



Efetivação das garantias ao direito à saúde: legislação e jurisprudência no combate à pandemia

Effectiveness of the guarantees to the right to health: legislation and jurisprudence in the fight against the pandemic

Efectividad de las garantías al derecho a la salud: legislación y jurisprudencia en la lucha contra la pandemia

Edvaldo Brito¹

Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0003-4323-1338>

 escbrito@terra.com.br

Antonio Brito²

Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil

 dep.antoniobrito@gmail.com

Antonio Ali Brito³

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil

 <https://orcid.org/0009-0007-3784-5508>

 antonioali100@hotmail.com

Submissão em: 26/07/23

Aprovação em: 23/08/23

Resumo

Objetivo: o presente artigo visa estudar os contornos teóricos e práticos da efetivação do direito à saúde em seu respectivo regime jurídico. Essa efetivação foi colocada à prova no contexto da pandemia de COVID-19, o que reclamou uma profunda reflexão sobre as bases de sustentabilidade desse regime jurídico. **Metodologia:** foi realizada uma abordagem sobre a natureza jurídica do direito à saúde, que ensejou no advento do direito sanitário como, reconhecidamente, um direito subjetivo público, com princípios próprios e ampla eficácia, bem como levantaram-se os marcos legais e jurisprudenciais do sistema único de saúde, utilizados na pandemia. **Resultados:** a crise pandêmica tornou necessária uma série de medidas para garantir a estabilização da estrutura constitucional desenhada para o exercício desse poder de efetivação do direito à saúde, que passa pela conformação do Estado brasileiro, orientada pelo princípio republicano e federativo, motivo pelo qual também se estudam as funções legislativas e jurisdicionais, além da importância de seus respectivos papéis nesse mister. **Conclusão:** a legislação de emergência editada pelo Congresso Nacional e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nessa atividade de resguardo demonstraram a importância das funções legislativas e jurisdicionais para a manutenção da ordem constitucional brasileira no que concerne ao direito à saúde, especialmente durante o enfrentamento da pandemia de COVID-19.

Palavras-chave

Direito à Saúde. Pandemia. Legislação em Saúde.

Abstract

¹ Doutor em Direito Tributário, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; Professor Emérito.

² Pós-graduado em Finanças, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Deputado.

³ Graduando em Direito.

Objective: this article aims at studying the theoretical and practical outlines of the realization of the right to health in its respective legal framework. This realization has been put to the test in the context of the COVID-19 pandemic, which has called for a profound reflection on the sustainability foundations of this legal regime. **Methods:** an approach was carried out on the legal nature of the right to health, which led to the advent of health law as a recognized subjective public right, with its own principles and broad effectiveness, as well a survey of the legal and jurisprudential frameworks of the unified health system, used in the pandemic. **Results:** the pandemic crisis has required a series of measures to ensure the stabilization of the constitutional structure designed for the exercise of this power to enforce the right to health, which involves the conformation of the Brazilian State, guided by the republican and federative principle. Therefore, the legislative and judicial functions and the importance of their respective roles are also studied in this regard. **Conclusion:** this emergency legislation enacted by the National Congress and the decisions rendered by the Federal Supreme Court in this safeguarding activity demonstrated the importance of legislative and jurisdictional functions for the maintenance of the Brazilian constitutional order regarding the right to health, especially during the confrontation of the COVID-19 pandemic.

Keywords

Right to Health. Pandemic. Health Legislation.

Resumen

Objetivo: este artículo pretende estudiar los contornos teóricos y prácticos de la efectividad del derecho a la salud en su respectivo régimen jurídico. Esta efectividad se puso a prueba en el contexto de la pandemia del COVID-19, que ha exigido una reflexión profunda sobre las bases de la sostenibilidad de este régimen jurídico. **Metodología:** se abordó la naturaleza jurídica del derecho a la salud, que dio lugar al advenimiento del derecho sanitario como un derecho público subjetivo reconocido, con principios propios y amplia eficacia, además de plantear los marcos jurídicos y jurisprudenciales del sistema único de salud sanitaria, utilizado en la pandemia. **Resultados:** la crisis pandémica hizo necesaria una serie de medidas para garantizar la estabilización de la estructura constitucional diseñada para el ejercicio de ese poder de efectividad del derecho a la salud, lo que implica la configuración del Estado brasileño, guiado por el principio republicano y federativo, por lo que también se estudian las funciones legislativa y jurisdiccional, así como la importancia de sus respectivos papeles en esta tarea. **Conclusión:** la legislación de emergencia dictada por el Congreso Nacional y las decisiones emitidas por el Supremo Tribunal Federal en esta actividad de protección demostraron la importancia de las funciones legislativas y jurisdiccionales para el mantenimiento del orden constitucional brasileño en lo que concierne al derecho a la salud, especialmente durante el enfrentamiento de la pandemia de COVID-19.

Palabras clave

Derecho a la Salud. Pandemia. Legislación en Salud.

