

## O direito fundamental à proteção da saúde na Constituição Federal de 1988 e o papel do Supremo Tribunal Federal do Brasil em tempos pandêmicos\*<sup>1</sup>

*The fundamental right to health's protection in the Federal Constitution of 1988 and the role of the Brazilian Federal Supreme Court in pandemic times*

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha  
Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS

**Jeferson Ferreira Barbosa**

Mestre em Direito pela PUCRS  
Doutor em Direito pela Universidade de Ratisbona, Alemanha  
Pesquisador com bolsa pelo Programa CAPES/PNPD

### Resumo

O objetivo do estudo é identificar e analisar alguns dos principais temas em discussão no Supremo Tribunal Federal relativamente ao direito à saúde no contexto do combate à pandemia da COVID-19. Nesse sentido, o que se verifica é que à luz dos julgados selecionados, houve avanços consideráveis no que diz respeito ao estabelecimento de critérios por parte da Suprema Corte brasileira, em especial, no concernente à sua dimensão objetiva e transindividual, que resultou reforçada, ademais da maior deferência com relação a evidências científicas, o que igualmente se revela como uma tendência, o mesmo ocorrendo em relação à proteção de grupos sociais mais fragilizados.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Pandemia. Supremo Tribunal Federal. Brasil.

\* A presente pesquisa conta com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 (no âmbito do Programa CAPES/PNPD - Programa Nacional de Pós-Doutorado).

<sup>1</sup> O presente texto não é inédito, tratando-se de versão parcialmente ajustada de trabalhos sobre o tema já publicados pelos autores no Brasil e no exterior.

## Abstract

The objective of this study is to identify and analyze some of the main issues under discussion in the Brazilian Supreme Court regarding the right to health in the context of the fight against the COVID-19 pandemic. In this sense, what can be seen is that in light of the selected judgments, there has been considerable progress regarding the establishment of criteria by the Brazilian Supreme Court, especially with regard to its objective and transindividual dimension, which has been reinforced. In addition to the greater deference to scientific evidence, which also reveals itself as a trend, the same occurring in relation to the protection of weaker social groups.

**Keywords:** Medicine; Right; Truth; Science; Users; Health.

## Sumário

1. Introdução. 2. As medidas de enfrentamento da COVID-19 e a sua judicialização. 3. Principais matérias e problemas submetidos ao STF durante a pandemia do COVID-19 com destaque para o direito à proteção da saúde. 4. Considerações Finais

## 1. Introdução

O problema da efetividade do direito fundamental à (proteção e promoção da) saúde, consagrado no artigo 6º c/c os artigos 196 a 200 da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF), tem sido objeto de amplo estudo e acirrado debate, seja na esfera doutrinária, seja no âmbito judicial, visto que, dadas importantes disfunções no sistema de saúde e o amplo acesso ao Poder Judiciário assegurado pela CF, um expressivo número de demandas judiciais sobre o tema tem sido proposto em especial desde meados da década de 1990. Tendo em conta o aumento vertiginoso de tais ações e o seu impacto sobre o orçamento público, passou a se falar recorrentemente de um processo de judicialização da saúde e mesmo de uma judicialização das políticas públicas, muito embora tal fenômeno não se verifique apenas nessa seara<sup>2</sup>.

Com o chegada da pandemia da COVID-19 ao Brasil, em março de 2020, quando foi notificado o primeiro caso de infecção, é possível afirmar, aqui ainda em sede pre-

---

<sup>2</sup> Sobre o tema, cf., na literatura especializada brasileira, dentre outros: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Health as an enforceable positive right: the Brazilian Supreme Federal Court's case law on the access to medicines. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 102, 2019, pp. 117-134; WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 7, nº 2, 2021, pp. 849-869. *Right to health litigation* seria uma das possibilidades de tradução do termo "Judicialização da saúde" para o inglês. Sugerindo cuidado com a afirmação de que demandas coletivas e estruturais automaticamente implicariam beneficiar os mais necessitados: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Social Rights, Judicial Remedies and the Poor. *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 18, nº 3, 2019, pp. 569-579. Sugerindo que a colaboração institucional nem sempre conduz a uma solução satisfatória: VASCONCELOS, Natalia Pires de. Entre justiça e gestão: colaboração interinstitucional na judicialização da saúde. *Brazilian Journal of Public Administration*, vol. 55, nº 4, 2021, pp. 923-949. BIEHL, João; et al. Judicialisation and the Right to Health in Brazil. *The Lancet*, vol. 373, nº 9682, 2009, pp. 2182-2184.

