

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI  
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**RAIANA MELO SILVA**

**DIREITO HUMANO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO EVIDENCIADA QUANDO DA  
SITUAÇÃO PANDÊMICA**

Campina Grande – PB  
2021

RAIANA MELO SILVA

**DIREITO HUMANO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO EVIDENCIADA QUANDO DA  
SITUAÇÃO PANDÊMICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Prof. Me. Nayara Maria Moura Lira Lins

---

S586d

Silva, Raiana Melo.

Direito humano à saúde: a judicialização evidenciada quando da situação pandêmica / Raiana Melo Silva. – Campina Grande, 2021.  
53 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2021.  
"Orientação: Profa. Ma. Nayara Maria Moura Lira Lins".

1. Direito Humano à Saúde. 2. Garantia à Saúde. 3. Judicialização na Pandemia. 4. Vacinação. 5. Ativismo. I. Lins, Nayara Maria Moura Lira. II. Título.

CDU 342.746(043)

**RAIANA MELO SILVA**

**DIREITO HUMANO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO EVIDENCIADA QUANDO DA  
SITUAÇÃO PANDÊMICA**

Aprovada em 22 de Dezembro de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof<sup>a</sup>. Ms. Nayara Maria Moura Lira Lins**  
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR  
(Orientador)

---

**Prof. Ms. Gustavo Giorgio Fonseca Mendonza**  
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR  
(1º Examinador)

---

**Prof<sup>a</sup>. Ms. Ana Carolina Câmara bezerra**  
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR  
(2ª Examinadora)

A Deus, a ti senhor,

DEDICO

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Senhor Deus por me permitir chegar até aqui, por me fazer continuar no curso nos momentos em que eu mais duvidei de mim e pensei em desistir, obrigada por tanto Senhor.

A minha mãe Rúbbia, que me ajudou a não desistir, presenciou todas as fases mais difíceis e mesmo assim seguiu acreditando e se orgulhando de mim, sintase honrada por ter contribuído tanto nessa caminhada, essa vitória não é só minha, também é sua, amo você.

Ao meu pai José Roberto, que mesmo ausente viajando, sempre incentivou, encorajou e acreditou em mim mais do que eu mesma. Amo você, obrigada por tudo Pai, essa conquista também é para você.

Ao meu noivo e companheiro Dellano, que apesar de ter me conhecido no finalzinho da graduação, tem grande parcela nesse projeto, carregou a grande missão de acalmar, orientar e aconselhar, obrigada meu amor pela paciência, dedicação, zelo e principalmente pelo cuidado, amo-te, obrigada por tudo.

Ao meu Avô Antônio, aquele que se estivesse entre nós, com certeza seria o mais orgulhoso de todos por ter uma neta “dotôra”, escrevo essas palavras com o coração um pouco apertado, você sempre se orgulhou muito de mim, mais que qualquer outra pessoa e eu gostaria muito que o senhor estivesse presente em corpo para poder me aplaudir e dizer: tenho uma neta “dotôra”, obrigada tudo e por tanto Vô.

Aos meus colegas Romildo, Alessandro e Rúbbya que se tornaram os melhores parceiros que a faculdade poderia me apresentar, obrigada por terem me ajudado e acolhido tanto. A Ana Luiza, minha professora, colega, incentivadora e hoje chefe de trabalho, por fazer parte do meu crescimento profissional e por ter me dado a oportunidade de aprender ainda mais.

A minha professora orientadora Nayara Maria Moura Lira Lins, que durante esses meses me acompanhou com muita paciência e dedicação, dando o auxílio necessário para a elaboração do meu trabalho. A professora Cosma Ribeiro, que sempre foi bastante prestativa, dedicada e paciente, através dos seus ensinamentos permitiu que eu pudesse hoje estar concluindo este projeto.

A todos vocês, meu muito obrigado!

“O mais importante da vida não é a situação em que estamos,  
mas a direção para a qual nos movemos.”

(Holmes)

## RESUMO

Em 11 de março, a Organização Mundial da Saúde anunciou que o COVID-19 era uma pandemia mundial devido à sua rápida disseminação na Europa. Atualmente, enfrenta-se a crise uma das piores crises de saúde pública da história. Apesar de não haver um tratamento com eficácia científica comprovada, alguns países adotaram protocolos de tratamento para o enfretamento da doença. A utilização de fármacos como azitromicina, Hidroxicloroquina e ivermectina, dividem a opinião de médicos e cientistas. Aqueles que são contrários ao uso dessas substâncias, afirma que a utilização de medicamentos sem eficácia comprovada cientificamente em seres humanos quebra os protocolos éticos médicos e da pesquisa científica. Imerso nesse contexto, criou-se um debate sobre a obrigatoriedade da vacinação e, principalmente, sobre o dever do poder público de ofertar a população opções de tratamento para aqueles que não se sentem seguros a vacinar-se. Diante de tal impasse e das constantes pressões o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a matéria enquanto uma questão de interesse público. Diante disso, essa pesquisa tem como problemática verificar qual o posicionamento do STF sobre a obrigatoriedade da vacinação contra COVID-19. Para tanto, parte-se do pressuposto que aqueles que defendem a obrigatoriedade da vacinação a partir do argumento de uma questão de saúde pública. O objetivo deste texto é analisar os limites da atuação do STF quando da determinação da obrigatoriedade da vacinação contra o COVID-19. Essa pesquisa se classifica como um estudo exploratório que foi realizada a partir de uma revisão bibliográfica. A relevância científica está correlacionada a compreensão dos limites da interferência do poder judiciário. Notou-se que a falta de um tratamento preventivo e paliativo fez com que as entidades de saúde adotassem um protocolo emergencial. Todavia, com o avanço das pesquisas, as vacinas passaram a ser uma opção segura e viável para a contenção da pandemia.

**Palavras-chave:** Garantia à saúde. Judicialização. Vacinação. Ativismo.

## **ABSTRACT**

On March 11, the World Health Organization announced that COVID-19 was a worldwide pandemic due to its rapid spread in Europe. The crisis is currently facing one of the worst public health crises in history. Although there is no treatment with proven efficacy, some countries have adopted treatment protocols to deal with the disease. The use of drugs such as azithromycin, Hydroxychloroquine and ivermectin divide the opinion of doctors and scientists. Those who are against the use of these substances, claims that the use of drugs without scientifically proven efficacy in human beings breaks ethical medical protocols and scientific research. Immersed in this context, a debate was created on the obligation of vaccination and, mainly, on the duty of the public authorities to offer treatment options for those who do not feel safe to be vaccinated. Faced with such an impasse and constant pressure, the Federal Supreme Court (STF) faced the matter as a matter of public interest. Therefore, this research has the problem of verifying the position of the STF on the obligation of vaccination against COVID-19. Therefore, it is assumed that those who defend the mandatory nature of vaccination are based on the argument of a public health issue. The objective of this text is to analyze the limits of the STF's performance when determining the mandatory nature of vaccination against COVID-19. This research is classified as an exploratory study that was carried out from a literature review. The scientific is correlated with understanding the limits of interference by the judiciary. Note that the lack of preventive and palliative treatment led health entities to adopt an emergency protocol. However, with the advancement of research, vaccines have become a safe and viable option for containing the pandemic.

**Keywords:** Health guarantee. Judicialization. Vaccination. Activism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
METODOLOGIA .....	10
<b>CAPÍTULO I – DIREITO HUMANO À SAÚDE</b> .....	<b>11</b>
1.1 DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA HUMANITÁRIA.....	11
1.2 CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .....	13
1.3 ACEPÇÃO MODERNA DO DIREITO À SAÚDE .....	20
<b>CAPÍTULO II – DA FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO À NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO</b> .....	<b>24</b>
2.1 PRIORIDADES DOS ESTADOS.....	24
2.2 DIVISÃO DOS PODERES E ALOCAÇÃO DOS RECURSOS ESTATAIS .....	26
<b>CAPÍTULO III – JUDICIALIZAÇÃO NA PANDEMIA</b> .....	<b>36</b>
3.1 VACINAÇÃO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE .	39
3.2 LIMITE À ATUAÇÃO DO STF .....	43
3.3 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF.....	48
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, subscreveu-se e elevou-se alguns direitos ao nível constitucional, gerando, assim, uma alta expectativa na realização de direitos e, com isso, na superação de desigualdades sociais históricas.

No entanto, passados quase 29 anos da inauguração dessa nova ordem jurídica, há ainda inúmeras dificuldades e desafios a serem superados e enfrentados na efetivação desses direitos, dentre os quais se destacam-se à saúde e o de acesso à assistência farmacêutica.

Mesmo com toda pretensão de organização da saúde no Brasil, várias são as dificuldades encontradas pelo gestor para garantir a fiel execução dos propósitos e objetivos proclamados pela Constituição.

Muitos são os fatores que contribuem para o insucesso do pleno exercício dos serviços de saúde, em especial o fornecimento de medicamento à população, dentre essas dificuldades podem ser destacadas a escassez de recursos e o mau gerenciamento das necessidades da população. Diante desta situação, resta ao indivíduo socorre-se a justiça.

E, para ajudar na superação desses desafios, o Poder Judiciário, diante da obrigação constitucional de não se furtar à apreciação da notícia de lesão ou ameaça à direito, se coloca como agente relevante na concretude desses direitos.

Acontece que, ao se deparar com as demandas de saúde, o Poder Judiciário inicialmente adotou uma postura mais permissiva, garantindo fornecimento de medicamentos sem levar em conta que a efetivação desse direito de modo individual impactaria sobre os demais usuários do Sistema Único de Saúde, ou melhor, na capacidade financeira do Estado em assegurar a continuidade dos serviços públicos.

Apesar de não haver um tratamento com eficácia científica comprovada, alguns países adotaram protocolos de tratamento para o enfretamento da doença. A utilização de fármacos como azitromicina, hidroxicloroquina e ivermectina, dividem a opinião de médicos e cientistas. Os defensores afirmam que na falta de um medicamento com eficácia científica aprovada, justificaria a técnica da tentativa. Aqueles que são contrários ao uso dessas substâncias, afirma que a utilização de medicamentos sem eficácia comprovada cientificamente em seres humanos quebra os protocolos éticos médicos e da pesquisa científica.

Diante de tal problemática, os países intensificaram as pesquisas científicas em busca de medicamentos e vacinas. Países como China, Rússia, Brasil, Estados Unidos e Inglaterra desenvolvem linhas de pesquisas autônomas. Especificamente esse último país, desenvolve a chamada Vacina de Oxford que é produto de uma pesquisa desenvolvida pela Universidade de Oxford e da empresa biofarmacêutica global AstraZeneca. O Brasil, através de consórcios de países como a Argentina, já sinalizou interesse para a produção e utilização local desse novo medicamento.

Imerso nesse contexto, criou-se um debate sobre a obrigatoriedade da vacinação e, principalmente, sobre o dever do poder público de ofertar a população opções de tratamento para aqueles que não se sentem seguros a vacinar-se. Diante de tal impasse e das constantes pressões o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a matéria enquanto uma questão de interesse público.

Diante disso, essa pesquisa tem como problemática verificar qual o posicionamento do STF sobre a obrigatoriedade da vacinação contra COVID-19. Para tanto, parte-se do pressuposto que aqueles que defendem a obrigatoriedade da vacinação a partir do argumento de uma questão de saúde pública. Já os que são contrários, argumentam que não haver ainda pesquisas científicas sólidas sobre a utilização da vacina.

O objetivo deste texto é analisar os limites da atuação do STF quando da determinação da obrigatoriedade da vacinação contra o COVID-19. De forma específica, buscou-se compreender a garantia fundamental à saúde; compreender o processo de judicialização à saúde; e, por fim, como o STF vem se comportando quando da análise das ações que versam sobre a obrigatoriedade da vacinação.

Essa pesquisa se classifica como um estudo exploratório que foi realizada a partir de uma revisão bibliográfica. Para tanto, buscou-se examinar, de forma qualitativa, obras científicas e especializadas sobre o objeto, bem como decisões do referido Tribunal. Quanto ao método, foi empregado, de forma prioritária, o indutivo.

Para desenvolver esse estudo, foi realizada uma divisão na exposição. O Item I buscou verificar garantia da assistência à saúde enquanto um dever do Estado. o Tópico II dedicou-se a analisar o limite da atuação do judiciário frente as demandas de judicialização da saúde diante da omissão do Estado. E por fim, o Item III buscou compreender a atuação do STF quando do enfrentamento da matéria sobre a obrigatoriedade da vacinação contra o COVID-19.

O Direito à saúde deve ser compreendido como fundamental para a manutenção da dignidade do indivíduo. Nesse sentido, a relevância social desse estudo se afirma na compreensão da concretização do direito à saúde pelo Estado. A relevância científica está correlacionada a compreensão dos limites da interferência do poder judiciário.

