

# DIREITO À SAÚDE E O CUSTEIO PÚBLICO DAS/OS PACIENTES INFECTADAS/OS PELO COVID-19: UMA ANÁLISE JURÍDICO-CIRCUNSTANCIADA DO PACTO FEDERATIVO SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

THE RIGHT TO HEALTH AND PUBLIC COSTING OF INFECTED PATIENTS BY COVID-19: A LEGAL-DETAILED ANALYSIS OF THE FEDERATIVE PACT FROM THE CONSTITUTIONAL PROTECTION PERSPECTIVE

RAINER BOMFIM<sup>2</sup>

LUIS FELIPE COSTA LOPES<sup>3</sup>

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO DE MORAES BAHIA<sup>4</sup>

## RESUMO

Sob a vertente metodológica jurídico-sociológica, realiza-se uma análise sobre o custeio público das/os pacientes com enfoque no pacto federativo que é estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A hipótese do trabalho é que o custeio das despesas das/os pacientes é feito a partir da repartição de competências entre os entes da federação, de maneira comum, sustentando o sistema proporcionalmente aos seus orçamentos. O trabalho justifica-se tendo em vista a pandemia instalada pelo COVID-19 e os impactos de despesas que isso traz ao Sistema Único de Saúde. Conclui-se que o custeio do direito à saúde brasileira é um bom exemplo para demonstrar o pacto federativo. Ele faz parte de um mecanismo de cooperativismo federativo em que os entes, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, têm competência comum para tratar da temática. Com isso, o custeio do Sistema Único de Saúde, programa criado para garantir universalidade no acesso à saúde gratuita e políticas públicas voltadas para saúde, deve partir dos três entes da federação.

**Palavras-chave:** direito constitucional; direito à saúde; Sistema Único de Saúde; custeio público.

- 1 Parte desse trabalho é realizado com aporte público oriundo de financiamento de pesquisa pelo CNPq concedida ao primeiro e terceiro autor e conta com financiamento da CAPES – código de financiamento 001 concedido ao segundo autor.
- 2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa CAPES. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Bacharel em Direito pela UFOP. Professor da graduação em Direito da Rede Doctum - Unidade João Monlevade/MG. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2934-0653>.
- 3 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pesquisador de Iniciação Científica com bolsa CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5058-6033>.
- 4 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do mestrado acadêmico Novos Direitos, Novos Sujeitos UFOP. Professor da graduação da UFOP e do IBMEC-BH. Bolsista de Produtividade CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BOMFIM, Rainer; LOPES, Luis Felipe Costa; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Direito à saúde e o custeio público das/os pacientes infectadas/os pelo COVID-19: uma análise jurídico-circunstanciada do pacto federativo sob a ótica da proteção constitucional. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 234-247, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8541>.

## ABSTRACT

*Under the juridical-sociological methodological approach, an analysis is made of the public costing of patients with hangings in the federative pact that is established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The hypothesis of the work is the costing of the expenses of patients are made based on the division of competences among the federation entities, in a common way, supporting the system in proportion to their budgets. The work is justified in view of the pandemic installed by COVID-19 and the impact of expenses that bring to the Unified Health System. It is concluded that as a way to demonstrate this federative pact, there is the cost of the right to Brazilian health. It is part of a federative cooperative mechanism, in which the entities, unions, states, municipalities and the Federal District, are competent to deal with the theme. With this, the funding for the Unified Health System, a program created to guarantee universality in access to free health and public policies aimed at health, must come from the three entities of the federation.*

**Keywords:** constitutional right; right to health; Unified Health System; public cost.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2020 instaurou-se uma crise sanitária advinda do COVID-19. Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou a situação de pandemia sanitária, haja vista que, em vários países, haviam casos de contaminação pelo vírus (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020). Uma série de medidas foram adotadas, como a restrição de circulação e até decretação de *lockdown* para prevenção do avanço dessa doença (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020).

Sobre isso, para garantir o acesso ao Direito à saúde, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB/88), deve-se entender como funciona o custeio desse direito, tendo em conta o complexo de regulamentos que o regem, entes que formam sua estrutura econômica e políticas que garantam seu acesso de maneira universal e gratuita.

O Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro alça-se em um árduo desafio de enfrentar condições precárias para tamanha demanda de uma pandemia global. Se no período pré-pandêmico já existia uma situação preocupante de custeio, agora, sofre com deficiência de instrumentos e condições de trabalho, fruto de uma política histórica de contingenciamento.

