

# Repensando o Direito à Saúde no Brasil: Aspectos Críticos e Desafios postos diante de um Cenário de Pandemia

Edna Raquel Hogemann<sup>1</sup>

## Resumo

Tem como propósito esclarecer o que é reconhecido, na época presente brasileira, como *embaraço no acesso igualitário à saúde*, em contraste com a pujança dos dispositivos constitucionais que dispõe sobre o referido direito em sua conexão essencial com o princípio da dignidade da pessoa humana, concebido como o pilar axiológico básico do Estado Democrático de Direito, por meio da utilização de uma metodologia crítico-dialética que busca uma reflexão situada mais no âmbito das ciências sociais, como, aliás, devem ser investigados os fenômenos jurídicos/políticos/históricos, considerados em sua concretude. A autora se valeu, em sua pesquisa, de pronunciamentos importantes — em defesa do direito ao acesso igualitário à saúde e contra as posições restritivas ou omissivas sustentadas pela Administração — por parte dos tribunais superiores e, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Por contributo final, a autora considera que ainda falta uma mais pujante jurisdição constitucional no sentido preciso de promover a concretização de direitos (sobretudo os fundamentais) por seu caráter marcadamente finalístico e social.

**Palavras-chave:** Saúde; acesso; democracia; direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Pós-Graduação *Lato Sensu* em Bioética, pela Red Bioética UNESCO, Graduada em Jornalismo, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decana Pro Tempore, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio. Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability (Bioethics, Biolaw, Biotechnology) e do Grupo Direito Humanos e Transformação Social-UNIRIO. E-mail: ershogemann@gmail.com

## **Resume**

Its purpose is to clarify what is recognized, in the present Brazilian era, as an embarrassment in equal access to health, in contrast to the strength of the constitutional provisions that it provides for in that essential connection with the principle of human dignity, conceived as the basic axiological pillar of the Democratic State of Law, through the use of a critical-dialectical methodology that seeks a reflection situated more within the scope of the social sciences, as, indeed, the legal / political / historical phenomena, considered in its concreteness. In her research, the author made use of important pronouncements - in defense of the right to equal access to health and against the restrictive or omissive positions supported by the Administration - by the higher courts and, in particular, the Supreme Federal Court. As a final contribution, the author considers that there is still a lack of more powerful constitutional jurisdiction in the precise sense of promoting the realization of rights (especially fundamental ones) due to their markedly finalistic and social character.

**Keywords:** Health; access; democracy; fundamental rights.

## **Introdução**

A Assembleia Nacional Constituinte aprovou o Sistema Único de Saúde (SUS), e, através do art. 6º, 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e demais disposições legais, em especial a Lei Orgânica da Saúde de nº 8.080/90, incluiu o direito universal à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o direito à saúde está situado no ementário dos direitos reconhecidos pela Carta Magna, nomeadamente a partir da Constituição de 1988.

No entanto, apesar de o Relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde - CNS apontar as diretrizes seguidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por suposto que o direito à saúde não se materializa pela sua formal positivação, pois requer uma consolidação efetiva que somente se revela possível através de um conjunto de políticas públicas hábeis. Certamente, em razão dessa lacuna entre o ideal formal e a realidade da prática dos governos e da vida dos cidadãos, hodiernamente (como sempre na história da sociedade brasileira), a concretização desse direito permanece

no plano do discurso, sem nunca alcançar a concretude da letra da norma.

Com esse fundamento, o Poder Judiciário passou a ser instado por um segmento cada vez mais numeroso de pacientes a pronunciar-se e determinar à administração pública o fornecimento de medicamentos, exames e outros procedimentos indicados pelos médicos como indispensáveis e urgentes aos cuidados de sua saúde.

Convive-se, então, com questionamentos, sem respostas: Como tratar de direito universal à saúde, quando se desconhecem os limites e abrangência do termo? Quando se pressupõe que os cuidados de saúde são protegidos constitucionalmente, a que procedimentos, tratamentos, medicamentos, nos referimos, em termos de prevenção e recuperação? Qualquer cidadão pode requerer judicialmente assistência ilimitada a tratamentos e procedimentos de recuperação de sua saúde? Em face desses dilemas, o Judiciário tem o condão de resolver – ou legislar (?), suprindo as lacunas do legislativo, ou do executivo? Até aonde vai o limite da atuação do Judiciário no tratamento de questões dessa natureza? A saúde protegida constitucionalmente é individual ou coletiva? Como proceder diante de um inimigo público nunca antes enfrentado como é o caso da pandemia por coronavírus, o COVID-19?

Diante desta problemática, que está na raiz de dificuldade reiteradamente indicada como prioritário para os diferentes segmentos da população brasileira, o presente ensaio objetiva promover uma breve análise da evolução do reconhecimento do Direito à Saúde, como trajetória em construção, em paralelo ao desenvolvimento da sociedade. Pretende igualmente discutir a efetividade da universalização do Direito à Saúde, tal como tratado na doutrina e jurisprudência, no contexto da ampliação das demandas e da judicialização da política e as questões candentes suscitadas pelo inusitado momento que a saúde pública enfrenta diante da pandemia por COVID-19.

