

A responsabilidade do Poder Judiciário ante a crise da Covid-19



Introdução

Direito e Medicina sempre foram áreas do conhecimento que aparentam autonomia e independência entre si. No entanto, vários fatores vêm aproximando essas duas áreas cada vez mais: dificuldade de atendimento no sistema público de saúde; interferência do Judiciário em políticas públicas; obtenção de medicamentos e tratamentos; ética médica e erros médicos, para citar alguns. Agora, em um cenário de pandemia de escala global, definitivamente já não há como abraçar a tese da autonomia entre as áreas. A crise sanitária nos mostra uma zona de superposição, na qual os interesses — e as soluções oferecidas — são conflitantes.

No Brasil, há um crescente apelo para a efetivação do direito à saúde. Pesquisa elaborada pelo Insper a pedido do Conselho Nacional de Justiça [\[1\]](#) revelou que, entre 2009 e 2017, o incremento percentual das demandas de saúde no Judiciário foi maior do que o aumento percentual do total de demandas ajuizadas: ou seja, em matéria de saúde, há um crescimento acima da média da litigância nacional. E tudo indica que, em cenário de pandemia, essa porcentagem aumentará.

Tal quadro de judicialização, combinado com a iminência de colapso do sistema de saúde por força da Covid-19, é uma bomba-relógio para as instituições e para os próprios profissionais de saúde, que já enfrentam inúmeras dificuldades em condições normais de funcionamento.

Judicialização da saúde em tempos de crise

A deficitária infraestrutura da saúde brasileira, as desigualdades regionais e sociais e mesmo a vulnerabilidade de grande parcela da população maximizam as chances de acionamento do Judiciário para dirimir conflitos que surjam em decorrência da pandemia.

Dentre eles, especificamente na área da saúde, destacam-se: (i) a judicialização da ocupação de leitos hospitalares, sobretudo de unidades de terapia intensiva, em um cenário no qual não há vagas para todos, mesmo para casos que não envolvam a Covid-19; (ii) pedidos de adoção de tratamentos que não possuam eficácia cientificamente comprovada, ainda que também não haja evidência do contrário; e (iii) pedidos para fornecimento de medicamentos que se encontram em falta no mercado.

Esses conflitos presumidamente majoritários possuem ao menos dois pontos em comum: (i) todos visam a tutela judicial tão somente para o atendimento de demandas individualizadas, o que acaba por comprometer o Estado em detrimento do coletivo; e (ii) em todos corre-se o risco do Judiciário se



sobrepôr ao Executivo em matéria de políticas públicas de saúde, principalmente se os magistrados não possuírem meios adequados de informação e suporte técnico para decisão. E serão justamente essas questões as fiéis da balança entre a concessão da tutela judicial individualizada ou sua negativa.

O primeiro dos conflitos versa sobre a judicialização de leitos hospitalares. O que está em jogo é a capacidade de atendimento do sistema de saúde ante suas diversas limitações, afinal, o elevado crescimento da curva de contaminação pode levá-lo ao colapso.

Sob esta perspectiva, faltariam leitos em UTIs, respiradores artificiais e recursos humanos para lidar com a quantidade de pacientes. Haveria aqueles que, mesmo atingido o limite da capacidade de internação hospitalar, recorreriam ao Judiciário para conseguir sua vaga.

Não há receita certa para solucionar a questão, tampouco a retirada de leitos da cartola dos entes federados da noite para o dia. A adoção de medidas de restrição de circulação de pessoas e de isolamento social pretende achatar a curva de contágio, atrasar seu pico e dar alguns dias de fôlego ao sistema. Enquanto isso, gestores públicos buscam providenciar a estrutura necessária para receber os pacientes, por meio da criação de novos leitos, da construção de hospitais de campanha e da aquisição de insumos — que necessitam de tempo para serem providenciados.

A progressiva concessão de tutelas jurisdicionais, ainda que sirva para atender a demandas de pacientes específicos, tem o potencial de trazer grave problema a esses gestores, que se veriam forçados ao cumprimento das ordens judiciais em detrimento da observância de protocolos clínicos — e é natural que uma família pense mais no atendimento de seu ente do que na concretização de uma política pública geral.

Quanto ao segundo conflito, acerca da obrigação de adoção de protocolos clínicos com eficácia não comprovada, vale trazer uma retrospectiva de um marcante episódio que, embora muito menor em escala se comparado à Covid-19, deixou algumas lições que podem ser aproveitadas: trata-se do caso da fosfoetanolamina, a “pílula do câncer”, ocorrido entre 2015 e 2016.