Direito à saúde: natureza jurídica

A saúde é um *direito subjetivo público*⁴ porque sua fonte matriz é a Constituição.

As Constituições *jurídicas* têm um conteúdo reflexo da Constituição *essência*, que se expressa pelas aspirações sociais formadas, em cada época, pelas forças reais de poder a que alude Lassalle (1).

Esse conteúdo tem, por isso, uma evolução no tempo identificada, sucessivamente, pelos direitos políticos, civis, econômicos, sociais, da cidadania; pelo que, neste estágio, todos eles compõem o corpo

⁴ Direito subjetivo é a prerrogativa de agir outorgada pela ordem jurídica (a lei, a sentença, o contrato), ao sujeito de direito, por uma fonte normativa, que, sendo a Constituição, toma a natureza de direito subjetivo público, oponível, inclusive, aos três poderes constituídos.

das Constituições jurídicas elaboradas por todos os Estados contemporâneos no pós-Segunda Guerra Mundial.

É exemplo a disciplina constitucional da ordem econômica e social (2), na qual se insere a nascente do Direito Sanitário.

A sistematização dessa ordem é inspirada no texto de Weimar de 1919, quando as ideias-força eram a de democracia social e econômica, com a administração autônoma da economia, surgindo aí o conceito de constituição econômica; seguindo, essa Constituição alemã, a dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, na União Soviética; documentos normativos, seguidos, por sua vez, pela Constituição Espanhola, aprovada a 9 de dezembro de 1931 pelas Cortes Constituyentes, após as eleições desse ano, que originaram a proclamação da Segunda República Espanhola, a qual vigorou até o final da Guerra Civil Espanhola, em 1939. Essa normatização espanhola sistematizou tal tema.

A Constituição brasileira de 1934 espelhou-se nesse movimento e, no seu Título IV, disciplinou a ordem econômica e social. Dentro dessa matéria, estabeleceu que a União, os estados e os municípios tinham a incumbência de adotar medidas legislativas e administrativas, tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impedissem a propagação das doenças transmissíveis; além de cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

A defesa e a proteção da saúde vieram, até a Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda nº 1 de 1969, sem destoar da competência outorgada à União para expedir normas gerais sobre a matéria, e sem exclusão da competência supletiva dos estados para legislar, supletivamente.

O Direito Sanitário, contudo, somente veio a ter expresso prestígio, em nível constitucional, com o texto de 1988 (2), que lhe deu, definitivamente, a natureza de direito subjetivo público, no bojo dos direitos fundamentais, na categoria dos sociais reconhecidos, como prerrogativas do sujeito, ao lado da educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, assistência social, proteção à maternidade e à infância.

Tal prestígio qualifica o signo saúde, semanticamente, como denotativo de um conteúdo semântico da medicina e legitima o intervencionismo do Estado brasileiro na esfera de atuação do administrado para dirigir-lhe, em nome do interesse coletivo fundamentado no seu dualismo de promotor do desenvolvimento econômico para o bem-estar social, base dos princípios republicano e federativo.

Essa categorização autoriza uma noção de Direito Sanitário: trata-se de um direito subjetivo público, que estabelece o regime jurídico do gozo das prerrogativas do administrado à saúde e do dever do Estado a praticar políticas sociais e econômicas que visem à antecipação aos danos à saúde, pela redução dos riscos de doença e de outros agravos, e pelo acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, as normas jurídicas que compõem essa *noção* ensejam a decomposição em treze elementos listados por Tesller (3): 1) a saúde como direito; 2) o princípio da unicidade do SUS; 3) o princípio da universalidade; 4) o princípio da integralidade do atendimento; 5) o princípio da preservação da autonomia das pessoas; 6) o princípio da informação; 7) o princípio da igualdade; 8) o princípio da participação popular ou comunitária; 9) o princípio da solidariedade no financiamento; 10) o princípio da vinculação dos recursos orçamentários; 11) o princípio da ressarcibilidade do SUS; 12) o princípio da preservação; 13) o princípio da precaução.

Essa lista arrola os princípios que se distinguiriam das simples regras, pois estas exigiriam cumprimento pleno, enquanto esses princípios seriam mandados de otimização porque constituiriam as normas que ordenam que o objeto realize-se na maior medida possível.

Acrescente-se que são princípios, uma vez que consistem em normas constitucionais que veiculam um gênero, desde quando são pautas das quais decorrem várias espécies normativas.

A garantia do titular dessas prerrogativas é, também, um direito fundamental e consiste em um repertório mediante o qual essas políticas sociais e econômicas são efetivadas.

Acerca da eficácia das normas do direito à saúde, tem-se que as normas constitucionais são todas eficazes, pois são editadas para irradiar efeitos desde a promulgação.

O legislador infraconstitucional, por isso, fica proibido de emitir normas em sentido contrário, e o aplicador fica, também, proibido de fazê-lo em relação às normas preexistentes ou às futuras que sejam incompatíveis com a Lei maior, tendo de utilizar a própria norma constitucional se inexistente a norma inferior integrativa.

