

LUCIANA GASPAR MELQUÍADES DUARTE

VÍCTOR LUNA VIDAL

Coordenação

DIREITO À SAÚDE

JUDICIALIZAÇÃO E PANDEMIA
DO NOVO CORONAVÍRUS

AUTORES

Cláudia Toledo	Lucas Barros de Oliveira
Diogo Luís Manganelli de Oliveira	Moisés Santos Júnior
Fernanda Teixeira Saches Procopio	Natália Rita Martins Patrício
Larissa Ladeira Resende Araújo	Wellington Adriano da Costa de Oliveira
Letícia Alonso do Espírito Santo	Yasmin Souza Santos Simões
Liana de Barros Pimenta	Yuran Quintão Castro

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aiane Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amália Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourir

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainã Luz Carvalho

Capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araújo e Rodrigo Araújo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi, Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Direito à saúde : judicialização e pandemia do novo coronavírus / Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Víctor Luna Vidal, coordenadores. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5614-232-6

1. Coronavírus (COVID-19) - Pandemia 2. Direito à saúde 3. Direitos fundamentais 4. Poder judiciário - Brasil 5. Políticas públicas de saúde 6. Saúde pública 7. Sistema Único de Saúde (Brasil) I. Duarte, Luciana Gaspar Melquíades. II. Vidal, Víctor Luna.

20-41108

CDU-34:351.77(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil ; Direito da saúde 34:351.77(81)
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Sumário

Agradecimentos	7
Prefácio	13
Sobre os Autores	15
Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus	29
<i>Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Víctor Luna Vidal</i>	
Direito à saúde: histórico, judicialização e prognóstico	43
<i>Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Liana de Barros Pimenta</i>	
1. Introdução	43
2. Aspectos históricos e hermenêuticos do direito à saúde	44
2.1. A construção histórica do direito à saúde	45
2.2. O direito à saúde e sua interpretação constitucional	48
3. O direito fundamental à saúde no Brasil: desafios, retrocessos e avanços	53
3.1. O sistema de financiamento	54
3.2. A busca da efetivação do direito à saúde pela tutela jurisdicional	58
3.3. Os recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao direito à saúde	62
4. Conclusão	64
Referências	65

Sistemas públicos de saúde e medidas de contenção da pandemia do novo coronavírus: uma análise comparativa entre diversos países do mundo	73
<i>Luciana Gaspar Melquiades Duarte e Lucas Barros de Oliveira</i>	
1. Introdução	74
2. Metodologia de pesquisa	74
2.1. Medidas de combate à Covid-19 e critérios metodológicos	76
3. Descrição dos sistemas de saúde e métodos de combate à pandemia adotados	80
3.1. Alemanha	80
3.2. Brasil.....	82
3.3. Canadá.....	83
3.4. Chile	84
3.5. China	85
3.6. Colômbia	87
3.7. Espanha	88
3.8. Estados Unidos	89
3.9. França	90
3.10. Japão	91
3.11. Portugal	92
3.12. Reino Unido	93
4. Discussão dos resultados	94
4.1. Correlação entre a completude do sistema público de saúde e mortes confirmadas por Covid-19 por milhão	95
4.2. Correlação entre investimento em saúde em relação ao PIB e mortes confirmadas por Covid-19 por milhão	96
4.3. Correlação entre decréscimo na mobilidade social e mortes confirmadas por Covid-19 por milhão	97
4.4. Correlação entre medidas de mitigação e mortes confirmadas por Covid-19 por milhão	98
4.5. Correlação entre fatores exógenos à pandemia e mortes confirmadas por Covid-19 por milhão	99
4.6. Correlação entre fatores endógenos à pandemia e mortes por Covid-19 confirmadas por milhão.....	100
5. Considerações finais	102
Referências	102

Judicialização dos leitos de UTI no contexto da pandemia do novo coronavírus	107
<i>Luciana Gaspar Melquiades Duarte e Victor Luna Vidal</i>	
1. Introdução	107
2. Limitação dos recursos públicos e reserva do possível em tempos de pandemia	110
3. Alocação de recursos severamente escassos na pandemia e os leitos hospitalares.....	117
4. A judicialização de leitos de UTI no contexto da pandemia de Covid-19	124
4.1. Critérios para as decisões judiciais referentes a leitos de UTI na crise sanitária de Covid-19	126
4.2. A destinação de leitos de UTI privados ao SUS.....	129
5. Considerações finais	135
6. Referências.....	137
Tratamentos experimentais: limites ético-jurídicos e a polêmica da cloroquina	145
<i>Letícia Alonso do Espírito Santo e Victor Luna Vidal</i>	
1. Introdução	145
2. A efetividade dos direitos sociais sob a perspectiva pós-positivista	147
2.1. Reserva do possível, mínimo existencial e dignidade humana.....	151
3. Parâmetros vigentes.....	154
3.1. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária e o processo de incorporação de tratamentos de saúde no âmbito do SUS	154
3.2. Jurisprudência dos tribunais superiores e revisão crítica	157
3.3. A insuficiência dos critérios das decisões dos tribunais superiores, o princípio da igualdade e a propositura de novos parâmetros.....	163
4. A pandemia do coronavírus e a cloroquina.....	166
5. Considerações finais	174
Referências.....	176