Naquela ocasião, alegava-se que a substância, sintetizada artificialmente e em caráter experimental por um docente da USP, teria propriedades miraculosas que poderiam curar o câncer.

A repercussão e pressão popular foram tamanhas que milhares de ações foram propostas para ordenar ao Estado o fornecimento da pílula a pacientes com câncer. Até mesmo uma lei chegou a ser editada autorizando o uso terapêutico e sua produção farmacêutica (Lei nº 13.269/16, de autoria, dentre outros, do então deputado Jair Bolsonaro). Cerca de um mês após a entrada em vigor, a norma foi suspensa por decisão do STF em sede de medida cautelar no âmbito da ADI 5.501.

Mesmo hoje, passados quase quatro anos dessa decisão, o Judiciário continua processando essa enxurrada de demandas, sendo ainda inúmeros os pedidos para fornecimento da substância. [\[2\]](#)

No terceiro e último conflito, relativo ao fornecimento de medicamentos em falta no mercado ou que não foram adquiridos pelo Estado, há o problema adicional de falta de efetividade da tutela jurisdicional, ocasionado, por exemplo, pela logística de aquisição e distribuição dos mesmos. Muitas vezes os magistrados, por falta de apoio técnico e conhecimento específico, não sabem a real situação do fármaco no mercado ou a existência de tratamento alternativo, dentre outros aspectos.

Nestes casos, obter ou não a tutela não tem efeito algum para a saúde do paciente, uma vez que este não receberá o fármaco de imediato. Novamente, há um problema sistêmico, pois seu deferimento, neste caso, obrigaria o Estado a buscá-lo no exterior — o que demanda tempo e elevados gastos — ou deixar de atender à decisão judicial.

Problemas complexos, soluções conjuntas

Se são inevitáveis as ações judiciais — e ninguém deseja impedir os jurisdicionados de exercerem seu direito de ação —, os tribunais precisarão de lastro técnico e informações completas para decidir com racionalidade e serenidade. Nesse momento, é preciso que haja forte articulação interinstitucional e atuação conjunta de diversos órgãos para evitar que as decisões judiciais sirvam de força motriz do colapso do sistema. A palavra-chave, aqui, é “cooperação”.

A cooperação interna já é conhecida no meio jurídico. Há casos bem sucedidos, como o projeto do NAT-JUS Nacional, desenvolvido pelo CNJ em 2019. [3] Derivado do Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde, iniciado em 2010, programas como o NAT-JUS Nacional devem ser vistos como o paradigma colaborativo ideal para o momento atual, na medida em que a plataforma permite ao Magistrado requisitar subsídio científico para ampará-lo na tomada de decisões. Este conhecimento é fundamental em matéria de saúde, na qual o julgador tem, diante de si, situação pouco conhecida e que enseja rápida resposta.

Em março de 2020 surgiu outro interessante exemplo: a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), vinculada ao STJ, criou plataforma para dar suporte a magistrados em casos relacionados à pandemia. [4] Seu intuito é disponibilizar um repositório de legislação, artigos, estatísticas, pareceres, notas técnicas, decisões e cursos à distância para auxiliar na tomada de decisão com visão sistêmica e interdisciplinar.

Nessa linha, o CNJ também divulgou estudo realizado pelo Hospital Sírio-Libanês acerca da hidroxicloroquina para tratamento ao Covid-19, para orientar magistrados no julgamento de demandas que visam a sua concessão. A pesquisa concluiu pela incerteza quanto aos seus efeitos clínicos e de segurança, não recomendando seu uso indiscriminado até que novos estudos a avaliem apropriadamente.

E isso pode revelar outro complicador: mesmo para casos de fármacos com eficácia comprovada já há uma dificuldade natural no julgamento de processos. Nos casos envolvendo a Covid-19, a questão ganha contornos dramáticos. Mesmo com plataformas como o NAT-JUS, a incerteza científica sobre a Covid-19 é latente.

Nestes termos, poderia ser cogitado o descarte da colaboração recíproca, já que não há certeza científica suficiente para amparar com segurança absoluta as decisões judiciais. Entretanto, a situação atual enseja medida diametralmente oposta: a articulação interinstitucional deve ser observada no maior grau possível de intensidade – e não apenas na tomada de decisões judiciais, mas na construção de políticas públicas que possam atenuar essa excessiva judicialização.