Percebe-se que o Estado, em todas as suas esferas, deve atuar para concretizar a garantia fundamental do direito à saúde ainda que seja no contexto de pandemia. Notou-se que a falta de um tratamento preventivo e paliativo fez com que as entidades de saúde adotassem um protocolo emergencial. Todavia, com o avanço das pesquisas, as vacinas passaram a ser uma opção segura e viável para a contenção da pandemia.

## METODOLOGIA

A pesquisa a ser realizada no presente trabalho FOR classificada como estudo exploratório, visto que, o objetivo do trabalho é proporcionar maior conhecimento juntamente com o problema, para assim tornar mais explícito os critérios adotados nas decisões de ações para fornecimento de medicamentos. Para atingir os objetivos deste estudo, pretendeu-se primeiramente realizar uma revisão bibliográfica acerca dos temas envolvidos, quais sejam, direito à saúde, assistência farmacêutica e legislação envolvida.

A pesquisa teve como método de abordagem o método dedutivo e o procedimento técnico foi uma revisão bibliográfica e documental, na qual serão obtidas informações e contextos de livros e artigos.

Buscou demonstrar o tratamento dado às questões de saúde, enfatizando os custos advindos destas decisões para no final sugerir a adoção de mais um fundamento que pode e deve ser levado em consideração para justificar, nos casos concretos, o fornecimento, ou não de determinado medicamento pela via judicial.

## **CAPÍTULO I – DIREITO HUMANO À SAÚDE**

O direito à saúde está consagrado no direito nacional e internacional. Em um número crescente de casos, as pessoas que têm acesso negado a medicamentos e tecnologias de alto custo em sistemas de cobertura universal recorrem aos tribunais para contestar a negação de acesso contra seu direito à saúde.

Em alguns casos, os pacientes buscam acesso a medicamentos, serviços ou tecnologias aos quais teriam acesso com a cobertura universal se não houvesse falhas no governo, no sistema de saúde ou na prestação de serviços. Em outros, os pacientes buscam acesso a medicamentos, serviços ou tecnologias que não foram incluídos ou que foram explicitamente negados para cobertura devido à priorização.

### **1.1 DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA HUMANITÁRIA**

O “direito à saúde”, incluindo o acesso à saúde básica, foi reconhecido como um direito humano universal por meio de uma série de acordos internacionais. As tentativas de proteger esse ideal, no entanto, confiaram nos Estados como garantidores de direitos e, subsequentemente, ignoraram os indivíduos apátridas ou aqueles sem nacionalidade legal em qualquer Estado-nação. Embora a nacionalidade legal por si só não seja suficiente para garantir que o direito à saúde seja acessível, a ausência de qualquer nacionalidade legal é quase certamente um obstáculo na maioria dos casos.

O “direito à saúde” tem sido reconhecido como um de um conjunto de direitos humanos básicos há pelo menos meio século, desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Atualmente, o “direito à saúde” tem sido formalmente reconhecido por 56 governos nacionais, na forma de disposições constitucionais ou estatutárias.

O alcance e o significado desse direito tem sido objeto de debate na comunidade internacional, entretanto, e os meios para alcançá-lo permanecem igualmente contestados. As características de um sistema de saúde capaz de garantir um "direito ao mais alto nível de saúde possível" para os cidadãos de um determinado Estado-nação podem ser complicadas por uma variedade de obstáculos sociais e políticos. Aith (2017) considera recentemente revisou a situação

do direito à saúde em 194 países e descobriu que muito trabalho ainda precisa ser feito antes que esse direito possa ser legitimamente considerado "universal".

Apesar de uma consciência geral dentro da comunidade acadêmica de que o direito à saúde pode não estar disponível universalmente, as investigações sobre esse direito têm, em grande parte, seu escopo limitado. Isso tem duas manifestações particulares. Em primeiro lugar, os debates frequentemente se concentram na estrutura, nos elementos e nas funções dos sistemas de saúde localizados nas nações, definindo assim a plataforma centrada no estado a partir da qual os cidadãos podem acessar o direito à saúde.

Um pressuposto implícito desse discurso é que o Estado-nação é o garante de primeiro recurso para os direitos sociais de sua cidadania reconhecida, seja por meio da ação do Estado, seja por meio da promoção de tais esforços no setor privado. Esta suposição é codificada para direitos de saúde pelo art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESR).

Em segundo lugar, mesmo quando a migração é abordada, geralmente é da perspectiva daqueles que migram entre as nações por escolha ou como refugiados. Tanto os cidadãos de um Estado que residem dentro de suas fronteiras, quanto aqueles que imigram para uma nação por meio de canais de incorporação politicamente legítimos (por exemplo, imigrantes legais e refugiados), enfrentam uma série de barreiras bem documentadas à saúde.

No entanto, tanto os cidadãos reconhecidos como os imigrantes legais muitas vezes têm acesso a esses serviços de saúde reconhecidamente imperfeitos porque recebem reconhecimento político das burocracias públicas, privadas ou sem fins lucrativos que governam e administram esses serviços. Com efeito, ambos os grupos frequentemente têm algum acesso ao direito à saúde dentro de seu país de residência.

Lembra Aith (2017) que muitos estados têm o direito à saúde embutido na legislação nacional. Mais de 100 constituições nacionais contêm o direito à saúde, representando mais de 50% dos Estados-Membros das Nações Unidas, da Ásia e África à Europa e América Latina. Eles garantem ou aspiram a proteger um direito à saúde em geral, um direito à saúde pública ou preventiva e / ou um direito a serviços de assistência médica. Por exemplo, o artigo 196 da CFRB/88 determina que "a saúde é direito de todos e dever do Estado e deve ser garantida pelo acesso

universal a todas as atividades e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

Ademais, essa ainda ressalta que a inclusão do direito à saúde na constituição ou estatuto de um estado pode nem mesmo ser uma condição necessária para que os cidadãos possam fazer reivindicações de direito à saúde contra o estabelecimento de prioridades.

Na ausência de um direito nacional explícito à garantia de saúde, os cidadãos recorrem aos instrumentos jurídicos internacionais ou a reivindicações baseadas no direito nacional à vida, dignidade ou integridade humana. Como resultado, as reivindicações legais que disputam a definição de prioridades representam um desafio para os governos se engajarem na definição explícita de prioridades, independentemente de o direito à saúde ter ou não sido incorporado à constituição nacional.

## 1.2 CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Tradicionalmente, a saúde era vista pelo Estado como uma esfera privada, e não pública. A saúde também era entendida como a "ausência de doença". As primeiras leis que continham disposições relacionadas à saúde remontam à era da industrialização. Os Aprendizes Morais A Lei (1802) e a Lei de Saúde Pública (1848) foram adotadas no Reino Unido como um meio de conter a pressão social decorrente de más condições de trabalho. A Constituição mexicana de 1843 incluía referências à responsabilidade do Estado pela preservação da saúde pública (AITH, 2007)

A evolução no sentido de definir a saúde como uma questão social levou à fundação da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946. Com o surgimento da saúde como uma questão pública, a concepção de saúde mudou. A OMS desenvolveu e promulgou a compreensão da saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade" (AITH, 2007). Definiu uma abordagem integrada que une todos os fatores relacionados ao bem-estar humano, incluindo o ambiente físico e social propício para uma boa saúde.

Com a criação da OMS, pela primeira vez o direito à saúde foi reconhecido internacionalmente. A Constituição da OMS afirma que "gozar do mais alto padrão

de saúde possível é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião convicção política, condição econômica ou social”.

Ao longo do tempo, esse reconhecimento foi reiterado, em uma ampla gama de formulações, em diversos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, que incluem: Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25); Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem (art. 33); Carta Social Europeia (art. 11); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 12); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (art. 16); o Pacto de São José de Costa Rica (art. 8).

Vários outros instrumentos também preveem o direito à saúde. São eles: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas famílias, as Convenções de Genebra, a Declaração sobre a Proteção de Mulheres e Crianças em Emergências e Conflitos Armados, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Retardo Mental, a Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência e a Declaração sobre os Direitos dos Pacientes com AIDS.

O reconhecimento universal do direito à saúde foi ainda confirmado na Declaração de Alma-Ata de 1978 sobre Atenção Primária à Saúde, na qual os estados se comprometeram a desenvolver progressivamente sistemas de atenção à saúde abrangentes para garantir a distribuição eficaz e equitativa de recursos para manter a saúde. Esses reiteraram que responsabilidade de cuidar da saúde de suas populações, “que só pode ser cumprida com o fornecimento de medidas sociais e de saúde adequadas” (AITH, 2007). A Declaração desenvolve as bases para a implementação de sistemas de atenção primária à saúde, o que tem implicações para a observância do direito. Embora este instrumento não seja vinculativo, esse representa um compromisso adicional por parte dos Estados com relação ao direito à saúde, e estabelece o quadro de uma política integrada destinada a garantir o seu gozo (AITH, 2007).

No contexto da Conferência de Alma-Ata, a OMS elaborou o plano Saúde para Todos até o ano 2000, (AITH, 2007) que consiste em uma série de metas e programas para atingir níveis mínimos de saúde para todos. No entanto, em um contexto em que os problemas de saúde associados à pobreza e à iniquidade

continuam sendo os principais obstáculos para a obtenção de níveis mínimos de bem-estar para grande parte da população mundial, o não cumprimento dessas metas aponta para a necessidade de retrabalho das estratégias.

A promoção da saúde, um dos aspectos fundamentais da atenção primária à saúde, foi abordada de forma independente por quatro conferências sucessivas, a primeira em Ottawa, Canadá, em 1986, (AITH, 2007) e a mais recente em Jacarta, Indonésia, em 1997. Jacarta inclui uma conceituação atualizada de saúde e identifica os requisitos para sua obtenção à medida que avançamos para o próximo século. Isso inclui "paz, moradia, educação, seguridade social, relações sociais, alimentação, renda, empoderamento das mulheres, um ecossistema estável, o uso sustentável de recursos, justiça social, respeito pelos direitos humanos e equidade. Acima de tudo, a pobreza é a maior ameaça à saúde (AITH, 2007)

Outras iniciativas internacionais relevantes nos últimos anos relacionadas à saúde são o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (AITH, 2007) que englobava três metas relacionadas à redução da mortalidade infantil e materna e à garantia do acesso universal à saúde reprodutiva e familiar serviços de planejamento; e a Plataforma de Ação da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher que adotou cinco objetivos estratégicos voltados para a melhoria da saúde da mulher em todo o mundo (AITH, 2007).

Nos últimos anos, houve avanços consideráveis no direito internacional no que diz respeito à definição normativa do direito à saúde, que inclui cuidados de saúde e condições de saúde. Essas normas oferecem uma estrutura que muda a análise de questões como disparidades no tratamento de atendimento para questões de justiça social.

Com base no trabalho em epidemiologia social, um paradigma de direitos vincula explicitamente a saúde a leis, políticas e práticas que sustentam uma democracia funcional e se concentra na responsabilidade. No Brasil, enquadrar um problema bem documentado, como disparidades de saúde, como uma "violação de direitos", atribui vergonha e culpa à negligência governamental. Além disso, o direito internacional oferece padrões para avaliar a conduta estatal, bem como mecanismos para estabelecer algum grau de responsabilidade.

O direito à saúde evoluiu rapidamente sob o direito internacional e seu esclarecimento normativo tem implicações conceituais e práticas significativas para a política de saúde. A estrutura que os direitos humanos internacionais oferecem com

respeito à saúde muda a análise de questões como disparidades no tratamento brasileiro das questões de qualidade da atenção para questões fundamentais de democracia e justiça social, além de sugerir caminhos para a responsabilização.

De acordo com o direito internacional, existe um direito não apenas aos cuidados de saúde, mas também a um conceito muito mais amplo de saúde. Como os direitos devem ser realizados inerentemente na esfera social, essa formulação sugere imediatamente que os determinantes da saúde e dos problemas de saúde não são puramente biológicos ou “naturais”, mas também fatores de relações sociais. Assim, uma perspectiva de direitos é inteiramente compatível com um trabalho em epidemiologia que tem estabelecido os determinantes sociais como causas fundamentais das doenças

A primeira noção de direito à saúde segundo o direito internacional encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (doravante denominada Declaração u DUDH/1948), que foi proclamada por unanimidade pela Assembleia Geral da ONU como um padrão comum para toda a humanidade. A Declaração estabelece o direito a um “padrão de vida adequado à sua saúde e bem-estar e à sua família, incluindo cuidados médicos e o direito à segurança em caso de . . . doença, deficiência. . . ou outra falta de sustento em circunstâncias fora de seu controle. A Declaração não define os componentes de um direito à saúde; no entanto, ambos incluem e transcendem o atendimento médico.

