimento iniciado no final da década de 70, que a saúde começa a ser vista como direito social. Jairnilson Paim, nos seus estudos sobre o tema entende a Reforma Sanitária como uma reforma centrada em 3 elementos constituintes, sejam eles:

- a) "*democratização da saúde*, o que implica a elevação da consciência sanitária sobre saúde e seus determinantes e o reconhecimento do direito à saúde, inerente à cidadania, garantindo o acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde e participação social no estabelecimento de políticas e na gestão;
- b) *democratização do Estado e seus aparelhos*, respeitando o pacto federativo, assegurando a descentralização do processo decisório e o controle social, bem como fomentando a ética e a transparência nos governos;
- c) *democratização da sociedade* alcançando os espaços de organização econômica e da cultura, seja na produção e distribuição justa da riqueza e do saber, seja na adoção de uma 'totalidade de mudanças', em torno de um conjunto de políticas públicas e práticas de saúde, seja mediante uma reforma intelectual e moral" (Paim, 2010: 173-174 – grifos do autor).

Mais tarde, no ano de 1986, em meio ao cenário de avanço do movimento sanitário, da saúde como "entrave" ao desenvolvimento, ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde, nesta ocasião foram discutidas e esboçadas as bases do que veio a ser o Sistema Único de Saúde (SUS), sistema universal de atenção à saúde, regido pelos princípios de descentralização, integralidade e participação da comunidade. O

⁶ O termo "Reforma Sanitária" é utilizado para designar várias experiências de reformulação normativa e institucional no âmbito da atenção à saúde dos cidadãos em diversos países. Esse movimento preconizava a ideia de saúde não como uma questão única dos serviços médicos, mas como um problema social e político que deveria ser abordada nos espaços públicos. No Brasil, o movimento teve apoio de parlamentares progressistas, gestores de saúde, profissionais de saúde e de diversos movimentos sociais.

intuito da Conferência era assegurar a saúde enquanto direito do cidadão e dever do Estado.

Seguindo o padrão internacional, já adotado pela Constituição da Organização Mundial da Saúde⁷, Sérgio Arouca fez importante fala na ocasião da mencionada conferência, esclarecendo que “Saúde não é simplesmente a ausência de doença. É muito mais que isso. É bem-estar físico, mental, social, político”. (AROUCA, 1986).

1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS AVANÇOS INTERNOS E EXTERNOS TRAZIDOS AO DIREITO À SAÚDE

O ano de 1988 constitui um marco fundamental para a universalização da saúde no Brasil dada sua inserção no rol de direitos sociais da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁸.

O texto constitucional brasileiro de 1988, no que se refere à saúde, refletiu um grande avanço tanto na ótica interna do país, dado o caráter universal, que garantiu a todos os cidadãos, sem exceção, o acesso aos serviços e ações de saúde independente de contribuição direta (diferentemente do que ocorria com o INAMPS, por exemplo), quanto no âmbito externo, já que se mostrou uma inovação em comparação com o cenário constitucional internacional, pois além de positivizar o direito

⁷ A Constituição da Organização Mundial da saúde foi elaborada na cidade de Nova Iorque, em 1964, em um único exemplar nas línguas chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa. No documento há a especificação dos princípios e objetivos da organização. O texto traduzido pode ser encontrado em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omsw.html>. Acesso em: 03/04/2021.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

à saúde, instituiu o sistema incumbido de sua garantia universal efetiva, o Sistema Único de Saúde (SUS)⁹, este regulado pela Lei nº 8.080/90.

O direito à saúde na atual ordem constitucional brasileira, diversamente do tratamento anterior, surge com característica inerente de direito fundamental da pessoa humana, sendo assim um direito inclusivo e não mais exclusivo.

No que se refere ao artigo 6º da CF, entende Novelino¹⁰, que há vinculação direta do direito à saúde à dignidade da pessoa humana, e por ser, nas palavras do autor, norma indissociável do direito à vida, apresenta um caráter fundamentalista e um mínimo existencial.

Nesse sentido, Barreto¹¹ afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como fonte legitimadora dos direitos fundamentais, sendo mais profundo do que os direitos humanos, por envolverem a essência do ser humano.

Além de universal, o acesso à saúde de acordo com a Constituição deve ser igualitário, não podendo haver distinções entre as pessoas, nem aos serviços prestados.

Acerca do assunto, José Afonso da Silva esclarece que o direito à saúde se sustenta no direito à vida, inerente à pessoa humana e "nos casos de doença, cada um tem o direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da Ciência Médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais"¹².

Outra inovação constante tanto na CF quanto na Lei nº 8.080/90 é a ideia de saúde enquanto conceito amplo, em consonância ao previsto no pré-existente preâmbulo da já citada Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que

⁹ O SUS é o sistema criado para mecanizar o acesso e garantia ao direito à saúde no Brasil. Sendo o único sistema dentre os países com mais de 200 milhões de habitantes que facilita o acesso universal à saúde pública. O SUS realiza desde atendimentos simples até os mais complexos como cirurgias, oferece atendimentos emergenciais, vacinas, remédios, financia pesquisa na área de saúde. Seu orçamento provém de recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o art. 195 da CF de 1988.

¹⁰ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.876

¹¹ BARRETO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 216

¹²SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição, 6ª edição. São Paulo. Malheiros. 2009. p. 185.

mencionava a ideia de saúde enquanto estado completo de bem-estar físico, mental e social, não consistindo apenas na ausência de enfermidade.

É o que se pode perceber do art. 3º da Lei nº 8.080/90:

Art. 3º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.
Parágrafo Único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Nesta mesma direção, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que o direito à saúde tem estreita ligação com o direito à vida quando se conecta com a proteção da saúde tanto no viés corporal quanto psicológico.¹³

Por outro lado, há que se mencionar as observações feitas, no âmbito do Direito francês, por Lise Casaux-Labrunée, de que a saúde não é um bem disponível, de modo que não pode ser conferido a alguém. Dessa forma, ainda segundo o autor, tal bem-estar apenas pode ser resguardada e promovida. Neste sentido, fala-se no “Direito à (proteção da) saúde”¹⁴.

1.3 A SAÚDE ENQUANTO DIREITO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 incluiu o direito à saúde no rol de seus direitos sociais¹⁵, no entanto sem conceituar expressamente o que seriam esses direitos. Tal papel, fundamental, ficou sob responsabilidade da doutrina brasileira.

José Afonso da Silva (2007) ao tratar sobre tais direitos, os conceituou dizendo que os direitos sociais: “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 326.

¹⁴ LOUREIRO, JC. Direito à (protecção da) saúde. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Coimbra: Coimbra Editora (Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); 2006.

¹⁵ Artigo 6º “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

direta ou indiretamente, enunciadas, em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”¹⁶.

Alexandre de Moraes (2009), também ao tratar da conceituação dos direitos sociais assim os define:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.¹⁷

Extrai-se dos excertos acima que a efetividade material dos direitos sociais prescinde de prestações positivas do Estado, ou seja, demandam uma obrigação de fazer.

1.4 O PAPEL DO ESTADO ENQUANTO GARANTIDOR DO DIREITO À SAÚDE

Conforme dito anteriormente, por ser o direito à saúde um direito positivo, ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira que “exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...), que cujo cumprimento depende a própria realização do direito”¹⁸.

Nesse sentido, o artigo 196¹⁹ do texto constitucional obriga o Estado a se colocar no papel de garantidor, formulador de políticas públicas sociais e econômicas capazes de promover, proteger e recuperar a saúde de seus cidadãos. Para tanto, previu a criação de uma estrutura organizacional, indicou como seria sua atuação e

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

¹⁷ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, São Paulo, Atlas, 2009, p. 195.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed., vol. 1, Coimbra, 1984.

¹⁹ Art. 196. A saúde é 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.

seus objetivos nos artigos 198 e seguintes. Essa estrutura organizacional foi instituída, como mencionado anteriormente, pela Lei Federal 8.080 de 19 de setembro de 1990, e é popularmente conhecida como SUS.

A obrigação do Estado enquanto garantidor da saúde também está prevista no art. 2º, *caput*, bem como no seu § 1º da Lei 8.080/90:

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

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990).

Para Novelino²⁰, o Estado no seu papel de efetivador de políticas públicas para garantia dos direitos sociais, deve se ater a finalidade não só de respeito ao mandamento constitucional, mas também precisa buscar a redução de desigualdades sociais para garantia da existência humana digna.

No que diz respeito à competência da manutenção do direito à saúde, também na referida legislação, seu artigo 23 estabelece a solidariedade entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na mesma toada, importante salientar que as demais regulamentações, decretos, protocolos e portarias que compõem o funcionamento e operacionalização do SUS, também integram o chamado sistema sanitário nacional precisando necessariamente se moldar nos limites da Constituição Federal.

Patrícia Werner afirma que o direito social à saúde impõe ao intérprete o dever de aprofundar seus estudos na área de interpretação do direito constitucional,

²⁰ NOVELINO, op.cit., p. 513

considerando-o em sua multidisciplinariedade, com dados mais profundos no âmbito do direito sanitário.²¹

1.5 TITULARES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Segundo Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, o texto constitucional aponta o caráter universal do direito à saúde como direito de todos e de cada um, sendo reconhecido a todos simplesmente pelo fato de serem pessoas. No entanto, conforme os mesmos autores, nada impede a existência de “diferenciações na aplicação prática da norma, especialmente quando sopesada com o princípio da igualdade – o que é bastante para demonstrar que, embora correlacionados, tais princípios não se confundem”²².

Partindo deste pressuposto, conclui-se que a titularidade do direito à saúde enquanto direito social é universal. Inexistindo diferenciação, por exemplo, com relação à nacionalidade de seu titular. Nessa toada, salienta-se que as políticas públicas atuais vigentes no país têm claro caráter inclusivo. Por assim dizer:

“programas especiais de assistência à saúde (...) dirigidos a grupos populacionais especiais dentro do território nacional, como no caso dos povos indígenas²³, seja porque voltados à população estrangeira

²¹ WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. **O direito social e o direito público subjetivo à saúde**: o desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista de Direito Sanitário*, c.9, n.2, p.102, nov 2014.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o Direito Fundamental à Proteção e à Promoção da Saúde na Ordem Jurídico Constitucional Brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

²³ “Por meio da Medida Provisória nº 1.911-08, de 29 de julho de 1999, e da Lei nº 9.836, de 23 de setembro de 1999, foi instituído o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, de responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), para atendimento a uma parcela da população brasileira que se estima em mais de 400.000 pessoas, integrantes de 215 povos e falando pelo menos 180 línguas. A assistência se dá de modo descentralizado, mas integrado ao SUS, por meio dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), considerados “uma unidade organizacional da Funasa”, com “uma base territorial e populacional sob responsabilidade sanitária claramente identificada”, voltada principalmente para as ações de atenção básica, segundo as peculiaridades do perfil epidemiológico dessas populações. Para aprofundamento, consultar: <http://www.funasa.gov.br/>.”

que ocorre aos serviços públicos nas cidades da fronteira terrestre do Brasil²⁴²⁵.

Ao discorrer sobre a titularidade dos direitos sociais, Liana Cirne fala em uma *co-titularidade*²⁶, onde não haveria concorrência com a coletividade. Para a autora, seria o caso de o ser humano na sua individualidade ser titular dos direitos sociais juntamente com seus demais.

Co-titularidade, para Liana, não significaria, por exemplo, a coletividade extinguir a individualidade, mas sim de que a titularidade coletiva desses direitos deve ser prioritária e a individual residual²⁷

Portanto, ainda que reconheça a titularidade individual e universal desses direitos, a análise da Autora, e que será utilizada como base para análise nos próximos capítulos, seria no sentido de que, “o adágio ‘de todos e de cada um’ poderia ser dividido (em grossíssimo modo): sempre de todos; residualmente, de cada um”²⁸.