Políticas públicas de austeridade e direitos sociais	185
<i>Cláudia Toledo e Moisés Santos Júnior</i>	
1. Direitos fundamentais sociais e crise econômica mundial de 2007-2008	186
2. Emenda constitucional 95/2016	188
2.1. Emenda Constitucional Inconstitucional.....	189
3. Medidas alternativas para superação da crise econômica nacional.....	196
Referências.....	197
Núcleo essencial do direito à saúde: demandas de saúde de primeira necessidade	201
<i>Luciana Gaspar Melquiades Duarte e Yuran Quintão Castro</i>	
1. Introdução	201
2. O conteúdo do núcleo essencial do direito à saúde com base na construção teórica pós-positivista	204
3. Estudo sobre a legislação referente ao conteúdo mínimo do direito à saúde	209
4. Manifestações doutrinárias sobre o núcleo essencial do direito à saúde	211
4.1. O mínimo existencial	217
5. A delimitação do núcleo essencial pela jurisprudência	219
6. Reelaboração do conceito do núcleo essencial do direito à saúde....	221
7. Conclusão	225
8. Referências	226
Hipossuficiência e Direito à Saúde: uma análise sobre os atuais critérios para aferição da carência e a proposição de novos parâmetros	231
<i>Luciana Gaspar Melquiades Duarte, Victor Luna Vidal e Yasmin Souza Santos Simões</i>	
1. Introdução	232
2. Considerações acerca da reserva do possível, do conflito de competências na proteção dos direitos fundamentais sociais e da igualdade em saúde	233
3. Controvérsias sobre a aplicabilidade do direito à saúde e a hipossuficiência.....	240

3.1.	Controvérsias na literatura	241
3.2.	Controvérsias jurisprudenciais	243
3.3.	Conceito de hipossuficiência nas demandas de saúde a partir da análise da legislação	246
4.	A hipossuficiência e os critérios para a sua aferição nas demandas de saúde	252
5.	Considerações finais	257
	Referências	258

A pertinência do emprego do princípio da reserva do possível: um estudo comparativo dos sistemas de saúde no mundo 265

Luciana Gaspar Melquiades Duarte e Lucas Barros de Oliveira

1.	Introdução	266
2.	A teoria dos direitos fundamentais e o conceito de reserva do possível	267
3.	Comparação dos sistemas de saúde ao redor do mundo	271
3.1.	Estados Unidos e Canadá: Medicaid e Medicare	271
3.2.	Alemanha e Japão: planos de saúde geridos pelo Estado	274
3.3.	França: plano de saúde estatal com maior participação do Estado no financiamento	276
3.4.	Portugal e Espanha: sistemas de saúde universais dirigidos pelo Estado, porém não completamente integrais	277
3.5.	Reino Unido: modelo de medicina socializada que inspirou o Sistema Único de Saúde brasileiro	278
3.6.	Colômbia e Chile: forte participação do setor privado na saúde	279
3.7.	China: sistema de saúde de pouco custo e relativamente eficiente	281
3.8.	Brasil: um sistema de saúde público, universal e gratuito latino-americano	282
4.	Cálculo da reserva do possível	283
5.	Conclusão	289
	Referências bibliográficas	290
	Anexo	297
	Cálculos	297

1.	Estados Unidos.....	298
2.	Canadá.....	298
3.	Alemanha	299
4.	Japão.....	300
5.	França.....	300
6.	Portugal.....	301
7.	Espanha.....	302
8.	Reino Unido	302
9.	Colômbia.....	303
10.	Chile.....	304
11.	China.....	304
12.	Brasil.....	305

A tutela jurisdicional do direito à saúde: uma análise do relatório analítico propositivo “judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”, do Conselho Nacional de Justiça.....	307
--	------------

Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Liana de Barros Pimenta

1.	Introdução	308
2.	Saúde: conceito e significações sociais.....	309
3.	Os dilemas em torno da exigibilidade do direito à saúde.....	311
4.	A judicialização da saúde no relatório do Conselho Nacional de Justiça	314
4.1.	A judicialização da saúde é fenômeno díspar entre os estados brasileiros.....	315
4.2.	As prestações sanitárias pleiteadas judicialmente são amplas e diversas.....	318
4.3.	A população economicamente vulnerável é a que mais depende da tutela jurisdicional da saúde.....	323
4.4.	A coletivização das demandas relativas ao direito sanitário é preterida	325
4.5.	As decisões judiciais sobre direito sanitário carecem de uma fundamentação racional	327
5.	Considerações finais	335
	Referências	336