Para alcançar esses objetivos, desenvolveu-se investigação de natureza descritiva, tomando como fontes de consulta a legislação brasileira atinente à temática; doutrina nacional e estrangeira, precipuamente para a construção do marco teórico do estudo e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e outros tribunais brasileiros, bem como as fontes jornalísticas e oficiais relativas à instalação e avanço dos casos de contaminação por COVID-19 em nosso país. Procura-se examinar fontes doutrinárias e posicionamento de responsáveis pela administração pública, nas diferentes esferas administrativas, no intuito de derivar propostas para subsidiar medidas que contribuam para resolver o aparente dilema entre a dimensão individual e coletiva na efetividade de política pública para o setor saúde.

Entre outras possibilidades, aponta-se para um enfrentamento crítico das principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, partindo do pressuposto fundamental em relação ao qual à efetividade dos direitos fundamentais sociais nas relações intersubjetivas, em face à diversidade e complexidade de situações envolvendo as relações privadas, é acertado o recurso à teoria da aplicação direta *prima facie* dos direitos fundamentais sociais, nos termos do art. 5, §1º da CRFB.

Ao final, apresentam-se algumas conclusões e sugestões, tendo em vista contribuir para subsidiar reflexões e decisões no âmbito de políticas públicas e decisões judiciais referentes à garantia do direito à saúde, em sua vertente individual e coletiva, com respaldo no princípio da universalidade, tal como consagrado no contexto constitucional brasileiro.

## **Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais**

Como indicou Bonavides (2008), o advento dos direitos fundamentais de segunda geração propiciou também o aspecto

objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições. O autor aponta que os direitos sociais – como o direito à saúde – fizeram nascer a consciência de que, tão importante quanto salvar o indivíduo, é resguardar a instituição, em detrimento do quadro tradicional da solidão individualista. Revela-se, então, segundo Bonavides (2008), novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais, que desempenham função de tutela dos bens jurídicos, indispensáveis à efetivação de certos valores essenciais. A esse respeito, é pertinente refletir sobre as palavras textuais do autor mencionado:

“Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim o Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.” (p.151)

Desse modo, vê-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se revela como terreno fértil para incrementos, não sendo, a princípio, considerada como função nova desses direitos, mas, sobretudo, a base para outras funções, cujos contornos e importância específica dificilmente podem ser avaliados de forma precisa e apriorística.

## **Direito à saúde e suas prestações originárias e derivadas**

O direito à saúde apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição como direito fundamental social, sendo abrangente a responsabilidade por garantir sua eficácia e efetividade. O Legislativo e o Executivo, principalmente, têm, de modo imediato

e direto, o dever de concretizar os direitos fundamentais, propiciando aos brasileiros o gozo e o exercício dos direitos derivados; ou seja, de “direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes.” Não se pode olvidar, ainda, da eficácia direta e imediata do direito fundamental à saúde, frente ao Poder Judiciário, que diante das políticas públicas definidas e implementadas, tem o dever de garantir aos cidadãos os direitos subjetivos nelas previstos.

Ao debruçar-se sobre o tema, Rios (2012, p. 02) afirma:

Esta eficácia imediata e direta do direito fundamental à saúde vai mais além para o Poder Judiciário: diante de uma política pública definida legislativamente e bem executada pela Administração, ele pode ser chamado a definir se o conteúdo jurídico do direito à saúde alcança alguma outra prestação positiva, vale dizer, aferir a existência de direito decorrente diretamente da Constituição (direito originário à prestação de saúde) a alguma prestação de saúde, observadas as condições jurídicas e fáticas pertinentes.

O direito originário à prestação da saúde, portanto, centra-se na possibilidade de exigibilidade do objeto assegurado pela norma de direito fundamental a partir da aplicação direta da norma constitucional. Em poucas palavras: trata-se de direito previsto na Constituição e apto a produzir efeitos, independentemente da interposição legislativa. Ademais, o direito à saúde - diferentemente do direito de liberdade de profissão, liberdade sindical, dentre outros, que são auto executáveis - apresenta-se como direito a prestações, portanto, dependente da atividade mediadora dos poderes públicos.

Sarlet (2009) acrescenta que o direito à saúde possui igualmente dimensão defensiva, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância

sanitária, que regulam, desde a produção e comercialização de insumos e produtos, até o controle sanitário de fronteiras.

Na reflexão de Mânica (2012), como direito fundamental originário, o direito à saúde implica o dever estatal de criar os serviços de saúde voltados a sua promoção, proteção e recuperação. O autor referido acrescenta que a existência de regulamentação infraconstitucional sobre o tema acarreta que a não prestação de determinados serviços voltados à garantia do direito à saúde deve ser entendida como restrição ao respectivo direito. Como sublinhado, no Brasil, o direito à saúde é tratado na Constituição Federal, mas também na lei 8.080/90, devendo ser compreendido em sua fundamentabilidade originária e derivada, pois, apesar de disciplinado em nível infraconstitucional, eventuais omissões, contradições, obscuridades e excessos legislativos dão margem à aplicação direta da normatização constitucional.