Portanto, esses princípios são de grande importância por causa de sua fonte, agasalhados que estão no direito à infortunística, dispostos nos arts. 6º, 7º, 196 e seguintes da Constituição.

O legislador infraconstitucional, cioso dessa qualificação jurídica, tem emitido normas regulando os princípios constitucionais tanto para a efetivação, em si, dos direitos quanto dos órgãos gestores.

Godofredo Chaves Sampaio (4, p. 20) elenca leis infraconstitucionais e outros atos normativos subalternos sobre Direito Sanitário, conforme quadro a seguir.

Quadro 1. Principais leis do Sistema Único de Saúde

Lei Federal/Decreto	Publicação	Ementa
Constituição Federal 1988, Título VIII	08/10/1988	Da Ordem Social, Seção II Da Saúde.
Lei nº 8.080	19/07/1990	Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.
Lei nº 8.142	28/12/1990	Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.
Lei nº 9.782	06/01/1999	Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
Lei nº 9.961	28/01/2000	Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).
Lei nº 8.689	27/07/1993	Cria o Sistema Nacional de Auditoria, no âmbito do SUS.
Lei nº 5.991	17/12/1993	Dispõe sobre controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos e correlatos.
Lei nº 6.259	30/12/1975	Dispõe sobre organização das ações de vigilância epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações e estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças.
Lei nº 6.437	20/08/1977	Dispõe sobre infrações à legislação sanitária e estabelece as sanções.

Lei nº 9.434	04/02/1997	Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamentos.
Lei nº 9.656	03/07/1998	Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.
Lei nº 9.782	26/01/1999	Dispõe sobre definições do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
Lei nº 9.961	28/01/2000	Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).
Decreto nº 1.232	30/08/1994	Regulamenta o repasse fundo a fundo.
Decreto nº 7.508	28/07/2011	Regulamenta os dispositivos legais que tratam da organização, do planejamento, da assistência à saúde e da articulação interfederativa.
Lei Complementar nº 141	13/01/2012	Regulamenta os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

Fonte: Portal da legislação (5).

Acrescentem-se as disposições da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 – Lei Geral do SUS; da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, sobre a COVID-19; e do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que tipificam os crimes contra a saúde pública: epidemia; infração de medida sanitária preventiva; omissão de notificação de doença; envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal; corrupção ou poluição de água potável; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou de produtos alimentícios; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; emprego de processo proibido ou de substância não permitida; invólucro ou recipiente com falsa indicação; produto ou substância nas condições dos dois últimos tipos; substância destinada à falsificação; outras substâncias nocivas à saúde pública; medicamento em desacordo com receita médica; exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica; curandeirismo.

O crime de epidemia tem a seguinte tipificação: causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos; e o de infração de medida sanitária preventiva: infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.

Ora, saúde e enfermidade relacionam-se toda vez que se tende a definir a primeira como a ausência da segunda. Por isso, a saúde, quando é objeto de apreciação, no campo político ou no jurídico, exige que se fale de condições adequadas da natureza biológica da pessoa humana, na prevenção e na responsabilidade que cumpre ao Estado, na perspectiva de assegurar um direito fundamental, sob sua proteção.

O assunto, nesses termos, foi submetido a toda prova, durante a pandemia do coronavírus, responsável por uma doença respiratória denominada COVID-19, sigla oriunda de *Coronavirus Disease 2019*, causada pela infecção com o vírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (*sars-cov-2*). Esse vírus foi identificado pela primeira vez, em seres humanos, em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China, e seria originário de uma mutação dos coronavírus de morcegos. Ressalta-se que uma pandemia é uma epidemia de doença infecciosa que se espalha entre a população de todo o planeta.

O fato da recusa de seguir a determinação das autoridades públicas enquadra-se nos tipos penais supradescritos; então, o administrado não poderia infringir a determinação do poder público destinada

a impedir a propagação da doença, já identificada no território nacional, sob as sanções cominadas na respectiva legislação, aqui, invocada.

A violência do ataque à saúde, feito por essa moléstia, aliada à inexistência, no início, de meios certos de cura, colocou a humanidade em estado de vulnerabilidade de modo que a eficácia de sua contenção somente ocorreria por meio da atuação do Estado com os seus meios materiais, inclusive os fornecidos pelas pesquisas científicas.

A ausência de espontaneidade de membros da sociedade civil na conscientização do perigo, a fim de obedecer à determinação oficial, teria de envolver o Estado do bem-estar social, como o é o Brasil, legitimando-o na intervenção na economia e no social, exercendo o seu arbítrio conformador consistente no modo de satisfação das necessidades coletivas de caráter público (4).

O posicionamento mínimo do Estado em suas funções reais é defendido apenas pelos liberais das escolas clássica e neoclássica e pelos libertários monarquistas.

As relações do Estado contemporâneo com a sociedade civil demandam o exercício desse arbítrio conformador consistente no modo de satisfação das necessidades da assistência vital, do porte dessas de cumprimento do dever estatal em promover a saúde do administrado.