liminar e exploratória, que não só os níveis (quantitativos e qualitativos) da assim chamada judicialização da saúde foram intensificados, como também o número de casos submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), em especial considerando o curto lapso temporal, cresceu exponencialmente, como ainda se terá ocasião de verificar com maior detalhamento logo adiante.

À vista desse cenário, o que se pretende com este texto é identificar alguns dos principais temas em discussão no STF relativamente ao direito à saúde e à Pandemia da COVID-19. A limitação ao STF é justificada pelo fato de se tratar da Instância Judiciária à qual foi atribuída, pela CF, a guarda da ordem constitucional brasileira, ademais de decidir de modo vinculativo em âmbito nacional e de ter a última palavra quando se trata da interpretação da CF. Além disso, trata-se do foro de maior visibilidade e impacto no que diz respeito aos embates políticos e institucionais levados ao Poder Judiciário, o que igualmente se agudizou durante a pandemia, ainda que não apenas por sua conta.

Antes, contudo, de avançar com o mapeamento, discussão e análise das principais decisões do STF, impõe-se uma breve apresentação geral das medidas de enfrentamento da pandemia. Depois, segue a apresentação de um panorama dos principais problemas enfrentados pelo STF em relação ao Vírus Corona e ao direito à saúde, mediante o recurso a alguns exemplos. Ao final, conclui-se com um balanço acerca da atuação do STF – à luz dos exemplos selecionados - com relação ao direito à saúde no contexto da pandemia.

## 2. As medidas de enfrentamento da COVID-19 e a sua judicialização

A pandemia gerada pela COVID-19 foi notificada pela primeira vez no Brasil em março de 2020, e produziu impactos massivos em amplos setores da sociedade. Demandou medidas não apenas para a proteção da saúde pública, mas também exigiu ações para apoiar a economia e a sociedade. As medidas adotadas pelas instâncias governamentais brasileiras para lidar com a crise, a exemplo do que se verificou em escala mundial, foram múltiplas e heterogêneas, podendo, contudo, ser enquadradas em três grupos: (1.) isolamento e distanciamento social (2.) aumento da capacidade dos serviços de saúde e (3.) auxílio financeiro para a população, empresas, estados e municípios<sup>3</sup>.

O combate mais direto da pandemia é regulado pela Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que contém diretrizes sobre quarentena e isolamento, uso obrigatório de máscaras, exames, tratamentos e vacinas, restrições à locomoção, atividades essenciais, expropriação de bens privados e regras mais flexíveis para licitações e importações<sup>4</sup>.

Essa lei deixa claro os desafios da coordenação: (i.) entre os diferentes entes federados, (ii.) entre o setor público e o privado e (iii.) entre diferentes atividades na sociedade. Isso fica destacado tendo em vista que a restrição em rodovias, portos e aeroportos

<sup>3</sup> Cf. PIRES, Roberto Rocha C. *Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19*. Nota Técnica 33. Diest. Ipea. Abril de 2020.

<sup>4</sup> Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei 13.979/2020). Disponível em: <<https://tinyurl.com/ztej5kun>>. Acesso em: 11.05.2021.

requer a ação de três ministérios (do Governo Federal) e recomendação técnica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária -ANVISA (entrada e saída do País ou entre estados) ou do órgão estadual de vigilância sanitária (locomoção interestadual)<sup>5</sup>. Multas devem ser estabelecidas e regulamentadas pelos entes federados. Há obrigatoriedade, em nível nacional, do uso de máscaras em espaços com acesso ao público, em vias públicas, em transportes remunerados e locais de reunião<sup>6</sup>. Há dever de fornecimento de máscaras pelo empregador<sup>7</sup>, dever de higienizar e disponibilizar álcool em gel<sup>8</sup>, dever de comunicação às autoridades<sup>9</sup>. Além de atividades expressamente reconhecidas como serviços públicos e atividades essenciais, há também a determinação de que restrições não atrapalhem o abastecimento de produtos<sup>10</sup>.