²⁴ “A partir da constatação de que os serviços de saúde nacionais eram utilizados por brasileiros e estrangeiros residentes nas cidades vizinhas ao território nacional, foi criado o Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras (SIS-Fronteiras), implementado pela Portaria GM nº 1.120, de 06/07/2005 do Ministério da Saúde, com objetivo de integrar as ações de assistência à saúde nas cidades da fronteira terrestre do país e, assim, alcançar uma população de cerca de 3 milhões de habitantes, distribuídos em 121 Municípios dos 15.719km da fronteira nacional. Além da organização e do fortalecimento dos sistemas locais de saúde, o programa tem por meta “estimular o planejamento e a implantação de ações e acordos bilaterais ou multilaterais entre os países que compartilham fronteiras entre si, por intermédio um diagnóstico homogêneo da situação de saúde além dos limites da fronteira geopolítica brasileira”, como consta das informações colhidas junto ao “portal da saúde” (in http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=26139). Para aprofundamento e consulta aos dados atualizados, conferir: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/area.cfm?id_area=1228.”

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit. p. 38.

²⁶ LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, nº 12. Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Ideias, out-dez 2008, p. 2.

²⁷ LINS, Liana Cirne. op. cit.

²⁸ ARAUJO, Higor Alexandre Alves de. DIREITO DE TODOS, DEVER DO ESTADO: o desenho constitucional do direito fundamental social à saúde. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco**, Recife, v. 09, n. 09, p. 121-141, 2016. Anual. Disponível em: http://www.pge.pe.gov.br/app_themes/PGE-PE-CEJ-Publicacoes-Volume-09-2016.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

Nesse sentido, Ingo Sarlet²⁹ discorre que não deve ser confundida a universalidade do SUS com a titularidade universal do direito à saúde:

especialmente no que concerne à assistência pública à saúde, aspecto que poderá eventualmente sofrer objeções diante das circunstâncias do caso concreto, sobretudo se tiverem por escopo a garantia de equidade do sistema como um todo – ou seja, a concretização do princípio da igualdade em sua dimensão material, justificando, a final, discriminações positivas em prol da diminuição das desigualdades regionais e sociais, ou da justiça social, por exemplo.

1.6 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Partindo da premissa já fixada de que para que os direitos sociais como à saúde sejam efetivados uma atuação positiva é exigida do Poder Público, passa-se, nesta seção a esmiuçar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil frente a ausência ou inefetividade dessa ação positiva do Estado-garantidor.

Luís Roberto Barroso, em seu artigo intitulado judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática³⁰ sustenta que a judicialização ocorre quando questões de repercussão política ou social começam a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário e não mais pelas instâncias políticas de tradição (Congresso Nacional e Poder Executivo).

A judicialização da saúde pode decorrer da inoperância das políticas públicas, da falta de recursos (humanos, financeiros ou insumos) ou do gerenciamento precário da saúde pública por parte do Estado.

Assim que o indivíduo, enquanto cidadão, sente que houve lesão ou ameaça de lesão ao seu direito à saúde, pode, baseado na prerrogativa de acesso à justiça, acionar o judiciário para fazê-lo valer.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Supremo Tribunal Federal

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

No início, as demandas judiciais envolvendo a efetividade do direito à saúde no Brasil eram vistas como superficiais, não havia muita discussão sobre o tema e basicamente resultavam em determinações para que o Poder Público cumprisse, de imediato, o pleito do indivíduo.

O fenômeno da judicialização se intensificou no país nas décadas de 80 e 90, pós promulgação da CF de 1988, período em que doenças como a AIDS passaram a figurar uma ameaça à saúde pública dado seu alto grau de contágio e elevada mortalidade. Esse contexto culminou na expansão de demandas tanto individuais quanto coletivas que pretendiam o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento dos portadores da AIDS e do vírus HIV à época doenças sem cura e que geravam inúmeros preconceitos aos seus portadores.

Hoje o objeto das judicializações na área da saúde vai desde o fornecimento de medicamentos, à realização de exames de alto custo, procedimentos experimentais, disponibilização de leitos em UTI's, entre outros.

Analisando o gráfico 1 é possível perceber o aumento exponencial ano após ano das demandas relativas à saúde. Esse excessivo volume faz com que o Estado se apoie em argumentos como a reserva do possível e a escassez de recursos numa tentativa de frear a intervenção Judiciária.

Isso porque é inevitável, neste cenário, que o Poder Público transfira parte dos recursos já destinados e que deveriam ser utilizados em programas de saúde pública de abrangência coletiva para o atendimento de pleitos individuais.

Neste sentido, afirma Daniel Wei Liang Wang:

Os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a

tutela de um outro direito que o poder público entendeu ser mais importante³¹.

O judiciário nesses casos, faz com que o Poder Público beneficie um indivíduo em detrimento de tantos outros que dependem do sistema público e das políticas coletivas.

Em relação ao papel a ser adotado pelo Judiciário, Anderson Sant'Ana Pedra assevera que o judiciário deve analisar os casos concretos levando em consideração a coletividade:

Não pode o Judiciário decidir como numa prova rasa de corrida, concedendo direito apenas àquele(s) que chegar(em) primeiro. Deve analisar se aquilo que está sendo concedido realmente é possível de ser concedido a todos aqueles que chegarem ao Judiciário com a mesma pretensão e que estejam em situação semelhante. As decisões judiciais, no que aqui se enfoca, não podem ser casuísticas (microjustiça), não sendo racional uma decisão que venha a conceder privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da maioria³²

Em contrapartida, necessário frisar que a judicialização em si não é necessariamente um problema, afinal se trata de uma prerrogativa do cidadão, prevista na Constituição Federal e apta, neste caso, a fazer valer um direito social fundamental ao cidadão.

A judicialização no Brasil atinge tanto a rede pública quanto a privada, sendo, no entanto, na saúde pública sua maior incidência. Segundo Ventura:

No contexto democrático contemporâneo, o fenômeno da judicialização da saúde pública expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e

³¹ WANG, Daniel Wei Ling. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV, São Paulo. Jul-Dez 2008. p. 539-568. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf> acessado em 17 de abril de 2021.p 04

³² PEDRA, Anderson Sant Ana. Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público, v.41, p.91 -105, 2013.

promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais. O fenômeno envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos (VENTURA,2010, p.78).

1.6.1 O ativismo judicial na judicialização das demandas

No entendimento do Ministro Luis Roberto Barroso (2012) a judicialização e o ativismo judicial são primos. Eles, segue o autor, vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens, nem são gerados pelas mesmas causas. No mesmo sentido:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Os críticos da ideia de ativismo judicial entendem que o judiciário ao ativamente decidir, pode violar a teoria da separação dos poderes e usurpar suas competências.

Isso porque essa postura ativa se traduz, nas palavras de Barroso (2009) em:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Exemplos dessa conduta ativa do judiciário que interfere nos demais poderes, são o caso da fidelidade partidária³³, onde o STF declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, significando a criação de uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, bem como a vedação do nepotismo nos poderes Legislativo e Executivo³⁴, onde novamente um caráter vinculante foi criado através de uma norma não explícita em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional.

1.6.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas ações envolvendo saúde no Brasil

Em relação as ações envolvendo a saúde, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), é no sentido de o reconhecer como um direito fundamental, que cria para o Estado o dever de implementar políticas públicas de proteção.

Além disso, o Supremo entende que todos os entes federados são responsáveis solidários na obrigação do direito à saúde, podendo o cidadão acionar qualquer um dos entes para integrar o polo passivo nas demandas (Tema 793 – RE 855.178³⁵)

No que se refere às ações de maior volume no poder judiciário relacionadas à saúde (as ações de medicamentos), o STF entende que se tratando de medicamentos sem registros na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), sem comprovação científica ou em fase experimental, não existe embasamento para o Estado fornecer ao cidadão.

Como exemplo desse entendimento, menciona-se o Tema 500 – RE 657.718³⁶.

³³ Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e 26.604, STF

³⁴ Súmula Vinculante nº 13 STF

³⁵ RE 855178 RG, Relator: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015

³⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília. DJ: 22/05/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144> Acesso em 04/05/2021.

Outro marco jurisprudencial histórico acerca do assunto é a já mencionada ADPF 45³⁷, primeira oportunidade em que o STF admitiu intervenção judicial em políticas públicas. Foi nesta ocasião que o Supremo instituiu os critérios para intervenção, quais sejam: quando a intervenção visar a concretização da saúde pública; quando a política pública já estiver prevista no texto da CF ou quando houver descumprimento total ou parcial pelas instâncias governamentais da política pública.

³⁷ Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45** Relator: Ministro Celso de Mello. Diário Oficial da União. Brasília, 04 de maio 2004

CAPÍTULO 2

2.1 Conceitos e informações importantes para a análise das decisões envolvendo a disponibilização de leitos de UTI durante a pandemia da COVID-19 em Santa Catarina

Se por um lado a Constituição Cidadã de 1988 inovou no que se refere à positivação da garantia universal e igualitária do direito à saúde enquanto direito social, por outro o legislador não levou em conta os aspectos econômico-financeiros, logísticos, de gestão e de pessoal necessários à efetivação deste direito fundamental.

Com o passar dos anos, o déficit de concretização do acesso à saúde por meio do sistema público se intensificou, seja em decorrência da precariedade da atenção primária, pela ausência de organização logística, pela distribuição de profissionais de saúde nas diversas regiões do país ou ainda pelo orçamento reduzido para os inúmeros anseios da população. Essas, segundo Clenio Schulze, são algumas das causas que levam a judicialização da saúde no Brasil³⁸.

O poder público diante desse cenário e frente às suas inúmeras obrigações para com a população, acaba sopesando, discricionariamente e de acordo com o caso concreto, pela proteção de determinado direitos ou garantia em detrimento de outros.

Essa ponderação ocorre, na visão de Novelino³⁹, de forma autêntica quando o exercício dos direitos fundamentais por parte de um titular colide com o de outro titular. Isso é o que acontece, por exemplo, no caso de judicialização para fornecimento de medicamentos por parte do Estado, em que um titular tem seu pedido negado administrativamente sob o fundamento de que a disponibilização de um medicamento mais oneroso colocaria em xeque o acesso a outros mais baratos, colocando os direitos fundamentais de outros titulares em risco.

³⁸ SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS PARÂMETROS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CRITÉRIOS PARA A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL**. 2019. 226 f. Tese (Doutorado) - Curso de Curso de Doutorado em Ciência Jurídica – Cdcj, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/256/TESE%20-%20CLENIO%20JAIR%20SCHULZE.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

³⁹ NOVELINO, op.cit., p. 336-337.

Em 2004, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, alguns fundamentos e parâmetros para atuação do Judiciário nos casos de omissão de prestação aos direitos sociais foram estabelecidos.

Mencionada decisão, na visão de Clenio Schulze, “peca pelo excesso, ao assentar que praticamente nada estaria afastado de alguma prestação estatal, causando uma superexpectativa no cidadão e uma sobrecarga ao próprio Estado”⁴⁰.

Essa superexpectativa aliada a facilidade, ao menos em tese, do ingresso no sistema judiciário garantida pela previsão do inciso XXXV do art. 5º da Constituição⁴¹ e pela possibilidade de concessão de assistência judiciária gratuita expressa na seção IV do Código de Processo Civil, fez com que os números de processos voltados à Judicialização da Saúde aumentassem ano após ano, conforme é possível constatar a partir do gráfico abaixo, elaborado com base nos estudos de Clenio Schulze:

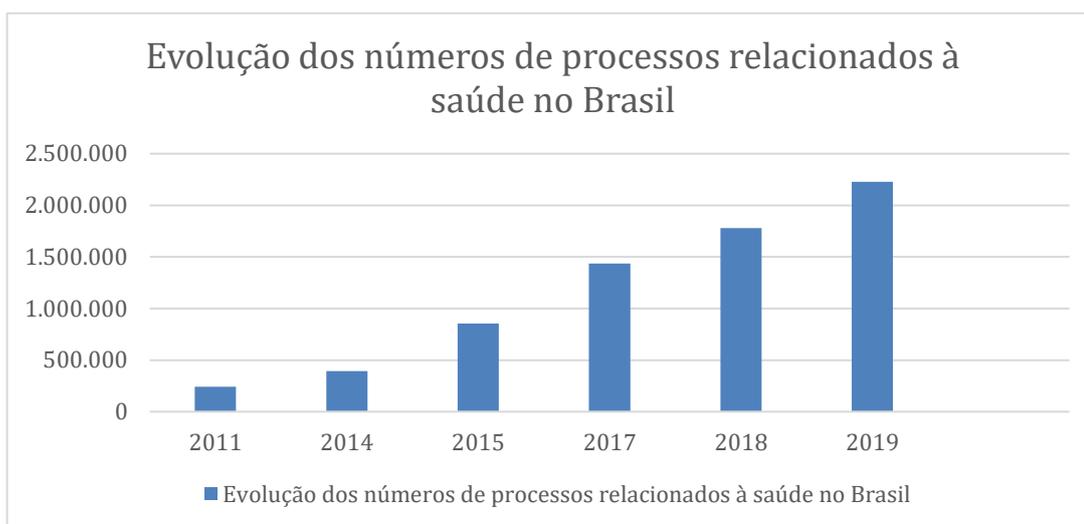


Gráfico 1 – elaborado com base nos estudos de Clênio Schulze⁴²

Em decorrência desse aumento exponencial das demandas as discussões em torno da judicialização da saúde têm se tornado cada vez mais comuns, assim como os critérios e teses utilizadas para deferimento ou não das pretensões perseguidas.