É essencial fixar que a atividade de atendimento de tais necessidades, embora constitua prestações administrativas, pode diferenciar-se daquela outra que se realiza, diretamente, no âmbito da Administração Pública, propriamente dita, ou da Administração Pública soberana constituída por “[...] um conjunto de agentes e de meios que uma pessoa pública afeta a uma atividade” (6, p. 395).

Conscientizar o ser humano da existência dessa fase de solidariedade e de fraternidade da vida coletiva é uma tarefa incansável de que se devem incumbir todos, na sociedade civil, a fim de afastar a ideia de que não há sociedade, pois, de modo inverso, seria admitir a existência, apenas, de indivíduos cuidando de si próprios, em isolamento, criando um aglomerado de pessoas sem seguridade.

A seguridade social tem de ter coordenação e, nas circunstâncias descritas, só o Estado pode fazê-la porque, em tese, não estará a serviço de poderes corporativos que, na sociedade, busquem exercer dominação.

Cresce de importância essa observação, uma vez que o Estado contemporâneo não é mais cuidador de uma única *nação*, pois a capilaridade existente nesse mundo global, sem fronteiras, submete-se ao acionamento da tecla *enter* de um computador, universalizando tudo, tanto para *deletar* quanto para *repetir*. Vale lembrar que a ciência e a tecnologia são os conceitos que servem de guia para esta nossa era, a era digital, em que a internet centra seu foco no domínio da informação cuja disseminação ela facilita de modo exponencial (7).

O contexto descrito apresenta a soberania com uma relativização porque o Estado contemporâneo “[...] não tem aqueles limites territoriais que lhe apeteça dar a si mesmo, mas aqueles dentro dos quais é constringido, do exterior, a conter-se; o Estado não é livre quanto ao conteúdo do seu direito, pois há exigências morais, de tradições ou de costume, que muitas vezes o vinculam de maneira inelutável.” (8, p. 70). É uma sociedade global.

Hedley Bull (9) aponta uma ordem política mundial, qual seja, uma ordem na vida social com repercussão no sistema de Estados e na política mundial, e diz que falar de ordem na vida social é referir-se a algo que se opõe à desordem.

O sistema de Estados tem objetivos elementares, na perspectiva de suas soberanias interna e externa, tendo “[...] suficiente contato entre si, com suficiente impacto recíproco nas suas decisões, de

tal forma que se conduzam, pelo menos até certo ponto, como partes de um todo”. É uma profilaxia da desordem mundial.

Aqui se insere a Organização Mundial de Saúde (OMS), agência especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas (ONU). Tem sede em Genebra e origem nas guerras do fim do século XIX, objetivando desenvolver, ao máximo possível, o nível de saúde de todos os povos, pois a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade (10).

A OMS é composta por 193 Estados-membros, que nomeiam delegados para a Assembleia Geral da Saúde Mundial – órgão máximo de decisão –, e por dois não membros da ONU, além de membros associados. A organização é financiada por contribuições dos Estados-membros e de diversos doadores. As suas funções, entre outras, incluem a liderança em questões críticas para a saúde e o envolvimento em parcerias em que a ação comum é importante, estimulando a difusão e a utilização de conhecimentos valiosos, estabelecendo normas, prestando apoio técnico, avaliando as tendências de saúde.

Essas organizações internacionais têm funções normativas e executivas, ordenamento jurídico autônomo, porém desempenham essas funções na confiança dos Estados, mediante ato institucional.

A saúde é objeto dessa internacionalização por ser considerada um dos direitos fundamentais, categorizado entre aqueles sociais, os quais consistem em pretensões ou em exigências das quais derivam expectativas legítimas que as pessoas têm, não de modo isolado, mas como membros da sociedade – incluída a global – porque vivem, e não podem deixar de viver, com outros seus integrantes.

Essas pretensões constituem os direitos a prestações do Estado, incluindo atos estatais de imposição de normas como aquelas indispensáveis ao exercício para a proteção do âmbito de liberdade assegurado pelo próprio direito fundamental. É aqui que se encontram os direitos a prescrições.

A saúde é um direito de todos (direito fundamental) e, assim, é um dever do Estado. É o que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 196 (2).

República é uma forma de governo instituída por escolha popular, que garante a liberdade e a igualdade dos cidadãos, posto que, de um lado, limita a liberdade de cada um, tornando possível a coexistência pacífica dos indivíduos, segundo uma lei universalmente válida, e, de outro lado, permite aos homens obedecerem somente às leis que ajudaram a elaborar, instaurando-se relações efetivamente pacíficas entre os indivíduos; a chamada paz social. É o oposto da monarquia cuja investidura é a hereditariedade (11, p. 479).

Federação é uma forma de Estado na qual se dividem as atribuições do poder político por esferas de autonomia: auto-organização, autoadministração e autogoverno, porém unidas na formação de um Estado soberano nas suas relações internacionais.