A Guerra Fria polarizou as posições dos países em relação aos direitos humanos. Em 1966, em vez do todo indissolúvel refletido na Declaração, foram promulgados pactos gêmeos sobre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. O direito à saúde foi incluído no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

O art.12 do PIDESC estabelece explicitamente o direito à saúde e define as medidas que os estados devem tomar para "realizar progressivamente" "até o máximo de recursos disponíveis" o "mais alto padrão de saúde atingível", incluindo "a redução da taxa de natimortos e da mortalidade infantil e para o desenvolvimento saudável da criança; “A melhoria de todos os aspectos de higiene ambiental e industrial”; “Prevenção, tratamento e controle de doenças epidêmicas, endêmicas, ocupacionais e outras”; e “a criação de condições que assegurem a todos os serviços e cuidados médicos em caso de doença”.

Como é mencionado, o direito à saúde é formulado em diferentes termos nos diversos instrumentos que o protegem; em geral, encontra-se um grau relativo de comprometimento. Portanto, as obrigações decorrentes da ratificação desses instrumentos não são fáceis de determinar. Ao mesmo tempo, o CDESC se reuniu para determinar o alcance das obrigações decorrentes do direito à saúde, mas ainda não chegou a um consenso suficiente para emitir um Comentário Geral. A seguir estão as diretrizes para definir as obrigações que surgem da formulação do direito nos vários tratados do sistema das Nações Unidas.

Ainda de acordo com a redação do artigo 12 do PIDESC, os Estados Partes “reconhecem” o direito de todos ao gozo da saúde. O segundo parágrafo identifica quatro áreas nas quais medidas devem ser tomadas para garantir a plena observância desse direito:

1. reduzir a mortalidade infantil e garantir o desenvolvimento saudável das crianças;
2. melhoria das condições ambientais e monitoramento mais próximo das consequências e das condições de trabalho da indústria;
3. prevenção, tratamento e monitoramento de doenças, incluindo sistemas de saúde preventiva e sistemas de monitoramento da saúde ocupacional;
4. serviços médicos básicos para toda a população. As políticas de promoção, informação e educação para a saúde como expressões das obrigações dos Estados estão presentes no preâmbulo da Constituição da OMS e na CDC (art. 24 [2] [e]) em relação à saúde materno-infantil (OMS, 2021).

De acordo com o preâmbulo da Constituição da OMS, a adoção de medidas de promoção social é um componente essencial das responsabilidades dos estados. O acesso e os benefícios para todas as pessoas ao progresso científico e suas aplicações (especificamente no que diz respeito à saúde) são estabelecidos na Constituição da OMS e no PIDESC (art. 15 [1] [b]).

A OMS declarou que, para atingir as metas de saúde, é necessário introduzir "disposições legislativas adequadas. Por exemplo, para definir os direitos e deveres das pessoas com respeito à sua própria saúde ... para proteger a população de riscos no ambiente e permitir que as comunidades estabeleçam e administrem seus próprios programas e serviços de saúde.

A linguagem da realização progressiva e dos recursos máximos disponíveis, que sugere padrões diferentes para países diferentes, não combina facilmente com o caráter absoluto com que as pessoas no Brasil geralmente pensam sobre direitos. Ainda assim, na prática, o devido processo legal e outros direitos civis podem variar tanto. Na verdade, as disparidades flagrantes entre os países, e em

particular entre o norte e o sul globais, sugerem não a irrelevância de definir um direito à saúde, mas sim a necessidade de situar as obrigações do Estado dentro de uma economia política global em que instituições internacionais e terceiros Estados frequentemente exercem influência desordenada sobre as economias e políticas dos países em desenvolvimento. O direito à saúde exige, como todos os direitos humanos, “assistência e cooperação internacional”.

A referência a um “mais alto padrão atingível” de saúde, extraído da constituição da Organização Mundial da Saúde, constrói um padrão de razoabilidade. Ou seja, o estado tem um papel a desempenhar no nivelamento do campo de atuação social no que diz respeito à saúde; no entanto, existem fatores que estão além do controle do estado. Além disso, o mais alto padrão atingível necessariamente evoluirá com o tempo, em resposta às invenções médicas, bem como às mudanças demográficas, epidemiológicas e econômicas.

Além do PIDESC, uma ampla gama de tratados internacionais e regionais reconhece a saúde como uma questão de direitos e reflete um amplo consenso sobre o conteúdo das normas. Uma revisão dos instrumentos internacionais e documentos interpretativos deixa claro que o direito à saúde, conforme consagrado no direito internacional, se estende muito além dos cuidados de saúde para incluir pré-condições básicas para a saúde, como água potável e saneamento e nutrição adequados.

Desde o fim da Guerra Fria, a interdependência e indivisibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos civis e políticos foram amplamente aceitas. Além disso, existe agora um consenso geral de que o direito à saúde envolve tanto liberdades negativas (por exemplo, de tratamento médico não consensual e experimentação) quanto liberdades ou direitos positivos (por exemplo, acesso a cuidados).

De acordo com o direito internacional, os estados que são partes em vários tratados diferentes assumem obrigações tripartidas: (1) respeitar o direito à saúde, abstendo-se de violações diretas, como discriminação sistêmica dentro do sistema de saúde; (2) para proteger o direito de interferência de terceiros, por meio de medidas como regulamentação ambiental de terceiros; e (3) cumprir o direito por meio da adoção de medidas deliberadas destinadas a alcançar o acesso universal aos cuidados, bem como às condições prévias para a saúde. Assim, é errado

pensar o direito à saúde em termos de um pacote de serviços, mesmo um pacote que vá além da assistência médica.

Leciona Barroso (1996) que:

A realização do direito à saúde implica ainda proporcionar aos indivíduos e às comunidades uma voz autêntica nas decisões que definem, determinam e afetam seu bem-estar. A saúde pública tem uma longa tradição de reconhecer que a participação é parte integrante da promoção da saúde. [...] Além disso, as análises da importância dos determinantes estruturais da saúde e do contexto político-econômico são cada vez mais comuns (BARROSO, 1996, passim).

Enquadrar a saúde como um direito acrescenta à crescente literatura em epidemiologia social que vincula saúde com justiça social; para isso, primeiro torna explícito o vínculo entre a saúde e a construção de uma democracia funcional. Ou seja, a distribuição de recursos relacionados à saúde, evidências de discriminação e disparidades e semelhantes são analisados não apenas em termos de seu impacto sobre o estado de saúde, mas também sua relação com leis, políticas e práticas que limitam a participação popular na tomada de decisões e, em por sua vez, o estabelecimento de uma sociedade genuinamente democrática (SCHWARTZ, 2001).

Em segundo lugar, o desrespeito, proteção ou cumprimento das responsabilidades relacionadas com a saúde são interpretados não apenas em termos de problemas sociais ou econômicos decorrentes, mas também explicitamente em termos de responsabilidade do Estado e, em certa medida, de outros atores, no âmbito nacional e direito internacional (SCHWARTZ, 2001).

Assim, uma estrutura de direitos humanos simultaneamente reconhece a saúde como inerentemente política - intimamente ligada ao contexto social, ideologias e estruturas de poder - e remove as decisões de política de saúde de serem questões de puro arbítrio político, colocando-as diretamente no domínio do direito.

Como acontece com todos os direitos humanos internacionais, a implementação e o cumprimento do direito à saúde dependem criticamente de ações legislativas e judiciais em nível nacional. Mais de 70 constituições nacionais reconhecem o direito à saúde e muito mais países legislam vários aspectos do direito à saúde (SCHWARTZ, 2001). Além disso, o esclarecimento recente das obrigações normativas permitiu que uma maior atenção fosse devotada a potenciais violações do direito à saúde por comitês de monitoramento de tratados em suas "observações finais" - ou julgamentos sobre o cumprimento por parte dos estados -

bem como a aplicação por quase-judiciais instituições internacionais e tribunais nacionais em casos específicos (SCHWARTZ, 2001).

Os tribunais nacionais e os órgãos regionais que trataram da questão, em geral, concordaram com os padrões mínimos que os governos podem ser obrigados a cumprir. Em primeiro lugar, os Estados têm a obrigação de não adotar medidas retrógradas. Por exemplo, se um estado administra um programa de fornecimento de medicamentos anti-retrovirais, o retrocesso devido a dificuldades orçamentárias é inadmissível (SCHWARTZ, 2001).

Em segundo lugar, as políticas e programas de saúde não devem ser discriminatórios. Terceiro, os Estados devem envidar esforços para regulamentar a conduta de terceiros que estejam interferindo no direito à saúde, como os poluidores do meio ambiente. Quarto, os governos podem ser solicitados a desenvolver políticas e planos de ação nacionais para responder às preocupações com a saúde (SCHWARTZ, 2001).

### 1.3 ACEPÇÃO MODERNA DO DIREITO À SAÚDE

Conforme Schwartz (2001), nos últimos anos, o direito internacional desenvolveu-se rapidamente no que diz respeito à definição normativa do direito à saúde, que inclui cuidados de saúde e condições de saúde. Ter o direito à saúde implica também ter o direito de participar nas decisões que afetam a saúde e, portanto, vincula as questões de saúde à cidadania social ativa. Entre outras coisas, o reconhecimento nacional do direito à saúde cria um papel para o estado em garantir a igualdade de acesso aos cuidados e às condições prévias para a saúde e exige a eliminação da discriminação sistêmica.

No Brasil, enquadrar um problema reconhecido de outra forma, como disparidades no tratamento, como uma “violação de direitos” sugere que a situação pode ser diferente e que o governo tem a responsabilidade. A linguagem dos direitos atribui vergonha e culpa à negligência estatal. Além disso, as normas internacionais relativas ao direito à saúde oferecem padrões para avaliar a conduta governamental e mecanismos para estabelecer algum grau de responsabilização.

Segundo a OMS (1994) a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Como se vê, o conceito de saúde, não está diretamente relacionado à existência de um mal. Juridicamente, este conceito

acaba por tornar mais elástica a necessidade de proteção da saúde do indivíduo, cabendo ao Estado Social elaborar políticas públicas eficazes para a manutenção deste equilíbrio, pois a qualidade de vida não está apenas ligada a questões médicas, mas também envolve tudo que se relaciona ao bem-estar da pessoa humana.

É o que entende Duarte (1994) quando conceitua o direito à saúde:

Direito a saúde integra o conceito de qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, **mas sim aquelas que moram em casas salubres**, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer. (DUARTE, 1994, p. 173, grifo nosso).

Com efeito, esses conceitos envolvem muito mais que doenças e tratamentos médicos, eles se relacionam com a interação integral do indivíduo com o seu meio social. Diante disso, as políticas públicas para as garantias dos direitos constitucionalmente assegurados devem ser abrangentes para que todo o equilíbrio pessoal seja atingido. Neste sentido, prescreveu-se na Lei nº 8080/90, em seu art. 3º que:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. 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. (BRASIL, 1990).

Isto posto, emerge o compromisso jurídico, como também o social a respeito desta proteção, tendo em conta que uma vez elevado ao status de direito fundamental, o direito à saúde torna-se norma de aplicabilidade direta e imediata, não podendo ser destituída de efetividade.

A CRRB/88 foi a primeira a relacionar o direito à saúde como direito fundamental, inserindo-o entre os direitos sociais, que, diga-se de passagem, foram conquistados a duras penas. É o que se apanha do seu artigo 6º quando estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a à infância, a assistência aos desamparados.

Mais adiante no texto constitucional, dedicou-se uma seção inteira, no capítulo que trata da seguridade social, apenas para esse direito social em particular. A propósito, no artigo 196, da CFRB/88 (grifos nossos, versão digital),

ficou estampado que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Além da topografia dos preceitos constitucionais indicarem a sua natureza fundamental, cabe destacar que o legislador deixou claro no artigo 2º, da Lei nº 8080/90 que:

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).

No entanto, necessário que se diga, que a qualificação do direito à saúde como direito fundamental não se constitui em pura retórica constitucional, desprovida de qualquer relevância jurídica. Segundo pontua Barroso (1996):

A constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 1996, p. 83).

Neste contexto, o direito à saúde em seu sentido pleno foi transformado em direito subjetivo, devendo ser tutelado especificamente pelo judiciário, sendo suas determinações ao Poder Executivo imperiosas quanto ao cumprimento das expectativas constitucionais referentes a esses direitos, em especial ao fornecimento de medicamentos.

Além disso, Branco e Mendes (2011) lecionam que,

Para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação a saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. (BRANCO; MENDES 2011, p. 686).

No mesmo sentido, tratados e convenções internacionais se preocuparam em dispor em seus textos que tal seria direito do indivíduo oponível ao Estado, conforme a já mencionada DUDH/1948 que todo homem tem direito, em plena igualdade, a

uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Ademais, o Pacto de São José de Costa Rica (CADH/1969) postula em seu Art. 8º que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CADH, 1969).