⁴⁰SCHULZE, Clenio Jair. op. cit. p. 40.

⁴¹ Inciso XXXV, art. 5º: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

⁴² SCHULZE, Clenio Jair. op. cit.

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial, conceito estabelecido pelo direito alemão, pode ser definido como um “conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”⁴³ É dizer, ter garantida a satisfação de seus direitos fundamentais primários;

Para ilustrar quais seriam essas prestações indispensáveis, vale-se do estabelecido pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 11⁴⁴:

Artigo 11, 1: Estados-membros do presente Pacto reconhecem o Direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim com ao uma melhoria contínua de suas condições de vida.

Ainda sobre as prestações indispensáveis, tem-se o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.⁴⁵

Pode-se extrair, portanto, a ideia que o mínimo existencial pressupõe ao menos: renda mínima, saúde, moradia e educação fundamental. Nessa toada, Sarlet e Figueiredo (2008) ensinam que não se trata apenas de uma mera garantia de

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2008, p.25.

⁴⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso em 12/04/2021.

⁴⁵ ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/cln.pdf. Acesso em 27 abr. 2021.

existência e sobrevivência física, não podendo o mínimo existencial se confundir com o mínimo de sobrevivência, já que este trata de garantia da vida, sem abranger as condições para sobrevivência física em condições dignas e com mínimo de qualidade. Exemplificando, os autores afirmam que não deixar alguém sucumbir à fome certamente seria o primeiro passo em termos da garantia do mínimo existencial, mas jamais pode ser considerado o suficiente.

Conforme mencionado anteriormente, o direito à saúde além de um direito fundamental é um direito social, e, por sê-lo necessita de atuação legislativa e do poder público para ter sua eficácia garantida. O mínimo existencial, no caso dos direitos sociais serve como salvaguarda para o caso de ocorrências de omissão legislativa, de modo que sempre exista um “mínimo” daquele direito a ser respeitado, não se permitindo, por exemplo, sua restrição demasiada ou sua exclusão.

2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL

Na década de 70, também a doutrina Alemã sistematizou a reserva do possível, sendo essa uma limitação à efetivação dos direitos fundamentais. Tal conceito fixou a ideia de que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais, por exigirem prestações financeiras positivas do Estado, estaria resguardada na sua capacidade financeira ⁴⁶.

É dizer, o pleito deve corresponder ao que pode ser exigível pelo indivíduo frente à sociedade, de modo que ainda que o Estado tenha condições e recursos para a satisfação da demanda, não se pode falar em obrigação irrestrita de prestação se isso significar em extrapolo da razoabilidade

A teoria da reserva do possível, dessa forma, se relaciona com a disponibilidade econômica do Estado para garantia coletiva dos direitos fundamentais para os autores. Em razão disso, acaba sendo tratada também como “reserva do financeiramente possível” dada a escassez de recursos. Aqui, novamente, trata-se de

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit. p. 13

recursos em sentido amplo, não se restringindo, mas também englobando, os recursos financeiros.

Conforme Barcellos “A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”⁴⁷

Sobre a reserva do possível e a limitação dos recursos públicos para garantia do direito à saúde, propõem Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo a existência de dois aspectos de destaque da reserva do possível: um de cunho fático e um de cunho jurídico:

(...) O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, a disponibilização e a alocação dos recursos públicos, não apenas num sentido financeiro orçamentário, mas dos próprios recursos de saúde. Não se trata, portanto, apenas das restrições orçamentárias, mas do questionamento acerca da limitação dos recursos sanitários – pois restritas a existência e a disponibilidade, v.g., de profissionais especializados, de leitos em Centros e Unidades de Tratamento Intensivo (CTI's/UTI's), de aparelhagem para tratamentos e exames – bem como, no limite, da efetiva ausência de reservas financeiras.

Já o aspecto jurídico diz respeito à capacidade (ou ao poder) de disposição sobre tais recursos e perpassa a interpretação das normas constitucionais de repartição de competências, pressupondo a ponderação entre vários princípios constitucionais de igual hierarquia axiológica. De modo sucinto, confrontam-se os argumentos da inviabilidade de se proceder ao controle judicial das políticas públicas, em especial no que concerne à decisão sobre a alocação dos recursos públicos (com especial destaque para o princípio constitucional da separação dos Poderes, previsto no art. 2º), e a garantia fundamental de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), que impede o magistrado de responder com o *non liquet* e, pelo menos no que tange à garantia do mínimo existencial, vem reiteradamente respaldando decisões judiciais de garantia de tutela originária do direito à saúde. No que tange ao princípio federativo (arts. 1º e 18), a reserva do possível relaciona-se essencialmente às noções de descentralização, regionalização e hierarquização das ações e dos serviços de saúde (art. 198), que se densificam pela distribuição constitucional de competências legislativas e executivas (arts. 22 e segs.) e enfatizam, a final, a preferência por soluções consentâneas com os princípios da subsidiariedade, da eficiência e da proporcionalidade, diante das

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.276.

características do caso concreto e tendo por objetivo, a final, atribuir a responsabilidade ao ente que detenha as condições de melhor realizar o direito à saúde. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008)

O principal aspecto sob o qual os próximos capítulos se debruçarão para analisar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em processos envolvendo a disponibilização de leitos de UTI durante a pandemia da COVID-19, será o aspecto fático da reserva do possível.

Quanto a relação entre o direito à saúde, o mínimo existencial e a reserva do possível, insta revisitar a ADPF-MC nº 45⁴⁸ que asseverou que a efetivação do direito à saúde está intimamente ligada à garantia da proteção do mínimo existencial, devendo-se, no entanto, interpretar “com reservas” a alegação do Estado de violação da reserva do possível.

Assim sendo, não pode o Estado simplesmente se valer da reserva do possível para afastar seus deveres no sentido de oferecer à população o mínimo existencial. A discussão e a análise devem ocorrer caso a caso, com a demonstração, por exemplo, da real necessidade da prestação.

Portanto, “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal”⁴⁹

É preciso entender, conforme Araújo (2016)⁵⁰ que o princípio da reserva do possível deve ter uma melhor leitura no direito brasileiro. Referida análise deve levar em conta o princípio da razoabilidade nas decisões judiciais.

Em contrapartida, o judiciário ao analisar as demandas relacionadas à garantia da saúde não pode ficar indiferente e não considerar a real viabilidade material de sua

⁴⁸ Op. Cit. Publicada no Diário de Justiça em 04/05/2004.

⁴⁹ VIOLA, Luís Armando. O Direito Prestacional à Saúde e sua Proteção Constitucional. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/LuisArmando.pdf>. Acesso em 03/05/2021.

⁵⁰ ARAUJO, Higor Alexandre Alves de. op. cit.p. 137.

decisão. Isso porque é preciso verificar até que ponto sua ordem será cumprida sem colocar em risco a coletividade.

2.4. A RAZOABILIDADE APLICADA ÀS DECISÕES ENVOLVENDO SAÚDE PÚBLICA

O texto Constitucional é constantemente interpretado pelo seu grande intérprete, o Supremo Tribunal Federal (STF) com base nos critérios clássicos interpretativos da norma, isso porque não se pode exigir do legislador constitucional originário a previsão expressa de todos os cenários os quais a sociedade seria submetida.

Não incomum é a utilização complementar de critérios contemporâneos de interpretação, como o da unidade, da razoabilidade, proporcionalidade e efetividade, por exemplo.

De mesma forma, é possível limitar o raio de abrangência dos direitos em caso de coalisão entre direitos fundamentais. Analisaremos a partir de agora o critério da razoabilidade.

A razoabilidade na ótica da vedação de excessos é capaz de evitar abusos que possam a vir ocorrer sob fundamento do direito à saúde. É dizer, por exemplo, se um tratamento médico pode ser feito no Brasil, com baixo custo, não seria razoável determinar sua realização em condições que acarretariam maior onerosidade, como é o caso de tratamentos feitos no exterior. Irrazoável seria também uma decisão judicial que obrigasse o Poder Público a fornecer medicamentos e ou tratamentos ineficazes a um cidadão. As decisões precisam ser adequadas e pertinentes para atingir os fins desejados.

2.5 A (DES)IGUALDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV consagrou o acesso à justiça como um direito de todos os cidadãos. No entanto, assim como ocorre

com o Direito à saúde, a positivação deste direito não significou na sua plena eficácia desde então.

Isso porque, embora o acesso à justiça seja garantido no texto constitucional muitos cidadãos sequer tem conhecimento da existência deste direito. O cientista político José Murilo de Carvalho ⁵¹ aponta que a cidadania brasileira percorre caminhos de avanços e retrocessos, sendo que os direitos sociais atingem plenitude apenas a uma parcela reduzida da população, aquela, segundo o autor, que detém elevado capital financeiro e escolar, ficando a maioria da população aquém do acesso e da vivência destes direitos.

Os mecanismos facilitadores do acesso à justiça, como a instituição das defensorias públicas e da gratuidade de justiça, por exemplo, não se mostram suficientes para a chegada até as parcelas mais pobres da população, que desconhece a existência de tais direitos. Tereza Sadek⁵² faz importante comentário acerca do assunto:

Pesquisas comparativas internacionais mostram que sociedades marcadas por elevados índices de desigualdade econômica e social apresentam alta probabilidade de que amplas camadas de sua população sejam caracterizadas pelo desconhecimento de direitos. Essa característica compromete a universalização do acesso à justiça, afastando da porta de entrada todos aqueles que sequer possuem informações sobre direitos. (p. 58).

Um exemplo disso, conforme Sadek ⁵³, são dados da Secretaria do Estado da Saúde de São Paulo que apontam que mais de 60% das ações judiciais contra o SUS para a requisição de remédios são realizadas por pessoas que possuem convênios médicos particulares ou que frequentam clínicas privadas.

José Murilo de Carvalho (2005) ao tratar do acesso à justiça esclarece:

⁵¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*. 7a ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011.

⁵² SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça**: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55- 66, mar./abr./maio, 2014.

⁵³ Idem

“[...] a justiça entre nós, no sentido de garantia de direitos, existe apenas para a pequena minoria de doutores. Ela é inacessível à multidão dos crentes e macumbeiros, isto é, à grande maioria dos brasileiros. Para eles, existe o Código Penal, não o Código Civil, assim como para os doutores existe apenas o Código Civil”.

Um possível diagnóstico para esse quadro, segundo Carvalho, teria origem histórica no Brasil, já que os direitos sociais foram garantidos à população antes dos direitos civis. Isso, para o autor, gerou uma “falha cultural” que dificultou a assimilação dos valores da igualdade pela população, que tem uma convicção de que a lei e a justiça seriam garantidas apenas aos ricos, poderosos e governantes.