A crise sanitária começou a se intensificar em março de 2020, levando o Governo Federal a reconhecer o estado de calamidade pública por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020<sup>11</sup>. Da mesma forma, estados e municípios passaram a reconhecer formalmente a situação<sup>12</sup>. É possível afirmar que, em um primeiro momento, não houve extenso planejamento, contemplando critérios para divisão de estados em áreas geográficas, possibilitando medidas mais rigorosas em áreas de maior exposição, nem previsão de diretrizes para suspensão e retomada das atividades. Posteriormente houve um aperfeiçoamento com a relação a tais critérios, todavia com variações entre os entes federados<sup>13</sup>. Tais variações têm relação com: (1) uma fraca coordenação nacional; (2) uma forte liderança dos estados; e (3) ao conflito entre o Presidente e seu Ministro da Saúde, em um primeiro momento, e ao conflito entre o Presidente e governadores, que se seguiu. Esses focados na proteção da saúde pública, aquele na proteção da economia<sup>14</sup>.

No que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, a pandemia da COVID-19 teve um impacto significativo sobre o fenômeno da judicialização, que já era muito expressivo antes. No contexto pandêmico, a judicialização visibilizou uma série de problemas que antes não tinham tido maior relevância, ademais do aumento do número de processos, considerando o período abarcado pelo texto, relacionados diretamente à proteção da saúde. Além disso, chamam a atenção as matérias submetidas ao crivo do Poder Judiciário, em especial as que chegaram ao Supremo Tribunal Fe-

<sup>5</sup> Artigo 3º § 6º e § 6º B da Lei 13.979/2020.

<sup>6</sup> Artigo 3º-A I, II e III da Lei 13.979/2020.

<sup>7</sup> Artigo 3º-B § 1º, § 2º c/c artigo 3º-C da Lei 13.979/2020.

<sup>8</sup> Artigo 3º-H da Lei 13.979/2020.

<sup>9</sup> Artigo 5º da Lei 13.979/2020.

<sup>10</sup> Artigo 3 § 7º C, § 9 e § 11 da Lei 13.979/2020.

<sup>11</sup> Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/49abbz2s>>. Acesso em: 10.06.2021.

<sup>12</sup> PEREIRA, Ana Karine; OLIVEIRA, Marília Silva; SAMPAIO, Thiago da Silva. Heterogeneidades das políticas estaduais de distanciamento social diante da COVID-19: aspectos políticos e técnico-administrativos. *Rev. Adm. Pública*, vol. 54, nº 4, 2020, pp. 678-696.

<sup>13</sup> MORAES, Rodrigo Fracalossi de; SILVA, Lara Livia S.; TOSCANO, Cristiana M. *Covid-19 e Medidas de Distanciamento Social no Brasil: Análise Comparativa dos Planos Estaduais de Flexibilização*. Nota Técnica 25. Dinte. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Agosto de 2020.

<sup>14</sup> ANA KARINE PEREIRA / MARÍLIA SILVA OLIVEIRA / THIAGO DA SILVA SAMPAIO. *Heterogeneidades das políticas estaduais*, op. cit.

deral. As relações, tensões e mesmo colisões entre o direito à proteção da saúde e outros direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional, igualmente ganharam maior expressão, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos, o que se poderá compreender melhor mediante a análise que segue.

### 3. Principais matérias e problemas submetidos ao STF durante a pandemia do COVID-19 com destaque para o direito à proteção da saúde

No que diz respeito à atuação do STF no âmbito da efetivação do direito à proteção da saúde durante a pandemia do COVID-19, chama a atenção, em um primeiro momento, o aspecto quantitativo, visto que, em 04.11.21 (quando do fechamento da pesquisa) tramitavam 9.849 processos no STF classificados como ações sobre a COVID-19 e 12.804 decisões tinham sido proferidas até aquele momento<sup>15</sup>.