A Constituição de cada Estado federal é, na realidade, um documento normativo que consiste em um rol de competência das esferas federadas. A do Brasil não foge à regra, tanto que o Supremo Tribunal Federal pode interpretar, corretamente, as regras constitucionais (por exemplo, os arts. 23, II e 196), no campo do Direito Sanitário, sobre essas atribuições de cada qual dessas esferas⁵. Estão na Constituição as diretrizes para as *prestações* e para as *prescrições* do Estado brasileiro; entretanto,

⁵ Cf. ADIN 6.341/DF; referendo na medida cautelar na ADIN 6.343/DF; ADIN 6.362/DF; referendo na medida cautelar na ADPF 672/DF; referendo na medida cautelar na ADPF 770/DF.

observado um planejamento, considerando o sistema de planos estabelecido, objetivando metas para as despesas de capital e outras delas decorrentes para os programas de duração continuada.

Comporta-se, aqui, o sentido da cláusula constitucional *saúde dever do Estado*, buscado no magistério de Alexy (12), quando, arrimado em Carl Schmitt, sustenta que os direitos fundamentais estão destinados a assegurar a esfera da liberdade do indivíduo diante das intervenções do poder público, operando como direitos de defesa do cidadão perante o Estado.

Podem ser incluídas nesse rol as prerrogativas elencadas no art. 5º da Constituição brasileira (2) que são classificáveis, em face da sustentação desse autor, como direitos a ações negativas (omissões) do Estado cuja contrapartida são os direitos a ações positivas do Estado que pressupõem prestações do Estado constitutivas dos direitos fundamentais sociais listados no art. 6º da Constituição do Brasil, no qual se encontra a saúde.

Prestações, nesse aspecto, não significa que o Estado irá propiciar materialmente a satisfação das carências de cada indivíduo, e, sim, que o Estado não se omitirá em promover os meios para essa satisfação, seja com a atividade de coação, seja com a de estímulo ou de persuasão, seja criando infraestruturas, fomento econômico ou política econômica. Toda essa atividade estatal cabe em situações de pandemia, considerando a natureza *social* atribuída ao Estado contemporâneo.

Assim, as situações extraordinárias, como o é uma pandemia, devem ser, sempre, previsíveis, ou seja, consideradas possíveis, e, por isso, têm de ser previstas. Desse modo, seriam, no Brasil, dispensáveis as leis de emergência – à semelhança da Lei Faillot francesa de 1918 – como o é a nossa Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (13), dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

A natureza dessa situação extraordinária exige da Administração Pública um escopo na sua atuação porque se trata, ao mesmo tempo, de proteção e de limite do âmbito de liberdade individual, contendo não só os direitos fundamentais, mas também os deveres fundamentais, entre os quais o de promover o bem-estar social.

O coronavírus, causador da COVID-19, pelo seu potencial letal, pela sua repercussão em termos de pandemia, configura essa situação extraordinária.

São exemplos de deveres fundamentais o de permitir o uso da propriedade privada nos casos de iminente perigo, o de solidariedade e o de fraternidade. Os direitos fundamentais na pandemia aguçam a sua apreciação pelo lado de um direito coletivo, porque assumem a natureza de função social, e, assim, a sua titularidade legitima o dever dos órgãos que exercem controle social em nome da sociedade civil. São direitos, por exemplo, de conteúdo econômico, direitos sociais, direitos de solidariedade. É nesse sentido que a Constituição brasileira dispõe que a saúde é dever do Estado.

Duguit (14), em 1911, fez conferência em Buenos Aires, defendendo a tese de que o sistema jurídico reflete o grau de cultura e de civilização, e, portanto, sob a pressão dos fatos, adota uma *concepção exclusivamente realista, que elimina pouco a pouco a concepção metafísica de direito subjetivo*, qual seja, *a noção de função social*.

O sentido da tese desse festejado autor francês é o de que:

O homem não tem direitos; a coletividade tão pouco. Porém, o indivíduo tem na sociedade uma certa função a cumprir, uma certa tarefa a executar. E esse é precisamente o fundamento da regra de Direito que se impõe a todos, grandes e pequenos, governantes e governados (14, p. 171 e ss.).

Esta concepção de ordem realista conduz a que a liberdade, mesmo no sistema individualista, seja um direito de fazer tudo o que não cause danos a outro. Por isso, a concepção moderna de liberdade conduz a esse entendimento de que todo homem tem uma função social e, por conseguinte, tem o dever social de desempenhá-la. Assim, *os governantes podem intervir para impor-lhe atividade*, considerando que têm o dever de impor ao homem a obrigação de realizar essa função social que lhe incumbe.