Reflexões sobre os números da judicialização da saúde no Brasil	345
<i>Luciana Gaspar Melquiades Duarte e Wellington Adriano da Costa de Oliveira</i>	
1. Introdução	345
2. Demandas de saúde de primeira e segunda necessidade	348
3. Análise dos dados do Conselho Nacional de Justiça	349
3.1. Antecipação de tutela	351
3.2. Referência da decisão à nota de comissão técnica de apoio.....	351
3.3. Polo ativo das demandas	352
3.4. Justiça gratuita.....	353
3.5. Argumentos utilizados nas decisões	353
3.5.1. Observação da dotação orçamentária e do argumento da reserva do possível	354
3.5.2. Responsabilidade solidária entre os entes públicos ...	355
3.5.3. Hipossuficiência da parte autora.....	355
3.5.4. Possibilidade de indenizações.....	356
3.5.5. Dignidade humana e os direitos à vida e à saúde	357
3.5.6. Observância das normas de organização do SUS	358
3.6. Menção de precedentes	359
3.7. Objeto da ação	360
4. Considerações finais	361
Referências	362

Análise crítica dos enunciados das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça

Luciana Gaspar Melquiades Duarte, Fernanda Teixeira Saches Procopio e Victor Luna Vidal

1. Introdução	365
2. O papel do CNJ na judicialização da saúde.....	367
3. O Pós-positivismo sob a perspectiva alexyana	370
4. Análise crítica dos enunciados selecionados.....	372
4.1. Enunciado n° 3	372
4.2. Enunciados n° 6, 9, 50 e 75	374
4.3. Enunciados n° 7, 11 e 90	378

4.4.	Enunciados nº 8, 60, 87 e 88	380
4.5.	Enunciados nº 12, 14, 58 e 80	382
4.6.	Enunciado nº 13	385
4.7.	Enunciados nº 76, 84 e 86	387
4.8.	Enunciado nº 89	390
4.9.	Enunciados nº 92 e 93	390
5.	Considerações finais	392
	Referências	393

O direito fundamental à saúde e as doenças raras: considerações acerca do controle judicial de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal..... 399

Luciana Gaspar Melquiades Duarte e Víctor Luna Vidal

1.	Introdução	399
2.	O Pós-positivismo jurídico e a sindicabilidade judicial dos direitos fundamentais sociais	401
2.1.	Direito fundamental à saúde e justiciabilidade	402
2.2.	O núcleo essencial do direito fundamental à saúde	404
3.	Políticas públicas de saúde e doenças raras	408
4.	O Supremo Tribunal Federal e a judicialização dos tratamentos de doenças raras	412
4.1.	Análise crítica dos parâmetros de decisão em matéria de doenças raras	416
	Considerações finais	422
	Referências	423

A saúde mental e a judicialização de políticas públicas de saúde 431

Diogo Luís Manganelli de Oliveira

1.	Introdução	431
2.	O pós-positivismo como arcabouço teórico	434
3.	O acesso à saúde mental no Brasil	437
3.1.	A judicialização da saúde mental no Brasil	441

4. Construindo critérios objetivos para demandas relacionadas à saúde mental	443
Conclusão	449
Referências	450
Anexo – Escala breve de avaliação psiquiátrica (Kaplan; Sadock, 2017, p. 223-227).....	456

O núcleo essencial do direito fundamental à saúde e os tratamentos de saúde no exterior

Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Víctor Luna Vidal

1. Introdução	459
2. Opós-positivismo jurídico e suas contribuições para a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais	461
2.1. Direitos fundamentais sociais e justiciabilidade	463
2.2. Restrições a direitos fundamentais e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	466
2.3. O núcleo essencial do direito fundamental à saúde.....	468
3. O sistema único de saúde e os tratamentos de saúde no exterior	471
3.1. Decisões do Supremo Tribunal Federal	472
3.2. Decisões do Superior Tribunal de Justiça	474
3.3. Síntese dos julgados e análise crítica	477
4. Considerações Finais	481
Referências	481

O âmbito de proteção do direito à alimentação: uma perspectiva pós-positivista deste direito fundamental

Larissa Ladeira Resende Araújo

1. Introdução	490
2. Garantias, restrições e limites às restrições dos direitos fundamentais	492
3. O direito à alimentação como um direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro	497
4. O âmbito de proteção do direito à alimentação: do direito humano a estar livre da fome ao direito de todos a uma alimentação adequada	503

4.1.	O direito de todos a uma alimentação adequada: a representação do conjunto de elementos que integram o âmbito de proteção do direito à alimentação	504
5.	O direito à alimentação e as demandas judiciais no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça	510
6.	Considerações finais	517
	Referências	518
Judicialização da reprodução assistida		523
<i>Luciana Gaspar Melquiades Duarte, Victor Luna Vidal e Natália Rita Martins Patrício</i>		
1.	Introdução	523
2.	O pós-positivismo jurídico e a reprodução assistida	525
2.1.	Judicialização, Pós-positivismo e o direito fundamental ao planejamento familiar	528
3.	Saúde, planejamento familiar e reprodução humana	533
3.1.	O direito fundamental à saúde	533
3.2.	O direito ao planejamento familiar e os direitos reprodutivos	535
3.3.	Notas distintivas entre os procedimentos de reprodução assistida e o direito à saúde	538
3.4.	Aproximações entre os procedimentos de reprodução assistida e o direito à saúde	542
4.	Análise das decisões judiciais	544
5.	Definição de critérios para a justiciabilidade dos procedimentos de reprodução assistida	546
6.	Considerações finais	550
	Referências	551
Considerações finais		559