Um segundo aspecto diz respeito à questão qualitativa, posto que os processos tramitando na Suprema Corte brasileira durante a pandêmica, abrangiam, entre outros, conteúdos muito diferenciados, como é o caso de (1) finanças públicas; (2) competências; (3) requisições de equipamentos para UTI e de estruturas; (4) leitos de UTI com custeio e financiamento pela União; (5) fornecimento de oxigênio; (6) restrição de serviços, comércio e de atividades essenciais; (7) uso de máscara; (8) plano de distanciamento social e flexibilizações de restrições; (9) restrição à circulação e ao transporte; (10) vacinação; (11) proteção de grupos vulneráveis; (12) decisões judiciais que impõe regras ou criam exceção; (13) divulgação de dados epidemiológicos; (14) responsabilidade de agentes públicos; (15) acesso à informação e proteção de dados pessoais. Mesmo essa redução, não exaustiva, dos casos a alguns temas, deixa clara a multiplicidade, heterogeneidade e complexidade dos desafios gerados por decisões que possuem efeito em diversos setores da sociedade.

De um lado é importante registrar, de forma sintética e esquemática, a abrangência das matérias discutidas, por outro, na exploração mais detida dos temas, encontra-se neles um elemento comum, a exemplo de um fio condutor, qual seja, o contexto federativo, que, contudo, que, a despeito da diversidade e quantidade de decisões proferidas nesse contexto, não constitui o objeto precípua de nossa análise, ainda que a questão federativa se faça presente nas decisões a seguir apresentadas.

Um primeiro elemento a ser frisado, como já referido, é que o STF, durante a pandemia, não apenas examinou litígios e afirmou direitos, mas também intensificou a sua atuação como agente político que busca preservar e expandir seu poder<sup>16</sup>, inclusive no concernente à mediação de conflitos de ordem federativa.

Nesse contexto, podem ser arrolados os seguintes exemplos da atuação do STF, esco-

<sup>15</sup> STF, Painel de Ações COVID-19. <[https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html)>. Acesso em: 04.11.2021.

<sup>16</sup> Cf. BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil. *Health and Human Rights Journal*, vol. 23, nº 1, 2021, pp. 151-162.



lhidos de modo a ilustrar o ponto:

(i) O STF esclareceu que os entes federados poderiam ultrapassar os limites legais e constitucionais com relação aos gastos e dívida pública<sup>17</sup>, embora já houvesse articulação legislativa por meio da Emenda Constitucional (EC) 106/2020, que instituiu o regime extraordinário fiscal para atender as necessidades e limitado ao período da calamidade pública. Depois, ressaltou o caráter transitório dessas medidas, proibindo a assunção de gastos continuados<sup>19</sup>.

(ii) O STF reafirmou que à União compete o interesse nacional (geral), aos estados o interesse regional e aos municípios o interesse local, em um panorama de competências concorrentes (art. 23 II CF – administrativa comum; 24 XII CF – legislativa concorrente entre União e estados; 30 II CF – legislativa suplementar dos municípios)<sup>20</sup>. O STF tem se apoiado nesses conceitos para responder às controvérsias federativas e considerou:

- a. Que a União, por meio do Congresso Nacional e da Lei 13.979/2020, age dentro da sua competência para legislar sobre vigilância epidemiológica e em favor de ações coordenadas<sup>21</sup>.
- b. Que a União não pode regular a totalidade das medidas a serem tomadas contra a pandemia, pois deve respeitar a autonomia e porque não conhece todas as peculiaridades regionais<sup>22</sup>.
- c. Que compete ao Presidente da República reger serviços públicos e atividades essenciais, sem excluir a competência dos demais entes federados, que permanecem podendo adotar medidas de sua competência, no que se refere a isolamento, quarentena e restrição em rodovias, portos e aeroportos internacionais, interestaduais e intermunicipais<sup>23</sup>.
  1. Tais medidas podem ser adotadas por todos os entes federados, conforme suas competências, e não é necessário aval da União<sup>24</sup>.
  2. Para restrições ao transporte intermunicipal e interestadual, estados e municípios apenas precisam de fundamentação técnica e garantir a circulação de produtos e serviços essenciais. O fechamento de fronteiras, no entanto, excederia suas atribuições<sup>25</sup>.
  3. Os estados devem ter espaço para regulamentar o transporte intermunicipal e

<sup>17</sup> Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6357 – Distrito Federal, 13.05.2020, DJE 276, 19.11.2020.