Uma das consequências desse panorama é a divisão da sociedade em dois grupos: de um lado os que recorrem ao judiciário, que conhecem quais são os seus direitos e como garanti-los, e de outro os que sequer conhecem, não reclamam seus direitos ou não sabem como fazê-lo⁵⁴. Essa separação contribui para acentuar as distâncias entre os indivíduos. De modo que o elevado número de ações propostas nos últimos anos demonstrada no gráfico 1 não se traduz numa difundida busca por direitos pela população, mas sim uma difundida busca destes direitos por cidadãos já privilegiados e que detém o capital intelectual, social e econômico no país.

É dizer:

Não pode o Judiciário decidir como numa prova rasa de corrida, concedendo direito apenas àquele(s) que chegar(em) primeiro. Deve analisar se aquilo que está sendo concedido realmente é possível de ser concedido a todos aqueles que chegarem ao Judiciário com a mesma pretensão e que estejam em situação semelhante. As decisões judiciais, no que aqui se enfoca, não podem ser casuísticas (microjustiça), não sendo racional uma decisão que venha a conceder privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da maioria (PEDRA, 2013, p. 98).

Observa-se que uma parcela significativa da população, por não ter condições ou por desconhecer seus direitos acaba sendo “desprivilegiada”. Portanto, a intervenção do judiciário não garante a universalidade do acesso aos direitos, porque

⁵⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55- 66, mar./abr./maio, 2014.

sequer atinge toda a população, já que suas decisões acabam beneficiando apenas parte da sociedade.

2.6. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS DECISÕES ENVOLVENDO SAÚDE PÚBLICA

O Liberalismo quando aplicado à configuração do Estado de Direito e às relações sociais traduziu um fator de intensificação das desigualdades. Isso porque, na falta de atuação do Estado para suprir necessidades de seus cidadãos hipossuficientes, o desenvolvimento era obstado pelos que se bastavam em si próprios (FREITAS e VECCHIA, 2010).

As ideias liberalizantes no Brasil estiveram presentes desde a caracterização formal das instituições nos períodos considerados por Bonavides (2009)⁵⁵ como primeira e segunda fases do constitucionalismo, regulados pelas Constituições de 1824 e 1891 respectivamente.

Neste período prevalecia a ideia de igualdade formal materializada na garantia do mesmo ponto de partida para todos, igualdade de oportunidades ou de chances⁵⁶ como base para o desenvolvimento econômico, social e político do indivíduo.

No mesmo sentido, destaca-se a lição de Pimenta Bueno sobre igualdade formal de que a: “lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”⁵⁷.

Nessa visão, o princípio da igualdade “não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”⁵⁸.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 361 e ss.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. P. 30.

⁵⁷ Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 18.

⁵⁸ RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.38.

O problema desta concepção de igualdade é o fato de que a lei “ao conceder os mesmos direitos de forma genérica a todos os indivíduos, terminava por ignorar suas prerrogativas ou desvantagens, naturais ou social, de materialização de direitos (BOBBIO,1997, p. 23), de modo que, a *contrario sensu*, pois, a igualdade formal revelou-se fonte de acentuadas desigualdades” (FREITAS e VECCHIA, 2010).

Essa concepção, segundo Celso Ribeiro Bastos (1999), seria a igualdade em acepção ideal, humanista, no entanto, jamais alcançada e incompatível com a atual concepção de Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, hoje não se pode falar em igualdade formal. É necessário utilizar-se de uma conceituação de igualdade capaz de efetivamente produzir efeitos práticos na sociedade. Essa ideia se insere no constitucionalismo brasileiro no período denominado por Bonavides (2009) como Constitucionalismo do Estado Social.

A igualdade contemporânea e que será utilizada como referencial neste trabalho é a igualdade material, que consiste em se obter tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na justa medida que eles se desigualem⁵⁹.

A igualdade no Brasil tem status de direito fundamental, enquanto isonomia, na medida que é tida como um “signo fundamental da democracia”⁶⁰. Carmem Lúcia Antunes Rocha considera a isonomia “mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”⁶¹.

Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu trabalho intitulado “O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”⁶² esclarece as hipóteses que a lei pode estabelecer discriminações, e em que situações o *discrímen* legal colide com a isonomia. Para o Autor, seriam admissíveis as discriminações quando houver

⁵⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit.

⁶⁰ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.210.

⁶¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 118.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 41.

correlação entre o fator de discriminação e a desequiparação. Ele institui quatro elementos necessários para a manutenção da isonomia na desequiparação:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situação ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa- ao lume do texto constitucional- para o bem do público.

No mesmo sentido, Wilson Steinmetz remonta a duas regras específicas para a igualdade material instituídas inicialmente por Robert Alexy, de modo que segundo o autor seria necessária a existência de uma razão razoável tanto para o tratamento igual, quanto para o desigual:

- i)“Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”; e
- ii)“Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”.⁶³

Bandeira de Mello estabeleceu ainda algumas premissas para orientação no tratamento do princípio constitucional sem quebra da isonomia⁶⁴; quais sejam:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

⁶³ STEINMETZ, Wilson. A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 236-237.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op cit p. 21.

Para que haja isonomia, segundo o autor, é necessária a união dos três aspectos cumulativamente. Bem como, para que haja descumprimento do princípio se faz necessário o descumprimento de um dos aspectos acima mencionados.⁶⁵

Conclui o mesmo autor, que há ofensa da isonomia quando:

I – A norma jurídica singularizar, atual e definitivamente, um destinatário determinado, ao invés de prestigiar uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada;

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” — que não descansa no objeto — como critério diferencial

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.⁶⁶

A interferência do judiciário nos casos envolvendo saúde pública, pode, dessa forma, incorrer em desrespeito ao princípio da igualdade na medida em que numa tentativa de desequiparar relações para equiparar direitos torna desiguais cidadãos em mesmas condições. Isso é o que ocorre, por exemplo, nos casos de fila de transplante de órgãos. Onde aqueles que estão na fila acabam preteridos em relação aos que recorrem ao judiciário e obtém decisões judiciais.

2.7 EXCEPCIONALIDADE DO PERÍODO – A PANDEMIA DA COVID-19

Desde o ano de 2019 o mundo todo tem se preocupado com a pandemia provocada pela disseminação do vírus SARS-CoC-2, vírus de extremo e rápido contágio, causador da doença Covid-19 e que já matou cerca de 3 milhões de pessoas

⁶⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op cit p. 22.

⁶⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 47-48.

no mundo todo, sendo aproximadamente 368 mil mortes só no Brasil, o que confere ao país o triste *status* de segundo país com mais mortes no mundo⁶⁷.

Além de letal, o vírus causador da Covid-19 atinge o sistema respiratório dos doentes, sendo que grande parte das mortes ocorrem, ao que se sabe, devido a uma falência respiratória progressiva causada por danos pulmonares.

Por atingir diretamente o sistema respiratório, grande parte dos pacientes graves da doença precisam de tratamentos que envolvem utilização de respiradores mecânicos e/ou permanência em Unidades de Terapia Intensiva (UTI's). Isso porque a inflamação causada pelo vírus Sars-CoV-2 faz com que o pulmão dos acometidos pela doença seja fragilizado e não mais consiga transferir de forma eficaz o oxigênio que a pessoa respira para dentro do sangue e das células⁶⁸.

Estima-se que 80% dos pacientes infectados com a doença se recuperam sem necessidade de internação hospitalar e desenvolvem sintomas leves ou moderados. No entanto, aproximadamente 15% podem evoluir para casos graves que requerem suporte de oxigênio e 5% podem apresentar forma crítica da doença com complicações como a falência respiratória⁶⁹.

De acordo com o relatório elaborado pelo projeto “UTIs brasileiras”, idealizado pela Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB) em parceria com a empresa Epimed⁷⁰, o tempo médio em que um paciente passa intubado por conta da COVID-19 é de 12,7 dias. O estudo leva em consideração dados entre 01/03/2020 e 28/04/2021.

⁶⁷Dados atualizados em 17/04/2021 por meio do site G1- globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/04/17/mundo-chega-a-3-milhoes-de-mortes-por-covid-com-piora-da-pandemia-na-america-do-sul.ghtml>

⁶⁸ Informações disponíveis em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/15/entenda-por-que-o-oxigenio-e-tao-importante-para-pacientes-com-covid-e-o-que-acontece-quando-ele-falta.ghtml> Acesso em 05-05-2021.

⁶⁹ Guia de vigilância epidemiológica. Emergência de saúde pública de importância nacional pela doença pelo coronavírus 2019. Atualizado em 27/04/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/guia-de-vigilancia-epidemiologica-covid-19/view>

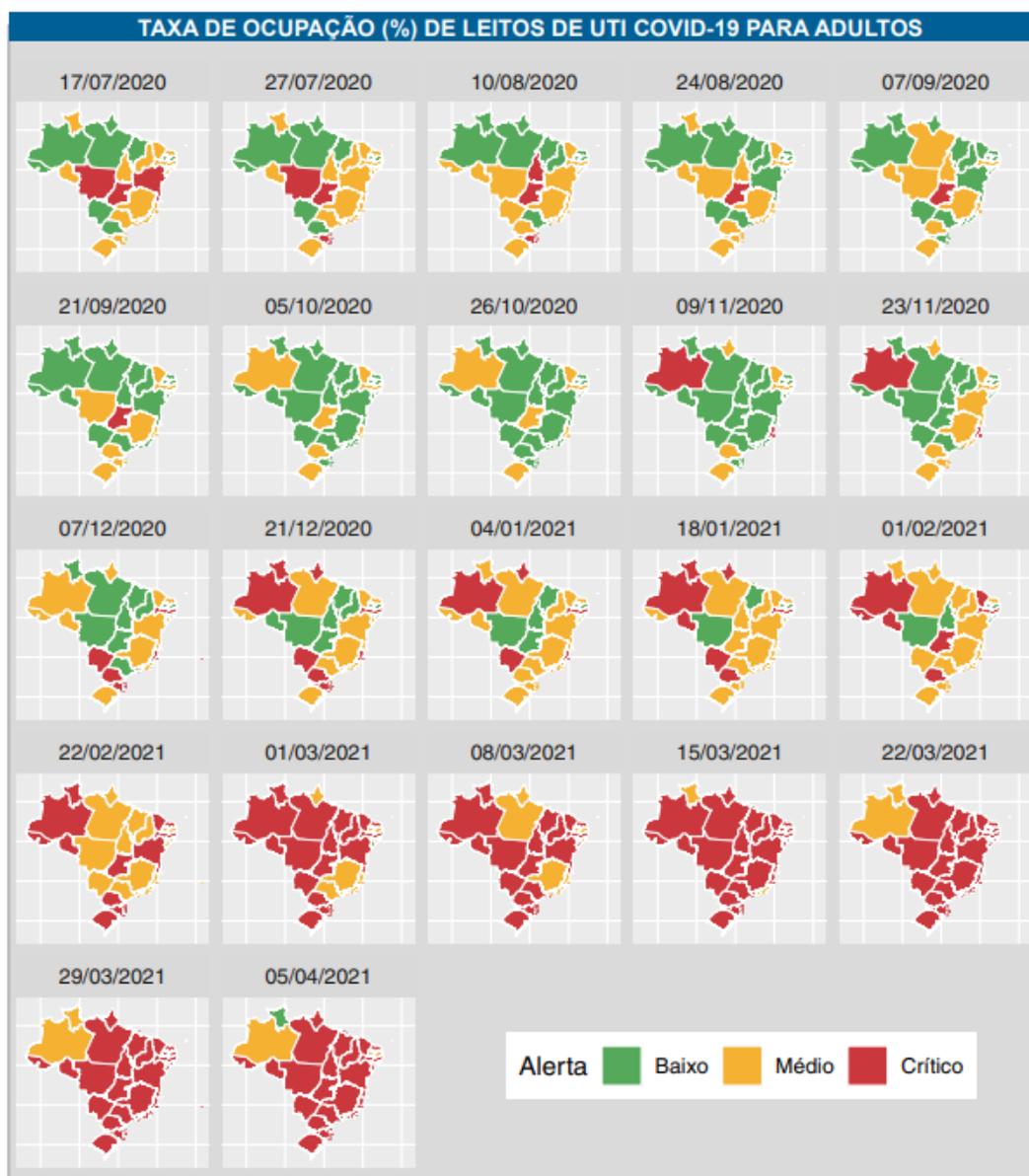
⁷⁰ Disponível em: <http://www.utisbrasileiras.com.br/sari-covid-19/benchmarking-covid-19/> acesso em 03-05-2021.