O reportado princípio pressupõe que o Poder Judiciário não poderá excluir da sua apreciação qualquer violação a direito, devendo ser aquele a ferramenta de pacificação social, e com isso deverá ser universalmente acessível, independente das condições sociais do necessitado da justiça. Aqui, vale lembrar o escólio de Melo (2006):

O direito fundamental de acesso à justiça significa a garantia de uma tutela legítima quanto ao seu comando (adequação à ordem jurídica), tempestiva quanto ao momento de sua prestação, universal quanto ao alcance social por ela proporcionado (acessível a todas as classes, com alcance de um contingente máximo de conflitos) e efetiva pelos resultados materiais atingidos. (MELO, 2006, p. 684).

Para além deste significado expresso no texto constitucional, o princípio supracitado possui outro implícito: de nada vale ser o Poder Judiciário universal, se aqueles que dele necessitam não têm respostas efetivas dos seus problemas. Sendo este princípio a garantia ofertada pela Constituição ao seu jurisdicionado quando lhe é tolhido o seu direito.

## **CAPÍTULO II – DA FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO À NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO**

O surgimento de tecnologias de saúde avançadas, novos produtos farmacêuticos e dispositivos médicos e serviços de saúde inovadores forçou os governos a tomar difíceis decisões de priorização dentro de um orçamento de saúde limitado. Com a definição implícita de prioridades, os médicos usam seu critério para determinar quem receberá quais cuidados.

### **2.1 PRIORIDADES DOS ESTADOS**

Para Marques (2012), na definição explícita de prioridades, os governos podem utilizar processos formais para alocar recursos para maximizar o impacto da cobertura universal na saúde da população. Às vezes, esses processos são bem-sucedidos, mas outras vezes esses não dão a devida consideração às restrições financeiras ou do sistema de entrega.

A definição de prioridade racional é uma forma baseada em evidências de definição de prioridade explícita. A definição de prioridades é racional quando o processo é tornado explícito e transparente, os tomadores de decisão são especificados e é conduzido de maneira deliberativa, envolvendo as partes interessadas relevantes e levando em consideração as melhores evidências disponíveis sobre os valores clínicos e de relação custo-benefício e sociais (MARQUES, 2012).

Os processos de definição de prioridades mais racionais também levarão em conta o benefício para os pacientes, o custo, a ética e a justiça. À medida que os governos tomam essas decisões de priorização, eles enfrentam outro desafio: o conflito com o judiciário. Os indivíduos frequentemente recorrem ao sistema judicial para argumentar que negar a cobertura pública de um determinado produto contradiz seu direito à saúde garantido internacional ou nacionalmente. E muitas vezes estão ganhando seus casos.

Por meio dessa “judicialização” do direito à saúde, os tribunais podem determinar que as ineficiências administrativas e os processos de priorização que negam a um indivíduo o acesso ao serviço de saúde desejado ou exigido violam o

dever do governo de proteger o direito à saúde. Para Cunha Júnior (2018), essa é fundamental para garantir o acesso dos pacientes às tecnologias ou serviços a que têm direito.

Ainda para Cunha Júnior (2018 por último, os tribunais podem conceder aos pacientes acesso a medicamentos não cobertos como resultado do estabelecimento explícito de prioridades para alocar recursos finitos. Ao fazê-lo, os tribunais podem dar prioridade àqueles com meios e incentivos para recorrer aos tribunais, em detrimento da maximização da equidade e da saúde de base populacional.

Para Aith (2017), os processos de tomada de decisão informados e baseados em evidências podem garantir que os produtos mais clinicamente e com melhor custo-benefício alinhados com os julgamentos de valor social sejam priorizados. Os governos devem estar equipados para se engajar e defender a definição racional de prioridades, e o processo de definição de prioridades e as instituições envolvidas devem ser responsabilizados por meio de uma oportunidade de apelação e revisão judicial. Como resultado, os tribunais poderiam confiar mais nas opções de cobertura do governo e na população.

Ademais, Mânica (2011) compreende que é importante ressaltar que essa judicialização do direito à saúde é muitas vezes crítica para conceder acesso aos produtos de saúde aos quais os cidadãos têm direito sob o sistema de cobertura universal de um estado - e de fato teria, se não fosse por falha do governo. Por exemplo, em 1993, a Colômbia aprovou uma lei criando um sistema de benefícios de duas camadas, utilizando seguradoras públicas e privadas para adquirir cuidados de saúde para os pacientes (AITH, 2017).

Para Melo (2006) aumento dramático nas reclamações judiciais após a implementação da reforma foi um sinal de falhas sistêmicas em sua implementação - os pacientes constantemente entraram com ações judiciais para exigir acesso aos serviços já em seus planos de cobertura. Nesses casos, os tribunais desempenharam um papel fundamental ao expor as ineficiências sistêmicas que negavam aos cidadãos o acesso aos serviços aos quais eles tinham direito legal. Da mesma forma, os tribunais do Brasil, Costa Rica e Argentina proferiram uma série de decisões que denunciam a falta de cumprimento das prioridades estabelecidas (MELO, 2006).

Melo (2006) compreende um segundo tipo de judicialização do direito à saúde, os pacientes desafiam as decisões de definição de prioridades explícitas e

aparentemente razoáveis que negam o acesso aos cuidados - cuidados que às vezes são prescritos por um médico, embora não estejam no pacote de benefícios. Assim, os tribunais anulam o processo oficial de definição de prioridades do governo. Às vezes, a decisão do governo de não incluir uma tecnologia no pacote de benefícios de saúde pode ter sido imprudente, e a concessão do tribunal a um indivíduo de acesso crítico a uma tecnologia necessária pode ser uma correção desejável. No entanto, se o governo tomar uma decisão informada de definição de prioridades que, mesmo assim, os tribunais anulem, a judicialização do direito à saúde pode ameaçar decisões razoáveis e responsáveis por parte do governo.

Desse modo, Aith (2017) reconhece a importância da judicialização do direito à saúde deve garantir que os governos cumpram a letra e o espírito dos direitos humanos internacionais. No entanto, o estabelecimento de prioridades racionais com base em evidências e com um olho na equidade é, argumentamos, a melhor maneira de salvaguardar uma alocação ética de recursos escassos de saúde, e deve ser protegida.

Esse ainda propõe métodos para garantir que os governos se envolvam em processos racionais de definição de prioridades e para equipar os tribunais com as ferramentas necessárias para avaliar se a definição racional de prioridades foi ou não conduzida. Com esse conhecimento, os tribunais podem decidir melhor se a exclusão de um produto de saúde realmente ameaça o direito à saúde.

## 2.2 DIVISÃO DOS PODERES E ALOCAÇÃO DOS RECURSOS ESTATAIS

Quando de sua pesquisa Yamin (2019) questiona como o estabelecimento de prioridades confronta uma questão crítica: como a sociedade aloca eticamente recursos escassos? Assim, esse considera que os Pacientes que utilizam o mencionado art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou direitos semelhantes, em sua alegação de direito à saúde podem argumentar que têm o direito ao “mais alto padrão alcançável” de saúde, por exemplo (YAMIN, 2019).

No entanto, os estados não podem garantir carta branca do mais alto padrão de saúde possível para todos os cidadãos sem levar em consideração as limitações de recursos. A tentativa de atender às necessidades máximas de saúde de cada

indivíduo sobrecarregaria a capacidade de uma sociedade de fornecer outros bens sociais, como educação e defesa (CHARVEL, 2015).

A equidade e ética devem ser considerações críticas para garantir a definição adequada de prioridades. Os governos devem considerar se os interesses de alguns grupos são promovidos injustamente em relação aos de outro. A atenção ao princípio de equidade no acesso à atenção, qualidade da atenção, resultados e proteção financeira pode promover uma distribuição justa de benefícios entre diferentes grupos populacionais e de doenças (YAMIN, 2019).

Ao buscar maximizar a saúde da população, o governo não deve desconsiderar sua obrigação ética de garantir benefícios e reduzir os danos aos indivíduos. (YAMIN, 2019). alguns casos, a atenção à saúde da população pode desconsiderar as necessidades individualizadas de um grupo de doenças altamente vulneráveis. O governo pode desejar desenvolver políticas para reconhecer e oferecer proteção para essas necessidades altamente individualizadas.

É importante dar atenção especial às necessidades dos habitantes mais vulneráveis e marginalizados da sociedade. Mesmo que uma intervenção não seja a mais econômica, pode ser necessário garantir aos grupos de doenças vulneráveis oportunidades iguais de direito à saúde. As decisões judiciais para anular uma decisão de cobertura podem maximizar a saúde individual apenas para aqueles com os recursos para apresentar uma reclamação, mas não para aqueles em grupos de doenças vulneráveis.

Um pacote de benefícios equitativos geralmente exclui produtos de saúde que não podem ser fornecidos a todas as pessoas para as quais esse produto é clinicamente indicado (YAMIN, 2019). A decisão de um tribunal de conceder a um paciente acesso ao produto que ela exige normalmente se aplica apenas a esse paciente (YAMIN, 2019).

Assim, as decisões que concedem aos indivíduos acesso às intervenções que demandam podem criar uma desigualdade horizontal porque outros com a mesma necessidade da intervenção são tratados de forma diferente (CHARVEL, 2015) entender-se que o direito à saúde estritamente em um nível individual, o resultado provavelmente será um acesso desigual e subjetivo ao mais alto padrão de saúde possível. Para evitar isso, os tribunais podem buscar manter as decisões de definição de prioridades quando estiverem em um alinhamento razoável com as

evidências e os julgamentos de valor social dessa sociedade mais ampla (YAMIN, 2019).

O mais alto padrão de saúde alcançável de um cidadão só pode ser determinado dentro dos limites do que o país pode pagar com justiça. Isso é verdade, desde que o governo já esteja alocando uma porcentagem justa de seu orçamento total para a saúde.

Ao conceder acesso a produtos com base no direito do indivíduo à saúde, sem considerar cuidadosamente que o produto pode ter sido negado racionalmente, os tribunais poderiam garantir a um indivíduo o acesso a um produto inacessível para todos os que dele precisassem. Ao fazer isso, os tribunais ameaçam o direito à saúde da população em geral (YAMIN, 2019).

Para Charvel (2015), o objetivo principal de um sistema de cobertura universal de saúde é atingir o mais alto nível de cobertura de serviço para a população como um todo. Se o governo concedesse acesso indiscriminadamente a todos os produtos solicitados pelos pacientes ou prescritos pelos médicos, haveria o risco de desviar recursos escassos de produtos de baixo custo, alta eficácia e amplo impacto para produtos de alto custo e baixo potencial.

Para exemplificar uma ação de judicialização no âmbito do direito comprado, Aith (2017) expõe:

*Em Marquez Velazquez Antonio Gerardo vs. Ministério da Saúde Pública, o tribunal uruguaio concedeu a um paciente o acesso ao medicamento sunitinibe depois que o sorafenibe não tratou seu câncer renal metastático. O sunitinibe foi subsequentemente incluído no formulário nacional do medicamento. No entanto, os estudos de nível 1 exigidos pela regulamentação para provar a eficácia do medicamento após o sorafenibe - e colocá-lo no formulário nacional do medicamento para uso subsequente - nunca foram realizados. O tribunal considerou “manifestamente ilegítimo” exigir prova da eficácia da utilização dos tratamentos em ordem sequencial, afirmando que cabe ao médico apenas fornecer meios, não produzir resultados. Afirma que um “alto nível de evidência científica” apóia o uso de sunitinibe após o sorafenibe, e “a única maneira de saber se o medicamento funciona é administrá-lo ao paciente”. o GerardoA decisão desafia os esforços do Uruguai para estabelecer um sistema baseado em evidências para o estabelecimento de prioridades e prejudica a solvência financeira de seu sistema de saúde (AITH, 2017, p. 252, grifos do autor).*

Alguns tribunais dão mais peso à opinião do médico que o recomenda do que aos especialistas clínicos fornecidos pelo governo ou ao próprio protocolo para determinar a cobertura (AITH, 2017). Às vezes, isso se deve à fraca representação do governo para apoiar seu método de definição de prioridades e para desafiar evidências contraditórias (YAMIN, 2019).

No entanto, muitas vezes é devido à deferência judicial ao médico prescritor. Ainth (2017) revela que em seu estudo que as decisões judiciais brasileiras relevantes entre 2007 e 2008 descobriu que 97% dos casos foram decididos com base nas evidências médicas fornecidas pelo médico prescritor, sem considerar a qualidade do tratamento, a necessidade do paciente ou opções alternativas de tratamento.