<sup>18</sup> *Emenda Constitucional (EC) 106, de 07.05.2020*. Disponível em: <<https://tinyurl.com/m8869y2k>>. Acesso em: 19.05.2021.

<sup>19</sup> Assim o fez ao decidir contrariamente à governo de estado que pretendia afastar limitações de despesa com pessoal, contratação, aumento de remuneração e vantagens para servidores da saúde: Acórdão do STF; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6394, 23.11.2020, DJE 284, 01.12.2020. O mesmo é discutido quanto ao aumento do limite de renda para o recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC): Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 495 Rio de Janeiro, Ministro Presidente Dias Toffoli, 29.07.2020, DJE 193, 03.08.2020.

<sup>20</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Relações Interfederativas no Contexto da COVID-19*. In SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (Orgs.). *Competências e Regras*. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2021, pp. 12-34. Coleção Covid-19, vol. 3; Cf. FERRAZ, Octávio Luiz Motta Ferraz; et. al. *Brazil: Legal Response to Covid-19*. In KING, Jeff; FERRAZ, Octávio (Eds.). *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*. Oxford: Oxford University Press, 2021. Disponível em: <10.1093/law-occ19/e16.013.16>. Acesso em: 05.07.2021.

<sup>21</sup> Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ADI 6341 – Distrito Federal, 15.04.2020, DJE 271, 12.11.2020.

<sup>22</sup> Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ADI 6343 Distrito Federal, DJE 273, 16.11.2020.

<sup>23</sup> Decisão Monocrática no STF; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672 Distrito Federal (DF), Relator: Alexandre de Moraes, 08.04.2020, DJE 89, 14.04.2020.

<sup>24</sup> ADI 6341, op cit.; ADI 6343, op cit

<sup>25</sup> ADI 6343, op cit.

organizar barreiras sanitárias conforme o interesse regional, sem ferir a autonomia dos municípios<sup>26</sup>.

Uma evolução relevante no âmbito da jurisprudência do STF, diz respeito à maior deferência e valorização, por parte da Corte, de critérios técnicos e científicos. Nesse sentido, à guisa de exemplo, colaciona-se julgado no qual, ao examinar a constitucionalidade de medida provisória que limita a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia aos erros grosseiros, o STF qualificou os atos administrativos que dão lugar a violações do direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou a impactos adversos sobre a economia como erros grosseiros e determinou que se requeira opiniões que atendam aos critérios técnicos e científicos de reconhecidas instituições nacionais e internacionais e os princípios da prevenção e da precaução<sup>27</sup>.

A mesma linha de entendimento se faz presente em outra decisão, designadamente, num julgamento onde estavam em causa os limites da liberdade religiosa, o STF considerou constitucional a interdição de cultos, missas e demais atividades religiosas presenciais coletivas por estado da federação, tendo em vista a contenção da pandemia, a existência de maior risco e a presença de análise técnica<sup>28</sup>.

Outro ponto a ser sublinhado, é que, também no contexto da pandemia, o STF foi confrontado com a necessidade de se pronunciar relativamente a omissões por parte da União e mesmo dos demais entes federativos, de modo a assegurar a sua correção. Isso ocorreu em um número significativo de casos, dentre os quais, destaca-se a falta de leitos hospitalares, unidades de terapia intensiva, insumos e medicamentos.

No que diz respeito aos hospitais de campanha, ou seja, à sua falta, esses se tornaram um grande problema já no início da pandemia, com o aceleração dos casos e o aumento das necessidades em termos de internação hospitalar, inclusive devido à rápida desmobilização das estruturas. Em cenário de nova proliferação da pandemia no território brasileiro, de crise no sistema de saúde e de aumento das mortes, os estados buscaram o pronunciamento do STF, tendo em vista a falta de manifestação da União sobre a habilitação de novos leitos de UTI e a desabilitação de leitos custeados com recursos federais para o tratamento dos infectados pela Covid-19. Nesse caso, a União foi obrigada a avaliar os pedidos e a reativar leitos com apoio técnico e financeiro<sup>29</sup>.