O mesmo estudo mostra os elevados índices de mortes em caso de utilização de leitos de terapia intensiva e estima que 2 em cada 3 pacientes intubados morreram em UTIs no Brasil.

Referido quadro envolvendo a grande infecção de pacientes, o elevado tempo de internação e de mortes nos leitos de terapia intensiva se mostra ainda mais preocupante quando quase todos os estados brasileiros vêm sofrendo há meses com o colapso do sistema de saúde e falta ou baixíssimo índice de desocupação de leitos de UTI.

O observatório Covid-19 da Fiocruz quinzenalmente divulgou⁷¹, desde julho de 2020 informações acerca da ocupação de leitos de UTI Covid-19 para adultos no país:

⁷¹ Relatório elaborado pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) Disponível em https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-abril-06-red_2.pdf Acesso em 06-05-2021



O que se pode extrair do referido boletim é que o Estado de Santa Catarina viveu dois períodos (até abril de 2021) de alerta médio ou crítico de ocupação dos leitos de UTI, entre 17/07 e 24/08 de 2020 e entre 23/11/2020 e 05/04 de 2021.

De igual forma, em 05/05/2021 a taxa de ocupação de leitos SUS permanece em 93,16% segundo painel elaborado e atualizado diariamente pelo Governo de Santa Catarina⁷².

⁷² O painel de leitos de UTI SUS alimentado pelo Governo do Estado de SC pode ser acessado em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTgwN2I4NTEtM2RhYi00OTYzLWJiMmYtOTRmNjBmZmM4Y2NjliwidCI6ImExN2QwM2ZjLTRiYWVtNGI2OC1iZDY4LWUzOTYzYTJiYzRiNiJ9> Dados consultados em 05/05/2021.

Veículos de comunicação estimam que cerca de 300 pessoas morreram no Estado na fila aguardando por leitos de terapia intensiva somente nos meses de janeiro à março de 2021⁷³.

Este é o cenário excepcional e caótico que o Estado de Santa Catarina vive dia após dia desde o início da pandemia. Ressalva-se que este cenário também pôde ser percebido em outros estados da federação⁷⁴, bem como em diversos países⁷⁵, não sendo Santa Catarina um caso isolado.

⁷³ <https://www.correiosc.com.br/316-pessoas-morreram-na-fila-por-leitos-de-uti-em-santa-catarina/>

⁷⁴ <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/17/16-estados-estao-em-colapso-no-sistema-de-saude-tres-nao-tem-mais-vagas>

⁷⁵ Como a Itália: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51968491>, Portugal: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/01/30/portugal-esta-perto-de-ficar-sem-leitos-de-uti-para-pacientes-com-covid.ghtml> Estados Unidos: <https://forbes.com.br/forbessaude/2020/11/estados-unidos-ja-registram-falta-de-leitos-de-uti-em-grandes-cidades/>

CAPÍTULO 3

3.1 DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA VISANDO A OBTENÇÃO DE LEITOS DE UTI DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

No contexto excepcional pandêmico que o país e o mundo todo vêm enfrentando, diversos estados da federação tiveram registros de demandas judiciais envolvendo saúde e a COVID-19.

Numa tentativa de frear o avanço das judicializações envolvendo saúde e a pandemia, o CNJ aprovou em 12 de maio de 2020 a nota técnica nº 24⁷⁶ com algumas diretrizes sugestivas de gestão, bem como um alerta sobre a necessidade da criação de um plano de ação para ocupação dos leitos de UTI e de uma centralização na gestão destes leitos.

Isso porque, antes da pandemia apenas alguns hospitais particulares previam a disponibilização de seus leitos para usuários do Sistema Único de Saúde, de modo que a contabilização de leitos de UTI se dava entre leitos públicos e leitos privados. Ocorre que o panorama se alterou devido a excepcionalidade do momento e a ausência de precedentes e a necessidade de leitos passou a ser um problema de saúde pública da coletividade, não mais limitado ao poder aquisitivo, por exemplo.

A crescente e contínua onda de contaminação pela COVID-19, o tratamento tardio, a rápida progressão da doença e mutabilidade do vírus e a falta de gestão das autoridades públicas são alguns dos fatores que resultaram na lotação das UTIs pelo país segundo especialistas ⁷⁷.

Em Santa Catarina, região objeto do presente estudo, a fila de pacientes aguardando por leitos de UTI chegou a 456 pessoas no maior pico do colapso, que ocorreu por volta do dia 18 de março⁷⁸ de 2021.

⁷⁶ Íntegra da nota disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3315>

⁷⁷ Informações colhidas pelo setor de jornalismo do G1, disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/03/10/sul-em-colapso-por-que-a-covid-lotou-hospitais-no-rs-sc-e-pr-e-o-que-dizem-autoridades-e-especialistas.ghtml>

⁷⁸ <https://www.nsctotal.com.br/noticias/fila-de-espera-por-utis-em-sc-cresce-63-em-duas-semanas>

3.2 COMENTÁRIOS GERAIS ACERCA DAS DECISÕES ENVOLVENDO DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITOS DE UTI-COVID NO ESTADO DE SANTA CATARINA

A partir deste momento, passa-se a analisar duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferidas em março de 2021, relativas à disponibilização por parte do Estado de leitos de UTI para pacientes graves acometidos com a COVID-19.

As decisões objeto de análise do presente estudo foram proferidas nos autos do Agravo de Instrumento nº 5008697-47.2021.8.24.0000 e Agravo de Instrumento nº 5011585-86.2021.8.24.0000, ambas perante a 4ª Câmara de Direito Público.

A primeira decisão foi proferida pelo Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo em 02 de março de 2021 e a segunda pelo Desembargador Odson Cardoso Filho em 19 de março de 2021.

Em ambos os casos houve indeferimento dos pedidos de antecipação de tutela recursal para disponibilização de leito de UTI COVID-19 para os Agravantes. Os motivos para indeferimento serão analisados nas próximas seções.

Cumprе evidenciar que na ocasião do proferimento das decisões o Estado de Santa Catarina atravessava o nível crítico de ocupação de leitos de UTI e nível gravíssimo de contaminação pela doença conforme evidenciado anteriormente.

O boletim epidemiológico divulgado diariamente pelo Governo do Estado de Santa Catarina com o objetivo de dar transparência às ações envolvendo a pandemia datado de 02 de março⁷⁹ (data da primeira decisão) sinalizava que a taxa de ocupação total dos leitos de UTI no Estado era de 94,4%, sendo o tempo médio de permanência dos pacientes de 13,9 dias e a fila de espera para transferência para leitos de terapia intensiva somava mais de 200 pessoas, segundo dados repassados à imprensa pela Secretaria do Estado da Saúde do Estado⁸⁰.

⁷⁹ Boletim do dia 02/03/2021 disponível em: <http://www.coronavirus.sc.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/boletim-epidemiologico-02-03-2021.pdf> Acesso em 06/05/2021.

⁸⁰ <https://ndmais.com.br/saude/sc-tem-261-pessoas-aguardando-leitos-muitos-morrerão-na-fila-diz-mp/>

No boletim divulgado em 19 de março⁸¹ (data da segunda decisão) o cenário não era diferente, era inclusive mais grave. A taxa de ocupação era de 98,4%, o tempo médio de permanência havia aumentado para 14,2 dias e a fila de espera por leitos de terapia intensiva tinha 414 pessoas.

Passa-se, neste momento a expor as decisões proferidas pelos desembargadores, bem como a analisar os argumentos trazidos em comparação ao referencial teórico elaborado nos dois primeiros capítulos.

3.3. DECISÃO 01 – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5008697-47.2021.8.24.0000

A primeira decisão foi proferida nos Autos do AI acima mencionado interposto contra decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido do Agravante para disponibilização de leito de UTI requerido por meio do mandado de segurança impetrado no Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Joinville/SC.

Para amparar o pedido a Agravante evocou o direito fundamental à saúde enquanto princípio para uma vida digna por meio dos artigos 196 e 6º da Constituição Federal. Narrou seu estado clínico e indicou que a negativa ao fornecimento de leito violaria a liquidez do direito à saúde, sendo, portanto, passível de impetração de Mandado de Segurança.

Ainda, anexou precedentes judiciais de outros estados da federação envolvendo situações de disponibilidade de leito de UTI por meio do poder público independente de o leito ser particular ou público.

Em sua decisão, o Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo acabou por indeferir o pedido sustentando que a interferência do Poder Judiciário no caso poderia atingir outras pessoas que estivessem na mesma situação ou pior que o Agravante. Evidenciou ainda a ausência de razão concreta e individual que refletiria em maior seriedade e urgência do caso em questão em comparação com todas as

⁸¹ Boletim do dia 19/03/2021 disponível em: <http://www.coronavirus.sc.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/boletim-epidemiologico-19-03-2021.pdf> Acesso em 06/05/2021

peças que esperavam à época por leitos. Realizou ponderações sobre direitos individuais e coletivos diante do momento excepcional da pandemia.

Rememorou o colapso, já evidenciado nas seções anteriores, ao qual o sistema de saúde do Estado e dos Estados vizinhos estava inserido, com filas de espera para internação de pacientes com quadro grave da doença e a ausência de leitos particulares ou públicos disponíveis.

Argumentou que a invocação dos direitos fundamentais à vida e à saúde no cenário delineado não seria suficiente para o alcance da pretensão almejada e que não seria aceitável que o caso em questão se diferenciasse dos demais em mesma situação apenas porque amparado por decisão judicial.

Para amparar sua decisão, o desembargador mencionou precedente do Tribunal Regional da 5ª Região, conforme excerto abaixo:

(...) 2. As normas que regem o SUS - Sistema Único de Saúde estabelecem regras para que os pacientes sejam submetidos à triagem e avaliação de equipe médica responsável que define os casos que têm precedência para transferência à UTI. 3. Não cabe ao Poder Judiciário, via de regra, imiscuir-se nas atribuições médicas quanto ao gerenciamento daqueles pacientes que necessitam, obedecida a ordem de espera, internamento em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI). 4. Somente em situações restritíssimas, em que se verifique quebra injustificável da ordem estabelecida na fila de espera ou mesmo manifesta urgência hábil a autorizar de pronto a transferência do paciente para leito de UTI, é que se poderia exigir do estado uma prestação jurisdicional imediata. 5. Na espécie, nada obstante reconheça a gravidade do estado de saúde do recorrente, não há justificativa hábil a garantir de pronto sua transferência para leito de UTI, pois, consoante se verifica do laudo de solicitação de internação acostado aos autos, a remoção do paciente ainda não foi providenciada porque está-se aguardando a disponibilidade de leito. 6. O resguardo da pretensão recursal configuraria indevida intromissão do Judiciário em mister que compete à equipe médica respectiva, bem como indevido desrespeito à isonomia, porquanto infringiria o direito daqueles que estão em situação semelhante, aguardando na fila de espera, ou até mesmo em situação mais grave do que a agravante que agora requesta a tutela jurisdicional do Estado. 7. A carência notória de leito de UTI para atender à crescente demanda de pessoas contaminadas com o vírus da COVID19 não apenas no Estado do Ceará como no mundo, afigurando-se materialmente impossível garantir-se a disponibilização, para todos, de uma vaga em unidade de terapia intensiva. 8. Precedentes desta

egrégia Corte (TRF-5ªR, PJe (AGTR) nº. 0801790-60.2019.4.05.8401, Rel. Des. Fed. Carlos Vinícius Calheiros Nobre (Convocado), 4ª Turma, j. 14.02.2020 e PJe (AGTR) nº. 0810964-47.2017.4.05.0000, Rel. Des. Fed. Edílson Nobre, 4ª Turma, j. 11.07.2018). 9. Agravo de instrumento improvido. rpms (AI 08059273420204050000, Des. Frederico Wildson da Silva Dantas (Convocado), 4ª TURMA, JULGAMENTO: 06/10/2020).