Essa função social, no caso brasileiro, no setor da saúde em ambiente de pandemia, consistiu no dever do Estado, expresso nas competências, constitucionalmente, estabelecidas das esferas federativas de poder, para adotarem, respectivamente, as políticas sociais e econômicas, objetivando a redução do risco da doença que já se encontrava em âmbito de epidemia, amplamente difundida, e a diminuição de outros agravos, propiciando o acesso universal e igualitário às ações positivas e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

A Constituição brasileira erige a fraternidade ao nível de princípio jurídico. Por essa razão, sua efetividade está na linha da promoção do amor ao próximo, como conduta de cada indivíduo a ser implementada pelo arbítrio conformador do Estado, promotor do bem-estar social, garantindo, no caso específico, a redução do risco da doença e de outros agravos. Cabe ao Estado, também, a prescrição ao regular, ao regulamentar, ao fiscalizar e ao controlar a execução, por meio das já citadas competências outorgadas a todas as esferas de poder, na Federação, quando a prestação não estiver, diretamente, ao seu encargo, porque dela se tenham incumbido os agentes privados integrando, ou não, o sistema único de saúde, que constitui uma rede.

Quanto à efetivação das garantias ao direito à saúde e às funções legislativa e jurisdicional, a Constituição, desde 1988 (2), estabelece que as ações e os serviços públicos de saúde integram essa rede, que é regionalizada e hierarquizada, constitutiva do Sistema Único de Saúde (SUS), cujas diretrizes, traçadas por essa Lei maior, são: (i) a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (iii) a participação da comunidade.

O sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, das entidades federativas, além de outras fontes, mas a Constituição determina a aplicação, anualmente, nessas ações e nos serviços de percentuais calculados sobre a receita corrente (União) ou sobre o produto da arrecadação direta dos *impostos próprios ou daqueles de participação (estados, Distrito Federal e municípios)*.

A Constituição ainda exemplifica, como atribuições do SUS, componentes do *Direito Sanitário*, as seguintes, conforme a Lei nº 8.080/90 (15):

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (13).

Esse sistema foi responsável pelo sucesso das providências oficiais na erradicação dos males da pandemia de COVID-19.

Todavia, as funções legislativa e jurisdicional foram fatores de efetivação dessas normas constitucionais disciplinadoras, compondo, então, os elementos com os quais se formou o conjunto harmônico, coordenado e interdependente.

A Constituição faz a lei civil, sua integrativa, agasalhando as regras componentes dos direitos da personalidade⁶, ao lhe atribuir a disciplina das condições e dos requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas, para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, o processamento e a transfusão de sangue e seus derivados, proibida a comercialização.

A função legislativa infraconstitucional, na fase da endemia/pandemia – seja a do Congresso Nacional, pelas suas duas Casas; sejam as das Assembleias Legislativas e as das Câmaras Municipais –, foi eficiente desde a emissão do Decreto-Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020, reconhecendo, exclusivamente, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade, conforme solicitação do presidente da República, por meio de Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020 (16), com o objetivo de acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (COVID-19).

O exemplo de regime jurídico da emergência, no Direito Privado, está na conhecida Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918, publicada no *Journal Officiel de la République Française*, edição de 23 subsequente, disciplinando as transações ainda a cumprir e a outros contratos comerciais concluídos antes e durante a guerra mundial ocorrida no período de 1º de agosto de 1914 até a expiração de uma moratória de três meses com o fim das hostilidades. Essa lei francesa flexibilizava a rigidez da *pacta sunt servanda* do Código Napoleão.

O Código Civil brasileiro, na edição de 2002, já estabelece um regime jurídico para essas situações de emergência, tal como se vê das normas que disciplinam os defeitos e a invalidade do negócio jurídico ou, mais especificamente, das regras do inadimplemento fortuito, inclusive cobrindo toda a teoria do risco, ou seja, a teoria dos prejuízos nas hipóteses do acaso, vale dizer, a *teoria do perigo do contrato*.

Apesar disso, surgiu, especificamente por causa da pandemia, a lei que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório no campo do Direito Privado: a de nº 14.010, de 10 de junho de 2020.

Já no campo do Direito Público, houve uma atuação legislativa, em nível federal, com algumas iniciativas do respectivo legislador da União, a qual serviria de exemplo para as outras entidades federadas, considerando a autonomia política. Contudo, houve, também, as chamadas leis federais nacionais emitidas por esse legislador no exercício de sua competência federativa.

O Poder Legislativo, dessa forma, dotou o Estado brasileiro do instrumental legal necessário à efetivação das garantias ao administrado do seu direito à saúde.

A lei de emergência, como instrumento dessa efetivação, determinou que, a partir de 20 de março de 2020, seriam observadas as restrições à realização de reuniões e assembleias presenciais, bem assim

⁶ Cf. arts. 11 e ss. do Código Civil.

as determinações sanitárias das autoridades locais, podendo a assembleia geral das associações, para o fim de destituir administradores ou para alterar o estatuto, ser realizada até 20 de outubro de 2020, por meios eletrônicos, independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica. Porém, em qualquer hipótese, prevaleceriam as determinações sanitárias das autoridades locais.