No primeiro trimestre de 2021 tomou forma uma crise de dimensão sem precedentes na cidade de Manaus, que foi marcada sobretudo pela falta de oxigênio para os pacientes internados e intubados. Foi determinado que a União prestasse auxílio com relação ao oxigênio e outros insumos e apresentasse plano detalhado de ação em 48 horas, a ser atualizado a cada 48 horas<sup>30</sup>. Posteriormente também se enfren-

<sup>26</sup> Id.

<sup>27</sup> Acórdão do STF; ADI 6421 Medida Cautelar (MC). 21.05.2020, *Case Law Compilation Covid-19*. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/afpzmmtf>>. Acesso em: 24.03.2021, pp. 29-31.

<sup>28</sup> Acórdão do STF; ADPF 811 São Paulo, 08.04.2021, DJE 123, 24.06.2021.

<sup>29</sup> Acórdão do STF; Referendo na MC na ACO 3473 DF, 08.04.2021, DJE 98, 24.05.2021.

<sup>30</sup> Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 756 DF, 22.03.2021, DJE 60, 30.03.2021.

tou o risco de falta de insumos para os pacientes entubados. A União foi obrigada a apresentar plano informando os estoques dos medicamentos para intubação, a forma e a frequência do controle, cronograma de aquisição, recursos financeiros para aquisição e distribuição, critérios de distribuição e forma de publicidade<sup>31</sup>.

Efeitos mais intensos da pandemia têm sido documentados com relação a grupos considerados vulneráveis<sup>32</sup>. Nesse contexto, o STF determinou que a União elaborasse e monitorasse um plano de enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas, com a participação da população indígena e de outras instituições<sup>33</sup>. Há também pronunciamento pela suspensão de ordens de reintegração de posse contra esses segmentos da população na pendência da pandemia<sup>34</sup>. O mesmo se deu com as comunidades quilombolas, tendo sido, ainda, determinada a inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro de casos<sup>35</sup>.

Já a situação do sistema prisional, levou o CNJ a elaborar a Recomendação 62, que orienta, dentre outras ações, a adoção de medidas que diminuam o risco de contágio como a realização de audiências por vídeo conferência, a saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, concessão de prisão domiciliar dos presos em regime aberto e semiaberto<sup>36</sup>. Frente a isso e aos riscos da pandemia, o STF vem decidindo individualmente a pedidos de prisão domiciliar e de revogação de prisões de caráter cautelar. Nesse sentido, em decisão provisória foram estabelecidos critérios para a concessão e para a recusa de medidas como progressão antecipada de regime, prisão domiciliar e liberdade provisória a detentos no contexto da pandemia<sup>37</sup>.

Dentre tantos exemplos que ainda poderiam ser colacionados, calha referir os problemas atinentes à requisição de leitos hospitalares e outros bens e serviços, seja por parte da União em relação aos Estados da Federação, seja em relação aos Municípios

<sup>31</sup> Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória na ACO 3.490 DF, 14.06.2021, DJE 122, 24.06.2021.

<sup>32</sup> Cf. por exemplo: ROBERTO ROCHA C. PIRES. *Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19: Propostas para o Aperfeiçoamento da Ação Pública*. Nota Técnica 33. Ipea, abril de 2020; ENID ROCHA ANDRADE DA SILVA / VALÉRIA REZENDE DE OLIVEIRA. *Proteção de Crianças e Adolescentes no Contexto da Pandemia da COVID-19: Consequências e Medidas Necessárias para o Enfrentamento*. Nota Técnica 70. Ipea, maio de 2020.

<sup>33</sup> Acórdão do STF. Referendo na MC na ADPF 709 DF, 05.08.2020, DJE 244, 07.10.2020. Mais recentemente foi deferida tutela provisória para a adoção de medidas, por parte da União, para a proteção dos indígenas frente a invasores, inclusive com desdobramentos no direito à saúde e combate à pandemia. Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 709 DF, 21.06.2021, DJE 170, 26.08.2021.