A íntegra da decisão pode ser consultada no Anexo A deste trabalho.

3.4. DECISÃO 02 – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5011585-86.2021.8.24.0000

A segunda decisão foi proferida nos Autos do AI acima mencionado, interposto contra decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido da Agravante para sua transferência para leito de UTI requerido por meio de Ação de Obrigação de Fazer proposta na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Florianópolis/SC.

Para amparar o pedido a Agravante evocou o direito fundamental à saúde enquanto princípio para uma vida digna. Narrou seu estado clínico e indicou que a negativa ao fornecimento de leito violaria seu direito à saúde e em última instância o direito à vida e a sobrevivência, podendo resultar em sua morte.

Em sua decisão, o Desembargador Odson Cardoso Filho também indeferiu o pedido da Agravante após realizar contextualização do cenário pandêmico e de calamidade pública instaurado no mundo todo, com destaque ao expresse reconhecimento no Estado de Santa Catarina (Decreto nº 562 de 17 de abril de 2020). Continua exarando o agravamento do cenário dado o contágio simultâneo de pessoas que, repercutem, segundo ele, em larga escala nos sistemas público e privado de saúde.

Assevera a insuficiência do sistema de saúde para atender a volumosa procura por atendimento, acompanhamento, internamento e leitos médicos e o quadro desequilibrado dadas as limitações do seguimento.

Invoca em sua exposição a escassez dos recursos diante das inúmeras necessidades coletivas na área essencial. Ademais, ressalta que embora tenha a Agravante demonstrado necessidade por laudo médico de transferência para UTI em momento algum informou a justificativa concreta que faria com que sua situação

individual se sobrepusesse a aquela vivida por todos os outros pacientes que aguardavam normalmente na fila.

Salientou ainda que não caberia ao Poder Judiciário efetuar a avaliação, no contexto da pandemia, em razão da potencialidade de desorganização das articulações dos serviços de saúde.

Por fim, fez importante colocação no sentido de que “o direito à vida e à saúde é indissociável do princípio da isonomia, que não permite tratamento desigual a aqueles que se encontram em semelhante situação.”

A íntegra da decisão pode ser consultada no Anexo B deste trabalho.

3.5. ANÁLISE DAS DECISÕES ACERCA DA DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITOS DE UTI

A partir de agora passa-se, com base no arcabouço formado no decorrer do trabalho, a analisar diretamente os argumentos evidenciados pelos desembargadores para a tomada de decisão nos dois casos expostos, extraídos de processos em curso no Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC.

O primeiro ponto necessário a ser analisado diz respeito à reserva do possível, que mesmo de maneira tímida e implícita aparece enquanto argumentação nas duas ocasiões. Referido princípio não pode, conforme já exposto, ser utilizado de maneira irrestrita sob nenhuma ótica. A reflexão que precisa ser feita é: O pleito poderia ser exigível do Poder Público pelos cidadãos nas condições as quais estavam inseridos, bem como frente à coletividade? Entende-se que não.

Isso porque a razoabilidade é um dos limites que deve - e foi – utilizado como termômetro, e se necessário freio para que excessos não sejam cometidos pelo Poder Judiciário sob fundamento de garantia de direitos não isonômicos a cidadãos.

Verificando a situação sob o aspecto fático da reserva do possível, proposto por Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (já mencionado no capítulo 2), salienta-se que não existiam recursos, ou seja, leitos de UTI disponíveis para alocação dos Agravantes, de modo que não deveria ser exigível a criação de novos leitos ou

disponibilização de um leito de outro paciente para que o direito daqueles fosse cumprido. E mais, mesmo que houvesse disponibilidade de alguns leitos, como argumentado por um dos Agravantes havia uma fila de centenas de pessoas que também esperavam por uma vaga.

A segunda reflexão a ser feita vai de encontro a esse aspecto: existiam leitos disponíveis para todos os cidadãos que estavam na mesma situação e acessassem o judiciário naquele momento? Ao que tudo indica não.

Portanto, mais uma vez, não seria razoável determinar que o sistema de saúde, mesmo sem ter leitos disponíveis fosse obrigado a disponibilizar um leito para determinado paciente apenas porque ele teve acesso ao judiciário e obteve uma decisão judicial.

A análise não é somente financeira, deve ser fática. Não haveria viabilidade alguma, ao menos naquele momento, de cumprimento da decisão sem colocar em risco a vida de outro cidadão.

Nesse sentido:

Os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o poder público entendeu ser mais importante”(WANG, 2006, p.04).

Dessa maneira, verifica-se que as decisões em ambos os casos se alinham com a razoabilidade e a reserva do possível.

De igual forma, analisando o contexto brasileiro em que as oportunidades e o acesso ao judiciário não são igualitários a todos os cidadãos, sendo que a plenitude dos direitos apenas atinge uma parcela da população, quase sempre financeira e intelectualmente mais abastada, conforme lição de José Murilo de Carvalho, não há como falar que o deferimento da medida seria justo com os demais.

Os mecanismos facilitadores de acesso ao poder judiciário por si só não são suficientes para garantir que todos tenham acesso igualitário à justiça. Se assim fosse,

todas as centenas de pessoas que estavam na fila esperando leitos de UTI ao menos teriam tentado chegar ao judiciário para fazer valer o direito à vida.

Acerca do acesso à justiça frente as individualidades para garantir os direitos sociais, colaciona-se ponderação elaborado pela Professora Liana Cirne Lins em seu artigo intitulado “Da titularidade à co-titularidade dos direitos fundamentais: pressuposto à adequação procedimental da sua tutela”, valendo-se, ainda dos ensinamentos de José Reinaldo de Lima Lopes:

“Logo, o impacto de uma decisão de cunho individual – e, volte-se a dizer, não se está negando esta possibilidade, mas chamando atenção para sua insuficiência – diante da prestação de serviços públicos de cunho social, num contexto em que os que mais necessitam destes serviços estão à margem do acesso à justiça, pode agravar um quadro que já é ruim. É de ser dividida a preocupação de José Reinaldo de Lima Lopes:

Não existindo escolas, hospitais e serviços capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social (2002, p. 131 – grifou-se).” (LINS, 2013).

A igualdade, nesse sentido, não pode ser vista de forma absoluta nem pelos cidadãos, nem pelo judiciário, afinal, esta seria uma igualdade incompatível com a atual noção de Estado democrático de Direito (BASTOS, 1999).

Assim sendo, inexistindo uma razão suficiente para ordenar tratamento desigual ao cidadão que não acionou ao judiciário, mesmo ambos estando nas mesmas condições (lista de espera por leitos de UTI-COVID) não há motivo para tratamento desigual. Esse é a ideia proposta por Robert Alexy.

A interferência do judiciário nestes casos, poderia incorrer em desrespeito ao princípio da igualdade, na medida em que numa tentativa de desequiparar relações para equiparar direitos (manutenção da vida), tornaria desigual a posição dos pacientes que estariam nas mesmas condições.

Esse é o entendimento que vem se firmando também no Supremo Tribunal de Justiça, que em abril de 2021 suspendeu uma série de decisões liminares proferidas pelo TJMG que determinavam a disponibilização e internação de pacientes em leitos de UTI-COVID. Segundo o Ministro Humberto Martins, relator da Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2918 – MT e presidente do STJ, a existência das diversas decisões deixou o SUS do Município de Cuiabá prestes a colapsar ainda mais.

Ainda na visão do Ministro, caberia ao Poder Executivo a gestão da fila de espera e da disponibilização dos leitos de modo a atender as prioridades estabelecidas pelos profissionais médicos e pelas Secretarias de Saúde.

Dessa forma, entende-se que as decisões indeferindo a disponibilização de leitos de UTI no contexto da pandemia foram certas.

CONCLUSÃO

O Direito à saúde nem sempre foi para todos no Brasil. Conforme vimos, inicialmente era exclusivo daqueles pertencentes ao sistema produtivo. Sendo que as preocupações com um atendimento amplo da população somente começaram a acontecer quando a falta de saúde se tornou um empecilho para o desenvolvimento econômico, começando a atingir a mão de obra trabalhadora.

A partir de então, é que a saúde começou a ser pensada como universal e social, para todos, num conceito amplo de bem-estar físico, mental, social e político (AROUCA, 1986). É nesse contexto que percebemos a criação do SUS.

A Constituição de 1988 foi um marco no Brasil, conforme percebemos no que se refere à saúde. Refletiu avanços tanto dentro como fora do país. Isso porque passou a tratá-la como direito de todos, sem exceção, enquanto direito social, universal e igualitário, sendo reconhecido a todos pelo simples fato de serem pessoas (SARLET e FIGUEIREDO, 2009).

Como demonstramos, por ser um direito social, a saúde exige prestações positivas do Estado, que se vê obrigado a direta ou indiretamente garantir melhores condições de vida e igualização de situações desiguais a seus cidadãos (SILVA, 2007). É o que percebemos, por exemplo, no art. 196 da CF, que em seu texto obriga o Estado a se colocar no papel de garantidor de políticas públicas capazes de promover, proteger e recuperar a saúde.

Dessa forma, por ser um direito social e que depende de prestações positivas do Estado para concretização, a saúde começa a fazer parte do fenômeno chamado judicialização, que se intensificou no Brasil, fazendo que cada vez mais decisões envolvendo saúde cheguem ao Poder Judiciário.

Contudo, como vimos, a concretização do Direito à saúde deve levar em conta todo o cenário com o qual está inserido. Essa tarefa, no contexto pandêmico se torna ainda mais complicada, porque a garantia igualitária de acesso aos leitos de UTI não pode ser garantida a todos os cidadãos expostos as mesmas condições que aqueles que tem acesso ao judiciário.

A concessão dos pedidos nesse cenário deve – e foi, cautelosa, levando em conta análises de razoabilidade da medida, de todo o contexto e além disso, deve levar em conta os princípios da universalidade e isonomia. Essa última, entendemos ser a análise mais complexa a ser feita.

Isso porque se por um lado todos tem o direito ao acesso universal ao sistema de saúde público e devem ter esse direito assegurado, por outro, inexistindo meios suficientes para garantia deste acesso universal a todos que estivessem nas mesmas condições, não seria razoável e nem isonômico destinar leitos prioritariamente e apenas aqueles que recorressem ao judiciário apenas porque teriam uma decisão judicial.

O acesso ao judiciário desigual também foi uma análise importante no curso das decisões exaradas. Afinal, não seria (novamente) razoável garantir o acesso prioritário aos que recorressem ao judiciário somente pela existência de decisão em seu favor. Isso porque conforme demonstramos o acesso ao Poder Judiciário está bem longe de ser igualitário e disponível a todos os cidadãos.

O tema está longe de ser uma discussão simples e lida diretamente com questões sensíveis a todos. No entanto, não deve, e nem pode, o judiciário fechar os olhos à situação macro envolvida nas demandas para tomar suas decisões. Às expensas de tornar um acesso já desigual ainda mais desigual.

A interferência do Poder Judiciário nessa decisão tão difícil se traduziria em desordem e óbices a um sistema de saúde já colapsado. O que se projeta, é que uma chuva de decisões diferentes das obtidas no TJSC acarretaria em uma crise ainda maior de saúde pública.

Afinal, seria necessária apenas uma decisão para que outras pessoas comesçassem a recorrer ao judiciário catarinense para ter leitos garantidos, ao menos na teoria. Isso, consoante verificamos, poderia significar a existência de duas filas: a de cidadãos que tiveram acesso ao judiciário e a daqueles que permaneceriam à mercê de um sistema colapsado.

Assim, por ora, entendemos que as decisões analisadas foram corretas e em consonância tanto com os princípios constitucionais da isonomia e universalidade quanto com relação à razoabilidade e a autonomia do Poder Executivo.