Retomando ao direito comparado, Aith (2017) exemplifica que os tribunais da Costa Rica freqüentemente decidiram que a prescrição do médico prescritor supera os padrões técnicos usados para determinar a cobertura. Ademais, essa expõe:

No caso Vera Salazar Navarro x Caja Costarricense de Seguro Social , a Instituição de Seguro Social da Costa Rica se recusou a cobrir o medicamento de marca que a Sra. Navarro exigia para sua esclerose múltipla, em vez de se oferecer para reembolsar a opção genérica mais barata. O tribunal ordenou que a Instituição reembolsasse a alternativa de marca, alegando que a Instituição violou o direito do paciente à saúde ao se recusar a cobrir o medicamento exato que o médico prescreveu. Nos últimos três anos, no entanto, os tribunais Costa Ricanos começaram a dar mais peso às evidências que sustentam uma decisão de cobertura, sinalizando que podem estar preparados para oferecer maior deferência ao estabelecimento racional de prioridades (AITH, 2017, p. 252).

A confiança indevida na opinião médica prescritor é problemática por três razões. Em primeiro lugar, as evidências sugerem que indivíduos mais ricos de bairros de renda mais alta apresentam reclamações de direito à saúde de maneira desproporcional, especialmente quando advogados particulares litigam, concedendo-lhes benefícios desiguais com prescrições médicas exclusivas (CHARVEL, 2015).

Os governos frequentemente se recusam a adicionar um produto à cesta de benefícios de cobertura universal após uma ordem judicial para fornecê-lo a um paciente individual. O benefício é concedido apenas ao autor da ação judicial, a menos que o tribunal estenda sua decisão a toda a classe de pacientes. Isso é particularmente verdadeiro em sistemas jurídicos civis, onde os tribunais não são obrigados a seguir o precedente de decisões anteriores - cada caso é independente (CHARVEL, 2015).

Em segundo lugar, as motivações do médico prescritor ao recomendar produtos descobertos nem sempre são claras. Mesmo que os pacientes não sejam principalmente indivíduos de alta renda com representação privada, a representação pública dos casos de direito à saúde pode ser tão preocupante.

Em muitos casos, associações cívicas ou organizações não governamentais (ONGs) entram com ações judiciais em nome dos pacientes. A maioria dos pacientes não sabe o nome ou a localização da ONG ou do pedido da associação em seu nome, as ONGs costumam apresentar reivindicações em nome de grupos específicos de doenças e grupos de pacientes que oferecem aconselhamento jurídico podem ser abertamente financiados por empresas farmacêuticas. Isso sugere que as empresas farmacêuticas podem estar desempenhando um papel indireto no patrocínio de litígios para obter apoio governamental para seus produtos (CHARVEL, 2015).

Uma grande porcentagem dos casos pode ser movida por uma pequena proporção de advogados em nome de receitas prescritas por uma proporção modesta de médicos. Novamente, essa evidência convida à hipótese de uma relação entre ONGs, médicos, advogados e empresas farmacêuticas (YAMIN, 2019).

Quando os esforços de definição de prioridades de um governo não são científicos, são desenvolvidos de forma injusta, têm motivação política ou têm outras falhas, a revisão judicial da decisão do governo de negar ou deixar de fornecer cobertura tecnológica adequada é crítica.

Em 2002, a Campanha de Ação de Tratamento desafiou a criação do governo sul-africano de um programa de saúde pública projetado para mitigar a transmissão vertical do HIV. O programa ofereceu nevirapina gratuitamente em certos locais-piloto para mulheres grávidas soropositivas para prevenir a transmissão sem cronograma de expansão nacional. O tribunal considerou que o governo não estava tomando medidas razoáveis para reduzir a transmissão de mãe para filho e ordenou que desenvolvesse um programa abrangente em todo o país (AITH, 2017).

Para Yamin (2019), isso não quer dizer que a judicialização adequada do direito à saúde requer uma reivindicação de base populacional - em vários casos, os tribunais concederam aos indivíduos acesso a medicamentos internacionalmente reconhecidos como clinicamente e com boa relação custo-benefício, como a terapia anti-retroviral para HIV (AITH, 2017).

No entanto, se as decisões forem tomadas sem quaisquer estratégias para avaliar a racionalidade da definição de prioridades, a judicialização do direito à saúde pode continuar a colocar em risco a capacidade do governo de utilizar recursos para maximizar a saúde de base populacional. A tendência à judicialização está crescendo. Assim, deve-se de anular a decisão do governo de excluir a

glucosamina de seu pacote de benefícios, marcando seu primeiro caso judicializando o direito à saúde (AITH, 2017).

Portanto, está se tornando mais importante do que nunca equipar os sistemas de saúde com habilidades para se engajar e defender o estabelecimento racional de prioridades. Os tribunais também devem ser capacitados com as ferramentas, como uma compreensão completa da necessidade e do processo de definição racional de prioridades para determinar a legitimidade da decisão de inclusão ou exclusão de um governo (AITH, 2017)

Para Yamin (2019), as decisões de cobertura sob um esquema de cobertura universal de saúde devem garantir uma alocação justa de recursos a fim de maximizar a saúde da população. Para garantir que tais decisões sejam tomadas, devemos promover a tomada de decisões judiciais informadas e garantir o estabelecimento racional de prioridades.

A força e o papel dos tribunais em julgar o direito à saúde sempre variarão entre os países, especialmente considerando a tendência de alguns sistemas judiciais de serem mais respeitosos com a política governamental do que outros. Apesar da variedade entre os sistemas judiciais, todos os sistemas de saúde poderiam se beneficiar da utilização de especialistas para representar as decisões de definição de prioridades do governo, com força igual à representação do paciente - fortalecendo assim a defesa legal do sistema de saúde.

Os especialistas científicos poderiam realizar estudos metodologicamente sólidos, avaliando rigorosamente o custo e a eficácia dos produtos médicos. Outros especialistas em sistemas de saúde podem esclarecer os julgamentos de valor social em que se baseiam para tomar decisões de cobertura.

As evidências devem apoiar a definição de prioridades do ponto de vista científico (por exemplo, fornecendo dados sólidos, evidência clara da base pela qual a cobertura de um produto é negada) ou um ponto de vista social - e não simplesmente os aspectos técnicos administrativos da definição de prioridades.

Os especialistas também poderiam fortalecer a defesa do governo argumentando o impacto coletivo que a cobertura teria se concedida a todos que precisam do produto desejado pelo paciente. Os tribunais são mais capazes de opinar sobre o impacto coletivo que uma decisão teria sobre os recursos escassos (AITH, 2017)

No entanto, seria insuficiente equipar os governos apenas com ferramentas para uma melhor defesa por três razões. Primeiro, uma defesa fraca nem sempre é o problema. Em certos casos, os casos de acesso são discutidos antes que o sistema de saúde tenha avaliado o valor dessa tecnologia e o governo ainda não tenha coletado as evidências necessárias para apoiar sua decisão a favor ou contra a cobertura.

Finalmente, as evidências sugerem que os tribunais às vezes não confiam no processo de definição de prioridades, o que os deixaria confortáveis em confiar nele. Ao fazê-lo, reconheceu a necessidade de revisão externa da definição de prioridades, mas também expressou preocupação de que a comissão para a qual foi adiado possa não atender aos padrões de transparência e outros processos justos.

Tais decisões oferecem duas lições importantes: primeiro, que os tribunais podem estar dispostos a reconhecer suas limitações na revisão da definição de prioridades e, segundo, que os tribunais desejam a capacidade de adiar a um processo de definição de prioridades justo e defensável. Se encorajarmos os países a se engajarem na definição racional de prioridades para determinar seu pacote de benefícios, os países tomarão as decisões mais baseadas em evidências sobre a cobertura que sejam defensáveis em tribunal (YAMIN, 2019).

Os países diferem muito no acesso a recursos para definição de prioridades, capacidade de conduzir a definição de prioridades e interpretações culturais e institucionais dos principais processos e valores de definição de prioridades (CHARVEL, 2015).

Seria inviável defender um sistema único e padronizado de definição racional de prioridades. No entanto, todos os países poderiam se esforçar para se engajar na definição racional de prioridades por meio de uma abordagem explícita, transparente e baseada em evidências, como a avaliação de tecnologias de saúde (CHARVEL, 2015).

Usando resultados de ensaios clínicos e dados epidemiológicos de eficácia, o HTA identifica os produtos de saúde que funcionam melhor, para quem eles funcionam melhor, como eles se comparam a suas alternativas e quanta demanda eles colocam nos recursos do sistema de saúde.<sup>41</sup> Uma avaliação considera as questões sociais, econômicas, organizacionais e éticas de uma intervenção de saúde para informar a tomada de decisões políticas (CHARVEL, 2015).

Após uma recomendação inicial com base em custo e eficácia clínica e considerações sociais, os processos de ATS podem incluir um processo de apelação para revisão independente da decisão de priorização pelo sistema de saúde e especialistas em saúde.

Muitos países oferecem às partes interessadas a oportunidade de apelar (ou solicitar revisão independente) da recomendação final ou buscar revisão judicial (CHARVEL, 2015). O Instituto Nacional de Excelência em Saúde e Cuidados (NICE) oferece um excelente exemplo. O NICE funciona como a agência de HTA do Serviço Nacional de Saúde para a Inglaterra e País de Gales. Como uma das principais agências de HTA internacionalmente, o NICE oferece a oportunidade de apelar de sua decisão caso tenha agido injustamente ou excedido seus poderes, ou feito uma recomendação irracional à luz das evidências (CHARVEL, 2015).

Mesmo depois que o painel de apelações tomar uma decisão, a decisão ainda poderá ser apelada para revisão judicial com base em fundamentos como injustiça processual, discriminação ou irracionalidade (CHARVEL, 2015). Uma oportunidade de apelação (antes da revisão judicial) poderia ser incorporada aos processos de ATS de forma mais ampla.

Os princípios de “responsabilidade pela razoabilidade” de Daniels são frequentemente invocados para orientar um processo justo de tomada de decisão de estabelecimento de limites (CHARVEL, 2015). Daniels argumenta que a sociedade pode não chegar a um consenso geral sobre o que é necessariamente uma priorização justa, mas quatro princípios orientam um *processo* justo de priorização. Esse sugere que isso requer transparência, justificativa para a relevância da decisão sob restrições de recursos, um mecanismo para contestar a decisão e regulamentação ou execução do processo (CHARVEL, 2015).

A definição de prioridade racional com a oportunidade de apelar promove a responsabilidade pela razoabilidade. O processo de definição de prioridades considera de forma transparente as evidências e os valores sociais importantes para tomar uma decisão de cobertura justa e muitas vezes convida a participação das partes interessadas para tomar decisões importantes, equilibrando as evidências com julgamentos de valor (CHARVEL, 2015).

Ao fazer isso, os países também podem se esforçar para maximizar a saúde de base populacional enquanto acomodam grupos de doenças específicas e populações marginalizadas de acordo com valores específicos da sociedade. Um

processo de apelação pode oferecer a oportunidade de contestar a validade da decisão e a revisão judicial a capacidade de garantir que o processo de definição de prioridades foi realizado de forma racional.

Em teoria, a responsabilização pela razoabilidade aumenta a transparência e a existência de mecanismos intrínsecos do sistema de saúde para os pacientes contestarem as decisões de cobertura, o que poderia impedi-los de recorrer aos sistemas judiciais.

A maneira como os países implementam um processo de três etapas de (1) definição racional de prioridades, (2) recurso e (3) revisão judicial (CHARVEL, 2015). será diferente dependendo das limitações de recursos, sistemas políticos e valores sociais. A experiência do Reino Unido sugere que os tribunais adotam seu papel de revisar a justiça processual e a racionalidade das decisões do NICE. Os casos de busca de acesso a um produto específico podem ocorrer quando o NICE ainda não revisou a intervenção.

Para Yamin (2019), a experiência de países que até agora se empenharam fortemente na judicialização do direito à saúde poderia ser bem diferente. No entanto, à medida que os países avançam em direção à definição racional de prioridades, eles têm a oportunidade de fazer perguntas críticas sobre o impacto que os processos de definição racional de prioridades têm na tomada de decisão do tribunal.

Em última análise, encorajar os países a se engajarem na definição racional de prioridades por meio da ATS aborda três questões principais com a judicialização do direito à saúde. Em primeiro lugar, as evidências resultantes do processo de ATS podem apresentar aos tribunais dados concretos de custo e eficácia clínica e os julgamentos de valor social em que se baseiam para orientar a decisão de definição de prioridades do governo.

Em segundo lugar, o processo estruturado para tomada de decisão de definição de prioridades pode dar aos tribunais maior confiança e confiança na decisão do governo de incluir ou excluir um determinado produto, respondendo às hesitações expressas no caso mexicano considerando o Eculizumab. Finalmente, ao considerar a eficácia clínica, a relação custo-benefício e os valores sociais, os tomadores de decisão podem explicar o impacto e a necessidade de uma tecnologia em nível social (CHARVEL, 2015).