Pode-se acrescentar que o conteúdo do Direito Sanitário inclui a disciplina de práticas plurais da sociedade, que foram ocorridas nessas fases endêmicas/pandêmicas; também, nas relações de consumo porque regrou o direito de arrependimento do consumidor, suspendendo o prazo para o seu exercício, na hipótese de aquisição para entrega domiciliar (*delivery*) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

Isso significa que, ao contrário de situações críticas de natureza epidêmica/pandêmica anteriores a 1940, quando não estavam capitulados os crimes contra a saúde pública nem fora editada legislação de emergência, nessa situação da COVID-19 a insubordinação aos ditames das autoridades sanitárias representa uma infração passível, até, de sanção penal.

A função jurisdicional efetivou, também, essas determinações sanitárias, em especial mediante decisões do Supremo Tribunal Federal, assecuratórias da forma federativa do Estado brasileiro, confirmando competências outorgadas, respectivamente, às entidades federadas, pela Constituição, mas também e sobretudo, interpretando conforme a Constituição normas da Lei nº 13.979/2020 (13) sobre vacinação compulsória⁷.

A Constituição mantém a coerência do seu intervencionismo moderado, quanto aos gestores, dispondo sobre o atendimento dessas necessidades da assistência vital, diretamente pelo poder público ou por meio de terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado, definindo, como de relevância pública, as ações e os serviços de saúde, incumbindo o poder público de legislar regulando a fiscalização e o controle da execução.

A participação das instituições privadas, preferencialmente a das entidades filantrópicas e de outras entidades sem fins lucrativos, dá-se de forma complementar ao SUS, o qual emite as diretrizes e o instrumento jurídico, quais sejam: o contrato de direito público ou o convênio.

É assim porque é vedada, salvo nos casos previstos em lei, a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas que tenham fins lucrativos, bem como a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, no país.

O campo do atendimento às necessidades da assistência vital é regulado por um regime jurídico aplicável às relações entre a Administração e o administrado, disciplinando o oferecimento de prestações e a fixação de prescrições.

É nesse sentido que se fala em Direito Administrativo Sancionador, que consiste na legitimação da Administração para prevenir infrações, no seio de suas relações, conforme um plexo de normas que exprimam seu poder punitivo, em face do administrado, cujo limite é a Constituição.

As agências reguladoras (4), fugindo à tradicional noção de serviço público, são exemplos de técnicas pelas quais a Administração, de um lado, garante, diretamente, vantagens imediatas aos indivíduos e, de outro lado, elas representam uma regulação com o conteúdo punitivo emitindo prescrições administrativas.

Essas agências têm origem atribuída à Inglaterra do começo do século XIX, quando o Parlamento teria decidido criar órgãos autônomos para atender a necessidades coletivas, o que teria inspirado, nos

⁷ Cf. ADIN 6.586/DF.

Estados Unidos da América do Norte, o *Interstate Commerce Commission ou Interstate Commerce Act*, um ato de 1887, estabelecendo a regulação do tipo semelhante às agências da Administração brasileira.

O Brasil editou a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, dispondo sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social desses entes administrativos autônomos, com funções de atendimento de demandas sociais, dotados, também, de prerrogativas para promover a adoção de medidas e ações destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

O cumprimento dos objetivos dessa legislação brasileira incumbe as onze agências nacionais, entre as quais a Anvisa – vigilância sanitária – e a ANS – saúde suplementar.

As agências têm se apoiado na demanda social, que exige prontas atividades dessa gestão; pressionando a eficácia de providências administrativas, especialmente porque a lei estabelece uma interação entre elas e os órgãos de defesa da concorrência, e a sua articulação com aqueles de defesa do consumidor e do meio ambiente.

O legislador tem atribuído às agências reguladoras a natureza jurídica de autarquia – portanto, integrante da Administração com a qualificação de autarquia especial –, o que significa uma modalidade específica de autonomia administrativa, diferenciada das demais entidades autárquicas.

Pugna-se para que esse novo modelo de satisfação das necessidades públicas prospere, cumprindo as determinações do legislador.

Durante a endemia/pandemia, não foi fácil esse desempenho pelas agências aqui mencionadas devido ao ranço de autoritarismo com que o Poder Executivo atuou, necessitando ser contido pelo Supremo Tribunal Federal cujas decisões repuseram o princípio da Administração regulada, ou seja, sujeita à lei, a par do princípio democrático no procedimento administrativo o qual já foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal⁸ e defendido como uma construção da democracia em um Estado democrático de direito por respeito ao princípio da legalidade. Isso tudo fundamenta uma democracia administrativa, pela qual os recursos interpostos pelo particular “[...] constituem uma forma de participação do administrado na ação administrativa, introduzindo, assim, um elemento democrático nesta” (17, p. 182).

A efetividade da atuação da Administração passa, também, pela eficácia da atuação dessas agências cuja qualificação caracteriza-se pela ausência da tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes, que têm estabilidade durante os mandatos, cuja gestão está monitorada, apenas, pelo controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas.

A Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) tem o seu embrião no Instituto Soroterápico Federal, criado pela prefeitura do então Distrito Federal (Rio de Janeiro), com o objetivo de produzir soros e vacinas contra a peste bubônica. Posteriormente, foi incorporado à Administração Pública federal, em 1900, e é contemporâneo do Instituto Butantã, criado, em São Paulo, pelo governo do estado.