Entram em cena, aqui, os Comitês Estaduais de Saúde, órgãos derivados da Resolução 238/2016 do CNJ, que vêm a desempenhar essa função de cooperação interinstitucional. Em São Paulo, o Comitê foi implantado no TJSP, tendo como parceiros o TRF da 3ª Região, o MPF, o MPSP, a AGU, a PGE, a PGM de São Paulo, a DPU, a DPE, as Secretarias de Saúde, o Conselho dos Secretários Municipais de Saúde, e os Conselhos Profissionais de Medicina, Farmácia e Administração. A interação entre esses diferentes segmentos possibilita visão sistêmica dos problemas e soluções conjuntas.

Outro instrumento de que o Judiciário pode lançar mão são as câmaras de conciliação. A partir da identificação de pontos de contato entre demandas, é possível montar estruturas para estimular a autocomposição, garantindo-se efetividade às decisões e desafogando os gabinetes de parte das demandas.

Durante a eclosão da Covid-19, o Gabinete de Conciliação do TRF da 3ª Região estruturou fluxo específico para analisar a possibilidade de conciliação de demandas pertinentes à saúde ou a reflexos das medidas de combate à pandemia. Em parceria com o TJSP, o MPF, o MPSP, a DPU, a DPE, a AGU, a PGE e a PGM de São Paulo, além de Secretarias de Saúde, possibilita-se aos juízes que, ao receber uma demanda, possam consultar os GABCONCI e CECONs da Justiça Federal, o CEJUSC do TJSP, os órgãos de saúde e os responsáveis pelo cumprimento de eventuais liminares, no intuito de se buscar, em até 48 horas, uma resposta — e eventualmente, uma proposta — sobre conciliação.

Naturalmente, tal fluxo — também válido em fase pré-processual — não resolverá todas as ações judiciais, mas tem a vantagem de reunir de forma rápida e informal diversos órgãos — e possivelmente evitar longos conflitos. Sua utilização está em fase de expansão para outras localidades e matérias.

Essa colaboração é vantajosa em uma pandemia na qual o conhecimento científico ainda é incipiente e a parca infraestrutura de saúde pública aumenta a chance de escolhas difíceis e complexas pelo Judiciário. Pela conciliação podem também ser trabalhados conflitos entre entes federativos, a exemplo dos já acontecidos pelo direito de comprar e usar medicamentos e equipamentos hospitalares.

Considerações finais

Com os exemplos citados, vislumbra-se um lado positivo da atuação do Judiciário nessa zona superposta entre as áreas de Direito e Medicina: o de atuar como mediador de conflitos externos entre Poderes, agentes públicos, entes privados e especialistas, como o recente apelo feito ao STF. [\[5\]](#)



Este momento, tal qual nas grandes crises, é propício para promover reflexões sobre como analisamos as situações e sobre os modelos e paradigmas tradicionais. Uma dessas reflexões toca o mito da incompatibilidade entre Direito e Medicina, que deve ser deixado de lado, para que estas áreas, convivendo harmoniosamente, amparem os seres humanos em suas esferas social e clínica.

Muitos dos conflitos gerados são inevitáveis, principalmente em tempos de crise sanitária, e podem ser agravados se faltarem informações e suporte técnico ao responsável pela tomada de decisões. Cabe ao Judiciário fomentar mecanismos de cooperação institucional e articulação entre os demais órgãos para reduzir as arestas entre eles, possibilitando a criação de políticas públicas articuladas e sistêmicas, bem como a racionalização no processo de tomada de decisões.

O triste período vivido pelo Brasil — e, de forma geral, por todo o mundo — não é o primeiro em que Direito e Medicina são instados simultaneamente a dirimir problema de ordem prática, e tampouco será o último. Contudo, a razoabilidade deve prevalecer: é tempo de deixar o protagonismo individual de lado e medir esforços contra um inimigo comum, sob risco de perecimento da própria sociedade.

Esta coluna é produzida com a colaboração dos programas de pós-graduação em Direito do Brasil e destina-se a publicar materiais de divulgação de pesquisas ou estudos relacionados à pandemia do Coronavírus (Covid-19).

[1] <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>

[2] Vide AI n° 2033560-98.2020.8.26.0000 (Rel. Des. Viana Cotrim, j. 26/03/20) e AI n° 2247968-47.2019.8.26.0000 (Rel. Des. Marcos Tamassia, j. 18/12/19)

[3] <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/nat-jus-nacional/>

[4] <https://www.enfam.jus.br/portal-covid19/>

[5] <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/saude-privada-chama-stf-mediatar-requisicoesdos-governos>