No entanto, os três estágios de prestação de contas só terão sucesso por meio da cooperação entre os tribunais, os formuladores de políticas de saúde e funcionários do governo. Para que os tribunais se sintam à vontade para revisar o processo de ATS em vez da decisão em si, eles devem ter certeza de que (1) o processo de apelações analisa de forma justa a decisão de cobertura e (2) o processo inicial de ATS considera racionalmente as evidências sociais e científicas (CHARVEL, 2015).

Para tanto, os processos de ATS devem ter como objetivo utilizar as evidências para tomar decisões de cobertura que tratem como pessoas da mesma forma, assim como o tribunal pretendeu remediar na Campanha de Ação de Tratamento. Os governos podem ser responsáveis por valores de nível social e grupos de doenças específicos conforme acharem adequado, mas alocar recursos de forma equitativa, garantindo que cada membro de um grupo seja tratado da mesma forma.

Se a definição racional de prioridades for baseada em evidências e equidade, os tribunais podem ter o poder de confiar mais na decisão de cobertura do governo e, em vez disso, avaliar a racionalidade do processo (CHARVEL, 2015).

Implementar e cultivar a definição racional de prioridades exigirá os esforços combinados dos governos para adotar um processo apropriado e tribunais para dar maior peso às evidências - maximizando a saúde da população e, ao mesmo tempo, dando atenção aos vulneráveis e marginalizados. Com esse equilíbrio, a definição racional de prioridades e a judicialização do direito à saúde podem e devem coexistir. Os tribunais devem continuar a desempenhar um papel fundamental na supervisão da justiça processual no estabelecimento de prioridades racionais e na aplicação adequada das tecnologias priorizada

### CAPÍTULO III – JUDICIALIZAÇÃO NA PANDEMIA

Em 2020 as relações sociais tiveram que adaptar-se a um novo contexto. Em decorrência do avanço da disseminação do Coronavírus, autoridades de saúde e de vigilância sanitária em todo mundo recomendarão o chamado distanciamento e isolamento social. Segundo relatos da Organização Mundial de Saúde (OMS), o maior número de casos confirmados está nos Estados Unidos, Itália, Espanha e França. Até fevereiro de 2021, já existiam mais 116.000.000 casos confirmados de COVID-19 em todo o mundo. No Brasil, o Ministério da Saúde (2021) confirma que já são mais de 10 milhões de caso, sendo mais de 250 mil mortes.

Conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS), uma pandemia ocorre quando uma doença infecciosa se dissemina de forma significativa e contínua de pessoa para pessoa em vários países ao redor do mundo ao mesmo tempo. A última vez que ocorreu uma pandemia foi em 2009 com a gripe suína, que os especialistas acreditam ter matado centenas de milhares de pessoas (OMS, 2021).

Até 213 países e territórios registraram casos de COVID-19 e todo o mundo. Atualmente, muitos países adotaram medidas - algumas delas rigorosas - para retardar a disseminação do SARS-CoV-2, o vírus que causa o COVID-19 (OMS, 2021). Enquanto alguns desses países estão considerando a possibilidade de facilitar as medidas, outros já decidiram mantê-las em vigor nas semanas seguintes.

Por ser uma doença infectocontagiosa de alto grau de transmissibilidade, chefes dos executivos lançaram mão de inúmeros Decretos regulando normas para abertura de estabelecimentos sociais e circulação de pessoas nas ruas. Buscando evitar uma disseminação ainda maior da doença, algumas cidades chegaram a decretar o chamado “*lockdown*” medida que permite apenas a abertura de serviços considerados essenciais à saúde e limita e restringe a circulação de pessoas (OMS, 2021).

Outra medida que adotado por algumas cidades foi o “toque de recolher” que proíbe a circulação de pessoas, no perímetro urbano, em determinadas horas. Tais ações ocasionaram o movimento “Fique em Casa” que faziam com que as pessoas refletissem sobre a importância de permanecer em suas residências o máximo de tempo possível (OMS, 2021).

Para que a prática do isolamento social funcionasse, inúmeras transformações sociais foram necessárias. Destaca-se o crescimento de empresas

que passaram a adotar o sistema de entrega chamado de “delivery” e o modelo de trabalho denominado de “home officie” (OMS, 2021).

No Brasil, com a edição da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, houve uma adoção formal e gradativa para o enfrentamento da pandemia. Assim, versa o art. 3º:

Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização **compulsória** de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, III – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus (...) (BRASIL, 2020, grifo nosso).

No âmbito científico, pandemia COVID-19 ocasionou um impulsionamento na pesquisa, o desenvolvimento e na produção de vacinas em uma escala sem precedentes. Existem mais de 150 vacinas diferentes atualmente em desenvolvimento em todo o mundo, embora apenas 26 estejam em testes clínicos (CESPEDES; SOUZA, 2020).

Um dos testes clínicos foi a vacina da Universidade de Oxford. A equipe de pesquisa usou uma tecnologia de vacina que havia desenvolvido anteriormente para a SARS, em seu primeiro teste em 1.000 pessoas, começou em abril (CESPEDES; SOUZA, 2020). Esse estudo mostrou sinais promissores de segurança e a resposta dos receptores estavam que produzem anticorpos contra o vírus COVID.

Diante das respostas positivas, a vacina passou para ensaios maiores (fase 3), primeiro em 10.000 pessoas no Reino Unido e depois em todo o mundo. Na prática, o anúncio que causou uma reação na mídia, uma vez que, foi a primeira publicação de resultados mostrando que as pessoas produzem anticorpos após a vacinação. As evidências dos estudos maiores são necessárias para mostrar se isso evita que as pessoas contraiam a doença COVID (CESPEDES; SOUZA, 2020).

A vacina Oxford não é a única vacina potencial: pelo menos cinco outras vacinas de diferentes também entraram em testes de fase 3 em julho. Essas pesquisas utilizam diferentes tecnologias de vacinas. Todavia, ambas fazem

apropriação da técnica de aplicação do SARS-CoV-2 inativado e duas usam partículas de lipídios (gordura) para transportar o material genético do vírus (CESPEDES; SOUZA, 2020). Como a vacina Oxford, todos esses testes de vacinas precisarão verificar se a vacina é segura e previne a infecção. Quanto tempo leva para obter essa evidência dependerá da taxa de transmissão nas áreas onde ela é testada.

Diante dos avanços científicos, em abril de 2020, a OMS emitiu uma declaração pública assinada por especialistas em todo o mundo que estavam trabalhando para desenvolver vacinas contra COVID-19. Nos termos da declaração, os cientistas alertam que, embora uma vacina para uso geral leve tempo para se desenvolver, uma vacina pode, em última análise, ser instrumental no controle desta pandemia mundial (OMS, 2020). A Organização também hospeda um panorama regularmente atualizado das vacinas globais e seu estágio atual de desenvolvimento.

Como já mencionado, a vacina é desenvolvida através de uma parceria entre a Universidade de Oxford e uma conglomerante da indústria farmacêutica. Diante do critério do sigilo da pesquisa, poucos dados sobre o a metodologia é de fato exposta mesmo para a comunidade científica. De forma breve, a referida Instituição relatou alguns detalhes da pesquisa

iCoVacc é um candidato a vacina SARS-CoV2 inativado. Em camundongos e ratos, o PiCoVacc induz anticorpos direcionados à proteína S, que são capazes de neutralizar 10 cepas representativas de SARS-CoV2. A imunização de macacos rhesus também produz anticorpos neutralizantes. Uma alta dose de PiCoVacc protegeu os animais da doença após o desafio com SARS-CoV2 sem vRNA na faringe e pulmões no dia 7 e sem evidência histológica de pneumonia. PiCoVacc não mostrou aumento dependente de anticorpos nem efeitos imunopatológicos em qualquer dosagem. Este estudo demonstra a eficácia protetora e segurança de PiCoVacc em macacos rhesus e oferece uma vacina candidata viável contra SARS-CoV2 para entrar em testes clínicos de Fase I. (OXFORD, 2020, p. 01, tradução nossa).

São inegáveis os avanços da Oxford. Todavia, é preciso lembrar que COVID-19 é novo para a humanidade e a natureza das respostas imunes protetoras é mal compreendida, não está claro quais estratégias de vacina terão mais sucesso. Portanto, é imperativo desenvolver várias plataformas e estratégias de vacinas em paralelo.

A pandemia da doença coronavírus (COVID-19) é o desafio para a humanidade. É amplamente aceito que a normalidade pré-pandêmica não retornará

até que uma estratégia de vacina segura e eficaz esteja disponível e um programa de vacinação global. Todavia, é preciso que a sociedade se organize para o enfrentamento dessa condição.

As complicações oriundas da infecção por COVID-19 são classificadas em uma gradação de leve a grave. Ainda que a maior parte da população desenvolva sinais de natureza semelhante a um resfriado, o chamado grupo de risco requer uma atenção direcionada desde o momento das medidas de proteção.

### 3.1 VACINAÇÃO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE

Como já mencionado, os estudos sobre o enfrentamento do Corona Vírus ainda estão em curso. Ainda assim, a OMS (2020) aponta que o primeiro programa de vacinação em massa começou no início de dezembro de 2020 e até 15 de fevereiro de 2021, mais de 136 bilhões milhões de doses de vacina foram administradas. Foram administradas pelo menos 7 vacinas diferentes.

De fato, foram necessárias revisões independentes da evidência de eficácia e segurança para cada vacina candidata, incluindo revisão regulatória e aprovação no país onde a vacina foi fabricada, antes que a OMS considerasse uma vacina candidata para pré-qualificação. Parte desse processo também envolveu o Comitê Consultivo Global sobre Segurança de Vacinas da Organização e órgão específico de cada país que, no caso brasileiro, é Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Conforme a Organização das Nações Unidas (ONU) (2021) adotar um programa de vacinação é um dever das nações, principalmente, daqueles que ratificaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), em seu art. 25, estabelece o direito à saúde.

Cumprir lembrar que a Declara é decorrente cenário pós guerra em que as nações se conscientizam de que esse é um princípio intrinsecamente ligado ao bem estar social e a paz intra e extra territoriais. O documento assegura a proteção e obtenção de recursos de seguridade patrimoniais como a previdência, reconhecendo o desenvolvimento socio-financeiro como um determinante da efetividade do direito à saúde.

No Brasil, o processo de consolidação ocorreu de forma bastante lenta e gradual. Nas primeiras vezes em que foi citado aparecia de forma implícita sendo

referido por termos como “socorros públicos” e “segurança individual”. Ademais havia um descaso com relação ao Estado em promover a assistência necessária para a população, passando este a responsabilidade para as municipalidades.

A Carta de 1934 estabeleceu uma melhora significativa no qual garantiu direitos a gestantes e trabalhadores e por meio do Decreto Lei nº 200 que redefinia a área de atuação e competência dos órgãos responsáveis pela assistência à saúde, passando assim a ser de competência comum da: União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A CFRB/88 foi a primeira a tratar de forma expressa e a reconhecer como fundamental o direito à saúde. Sua importância é tamanha que esse ganhou seu próprio rol no capítulo dos direitos sociais, onde se encontra disposta no art. 196 a 200, e também espalhada em todo conteúdo do corpo normativo. Vale ressaltar também a importância da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que resultou na implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) que dispõe sobre a proteção, recuperação e promoção da saúde assegurando a todos condições igualitárias de tratamento.

Além de ter um capítulo próprio na Constituição Federal, a saúde ainda possui garantias de como será a distribuição e aplicação do dinheiro público na mesma, citada no art. 195 §10, art. 198 §1; §2, II,III; §3 I,II,III e aprofundada na Lei 8.080 onde existem 3 capítulos dentro do Título V que retratam como funciona o orçamento destinado a essa área.

A vacina Covid-19 da Sinovac Biotech Ltd., que os cientistas esperam pode ajudar a combater a pandemia no mundo em desenvolvimento, ultrapassou o limite de 50% para eficácia em testes em estágio final no Brasil, o que significa que os reguladores podem dar o verde luz para uso, disseram as pessoas envolvidas em seu desenvolvimento.

O Brasil é o primeiro país a concluir os testes de Fase 3 da vacina CoronaVac da empresa chinesa, que também está sendo testada na Indonésia e na Turquia. Com a Covid-19 amplamente sob controle na China, os desenvolvedores de vacinas do país tiveram que realizar seus testes clínicos no exterior.

Conforme a OMS (2020,

As responsabilidades estatais pelas vacinas COVID-19 incluem a determinação de alocações para populações críticas; receber alocações de vacinas do governo federal; administrar os sistemas de pedido, distribuição

e monitoramento de vacinas; apoiar a administração de vacinas em uma ampla variedade de serviços de saúde e ambientes comunitários; e envolver-se e comunicar-se com as comunidades de maneiras criativas para abordar aqueles que podem enfrentar barreiras de acesso ou hesitar em receber a vacina. (OMS, 2021, online).