Em função disso, para o citado pesquisador, é bem mais difícil falar-se em típico direito subjetivo (originário) a prestações de cunho normativo, à exceção, talvez, dos deveres de organização e procedimentos necessários à operacionalização do próprio SUS, uma vez que protegido como garantia institucional fundamental, que se impõe como imperativo de tutela do Estado.

Conforme análise de Werner (2008), a existência de políticas sociais e econômicas bem definidas, estabelecidas para gerir o SUS, impede que o projeto seja desconsiderado, sob pena de abrir espaço à interpretação antagônica à lógica do sistema. Diante disso, para a autora, superou-se a fase de construção de um direito originário e passou-se à implementação de um direito derivado, de relevância pública, o qual deve ser gerido de forma descentralizada e com a participação da comunidade.

Canotilho (1998) entende como direitos derivados às prestações aqueles “direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes”. O pensador português afirma que os direitos derivados se

radicam subjetivamente, não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos. Assim, a baixa densidade normativa que o direito à saúde encontra na Constituição Federal, além da subjetividade e indeterminação do conceito de saúde, propicia dificuldade de avaliar se a distribuição de um remédio, por exemplo, ou a realização de determinado procedimento cirúrgico está (ou não) abarcado pelo referido direito. De sorte que, torna-se complexo admitir a existência de direitos originários a prestações de saúde, apesar da existência do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, disposto no art.5º, §1º da Constituição Federal.

## **O direito à saúde e os contratos privados**

Sendo o direito à saúde um direito fundamental social, está sob a égide das mesmas prerrogativas dos demais direitos fundamentais. Assim, reclama uma aplicação direta, imediata e eficácia plena quanto a sua dimensão positiva e negativa, pois não se estabeleceu na Constituição brasileira restrições à sua aplicação em face dos particulares, ao menos expressamente, a teor do Art. 194 da CRFB, que versa sobre um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade para atingir-se a efetividade do direito à saúde.

Também a lei 8080/90, Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, estabelece expressamente este dever conjunto de promoção da saúde, conforme seu Art.1º e 2º, referente às pessoas de direito público e privado, determinando que o dever do Estado não exclui o das pessoas, família, empresa e sociedade.

Norma infraconstitucional que complementa a previsão constitucional de que o Sistema Único de saúde (SUS) abarca a promoção e proteção da saúde não apenas pelo poder público, mas envolve,

também, a iniciativa privada que igualmente se submete salvaguardadas as eventuais peculiaridades, aos mesmos princípios e diretrizes traçados pela Constituição e pela legislação para o Estado. Verifica-se, que a Constituição Federal jamais restringiu a destinação dos direitos fundamentais unicamente ao Estado, nem tampouco aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º).

A atual ordem constitucional brasileira permite, expressamente, a existência independente de uma rede de prestação de saúde dualista: pública e privada. Significa dizer que a saúde suplementar atende a uma função que, quase se pode dizer, não é “estritamente privada”, bem assim que se apresenta como atividade dotada de profundo envolvimento estatal”.

Embora o setor da saúde também seja explorado por entidades privadas, este é um campo de relevante interesse para a coletividade, sendo certo que as limitações à cobertura dos serviços de saúde contratados, merecem ser investigadas, diante da concretização da premissa fundamental da dignidade humana e em razão da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas e ao princípio da solidariedade. Ainda, segundo as considerações de Sarlet (2008), o SUS assume um papel relevante na ordem jurídico-constitucional, sendo autêntica garantia fundamental, afirma o autor, pois “sujeita-se, por conseguinte, à proteção estabelecida para as demais normas jusfundamentais, inclusive no que tange à sua inserção entre os limites materiais à reforma constitucional, além de estar resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral”.

Há fundamentalmente duas formas de prestação privada dos serviços de saúde: denominada participação complementar, relativa aos convênios ou contratos de direito público firmado com o SUS, sendo preferidas as entidades filantrópicas e aquelas sem fins lucrativos; e a denominada “saúde suplementar”, cuja assistência é prestada diretamente pelas operadoras de planos de saúde, por contratos privados (individual ou coletivo), regulada pela Lei nº 9.656/98 e em conformidade às

diretrizes e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Na Constituição brasileira, a saúde passou a integrar o Sistema de Seguridade Social. Criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema de saúde “que não consegue ser suficiente para a efetivação do direito à saúde a toda a população. Assim, milhões de brasileiros buscam os serviços de planos e seguros de saúde para poder obter o “verdadeiro” acesso a essa garantia constitucional a um custo compatível com o nível de renda de cada um”.