Compõe o repertório de órgãos de efetivação das garantias ao direito à saúde, essa instituição, que busca diagnósticos e terapêuticas das doenças, produz vacinas, desde o seu surgimento, até hoje quando foi posta à prova, com esperado sucesso, na oportunidade do coronavírus.

A Fundação de Recursos Humanos para a Saúde, em 1970, foi transformada, pelo Decreto nº 66.624, de 22 de maio, em Fundação Instituto Oswaldo Cruz (Fiocruz), a ela incorporados o Instituto

⁸ Cf. voto do ministro Joaquim Barbosa no RE 388.359 – PE Tribunal Pleno, em 20/04/2006.

Oswaldo Cruz e o Serviço de Produtos Profiláticos do Departamento Nacional de Endemias Rurais, do Ministério da Saúde.

A entidade, dotada de personalidade jurídica de direito privado, tem regime administrativo e financeiro estabelecido em seu estatuto, com a finalidade de realizar pesquisas científicas no campo da medicina experimental, da biologia e da patologia; promover a formação e o aperfeiçoamento de pesquisadores em ciências biomédicas, de sanitaristas e demais profissionais de saúde; elaborar e fabricar produtos biológicos, profiláticos e medicamentos necessários às atividades do Ministério da Saúde, às necessidades do país, e as exigências da Segurança Nacional.

Transformou-se em *fundação coronavírus* em 2020, por seu desempenho, capacitando profissionais de saúde do Brasil e da América Latina; realizando o diagnóstico laboratorial do coronavírus (COVID-19); firmando parcerias com a Universidade de Oxford, da Inglaterra, e com o laboratório AstraZeneca, também inglês, para produzir, no Brasil, as milhões de doses da vacina contra essa doença cujo uso emergencial, por meio do Programa Nacional de Imunizações do SUS, foi aprovado pela Anvisa, em 17 de janeiro de 2021.

Conflito de interesses

Os autores declaram que não há conflito de interesses.

Contribuição dos autores

Brito E contribuiu com a redação, revisão crítica e aprovação da versão final do artigo. Brito A contribuiu com a concepção, revisão crítica e aprovação da versão final do artigo. Brito AA contribuiu com a análise e interpretação dos dados, redação, revisão crítica e aprovação da versão final do artigo.

Editores

Editora científica: Alves SMC

Editores convidados: Delduque MC, Gonet Branco PHM

Referências

1. Lassalle F. A essência da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris; 1988.
2. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal; 2022.
3. Tesller MIB. A importância dos princípios do Direito Sanitário. In: IV Encontro Internacional dos Profissionais em Vigilância Sanitária – ABPVS; 2004; Foz do Iguaçu.
4. Brito E. Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur; 2022.
5. Portal da legislação [Internet]. Brasília: [s. n.]; 2023 [citado em 7 set. 2023]. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>
6. Rivero J. Droit administratif. 5. ed. Paris: Dalloz; 1971.
7. Kissinger H. Ordem mundial. Figueiredo C, tradutor. Rio de Janeiro: Objetiva; 2015.
8. Pallieri GB. A doutrina do estado. Miranda F de, tradutor. Coimbra: Coimbra Editora; 1969. v. II.
9. Hedley B. A sociedade anárquica. Bath S, tradutor. Brasília: Editora Universidade de Brasília; 2002. cap. XXVIII.
10. Organização Mundial da Saúde. Constituição da OMS de 7 de abril de 1948 [Internet]. [S. l.: s. n.], [s. d.] [citado em 14 ago. 2023]. Disponível em: <https://healthalert.whofreebasics.org/footer-pages/portuguese-translation-of-constitution/>
11. Levi L. Federalismo. In: Bobbio N. Dicionário de política. Ferreira J et al, tradutores. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; 1986.
12. Alexy R. Teoría de los derechos fundamentales. Valdés EG, tradutor. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.
13. 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. Brasília, 6 fev. 2020 [citado em 14

ago. 2023]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/113979.htm

14. Duguit L. Las transformaciones del derecho (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL; 1975.

15. Brasil. Lei nº 8.080, 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. Brasília, 19 set. 1990 [citado em 14 ago. 2023].

Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm

16. Câmara dos Deputados. Mensagem 93, de 18 de março de 2020. Ofício nº 98/2020/SG/PR encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020 [citado em 14 ago. 2023]. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1867428

17. Prévédourou E. Les recours administratifs obligatoires: Étude comparée des droits allemand et français. Paris: LGDJ; 1996. 403 p.

Como citar

Brito E, Brito A, Brito AA. Efetivação das garantias ao direito à saúde: legislação e jurisprudência no combate à pandemia. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2023 jul./set.;12(3):115-128
<https://doi.org/10.17566/ciads.v12i3.1203>

Copyright

(c) 2023 Edvaldo Brito, Antonio Brito, Antonio Ali Brito.