Esse entendimento se encaixa no último entendimento do STJ na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2918 – MT e parece, na nossa visão, inclusive mais justo com toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Higor Alexandre Alves de. **Direito De Todos, Dever Do Estado: o desenho constitucional do direito fundamental social à saúde**. Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco, Recife, v. 09, n. 09, p. 121-141, 2016. Anual. Disponível em: http://www.pge.pe.gov.br/app_themes/PGE-PE-CEJ-Publicacoes-Volume-09-2016.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. P. 30.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 361 e ss.
- BRASIL. **Lei 8.080/90**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. USP. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%ADe/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> > Acesso em: 18 abr.2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital; **Constituição da república Portuguesa Anotada**. 2ª ed, vol. 1, Coimbra, 1984.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o Longo Caminho**. 7a ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011.
- CASAUX-LABRUNÉE, L. “**Le ‘droit à la santé’**”. In CABRILLAC, R.; FRISON-ROCHE, M-A; REVET, T. Libertés et droits fondamentaux. 6 ed. rev. e aum. Paris: Dalloz, 2000, P. 617-619.
- COSTA, N. do R. **Lutas Urbanas e Controle Sanitário**. Petrópolis: Vozes, 1985.

FGV, Direito. **Pesquisa em foco:** Judicialização: um risco para a saúde pública no Brasil. 2014.

Disponível em <https://direitosp.fgv.br/node/71962>. Acesso em 20 abr. 2021.

FREITAS, Riva Sobrado de; VECCHIA, Felipe Dalla. **Estado Democrático de Direito:** aspectos constitucionais da judicialização da saúde e princípio da igualdade. Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM, v. 5, n.1, 2010.

GIOVANELLA, Ligia (org.). **POLÍTICAS E SISTEMAS DE SAÚDE NO BRASIL.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012. 1100 p.

LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.** Revista de Direito do Estado, nº 12. Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Ideias, outubro 2008, p. 2. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf. Acesso dia 30/04/2021.

LINS, Liana Cirne. **Da titularidade à co-titularidade dos direitos fundamentais sociais: pressuposto à adução procedimental da sua tutela.** Nomos (Fortaleza), v. 33, p. 147-164, 2013.

LOUREIRO, JC. **Direito à (proteção da) saúde.** In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Coimbra: Coimbra Editora (Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, São Paulo, Atlas, 2009, p. 195.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em:

https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/cln.pdf. Acesso em 27 abr. 2021.

PAIM, J. **Reforma Sanitária Brasileira:** contribuição para a compreensão e crítica. Salvador, Rio de Janeiro: Edufba, Editora Fiocruz, 2008.

PEDRA, Anderson Sant Ana. **Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas.** Revista Brasileira de Direito Público, v.41,p.91 -105, 2013.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.38

SADEK, Maria Tereza Aina. (2014). **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. *Revista USP*, (101), 55-66. Disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66>. Acesso em 02 mai. 2021.

SANTOS, W. G. dos. **Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 326.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf, pp. 19-20.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013. p. 13-50.

SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS PARÂMETROS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CRITÉRIOS PARA A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL**. 2019. 226 f. Tese (Doutorado) - Curso de Curso de Doutorado em Ciência Jurídica – Cdcj, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/256/TESE%20-%20CLENIO%20JAIR%20SCHULZE.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**, 6ª edição. São Paulo. Malheiros. 2009. p. 185.

Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 Relator: Ministro Celso de Mello. Diário Oficial da União. Brasília, 04 de maio 2004

TEIXEIRA, Maria Glória; COSTA, Maria da Conceição Nascimento. **Vigilância Epidemiológica: políticas, sistemas e serviços**. In: GIOVANELLA, Lúcia (org) *et al.* *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. Cap. 22, p. 1058

VIOLA. Luís Armando. **O Direito Prestacional à Saúde e sua Proteção Constitucional**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/LuisArmando.pdf>. Acesso em 03/05/2021

WANG, Daniel Wei Ling. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. *Revista Direito GV*, São Paulo. Jul-Dez 2008. p. 539-568. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf> acessado em 17 de abril de 2021.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. **O direito social e o direito público subjetivo à saúde**: o desafio de compreender um direito com duas faces. Revista de Direito Sanitário, c.9, n.2, p.102, nov 2014.

ANEXOS

ANEXO A – DECISÃO AUTOS 5008697-47.2021.8.24.0000/SC



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5008697-47.2021.8.24.0000/SC

AGRAVANTE: ADEMILSON CARVALHO

AGRAVADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA - SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA - JOINVILLE

AGRAVADO: SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA

DESPACHO/DECISÃO

Vistos em Plantão.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ademilson Carvalho com pedido de antecipação de tutela recursal contra decisão proferida no evento 11 dos autos n. 5007826-97.2021.8.24.0038 (mandado de segurança para obtenção de vaga em unidade de terapia intensiva - UTI), a qual indeferiu pedido formulado pelo agravante para obtenção imediata de vaga em UTI com suporte de oxigênio.

Oportuna a transcrição do *decisum*:

Cuido de mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário Estadual de Saúde consistente na negativa de transferência do impetrante para leito de unidade de terapia intensiva (UTI). Argumenta o interessado que foi diagnosticado com COVID-19, necessitando com urgência ser transferido para leito com suporte de oxigênio, mas foi dito que não há leitos disponíveis em unidade de terapia intensiva (Evento 1, OUT3).

“A medida liminar em sede de mandado de segurança está restrita ao exame de dois pressupostos indispensáveis – relevância do fundamento e probabilidade de ineficácia da medida caso deferida a final” (TJSC – Agravo de Instrumento nº 2010.053156-8, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Público, un., rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 07.06.2011).

Não se descarta da urgência do reclamo que clama pela efetivação do direito à saúde, mas é fato dito e repetido a situação caótica e de exponencial aumento de contágio do coronavírus em todos os lugares do País, o que exige do julgador postura de redobrada cautela de modo a que não sobrepuje-se os critérios médicos que, em meio ao caos, vêm sendo adotados pelo Poder Público para, tanto quanto possível, driblar o problema de ocupação máxima dos leitos hospitalares para pacientes em estado grave contaminados pela Covid-19, algo que infelizmente já se cogitava há meses.

A Constituição Federal, em seu artigo 196, dispõe que “a saúde é 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”. É certo que os atendimentos em nosocômios públicos não têm sido suficientes para que toda a população seja atendida a contento, mas isso não quer dizer que o Estado esteja dando as costas aos que necessitam do seu auxílio.

Nesse momento, à vista da notória ausência de leitos de unidade de terapia intensiva disponíveis em Santa Catarina, bem como nos vizinhos estados do Paraná e Rio Grande do Sul, tanto na rede pública como na privada, o deferimento da tutela de urgência custaria a vaga de pacientes que já se encontram acamados em estado de saúde igual ou mais grave do que o do impetrante. Além disso, adentrar-se-ia no campo meritório das indicações/solicitações de vagas

5008697-47.2021.8.24.0000

728086 .V12



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gerenciadas pelos profissionais de saúde responsáveis pelas internações no âmbito do sistema público de saúde, os quais, lamentavelmente, encontram-se numa encruzilhada em que a solução perpassa pela escolha daqueles em que há maior probabilidade de sobrevivência.

Volto a dizer que, dentro do atual cenário de colapso do sistema de saúde, a interferência do Judiciário no gerenciamento das vagas de UTI voltar-se-ia contra o próprio interesse coletivo. Seria operar um troca judicial, às cegas, pela administrativa, tocada por agentes capacitados e que estão há muito tempo na linha de frente. Seria algo que, penso eu, não faz o menor sentido neste momento. Por isso, indefiro o requerimento de tutela de urgência.

2. *Notifique-se a autoridade impetrada sobre o teor da petição inicial para que preste informações, no prazo de 10 dias (LMS, art. 7º, inc. I).*

3. *Cientifique-se o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para, querendo, ingressar no processo (LMS, art. 7º, inc. II), desde que o faça em 10 dias.*

Sustenta o agravante que lhe foi indicada a internação em unidade de terapia intensiva com a utilização de oxigênio, para tratamento de estado grave da COVID-19, todavia encontra-se internado na emergência do hospital, pois não há vagas na rede pública.

Postula, em sede de tutela de urgência recursal - "*ab initio et inaudita alteraparte, determinando à autoridade coatora Agravante que disponibilize um Leito em UTI para acomodação do Agravante, sob pena de multa diária que ora se sugere seja arbitrada em R\$ 3.000,00, bem como como a notificação da SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE, por e-mail, para cumprimento em 24 horas do quanto requerido, sob pena de internação em Clínica/Hospital particular possuidor (es) de leito similar às expensas do Estado até o julgamento definitivo do mandamus*".

É o relatório.

Decido.

Passo a decidir em regime de plantão.

Ao analisar o caso, notadamente considerando os relevantes direitos e interesses envolvidos, **concluí que a decisão recorrida não merece revisão.**

Com efeito, está correto o Juízo *a quo* ao ponderar sobre os interesses individuais e coletivos, tendo em vista que o momento em que vivemos merece cautela. É certo que, em se tratando de direito à saúde, evidente a urgência da demanda, no entanto, a pandemia da COVID-19 vem atingindo o país e o mundo de forma tão avassaladora, sobrecarregando todos aqueles profissionais que estão da linha de frente e que são os únicos aptos a administrar a utilização das vagas pelos pacientes, tendo muitas vezes que escolher entre aqueles que tenham maior probabilidade de sobrevida.

Soma-se a isso a situação já conhecida por todos nós de que o colapso na saúde pública restou instalada em nosso Estado, não havendo vagas de leitos de UTI na rede pública nem na esfera particular, as quais se encontram com filas de espera para a internação de pacientes em estado grave.



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal situação é reverberada pela imprensa todos os dias, o caos em que se encontra a situação dos hospitais e a sobrecarga do SUS e SAMU, veja-se a título de exemplo:

<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/02/27/com-falta-de-vagas-em-uti-covid-hospitais-buscam-transferencias-e-sobrecarregam-samu-em-sc.ghtml>;
<https://www.nsctotal.com.br/noticias/justica-cobra-governo-de-sc-sobre-transferencia-de-pacientes-com-covid-19-para-outros>;

<https://saojoaquimonline.com.br/saude/2021/03/02/com-mais-de-220-pacientes-esperando-por-uti-sc-tem-recorde-de-ocupacao-de-leitos-para-pacientes-com-covid-19/>.

Assim, a interferência do Poder Judiciário neste momento de notória ausência de leitos em **todo nosso Estado** e nos Estados vizinhos poderia atingir outras pessoas que estejam na mesma situação ou pior do que o agravante.

Sobre o tema, colhe-se parte do voto do Des. Hélio do Vale Pereira, nos autos 0301514-93.2016.8.24.0038, que muito nos ensina sobre os direitos envolvidos:

No caso das internações, não se cuida de meramente ter verba orçamentária disponível. Há necessidade de leitos, a presença de equipe médica, equipamentos aptos ao cuidado intensivo do paciente, e assim quase indefinidamente. Dificilmente, ainda, haverá uma única demanda; aparecerão casos mais delicados, inesperados e até com risco maior de morte. Haveria situações em que, deferida liminar para internação em UTI, mesmo esgotada a capacidade, caberia ao gestor da unidade a perspectiva de expulsar um paciente não amparado por deliberação jurisdicional. É tema que tem que ser delegado à função administrativa, que nos limites físicos e humanos deverá estabelecer uma justa listagem de atendimento, especialmente por critérios científicos.