A saúde suplementar se caracteriza, entre outros, pela caracterização do usuário do plano de saúde como consumidor, sujeito de direitos fundamentais, e, com isso, pela “transposição da tutela protetiva, assegurada pela intervenção direta do Estado no mercado da assistência à saúde (dirigismo contratual), cuja necessidade se agrava pela natureza indisponível do bem tutelado”, a vida e a saúde dos cidadãos, que constitui a finalidade do próprio contrato de saúde firmado, qual seja, “assegurar todo o tratamento possível, com vistas à manutenção ou recuperação da saúde do indivíduo, que busca o plano de saúde na hipótese de ocorrência do evento”. Existe, portanto, além do dever genérico de tutela do Estado no cumprimento dos deveres de proteção decorrente das normas Constitucionais, na aplicação direta dos direitos fundamentais, deveres específicos, como no caso da proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXXII) e da proteção da saúde (CF, art. 196).

As operadoras de planos de saúde, na definição estabelecida pelo Art. 1º, inciso I da Lei 9656/98 são pessoas jurídicas que realizam “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente a expensas da operadora contratada,

mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor” .

Muitas das controvérsias em relação à aplicação direta dos direitos fundamentais entre as relações privadas são relativas aos contratos com os planos de saúde.

## **Planos de saúde: o retrocesso social e o mínimo existencial**

A Constituição Federal assim estabeleceu “o Estado como figura central na realização da justiça social”, movendo o legislador a um “desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais nela previstos e para sua máxima efetividade (art. 5, §1º)”. Pode-se verificar na Carta magna uma ordem direcionada ao legislador de não retroceder na concretização das normas de direitos sociais, verificando-se, portanto, na atual Constituição um impulso no sentido da progressiva ampliação dos direitos fundamentais sociais (art. 5º, §2º, e art. 7º, *caput*) com vistas à paulatina redução das desigualdades regionais e sociais e à construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social (art. 3º, incisos I e III, e art. 170, *caput* e incisos VII e VIII). Todavia não basta a insulada previsão de direitos constitucionais, necessário se faz que eles sejam concretizados e, o sendo, não possam ser suprimidos. O dever de proteção que se consubstancia no dever de legislar favoravelmente na concretização dos direitos fundamentais sociais, “transforma-se num dever mais abrangente de não eliminar ou revogar esta lei” (p. 123). Evidentemente a proibição do retrocesso também atinge os particulares pelos mesmos fundamentos de garantia da segurança jurídica e garantia do direito fundamental à saúde, enquanto obrigação do Estado e da sociedade.

O impedimento ao retrocesso aponta no sentido de que uma vez concretizada legalmente as prestações sociais, o legislador não poderá eliminá-las sem que sejam dadas alternativas ou outras formas

de compensação. Este dever de proteção deve ser garantido tanto pela administração pública, quanto pelo judiciário. Entende-se que, em relação aos contratos privados de saúde, com base na proibição do retrocesso e na garantia do direito à saúde, as operadoras de planos de saúde não podem limitar benefícios, direta ou indiretamente, onerando o usuário sem lhe garantir o correspondente benefício. Pode-se ter como exemplo o caso da Resolução RDC n.º 67 da ANS, que determinou a inclusão nos planos de saúde da cobertura de procedimento cirúrgico oftalmológico de correção de miopia, hipermetropia e astigmatismo, para erros refrativos acima de sete dioptrias. Todavia alguns planos já asseguravam a cobertura cirúrgica de correção em geral, independente do grau de refração do beneficiário, mas após a resolução, passaram a fazê-lo somente no limite da mesma. Tal procedimento limitou benefícios aos consumidores de planos de saúde, diminuindo a garantia do seu direito à saúde, o que demonstra evidente retrocesso, atingindo também o mínimo existencial do direito fundamental à saúde.

O maior objetivo de contratação de um plano de saúde privado é a segurança de acesso aos serviços de saúde, e relativamente ao mínimo essencial são as prestadoras de plano de saúde obrigadas a dar cobertura.

A lei dos planos de saúde, buscando garantir a cobertura das necessidades básicas, do mínimo existencial, determinou um limite mínimo de oferta de cobertura, o plano-referência, cabendo ao consumidor que queira um plano diferente, superior, nunca inferior, obviamente, manifestar sua escolha por outra modalidade de plano de cobertura. Entretanto esta limitação determinada pelo legislador, este parâmetro básico de cobertura que a lei de planos de saúde determina não está livre de, por meio de uma tutela judicial, ser considerada insuficiente para garantir o direito à saúde.

Nesse sentido, algumas exclusões de coberturas previstas no Art. 10 da lei de planos de saúde, atentam contra a dignidade humana e, por isso, afrontam o direito fundamental à saúde, estando aquém do

mínimo essencial. Primeiramente, não por uma questão de prioridade, pois em relação à saúde e à vida, torna-se difícil determinar prioridades, apresentam-se os casos de exclusão da obrigatoriedade de cobertura assistencial nos contratos com planos de saúde de transplantes não previstos na RN/ANS 211/2010 (ressalvados estariam somente os transplantes de rim, córnea e autólogos listados no anexo I da RN/ANS 167/2008(ART. 15, §3º, III).