<sup>34</sup> Decisão Monocrática no STF; MC na Reclamação 43.907 RJ, 07.10.2020, DJE 247, 13.10.2020.

<sup>35</sup> Acórdão do STF; MC na ADPF 742 DF, 24.02.2021, DJE 80, 29.04.2021. Há também decisão que manteve medidas de estado da federação em prol da manutenção da moradia de todas as pessoas que comprovem absoluta necessidade: Cf. Decisão Monocrática no STF; MC na Reclamação 45.319 RJ, 23.12.2020, DJE 2, 11.01.2021.

<sup>36</sup> CNJ. Recomendação 62, de 17.03.2020.

<sup>37</sup> Acórdão da Segunda Turma do STF; Referendo na MC no HC 188.820 DF, 24.02.2021, DJE 56, 24.03.2021. Há também uma série de julgamentos de medidas específicas, que remetem a um exame caso a caso: Acórdão da Segunda Turma do STF; Agravo Regimental na AP 996, 08.06.2020, DJE 238, 29.09.2020. Decisão Monocrática no STF; Extração 1.601 DF, 18.06.2020, DJE 157, 24.06.2020. Decisão Monocrática no STF; MC no HC 182.596 ES, 23.03.2020, DJE 72, 26.03.2020; Decisão Monocrática no STF; Agravo Regimental na Reclamação 41.199 SP, 10.07.2020, DJE 192, 03.08.2020; Decisão Monocrática no STF; MC na STP 648 Goiás, 21.09.2020, DJE 234, 23.09.2020.



e mesmo a atores privados<sup>38</sup>.

Nesse sentido, no início da pandemia, houve município que requisitou hospital privado que estava desativado. A medida foi suspensa nas instâncias ordinárias por ter sido considerada desproporcional, mas o STF reverteu tal orientação, decidindo que a medida atendeu ao dever de precaução<sup>39</sup>.

Outra situação conflitiva diz respeito à requisição pela União de bens potencialmente adquiridos pelos demais entes. Isso ocorreu com ventiladores mecânicos adquiridos por estado da federação para equipar UTIs e igualmente com insumos comprados pelo estado de São Paulo para a produção de vacinas, situações nas quais o STF atuou de modo a proteger as aquisições por parte dos Estados<sup>40</sup>.

#### 4. Considerações Finais

Como se pode perceber à vista dos casos ilustrativamente selecionados, a síntese dos principais temas em discussão no STF aponta para um reforço da dimensão transindividual do direito à saúde, sem deixar de assegurar situações individuais, mas com uma clara tendência à priorização da dimensão coletiva.

Também é perceptível o esforço por assegurar, mediante interpretação do sistema de repartição constitucional de competências, tanto a prerrogativa da União de estabelecer critérios gerais e assumir a coordenação geral no que diz com as políticas e medidas em geral de combate à pandemia, quanto garantir que estados e municípios não fiquem imobilizados, seja no caso de paralisia da União, seja no sentido da complementação, formatação compatível com as peculiaridades regionais e locais. Um marco federativo que assegura a proteção integral num esquema de federalismo do tipo cooperativo e que opera num regime de solidariedade dos entes da federação, mas temperado pela subsidiariedade. Em suma, afinado com o marco jurídico constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS).

A maior deferência a critérios científicos, evidências e estatísticas aparece como uma tendência, inclusive no manejo do princípio da proporcionalidade, destacando-se, além disso, uma tendência de fortalecimento da proteção de grupos vulneráveis no contexto da pandemia.

---

<sup>38</sup> Cf. apenas para mencionar: Decisão Monocrática no STF; Tutela Provisória na ACO 3.385 Maranhão (MA), Relator: Celso de Mello, 20.04.2020, DJE 99, 23.04.2020; Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ACO 3.393 Mato Grosso (MT), 12 a 19.06.2020, DJE 172, 07.07.2020; Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na ACO 3.398 Rondônia (RO), Relator: Roberto Barroso, 19.06.2020, DJE 157, 23.06.2020; Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na Suspensão de Segurança (SS) 5.382 Piauí (PI), Ministro Presidente: Dias Toffoli, 21.05.2020, DJE 128, 22.05.2020; Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ACO 3463 São Paulo, 08.03.2021, DJE 51, 16.03.2021.