Apesar do Sistema Único de Saúde ser reconhecido por seu grande potencial cobertura, o programa de imunização ainda não foi apresentado e verifica-se inúmeras negociações por parte de autoridades estatais para a compra e desenvolvimento da vacinação.

Para prejudicar ainda mais as questões do plano de vacinação, percebe-se um crescimento pautado na ideologia conservadora que prega a “não vacinação”. A lembrar que conforme dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil apresenta um dos maiores números de mortes ocasionados pelo Corana Vírus. Em vários momentos, ocupou até a segunda posição quanto ao número de óbitos por causa da doença.

Outra questão que vem preocupando os especialistas e cientistas que estão trabalhando diretamente nas formas de enfretamento da doença, é a oposição de negação do então presidente da República Jair Bolsonaro. Durante a pandemia, inúmeros foram os pronunciamentos por parte do chefe do executivo federal negando a gravidade da doença e, até mesmo, diminuindo a importância da vacinação para o enfretamento da doença.

O posicionamento do presidente brasileiro parece inclusive ir contra o posicionamento de outros gestores, também considerados conservadores, como os dos Estados e Inglaterra, que já começaram o processo de vacinação e, em janeiro, esse último voltou a adotar a chamada medida de Lock Down como forma de enfretamento do avanço da doença.

Diante da omissão dos poderes públicos, o Supremo Tribunal de Justiça (STF) exigiu de tais autoridades a apresentação de um plano de vacinação. Buscando responder tal cobrança, o Ministério da Saúde apresentou um modelo que visa, sobretudo, a vacinação dos chamados grupos vulneráveis e dos profissionais que estão trabalhando na denominada linha de frente.

Para piorar o cenário, as disputas políticas ainda ampliam a crise de vacinação em alguns estados brasileiros. A exemplo da disputa entre o Estado de São Paulo e o Governo Federal. O Presidente da República vem, constantemente das mídias, criticando a utilização da vacina Corona Vac. Já o governo do Estado de

São Paulo se adiantou e fechou negócio com a fabricante Astra Zeneca. Todavia, os conflitos políticos prejudicaram a importação desses produtos.

Para piorar a situação, vários estados membros passarão por situação de colapso e superlotação. Conforme o Ministério da Saúde (2021) o país possui um número de 45.848 leitos de UTI, sendo 22.844 do Sistema Único de Saúde (SUS) e 23.004 que fazem parte do sistema de saúde privado. Ou seja, se em um caso hipotético, todas as pessoas que tivessem COVID-19 precisarem de um leito na Terapia Intensiva, esse comportaria um pouco mais de 5% dessas pessoas. Esse número, por si só, parece dramático, e parece ficar ainda pior quando se lembra que o Corona Vírus é apenas um dos agentes que levam o paciente a essa necessidade havendo tantas outras situações que podem ser necessário esse modelo de internamento.

Diante do seu dever de apreciação da matéria, o judiciário foi provocado. Dentre outras. A exemplo, destaca-se o exame do pedido de tutela de urgência apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Assim, o magistrado fundamentou sua decisão:

Sendo assim, e por conta das razões expostas, **DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA** para determinar ao Estado do Ceará (Secretaria Estadual da Saúde) promova a imediata internação de XXXXX em hospital da rede pública ou particular capaz de fornecer o tratamento adequado à recuperação do paciente, inclusive com o seu encaminhamento para leito de UTI, de acordo com o parecer dos profissionais de saúde responsáveis pelo acompanhamento da parte autora. Ressalve-se que, caso a presente determinação importe em mudança na fila de espera por leito de UTI, prejudicando outro paciente que se encontra em situação semelhante de gravidade, que seja comunicada nestes autos, com a brevidade que o caso requer, para fins de reapreciação da tutela deferida nos termos do art. 296 do CPC de 2015. (STJ, 2020, sic).

Nesse raciocínio não há que se falar que os entes públicos estão limitados à reserva do possível, isto porque, estamos tratando de assunto de extrema relevância, pois se trata de direito a saúde e a dignidade humana, direitos que se sobrepõem a qualquer prejuízo que possa ser alegado.

O julgado anterior também é sobre concessão dos leitos quando de usuários de planos de saúde. Nesse sentido posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, também em caráter de tutela de urgência. Assim justificou a sua decisão estipulando o Plano a garantir o leito:

Considerando o quadro de saúde atual da autora, o notório fato de ser a Covid-19 uma doença potencialmente fatal, tendo o último relatório oficial da Sespa registrado **1.022 óbitos** no Estado do Pará, e, ainda, o fato de que houve requisição médica de internação da autora em leito de UTI, é evidente que há fundado perigo de dano irremediável, qual seja, o óbito da requerente, caso não seja concedida a tutela pretendida. (STJ, 2020, sic).

O referido Tribunal ratifica segue a posição de outros Tribunais e reconhece a importância do fornecimento e garantia dos leitos de UTI. Assim, compreende que o Direito à saúde deve ser contemplando o fornecimento dos profissionais de atenção básica, mas, principalmente, os serviços de saúde especializado.

Todavia, compreende-se que tal garantia encontra limites. A atual crise financeira faz com que arrecadação tributária dos entes da federação apresentem uma queda quando da situação de pandemia. Ademais, alguns leitos não podem ser garantidos tão somente por uma questão física estrutural, ou seja, a falta de existência.

Nesse sentido, em análise de matéria semelhante, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou pedidos de tutela de urgência quando da garantia da concessão de vagas em leitos de UTI em redes particulares financiados pelo Estado. O critério para a decisão do magistrado foi fundamento devido seja internado em UTI de hospital público não cabendo a rede particular arcar com suporte que atenda às suas necessidades”

Ou seja, para além dos limites orçamentários do Ente, o julgador deve observar as questões técnicas e específicas da ciência médica. Tal verificação é fundamental, uma vez que, o poder judiciário não pode exacerbar do seu rol de conhecimento técnico.

### 3.2 LIMITE À ATUAÇÃO DO STF

No Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF) é o guardião da Constituição. As decisões tomadas por esse tribunal no controle de constitucionalidade, em que normas e atos do poder legislativo e executivo podem ser questionadas perante esse tribunal a fim de que seja verificada sua compatibilidade com o Documento Maior.

O Sistema Jurídico brasileiro vem sofrendo inúmeras críticas no que diz respeito às decisões judiciais análogas divergentes, imparcialidade por parte dos aplicadores do direito, incoerência da aplicação normativa na resolução dos casos

concretos, falta de proporcionalidade, dentre outros. Novos mecanismos criados, tais como a Súmula Vinculante e a Repercussão, com o objetivo de proporcionar uma maior uniformidade e segurança jurídica e a celeridade processual, são tidos como verdadeiros paradoxos, uma vez que levam ao chamado ativismo judiciais e a construção de novas normas. Ao mesmo tempo, esse vem sendo elogiado por sua atuação no que se refere a concretização dos direitos sociais.

As características intrínsecas de cada processo judiciário em análise são fontes de inúmeros julgamentos e direcionamentos possíveis. Pode-se citar como exemplo as críticas e divergências das decisões do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça referentes à aplicação do princípio da insignificância nos chamados crimes de bagatela.

Segundo Streck (2011) a aplicação do princípio dar-se-á no Brasil a partir da utilização da interpretação extensiva, cumprindo ao interprete a função de evitar injustiça. Contudo a ausência de normas fixas e estruturas limítrofes faz com que o julgador deixe de pertencer a condição de aplicador do direito, função judiciária, passando a ocupar o papel de criador normativo, função inerente ao legislativo.

A falta de instrumentalidade e meios para a resolução dos casos dificultam o processo de decisão, tornando-se, por vezes, necessários, de um sistema que tenha função de organizar e facilitar o processo tendo em vista a complexidade inerente aos conflitos sociais propostos no judiciário e a impossibilidade deste de esquivar-se de uma análise da causa.

Imerso na realidade brasileira, o presente trabalho busca compreender a tensão pela qual o Poder Judiciário, em especial o STF, enfrenta ao se deparar com dilemas essencialmente políticos e com grande repercussão social. Como forma de aprofundar os estudos acerca da natureza de tais decisões, é imprescindível compreender que estas são frutos de interações que ocorrem em um Estado que se pretende democrático e de Direito, conforme enuncia a Constituição brasileira em seu primeiro artigo (BRASIL, 1988).

A tarefa de zelar pela aplicação de tais normas supremas foi concedida ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Magna brasileira ao estabelecer no artigo 102 que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 1988). Analisando tal função. Bonavides (2004) afirma que:

Faz-se necessário assinalar que, em matéria de controle de constitucionalidade, as políticas de governo se acham na mesma fase

embrionária por que já passaram os princípios, enquanto fórmulas valorativas, abstratas, programáticas e idealistas, até há pouco de rara ou nenhuma serventia e eficácia, na região concreta e objetiva dos sistemas constitucionais; por isso mesmo absentes, quando se tratava de interpretar leis e atos normativos, precisamente pela razão de que aos princípios não se lhes reconhecia força normativa e juridicidade, o que só veio a acontecer, por derradeiro, com a revolução dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2004, p. 15).

Uma das formas mais explícitas do encargo de garantir a compatibilidade entre Constituição e leis infraconstitucionais é o controle de constitucionalidade, o qual concretiza a supremacia das normas constitucionais e pretende harmonizar o sistema normativo de forma a extinguir normas possivelmente contraditórias.

Apesar da finalidade precípua deste controle visar a unidade do ordenamento e a preservação da ordem constitucional hígida, cabe salientar a intensa carga política existente em tais julgados, pois nestes o Supremo atua como legislador negativo expurgando do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que viole a Constituição (BULOS, 2014).

Ao retirar do ordenamento uma lei ou ato declarados inconstitucionais, o poder judiciário pode ir de encontro ao entendimento estabelecido pelo legislativo, provocando certa tensão entre estes poderes pelo impacto de tais julgados.

Analisando a prática da revisão judicial - como é chamado o controle em países como os Estados Unidos por exemplo - Robert Dahl destaca a natureza desta decisão perante o poder que deu origem a lei questionada:

Conhecida como revisão judicial, esta prática tem sido um aspecto comum nos países democráticos dotados de sistemas federais, onde é considerada necessária se a constituição nacional prevalecer sobre as leis promulgadas pelos estados, pelas províncias ou pelos cantões. A questão mais importante é saber se a Corte poderá declarar inconstitucional uma lei promulgada pelo Parlamento nacional inconstitucional. (DAHL, 2001, p. 134)

Cabe salientar que a investigação das decisões judiciais com repercussões políticas não abrange apenas os julgados em sede de controle de constitucionalidade, porém abrangem também processos de jurisdição constitucional com alto teor político, seja pelos sujeitos envolvidos no caso em tela, seja pela matéria discutida em determinadas ações.

Analisando a atuação, Bonavides (2004) leciona que:

O Supremo Tribunal Federal em ocasiões extremamente delicadas esteve sujeito a manipulações executivas de uma política de governo infesta aos supremos interesses da nação. Por onde resultaram intromissões descabidas de administradores e governantes na esfera dos poderes

correlatos, de titularidade soberana nem sempre respeitada, a saber, o Judiciário e o Legislativo. Estes, em momentos decisivos da batalha, renderam-se ou se inclinaram ora à inércia e omissão, ora à colaboração, feita de temor, submissão e sacrifício da independência. (BONAVIDES, 2004, p. 15).

Esta tensão é constatada mesmo em um Estado em que o sistema de freios e contrapesos e a separação de poderes seja evidenciada como o brasileiro, pois tais mecanismos não são capazes de neutralizar a natureza das diversas questões políticas inerentes a interação conflituosa dos poderes envolvidos.

É neste sentido que Mário Machado reflete estas relações no âmbito político e jurídico brasileiro:

O princípio da separação de poderes é sábio, mas a identificação dos poderes a serem separados, o grau de sua autonomia e os mecanismos de controle mútuo são questões de natureza política geralmente resolvidas por meio de conflitos de intensidade elevada. (MACHADO, 1996, p. 08).

Evidenciada a delicada interação entre estes poderes e os conflitos existentes, é imprescindível mencionar que a atuação de todos os poderes constituídos necessita de um processo de legitimidade constante, pois a existência de tais poderes não exclui seu fundamento na soberania popular que alicerça a ordem constitucional vital para a estruturação do Estado.

Relacionando os aspectos constitucionais e políticos, Vieira (2008) destaca a necessidade de investigação dos limites das decisões previamente elencadas à luz do princípio democrático, analisando sua legitimidade não apenas no âmbito jurídico, mas também no campo político:

Malgrado se defenda que a legitimidade da origem da Jurisdição Constitucional radique em aspectos jurídico-constitucionais assentados na história da democracia brasileira (...) não se pode fechar os olhos à constatação de que a *atuação* judicial, no Brasil e nos demais países que têm Jurisdição Constitucional, é, a um tempo, jurídica e política. E neste ponto é que se mostra relevante o estudo dos limites de sua legitimidade à luz do ideal democrático brasileiro. (VIEIRA, 2008, p. 279).