Segundo Sampaio esta exclusão representa a “mais perversa ofensa ao sistema de proteção do consumidor”. E, também, outra hipótese de exclusão de cobertura é a restrição da obrigatoriedade da cobertura assistencial a ser prestada pelos planos de segmento hospitalar, nas situações de urgência e emergência, às primeiras doze horas, sempre que ocorrer no período de carência para internação do plano contratado, ressalvado atendimento decorrente de acidente pessoal.

Estas exclusões, apesar de autorizadas pela legislação infraconstitucional, mostraram-se afrontosas ao mínimo essencial, além de apresentarem total desprezo ao direito fundamental à saúde, estabelecem uma evidente contrariedade a todo sistema de proteção ao consumidor, lei nº 8078/90, e, além disso, a negativa de atendimento viola a função social do contrato de plano de saúde e a boa-fé objetiva, atingindo de forma indireta princípios constitucionais de maior importância, entre os quais a dignidade humana ( arts. 1º, III, 3º, 1,5º, XXIII, 170, *caput* e inc. III).

Casos como estes reforçam a necessidade da aplicação da eficácia direta do direito fundamental às relações privadas, pois quando a proteção do legislador, como nos casos acima, for insuficiente para proteção do mínimo essencial, caberá ao judiciário tal tarefa. Assim, mostra-se cada vez mais pertinente a “utilização do mínimo existencial como critério material para a aplicação do direito fundamental à saúde no âmbito das relações entre particulares”.

---

## O inusitado cenário da pandemia por COVID-19

A pandemia de COVID-19 que se iniciou na comunidade de Wuhan, da província chinesa de Hubei, em 01 de dezembro de 2019 e, rapidamente, tomou proporções planetárias, afetou, sob os mais variados ângulos, as relações sociais, econômicas, religiosas e jurídicas em todas as partes do globo.

Aqui no Brasil, foi editada, por iniciativa do Ministério da Saúde, em 6 de fevereiro de 2020, em processo de tramitação de urgência, a lei 13.979, denominada Lei Nacional da Quarentena, buscando regulamentar algumas das possíveis medidas a serem adotadas no enfrentamento da disseminação da doença que tanto tem impactado a população mundial. Além do que, foi editada a Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Uma das principais decorrências dessa lei está contida em seu artigo terceiro, inciso VII, a saber:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: (...)

VII - **requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas**, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e(...)” (negrito nosso)

O profissional da área biomédica, ainda que não trabalhe no serviço público (SUS), poderá ser requisitado para atender casos que envolvam o COVID 19 se necessário for. Assim também instalações hospitalares da rede privada podem ser requisitadas pelo poder público para dar conta da demanda.

Dentre os inúmeros questionamentos suscitados, um dos mais tocantes envolve o drama – vivenciado em diversos hospitais, em inúmeras nações – da escassez de vagas em Unidades de Terapia Intensiva e a consequente impossibilidade de atender à demanda daqueles que necessitam de tais cuidados.

Estimativas apontam para o iminente colapso dos sistemas de saúde causado (ou agravado<sup>2</sup>) pelo exponencial aumento de casos da doença, situação tragicamente já experimentada por países mais quais o índice de contágio tenha causado um maior “espalhamento” do vírus, dentre

---

<sup>2</sup> Desde que a Emenda Constitucional (EC) 95 foi aprovada, em dezembro de 2016, o orçamento para a Saúde tem diminuído cada vez mais. Somente em 2019, a perda de investimentos na área representou R\$ 20 bilhões, o que significa, na prática, a desvinculação do gasto mínimo de 15% da receita da União com a Saúde.

Em 2017, quando a emenda passou a vigorar, os investimentos em serviços públicos de Saúde representavam 15,77% da arrecadação da União. Já em 2019, os recursos destinados à área representaram 13,54%. “A receita da Saúde vem em “queda livre” desde a implementação da emenda”, afirma o economista Francisco Funcia.

Conforme a metodologia de cálculo utilizada por Funcia, se em 2019 o governo tivesse aplicado o mesmo patamar que aplicou em 2017 (15% da receita corrente líquida de cada ano), a Saúde teria um orçamento de cerca de R\$ 142,8 bilhões, e não R\$ 122,6 bilhões aplicados. Ou seja, um encolhimento de R\$ 20,19 bilhões nos recursos em saúde.

“Com o orçamento congelado por 20 anos, o prejuízo ao Sistema Único de Saúde pode ultrapassar R\$ 400 bilhões”, afirma o presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Fernando Pigatto, com base em estudo elaborado pela Comissão Intersetorial de Orçamento e Financiamento (Cofin) do CNS. “Ou seja, o SUS, que nunca teve financiamento adequado e sempre foi subfinanciado, agora enfrenta um quadro ainda pior, de desfinanciamento, que poderá causar grave impacto à vida e à saúde da população brasileira”, completa.