<sup>39</sup> Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar (MC) na Suspensão de Tutela Provisória (STP) 393 Minas Gerais, Ministro Presidente: Dias Toffoli, 22.06.2020, DJE 157, 23.06.2020. No mesmo sentido, com relação a bens de hospital privado que não operava suas UTIs: Decisão Monocrática no STF; STP 192 São Paulo, Ministro Presidente: Dias Toffoli, 22.06.2020, DJE 161, 25.06.2020.

<sup>40</sup> ACO 3.385, op cit.; ACO 3463 São Paulo, op cit.

Ao fim e ao cabo, é possível afirmar, ainda que de modo cauteloso – especialmente em virtude do número limitado de casos selecionados – que, se por um lado não é de se refutar (ao menos em parte) as críticas endereçadas ao STF no sentido de um intervenção excessiva na esfera de atuação dos demais atores estatais, por outro, por outro, é inegável a relevância do papel exercido pela Suprema Corte brasileira, em especial dadas as omissões registradas e os diversos conflitos federativos, no que diz respeito à efetivação do direito à vida e do direito à proteção da saúde no contexto da pandemia do COVID-19.

Que isso, por sua vez, não dispensa um processo – preferencialmente marcado por um produtivo diálogo institucional - de permanente reconstrução e de aperfeiçoamento, deveria soar elementar.

## Referências

BIEHL, João; et al. Judicialisation and the Right to Health in Brazil. **The Lancet**, v. 373, n. 9682, p. 2182-2184, 2009.

BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil. **Health and Human Rights Journal**, v. 23, n. 1, p. 151-162, 2021

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Social Rights, Judicial Remedies and the Poor. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 18, n. 3, 2019, p. 569-579, 2019.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta Ferraz; et. al. Brazil: Legal Response to Covid-19. In: KING, Jeff; FERRAZ, Octávio (Eds.). **The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19**. Oxford: Oxford University Press, 2021. DOI: 10.1093/law-occ19/e16.013.16.

MORAES, Rodrigo Fracalossi de; SILVA, Lara Livia S.; TOSCANO, Cristiana M. **Covid-19 e medidas de distanciamento social no Brasil: análise comparativa dos planos estaduais de flexibilização**. Nota Técnica 25. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/ntdinte25>.

PEREIRA, Ana Karine; OLIVEIRA, Marília Silva; SAMPAIO, Thiago da Silva. Heterogeneidades das políticas estaduais de distanciamento social diante da COVID-19: aspectos políticos e técnico-administrativos. **Rev. Adm. Pública**, v. 54, n. 4, p. 678-696, 2020.

PIRES, Roberto Rocha C. **Os efeitos sobre grupos sociais e territórios vulnerabilizados das medidas de enfrentamento à crise sanitária da COVID-19: propostas para o aperfeiçoamento da ação pública**. Nota Técnica 33. Diest. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2020. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9839/1/NT\\_33\\_Diest\\_Os%20Efeitos%20Sobre%20Grupos%20Sociais%20e%20Territ%C3%B3rios%20Vulnerabilizados.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9839/1/NT_33_Diest_Os%20Efeitos%20Sobre%20Grupos%20Sociais%20e%20Territ%C3%B3rios%20Vulnerabilizados.pdf).

SARLET, Ingo Wolfgang. Relações Interfederativas no Contexto da COVID-19. In SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (Orgs.). **Competências e Regras**. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2021. p. 12-34. Coleção Covid-19, v. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Health as an enforceable positive

right: the Brazilian Supreme Federal Court's case law on the access to medicines. **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, v. 102, p. 117-134, 2019.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Entre justiça e gestão: colaboração interinstitucional na judicialização da saúde. **Brazilian Journal of Public Administration**, v. 55, n. 4, p. 923-949, 2021.

WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 2, p. 849-869, 2021.