É inegável, portanto, que há um ponto de interseção entre a política e o exercício da jurisdição constitucional. Porém, é imprescindível analisar os limites desta influência, pois “é tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional. Não se pode negar que os especialistas também podem – consciente ou inconscientemente – deixar-se determinar por condições de ordem política.” (KELSEN, 2003, p. 154)

Analisando a necessidade do esforço do juiz empregado em proporcionar uma decisão calcada no Direito, afastando-se ao máximo da política partidária e que privilegie grupos específicos, Dalmo Dallari reflete no que toca a politicidade que permeia as decisões judiciais:

O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégio, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a outros com base exclusivamente numa discriminação social. (DALLARI, 2007. p. 89-90).

Observa-se que a construção da decisão judicial sofre fortes influências da seara política, e diante disto, é necessário compreender que a atividade jurisdicional - principalmente a de cunho constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal – possui um processo diverso de legitimação, pois diferentemente do legislativo que possui seus agentes eleitos como representantes do povo, os juízes não passam pelo mesmo processo de escolha democrática.

Aragão (2012) expõe nos seguintes termos o processo diferenciado de legitimidade no qual o judiciário está inserido:

Para melhor compreender os meandros desta polêmica controvérsia jurídica e política, impõe-se inicialmente entender a razão de o Judiciário não ser tradicionalmente formado mediante o sufrágio popular, como os demais poderes. Em um primeiro momento histórico, na formação do estado liberal, sua função era tida como uma atividade extremamente objetiva, praticamente sem nenhum poder decisório. Como sua atuação estava estritamente ligada e subordinada à do Poder Legislativo, a exigência de representatividade se exauria no âmbito do legislativo quando da criação da lei. A legitimidade democrática do Judiciário era, portanto, de certo modo, importada do legislativo por intermédio da lei ou, de modo mais pragmático, simplesmente desnecessária. Mesmo com a superação desta concepção e o reconhecimento do poder criativo do intérprete, a escolha não democrática de seus membros permaneceu. Ponderando entre a necessidade de representatividade e as exigências de independência e capacidade técnica dos julgadores, entendeu-se que o sufrágio não se coadunava completamente com a atividade jurisdicional. Contribuiu para a aceitação de tal déficit democrático a noção de criatividade jurisdicional limitada pela moldura normativa, pois, embora com uma margem de discricionariedade, as decisões judiciais ainda se mantinham limitadas pela lei. (ARAGÃO, 2012, p. 86)

Este processo específico de legitimidade que ocorre no judiciário é um dos pontos essenciais para a análise das decisões com alta carga política e com intensas repercussões sociais que o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado.

Todavia, conforme a CFRB/88, art. inciso XXXV, lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Cria-se assim uma dicotomia nos casos em que o judiciário é chamado para atuar, principalmente, quando não há normas que versam sobre a matéria.

### 3.3 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF

A pandemia da doença coronavírus é o desafio para a humanidade. É amplamente aceito que a normalidade pré-pandêmica não retornará até que uma estratégia de vacina segura e eficaz esteja disponível e um programa de vacinação global. Todavia, é preciso que a sociedade se organize para o enfrentamento dessa condição.

As complicações oriundas da infecção por COVID-19 são classificadas em uma gradação de leve a grave. Ainda que a maior parte da população desenvolva sinais de natureza semelhante a um resfriado, o chamado grupo de risco requer uma atenção direcionada desde o momento das medidas de proteção.

Imerso nesse contexto, muitas foram as demandas interpostas no judiciário questionando sobre a obrigatoriedade da vacina contra COVID-19. Muito se questionou sobre o limite de intervenção do poder estatal frente a liberdade individual que foi recepcionada pela Carta de 1988 enquanto um direito fundamental de primeira dimensão.

A Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) (2021), em diversos informativos, vem sustentando a posição de que existe uma forma de obrigação moral coletiva de realizar a imunidade coletiva, uma vez que, há um princípio de justiça na distribuição dos encargos das obrigações coletivas e que tal princípio implica que cada um de nós tem a responsabilidade moral individual para fazer sua contribuição justa para a imunidade do rebanho por meio da vacinação.

Diante do enfrentamento da matéria quando do julgamento das ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587 e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, o plenário do STF decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19.

Quando especificamente da apreciação da (ARE) 126787, em seu voto o Relator ministro Luís Roberto Barroso, ressaltou que não há um conflito de direitos, uma vez que,

Embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais. Com isso, o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra sua vontade. (STF, 2020, online).

Ainda que a questão tenha chegado ao embate no judiciário em 2020, na realidade a marcha da vacina ainda anda lenta. O plano de vacina apresentado pelo Ministério da Saúde foi dividido em inúmeras etapas priorizando, inicialmente, os chamados grupos de risco e os profissionais da saúde que atuam diretamente no enfrentamento da doença. Ainda assim, o Ministério (2021) divulga que até meados de março de 2021 não chegou a vacinar 12 milhões de pessoas.

De fato, a crítica ao chamado “ativismo judiciário” foi uma crescente nos últimos anos. Como se sabe, o Constituinte originário optou por um modelo de repartição de poder entre o executivo, judiciário e legislativo já no seu art. 1º. Todavia, apesar de relevante a discussão da compulsoriedade da vacina essa ainda se faz no plano abstrato, visto que na prática, o plano brasileiro não atingiu ainda nem 2% da sua massa populacional.

Para o ministro Edson Fachin, quando da apreciação da matéria, houve um entendimento de afastamento do direito da liberdade individual frente a saúde coletiva, uma vez que, esse compreende que a imunidade coletiva é um bem público coletivo. De fato, essa foi a posição adotada de forma majoritária pelos ministros e que parece ter recebido uma maior adesão da maior parte da população brasileira, posto que, em pesquisa divulgada pela Datafolha 79% afirmam querer se imunizar contra o COVID-19.

De fato, os argumentos utilizados pelos ministros para sustentar a obrigatoriedade da vacinação também foram fundamentos nos princípios da solidariedade e fraternidade estabelecidos no texto da CF/88, a exemplo do art. 3, I. Assim, pode ser observado no voto da Ministra Rosa Weber que destacou que:

Diante de uma grave e real ameaça à vida do povo, não há outro caminho a ser trilhado, à luz da Constituição, senão aquele que assegura o emprego dos meios necessários, adequados e proporcionais para a preservação da vida humana (STF, 2020, online).

Para a Ministra Carmem Lúcia se o argumento de conflito entre a saúde coletiva e a liberdade individual nesse caso se quer deveria ser cogitado, visto que, para essa a Constituição não garante liberdades às pessoas para que elas sejam

soberanamente egoístas (STF, 2020). A Ministra ainda destaca que deveriam haver cobranças para a efetivação do Estado em garantir esse dever.

Para se ter uma noção do atraso do cenário brasileiro, conforme a OMS (2021), em meados de março de 2021, Israel vacinou mais de 70% de sua população - mais do que o dobro ou o triplo da taxa de outros estados de alta renda, como Estados Unidos, Reino Unido, França e Alemanha. As autoridades estaduais do país retiraram a sinalização de isolamento social e confirmam terem atingido a chamada imunidade de rebanho.

Como já mencionado, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, em seu art. 3º, com o advento da redação estabelecida pela Lei nº 14.035, de 2020, passou a determinar o enfrentamento do COVID-19 é uma questão de saúde coletiva e, portanto, toma como dentre outras medidas obrigatórias a vacinação e outras medidas profiláticas.

Para o Ministro Fux, quando do exame do ARE 1267879, a obrigatoriedade normativa da vacina é validada no texto da Magna Carta. Assim, estabelece sua tese:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. (STF, 2020, online).

Cumprido destacar que embora as vacinas atuais tenham se mostrado altamente eficazes contra a nova cepa de síndrome respiratória aguda grave coronavírus 2 (SARS-CoV-2) que causou a pandemia, dados recentes destacaram o surgimento de várias cepas mutacionais. Logo, é cada vez mais emergente a necessidade da vacinação e da produção da imunização de rebanho.

Na realidade, a discussão sobre a obrigatoriedade retira o foco sobre a discussão que deveria estar mobilizando a comunidade científica e a comunidade civil no momento que oferecer a vacina aos que mais precisam e prevenir disparidades no acesso à vacinação.

Ademais, quando do julgamento das ADIs, o STF firmou a seguinte e importante tese:

A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente (STF, 2020, online).

Conforme a Abrasc (2021), agora que vacinas eficazes para COVID-19 foram desenvolvidas e estão sendo distribuídas ao público, é fundamental que as pessoas entendam os seus benefícios das e por que essas superam em muito os efeitos colaterais potenciais leves ou inconvenientes que podem ser associados. Logo, são fundamentais campanhas de incentivo e esclarecimento para a população.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito, a atuação do Supremo Tribunal Federal cumpre uma fundamental importância de garantir que as normas infraconstitucionais estejam em conformidade com o texto maior. Trata-se de uma instituição, que apesar de ter a afeição processual, possibilita que todo o ordenamento jurídico observe as garantias fundamentais.

A conformação da legislação processual ao texto constitucional não deve ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador novas práticas, para que seja possível resistir a toda a forma de retrocessos, para a concretização da consciência constitucional e a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais como a saúde.

No contexto pandêmico, vários fatores têm determinado uma maior prevalência da efetividade sobre a segurança, principalmente pela mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, em uma sociedade de massa, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais.

Quando do eventual conflito entre a liberdade individual e a obrigatoriedade da vacina, percebeu-se que o Supremo Tribunal Federal e as normas jurídicas vêm apontado para a necessidade de preservação de tutela da saúde coletiva. Percebeu-se que de fato o poder estatal não vem utilizando de arbitrariedades para a vacinação, mas dos instrumentos legais e da solidariedade para sua fundamentação.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. A análise de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal e a necessidade de alteração de sua estrutura organizacional. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 81-108, jan./jun. 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). **Covid-19**. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/tag/covid-19/>, Acesso em: 21 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BONAVIDES, PAULO. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Instituto de Estudos Avançados da USP**. São Paulo: Impetra, N 51, V. 18, p. 127–150, maio/ago., 2004.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal da República Brasileira de 1988. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva: 2021.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal de 1940. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva: 2021.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva: 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual do COVID-19**. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt/casa/infec%C3%A7%C3%B5es/v%C3%ADrus-respirat%C3%B3rios/coronav%C3%ADrus-e-s%C3%ADndromes-respirat%C3%B3rias-agudas-covid-19-mers-e-sars>. Acesso em: 21 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativos**. (2020). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&tip=UN> Acesso em: 21 mar. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CESPEDES, Mateus da Silveira; SOUZA, José Carlos Rosa Pires de. Sars-CoV-2: A clinical update – II. **Revista Associação Médica Brasileira**, vol. 66 n.º. 4, São Paulo, Apr., 2020, Epub June, n.º 15, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-42302020000400547&tlng=en](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302020000400547&tlng=en). Acesso em: 21 mar. 2021.

CHARVEL, Daniel. **Papel dos tribunais na realização progressiva do direito à saúde: entre a ameaça e a promessa de judicialização**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969**. In: VADE Mecum. São Paulo: Saraiva: 2021.

CUNHA, JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, DALMO DE ABREU. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DATAFOLHA. **Covid19**. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/>. Acesso em: 21 mar. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris de 10 dez. 1948**. In: VADE Mecum. São Paulo: Saraiva: 2021.

DUARTE, F. C. Qualidade de vida: a função social do estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 41, jun, p. 173, 1994. <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Mario Brockmann. **Raízes do controle externo do Judiciário**. Rio de Janeiro: Monitor Público, 1996.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde 1**, 2011.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à Saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012.

MELO, G. M. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. Processo e Constituição. **Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Organização Mundial da Saúde **Declaração pública para colaboração no desenvolvimento da vacina COVID-19.** (2020). Disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/13-04-2020-public-statement-for-collaboration-on-covid-19-vaccine-development>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Organização Mundial da Saúde. **Covid-19.** Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 21 mar. 2021.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNIVERSIDADE DE OXFORD. **Novo estudo revela que a vacina de coronavírus Oxford produz uma forte resposta imunológica.** (2020b). Disponível em: <https://www.ox.ac.uk/news/2020-07-20-new-study-reveals-oxford-coronavirus-vaccine-produces-strong-immune-response>. Acesso em: 21 mar. 2021.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

YAMIN, Gloppen. **Litígio de direitos de saúde.** Cambridge: Harvard University Press; 2019.