O economista e vice-presidente da Associação Brasileira de Economia da Saúde (Abres), Carlos Ocké, endossa a análise de que o investimento público está diminuindo e explica que desde a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) há um subfinanciamento à área.

Ocké alerta ainda para a redução progressiva da chamada “renda per capita da Saúde”. Ou seja, o valor aplicado em um ano pelo Estado na Saúde da população dividido pelo número de cidadãos. O valor investido por pessoa, que chegou a R\$ 595 em 2014, passou a ser de R\$ 555, em 2020. “Em vez de crescer, tem-se retirado investimentos, considerando que a população está crescendo e envelhecendo. Portanto, existe uma curva crescente dos custos de Saúde associados ao envelhecimento”. (Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>. Acesso em 02 abr 2020).

outros fatores, pela hesitação de seus líderes na adoção das medidas recomendadas de isolamento social.

Diante de circunstâncias tão extremas, se coloca a questão da priorização de atendimentos a certos pacientes, que se apresentem sob certas condições em detrimento de outros. O tema envolve aspectos jurídicos e bioéticos, na medida em que implica numa decisão externa, tomada pelo profissional médico – e com base em certos critérios posteriormente mencionados – que afeta diretamente o direito à vida de ambos os pacientes – aquele ao qual foi destinada primazia para a alocação dos recursos disponíveis e aquele que não se encontra em posição prioritária, dentre os quais merecem destaque os pacientes que se encontrem fora das possibilidades terapêuticas de cura (FPT).

Este foi o objeto da ADPF 671 proposta pelo partido PSOL em que pede que a União, estados e municípios procedam a requisição administrativa da totalidade dos bens e serviços de pessoas jurídicas e físicas destinados à assistência à saúde prestados em regime privado durante o interregno da pandemia do COVID-19.

Em sua fundamentação fática, os proponentes alegam que não atende aos princípios constitucionais que 56% (cinquenta e seis por cento) dos leitos das Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) disponíveis, destinados a 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira que possui convênios médicos privados, fiquem ociosos à espera dos que estão autorizados a utilizá-los, enquanto outros pacientes em estado grave, mas sem convênio médico, carecem utilizar estes leitos.

O ministro Ricardo Lewandowski negou o pedido. O ministro alegou que aquela ADPF não merece ser conhecida por ausência de preenchimento dos requisitos da Lei 9.882/1999, que regula as ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Segundo o ministro, “a ADPF é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, e, também,

quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição”, e que só deve ser abrigada na inexistência de outro meio jurídico hábil a sanar o conflito. Nesse caso, demarca a existência da Lei 13.979/2020, que prevê essa possibilidade, nos dispositivos já citados no presente ensaio.

O ministro também se pronunciou em uma ação ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde (CNSaúde), a ADIn 6.362. Nessa ação, a entidade requer que eventuais requisições de bens e serviços de hospitais e outras empresas privadas sejam coordenadas pelo Ministério da Saúde. Nesse caso, o ministro requereu informações ao Presidente da República e ao Ministério da Saúde, para julgar o mérito da ação e não apenas a liminar.

Aqui cumpre apontar o que essa autora, em publicação anterior, já alertava com alguns toques premonitórios quanto à situação que se estaria por desafortunadamente enfrentar, mormente no que diz respeito às tarefas que dizem respeito ao Estado:

Os alcances e limites do papel desempenhado pelo Estado e os fundamentos de sua legitimidade, bem como o alcance e os limites dos novos direitos, da gestão dos recursos públicos e de novos investimentos são alvo de intensa polêmica que demonstra (2011, p.856), em última instância, a existência de diferentes campos dentro da sociedade, onde cada um acredita que a sua visão, a sua ética, são universais e deverão acabar predominando (HOGEMANN, 2013, p. 107).

A Resolução 2156/16, do Conselho Federal de Medicina, estabelece critérios para a admissão/alta de paciente em unidade de terapia intensiva. Dentre as razões evocadas para sua edição, merecem destaque a orientação ética pela eleição dos cuidados paliativos como abordagem terapêutica adequada para os pacientes que se encontrem fora das possibilidades terapêuticas de cura, em detrimento da

denominada “obstinação terapêutica”, *sempre* tendo em consideração a vontade manifestada pelo paciente ou seus familiares<sup>3</sup>, a opção pelo atendimento com pacientes que tenham “probabilidade de sobrevida e recuperação” como elemento definidor dos objetivos da Unidade de Terapia Intensiva<sup>4</sup> e a necessidade de regulamentação, de modo a otimizar a utilização dos leitos disponíveis<sup>5</sup>.