Nesse mesmo sentido, já decidiu o Tribunal Regional da 5ª Região:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITO EM UTI - UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA. QUEBRA INJUSTIFICÁVEL DA ORDEM DE ESPERA OU URGÊNCIA MANIFESTA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Agravo de instrumento interposto pelo particular contra decisão que, nos autos de ação ordinária, indeferiu pedido de tutela antecipada requestado com o escopo de assegurar que lhe seja dispensada uma vaga em leito de UTI de hospital público e, se inexistente, em hospital privado às custas da União e/ou do Estado do Ceará, bem como o adequado transporte do local em que se encontra para a unidade hospitalar com leito de UTI (UTI MOVEL). 2. As normas que regem o SUS - Sistema Único de Saúde estabelecem regras para que os pacientes sejam submetidos à triagem e avaliação de equipe médica responsável que define os casos que têm precedência para transferência à UTI. 3. Não cabe ao Poder Judiciário, via de regra, imiscuir-se nas atribuições médicas quanto ao gerenciamento daqueles pacientes que necessitam, obedecida a ordem de espera, internamento em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI). 4. Somente em situações restritíssimas, em que se verifique quebra injustificável da ordem estabelecida na fila de espera ou mesmo manifesta urgência hábil a autorizar de pronto a transferência do paciente para leito de UTI, é que se poderia exigir do estado uma prestação jurisdicional imediata. 5. Na espécie, nada obstante reconheça a gravidade do estado de saúde do recorrente, não há justificativa hábil a garantir de pronto sua transferência para leito de UTI, pois, consoante se verifica do laudo de solicitação de internação acostado aos autos, a remoção do paciente ainda não foi providenciada porque está-se aguardando a disponibilidade de leito. 6. O resguardo da pretensão recursal configuraria indevida intromissão do Judiciário



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em mister que compete à equipe médica respectiva, bem como indevido desrespeito à isonomia, porquanto infringiria o direito daqueles que estão em situação semelhante, aguardando na fila de espera, ou até mesmo em situação mais grave do que a agravante que agora requesta a tutela jurisdicional do Estado. 7. A carência notória de leito de UTI para atender à crescente demanda de pessoas contaminadas com o vírus da COVID19 não apenas no Estado do Ceará como no mundo, afigurando-se materialmente impossível garantir-se a disponibilização, para todos, de uma vaga em unidade de terapia intensiva. 8. Precedentes desta egrégia Corte (TRF-5ªR, PJe (AGTR) n.º. 0801790-60.2019.4.05.8401, Rel. Des. Fed. Carlos Vinícius Calheiros Nobre (Convocado), 4ª Turma, j. 14.02.2020 e PJe (AGTR) n.º. 0810964-47.2017.4.05.0000, Rel. Des. Fed. Edilson Nobre, 4ª Turma, j. 11.07.2018). 9. Agravo de instrumento improvido. rpms
(PROCESSO: 08059273420204050000, AGRAVO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (CONVOCADO), 4ª TURMA, JULGAMENTO: 06/10/2020).

Não se verifica no caso, portanto, sob esse exame de cognição sumária, a relevância do direito afirmado.

Infelizmente, a invocação dos direitos fundamentais à vida e à saúde, no atual cenário de auge da pandemia, com experimentação dos piores reflexos no sistema hospitalar, **não é suficiente para o alcance da pretensão almejada pelo recorrente.**

Ademais, forçoso reconhecer que o agravante **nem sequer contesta as políticas públicas** adotadas no Município e no Estado como estratégia de enfrentamento da pandemia que vivemos, **tampouco questiona os critérios** que estão sendo utilizados para escolha dos pacientes para a transferência a Unidade de Tratamento Intensivo (UTI). Chama atenção também que **não há no recurso explanação suficiente sobre a razão concreta e individual que aponte maior seriedade e urgência de seu caso** em comparação com todos aqueles que também esperam ou que estão internados na UTI.

Assim sendo, nesse momento de cognição superficial, ante tão delicada realidade que vivemos, não há como afirmar que o direito alegado, na forma como alegado, é provável.

E, com efeito, não se poderia aceitar de modo algum que o caso do recorrente se diferenciasse dos demais unicamente porque amparado por deliberação jurisdicional.

Por todo o exposto, entendo que a intervenção do Judiciário no caso, dadas as circunstâncias fáticas, jurídicas e processuais expostas, seria indevida sob muitos prismas.

Deve ser mantida, por ora, a decisão impugnada.

Ante o exposto, indefiro o pedido de tutela recursal de urgência.

Intime-se.

Documento eletrônico assinado por **JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **728086v12** e do código CRC **653a05f7**.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

Data e Hora: 2/3/2021, às 23:24:6

5008697-47.2021.8.24.0000

728086 .V12

ANEXO B – DECISÃO AUTOS 5011585-86.2021.8.24.0000



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5011585-86.2021.8.24.0000/SC

AGRAVANTE: VERA MARIA BARTH

AGRAVADO: ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS

DESPACHO/DECISÃO

1. Defiro, precariamente - mesmo porque o togado de origem relegou a comprovação da alegada hipossuficiência para o futuro (Evento 5 dos autos originários) - a gratuidade judiciária, tão somente para fins de processamento imediato do presente reclamo.

2. O agravo decorre de decisão que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer n. 5024647-27.2021.8.24.0023, movida por Vera Maria Barth em face do Município de Florianópolis e do Estado de Santa Catarina, denegou o pedido de tutela de urgência (Evento 5 dos autos originários), consistente em compelir os acionados, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a transferir a autora para Unidade de Terapia Intensiva (UTI) de hospital público ou privado em Santa Catarina, mediante adequado deslocamento e tudo às expensas do Poder Público, isto até a alta médica.

A controvérsia, neste instante, cinge-se à postulação formulada na forma do art. 1.019, I, do Código de Processo Civil, que exige para sua concessão o preenchimento concomitante dos requisitos elencados no parágrafo único do art. 995 do aludido diploma legal.

Para tanto, verbera a recorrente, em síntese, que apresenta gravíssimo quadro infeccioso atrelado à Covid-19 e pneumonia bilateral, encontrando-se, desde 14-3-2021, entubada na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) do Continente, onde não há Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Afirma que sabe da existência de 9 (nove) leitos vagos para tratamento intensivo no Estado e sublinha que necessita urgentemente ser transferida para que possa receber os devidos cuidados, com vistas a impedir o risco iminente de óbito (Evento 1, Doc. 1).

Adianto, desde logo, que o pedido não pode ser acolhido.

Como consabido, o direito à saúde encontra arrimo no rol de direitos fundamentais e de direitos sociais da Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 6º), bem como no art. 196, o qual dispõe que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", mediante o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Contudo, situação extraordinária é vivenciada há aproximadamente um ano, fruto da pandemia provocada pela disseminação, em âmbito mundial, do nocivo vírus SARS-CoV-2, causador da doença Covid-19, o que nos coloca em real estado de calamidade pública, inclusive com expresse reconhecimento, no âmbito do Estado de Santa Catarina, pelo Decreto n. 562, de 17 de abril de 2020, recentemente prorrogado pelo art. 4º, do Decreto n. 1.168, de 24-2-2021.

E os efeitos nefastos causados pelo contágio simultâneo de muitos agora repercutem, em larga escala, nos sistemas público e privado de saúde, estes que se mostram insuficientes para responder pela volumosa procura por atendimento e acompanhamento médico, além

5011585-86.2021.8.24.0000

780053 .V108



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de internação em leitos hospitalares.

Nos últimos dias, recorrentes são as notícias divulgadas na imprensa nacional que evidenciam o colapso generalizado, não só em Santa Catarina mas também na quase totalidade dos Estados da Federação. Lamentavelmente, a grave crise no setor de saúde - é bom dizer, previsível e alertada por especialistas, inclusive com lastro em exemplos oriundos de diversas partes do mundo, em especial de países europeus - encontra-se em seu ápice.

Há elevado número de pessoas atingidas pela moléstia, muitas delas ostentando quadro delicado, e hoje faltam vagas em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) para o necessário tratamento. Os veículos de comunicação informam que existem aproximadamente 400 (quatrocentos) enfermos acometidos pela Covid-19 em lista de espera no Estado de Santa Catarina (cf. <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/03/15/covid-19-sc-tem-387-pacientes-a-espera-de-uti-e-quase-88-mil-mortes-pela-doenca.ghtml> (acesso em 18-3-2021).

Os dados oficiais divulgados no sítio <http://www.coronavirus.sc.gov.br/> (Transparência-Painéis) apontam que, na data de 18-3-2021, a taxa de ocupação de leitos de Unidade Tratamento Intensivo (UTI) seria de 96,59% (noventa e seis vírgula cinquenta e nove por cento). Os leitos ativos estampam o número de 1.673 (mil seiscentos e setenta e três), dos quais 1.616 (mil seiscentos e dezesseis) ocupados - 977 (novecentos e setenta e sete) com pacientes com Covid-19 - e 57 (cinquenta e sete) disponíveis. E especificamente na região da Grande Florianópolis, na mesma data de 18-3-2021, observa-se taxa de ocupação em leitos de UTI de 96,15% (noventa e seis vírgula quinze por cento), considerando 286 (duzentos e oitenta e seis) ativos - 166 (cento e sessenta e seis) pacientes com Covid-19 -, em que 275 (duzentos e setenta e cinco) ocupados e 11 (onze) disponíveis.

O desequilíbrio está claro, evidenciando-se as limitações no segmento, ou melhor, a escassez dos recursos diante das necessidades prementes da coletividade em área essencial.

E nesse viés, assinalo que a agravante - que atualmente conta com tratamento em Unidade de Pronto Atendimento (UPA), inclusive sob regime de entubação - demonstrou por meio de laudo médico (Evento 1, Doc. 4, dos autos originários) a urgência de seu caso, mas não acostou elementos técnicos que assentem justificativa concreta para que sua situação individual se sobreponha a aquela vivida por tantos outros.

E descabe ao Poder Judiciário efetuar tal avaliação, consoante bem pontuado pelo togado de origem:

Para arrematar, não é dado ao Poder Judiciário, no contexto de uma pandemia, determinar o cumprimento de prestações individualizadas, haja vista a sua potencialidade para desorganizar a articulação dos serviços de saúde e gerar o abalo da ordem pública.

Assim, nesse momento de crise sanitária que acomete o Estado de Santa Catarina, compete exclusivamente aos órgãos de saúde, que detêm expertise técnico-científica, deliberar sobre a transferência de pacientes para os leitos de UTIs. (Evento 5 dos autos originários)

Merecem destaque as pertinentes ponderações exaradas pelo Exmo. Des. Hélio do Valle Pereira em acórdão lavrado em 27-9-2018, mas que perfeitamente se aplicam às circunstâncias que ora se apresentam:



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso das internações, não se cuida de meramente ter verba orçamentária disponível. Há necessidade de leitos, a presença de equipe médica, equipamentos aptos ao cuidado intensivo do paciente, e assim quase indefinidamente. Dificilmente, ainda, haverá uma única demanda; aparecerão casos mais delicados, inesperados e até com risco maior de morte. Haveria situações em que, deferida liminar para internação em UTI, mesmo esgotada a capacidade, caberia ao gestor da unidade a perspectiva de expulsar um paciente não amparado por deliberação jurisdicional. É tema que tem que ser delegado à função administrativa, que nos limites físicos e humanos deverá estabelecer uma justa listagem de atendimento, especialmente por critérios científicos.

O enfrentamento dos casos em que se detecte indevida omissão por parte do Poder Público é a busca por resposta no plano da tutela coletiva, que ataque a amplitude do problema, buscando amparo para todos, não por meio de tutela casuística. (TJSC, Apelação Cível n. 0301514-93.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 27-9-2018)

É preciso consignar que não se está a cancelar eventual omissão do Poder Público - exalta-se, passível dos devidos questionamentos e responsabilização nas vias próprias - em adotar medidas eficazes de cotenção da pandemia e, noutra ordem, preventivamente se acautelar para disponibilização de serviços e estrutura médico-hospitalar suficientes para atender a antevista e crescente demanda, mas sim que, reitera-se, o direito à vida e à saúde é indissociável do princípio da isonomia, que não permite tratamento desigual a aqueles que se encontram em semelhante situação.

Diante disso, ao menos em exame preliminar, não visualizo a probabilidade do provimento do reclamo apta a permitir a concessão da tutela de urgência perseguida.

Por derradeiro, anoto que igual posicionamento foi adotado por este Tribunal no Agravo de Instrumento n. 5008697-47.2021.8.24.0000, em plantão de 2-3-2021, pelo Exmo. Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo.

Por tais razões, **INDEFIRO** a almejada antecipação dos efeitos da tutela recursal.

3. Cumpra-se o disposto no art. 1.019, II e III, do CPC.

4. Comunique-se o Juízo *a quo*.

5. Outrossim, promova-se a conferência e correção cadastral, especialmente quanto às partes e seus representantes.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **ODSON CARDOSO FILHO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **780053v108** e do código CRC **815b010e**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ODSON CARDOSO FILHO
Data e Hora: 19/3/2021, às 9:26:51