A evolução da pandemia da COVID-19 tem posto à prova sistemas de saúde de todo o mundo. A dramaticidade das imagens noticiadas diariamente ilustra, por si só, o desafio que os diversos países enfrentam para garantir suporte à demanda por atendimento médico-hospitalar e, nos quadros mais graves, de mecanismos de suporte vital e respiratório oferecidos pelas Unidades de Terapia Intensiva.

No Brasil, se ao tempo da elaboração desse texto, as medidas de isolamento social têm retardado, de algum modo, a curva de crescimento da doença; as pressões do representante do governo federal para seu relaxamento, motivadas por temores relativos à ordem econômica, bem como a notória e histórica precariedade das unidades de saúde pública, despertam temores e projeções funestas quanto a instauração de uma crise sanitária sem precedentes. De todo modo, em 13 de abril de 2020,

<sup>3</sup> RES. 2156/16, CFM: “CONSIDERANDO que, nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal” (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=138&data=17/11/2016>. Acesso em: 04.04.2020).

<sup>4</sup> RES. 2156/16, CFM: “CONSIDERANDO que os serviços de tratamento intensivo têm por objetivo prestar atendimento a pacientes graves e de risco, com probabilidade de sobrevida e recuperação, que exijam assistência médica ininterrupta, além de recursos tecnológicos e humanos especializados”; (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/11/2016&jornal=1&pagina=139&totalArquivos=148>. Acesso em 04.04.2020).

<sup>5</sup> RES. 2516/16, CFM: “CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação e implementação das unidades de cuidados intermediários (semi-intensivas) e paliativos para melhor utilização dos leitos de unidade de terapia intensiva” (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/11/2016&jornal=1&pagina=139&totalArquivos=148> . Acesso em 04.04.2020).

os casos confirmados são da ordem de 23.430; os óbitos confirmados, 1.328 (5,7%); os óbitos novos, em 24h, 105. De todo modo, em 11 de abril de 2020 os casos oficialmente registrados de contaminados eram 20.727 e os óbitos, 1.124. Sem contar com o fato das reconhecidas subnotificações e dos mais de 25,2 mil testes aguardando resultado. Requisição de leitos hospitalares da rede privada, objetivamente, não se tem notícia disso, enquanto as mortes seguem aumentando por todos os quadrantes das regiões do país.

Nesse momento, diante de tão dantesco quadro, seria interessante vislumbrar as posições daqueles juristas e políticos que defendem pontos de vista inequivocamente neoliberais conservadores (sobretudo se considerarmos a ótica de uma interpretação constitucional que tenha por meta básica a garantia do *status quo* antissocial), questionam o caráter “dirigente” da nossa Constituição brasileira e criticam de um modo contundente a “inflação de direitos” e, em particular, a extensão de certos direitos fundamentais — entre os quais se destacaria o direito à saúde —, sugerindo de forma velada ou aberta o retorno a um regime de garantia quase limitada das liberdades individuais.

Em contraposição a tais posições político-ideológicas surgem doutrinadores a sustentar pontos de vista qualificáveis como socialmente progressistas, os quais insistem em lamentar a ausência de efetivação dos direitos fundamentais em nossa sociedade e, em especial, do direito universal à saúde já constitucionalmente consagrado; estes mal se esforçam por pensar, diversamente do que buscamos aqui propor, um caminho alternativo que contribua para reverter tal situação, aprisionados que estão à teoria liberal dos direitos fundamentais.

Se, de um lado, a universalidade do acesso foi assegurada no Brasil pela constituição de 1988 e foi possível definir-se a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS), o cidadão brasileiro se tem deparado com um sem-número de problemas que comprometem o bom desempenho do SUS. Diante de uma conjuntura em que se mostra deficiente o número de médicos disponíveis para garantirem a atenção à saúde

de brasileiros pertencentes a camadas sociais mais pobres e à própria classe média (cada vez mais dependente dos serviços prestados pelos hospitais e postos vinculados ao SUS), bem como escasseiam recursos para desenvolver as ações e serviços de saúde, ocorre o surgimento dos planos de saúde privados, hoje em franca expansão, um processo de mercantilização da saúde brasileira, mas que na atual conjuntura de pandemia, sequer estão a dar conta da demanda.

## **Conclusão**

Como observado no presente ensaio, o direito à saúde é um direito social fundamental, não sendo possível negar seu caráter de fundamentalidade, em razão da própria Constituição Federal, em especial, do que dispõe o art. 196 da nossa Carta Magna. Assim, os direitos sociais são direitos fundamentais, tanto pelo prisma formal ou material analisado, sendo que a fundamentalidade material encontra seu núcleo no princípio da dignidade humana, conforme depreende o sistema constitucional brasileiro e, como direito fundamental, além de uma dimensão subjetiva, possui uma dimensão objetiva, que se irradia a todo o ordenamento jurídico, sendo, por conseguinte, um dos fundamentos de sua vinculação às relações entre os particulares.

É possível através de uma interpretação dos dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional à luz do direito fundamental social a saúde, a tutela jurisdicional para acesso à saúde, numa aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, sempre que o particular ou o próprio legislador constitucional violarem o limite do mínimo existencial do direito fundamental à saúde, num posicionamento de aplicação direta dos direitos fundamentais sociais, baseado no art. 5, §1º da CRFB. Afinal a saúde não pode ser vista como mera mercadoria, para além de custos e lucros, pois se trata do direito subjetivo à vida digna, que deve ser garantido na persecução do ideal democrático.

Quanto ao modo que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais sociais ocorre, sustenta-se a posição que acredita ser através de uma ponderação, pois os direitos sociais prestacionais tem certos limites de eficácia, limites ligados diretamente à dignidade humana.

E, assim, tratando-se de contratos com operadoras de planos de saúde, sempre que ele versar sobre um direito vinculado a esse mínimo existencial há de se reconhecer sua aplicabilidade direta, inconteste, aos particulares e incidência imediata nas relações que travam entre si. Deste modo, sempre que forem colidentes os interesses contratuais das operadoras de planos de saúde e seus consumidores, o Judiciário deverá analisar se tais colisões esbarram no valor maior da vida, da dignidade do ser humano e esbarrando, resultar-se-á na prevalência do direito prestacional à saúde, ou seja, deverá ser tutelado o direito subjetivo à prestação, mas, entretanto, no que for além desse mínimo essencial, tem-se, tão somente um direito *prima facie* a ser perseguido, ponderado entre os demais direitos fundamentais em jogo. Crê-se que a opção por uma teoria estanque está fadada ao insucesso, pelo menos na sua dimensão prática.

Haverá, assim, uma ponderação, uma proporcionalidade a ser equalizada pelo Estado quando o direito do particular for conflitante com outras normas constitucionais. Bem, como, em relação aos particulares, especificamente analisado neste estudo, a garantia do direito fundamental ensejaria a decretação de nulidade de cláusulas contratuais que ultrapassarem o limite da dignidade humana, privando o consumidor do mínimo indispensável para concretização do seu direito fundamental à saúde, como no cenário hoje vivenciado de pandemia.

Assim, se faz necessário garantir a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, não somente em face dos Poderes Públicos, mas, também, dos “poderes privados” para que o princípio da dignidade humana não fique “esvaziado” nas relações entre os particulares. Acredita-se na aplicação de uma eficácia direta *prima facie*, pois a

intensidade desta vinculação aquém do essencialmente considerado, na prática, depende da análise casuística. A participação do Poder Judiciário ocorrerá, desse modo, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, não, obviamente, somente através de interpretação e densificação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados à luz do texto constitucional, mas sempre que houver omissão legislativa, ou quando a lei violar, em determinadas situações, direitos fundamentais.

## Referências

ALÉXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático. **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, V. 5. Porto Alegre, 1999, p. 267-279.

ALÉXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Coleção: *El derecho y La justicia. Centros de estudios políticos constitucionales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid. 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 44 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos**. 16 de Julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

BRASIL, **18 de Setembro de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.

BRASIL, **Constituição da República**. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf196a200.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf196a200.htm)>. Acesso em 12 de dezembro de 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do. 15 de março de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 11 de setembro de 2012.

BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

DERBLI, Felipe.. “A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro”, *in*: **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coord.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Lúmen Juris Editora, 2010, p.343 a 382.

HOGEMAN, Edna Raquel Rodrigues dos Santos. **Conflitos Bioéticos**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

MÂNICA, Fernando Borges. **Saúde: um direito fundamental social individual**. Disponível em: <<http://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2010/08/Sa%C3%BAdo-um-direito-fundamental-social-individual.pdf>>. Acesso em: 10 /03/2013.

MATHEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais Sociais e relações privadas. O caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre. 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integridade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos**. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cebes.org.br%2Fmedia%2FFile%2Fdireito%2520sanitrio%2FDireito\\_\\_sade\\_universalidade\\_integralidade.doc&ei=M2PTUPDSNZK29gTToYDwAw&usq=AFQjCNGzNuzMiZdkDt8vIC25zwN8UAzh\\_g&bv=bv.1355534169,d.eWU](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cebes.org.br%2Fmedia%2FFile%2Fdireito%2520sanitrio%2FDireito__sade_universalidade_integralidade.doc&ei=M2PTUPDSNZK29gTToYDwAw&usq=AFQjCNGzNuzMiZdkDt8vIC25zwN8UAzh_g&bv=bv.1355534169,d.eWU)>. Acesso em: 12 /02/ 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil**. Exposição conferida no I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, que ocorreu nos dias 18 e 19 de novembro de 2010, em São Paulo. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/forum\\_saude/iws\\_mff\\_direito\\_a\\_saude\\_%20final%2027%2011%2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/forum_saude/iws_mff_direito_a_saude_%20final%2027%2011%2010.pdf), acesso em 26.02.2013.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Rev. Direito Sanit.**, São Paulo, v. 9, n. 2, out. 2008 . Disponível em [http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-41792008000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792008000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 2 abr 2020.