O decreto de calamidade pública, por outro lado, normatizado pelo poder legislativo flexibilizou as ações dos governos para o enfrentamento ao COVID-19. Entretanto, recai-se sobre o questionamento de como o SUS se sustenta, bem como quem são os atores por trás das ações e garantias do direito à saúde imbuídos no sistema.

Para isso, a divisão de competências provinda do pacto federativo responderá os questionamentos. Os três entes federativos, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, formam uma rede complementar visando garantir o disposto constitucional de acesso à saúde de qualidade.

Dessa maneira, questionam-se quais são os moldes do custeio das/os pacientes infectadas/os pelo COVID-19 frente à capacidade de ação e responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público.

Desta forma, sob uma vertente metodológica jurídico-sociológica, apresenta-se que os moldes dos custeios dos pacientes são feitos a partir da repartição de competências entre os entes da federação, de maneira comum, sustentando o sistema proporcionalmente aos seus orçamentos.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais são aqueles atribuídos aos indivíduos e à sociedade, dentro do ordenamento jurídico constitucional, por meio da construção jurídico-histórico-social pela norma máxima de um país (BONAVIDES, 2011). De tal maneira, esses também são os Direitos Humanos<sup>5</sup> que passam pelo crivo constitucional, sendo a partir daí parte do ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, os Direitos Fundamentais são divididos em gerações ou dimensões (BONAVIDES, 2011). Na primeira geração, destacam-se os direitos atinentes à esfera de autonomia da pessoa e expansão de seus poderes (liberdades individuais). Por outro lado, os direitos de segunda geração são aqueles que buscam estabelecer uma liberdade real e igualitária para todos, estando diretamente relacionados com os Poderes Públicos. Por sua vez, os direitos de terceira geração são conhecidos como aqueles relativos às demandas particulares ou coletivas, uma vez que são concebidos para a proteção da sociedade como um todo (BOMFIM; BAHIA, 2019).

Em expansão às gerações tradicionalmente apresentadas, Bonavides (2011) traz a existência de direitos de quarta e quinta gerações, sendo relacionadas à informação, à democracia e ao pluralismo (BONAVIDES, 2011, p. 567). Essa conceituação é aberta para as sociedades em sua universalidade, visto que as demandas relacionadas ao futuro não são certas e constroem-se de maneiras amplas (e plurais) e um pressuposto qualitativo da convivência humana, como um elemento de conservação da espécie (BONAVIDES, 2011, p. 579)<sup>6</sup>.

5 Como traz Bonavides (2011, p. 371): "Os direitos humanos nas bases de sua existencialidade primária são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder constituinte em toda sociedade democraticamente organizada".

6 Vale lembrar: "A partir dessa classificação dos direitos humanos em dimensões ou gerações, não seria equivocado concluirmos que a tensão entre a sociedade civil e o Estado não se sustenta mais, tendo em vista que, como passamos da primeira para a segunda geração, o Estado não mais representa um risco. No entanto, defendemos que essa afirmação não está correta. As diversas conquistas de reconhecimento de direitos fundamentais representam o resultado dos movimentos constitucionais ao longo dos tempos, significando, cada uma delas, um importante passo rumo ao desenvolvimento social. No entanto, esse não foi um caminhar em linha reta e, por isso mesmo, não podemos dizer que chegamos ou estamos perto de chegar a um ponto final. Apesar disso, ainda hoje encontramos na literatura jurídica os direitos fundamentais classificados ou divididos em gerações ou dimensões, como se as etapas de desenvolvimento dos direitos fundamentais tivessem ocorrido de forma rigorosamente estanque, como rupturas sucessivas. Da mesma forma, não podemos compreender os direitos fundamentais através de uma evolução histórica. (...) [E]ntendemos que a concepção de direitos humanos em uma geração não deve significar o abandono das conquistas, dos direitos anteriormente reconhecidos em prol dos direitos de uma geração subsequente. Pelo contrário, os direitos fundamentais de uma geração somam-se à seguinte. Cada nova conquista implica necessariamente em uma releitura das dimensões anteriores" (BAHIA; GOMES. 2014).

### 3. DIREITO À SAÚDE

O Direito à saúde desenvolveu-se no movimento constitucionalista a partir do séc. XX, em que se superou a ideia que deveria existir somente um Estado absentéista e garantidor de direitos fundamentais como a liberdade e propriedade, deixando a sociedade às mazelas sociais advindas desse modelo (FERNANDES, 2017).

Assim, passa-se, naquela época, à construção do que alguns autores chamam de direitos de 2º geração (ou dimensão) (BONAVIDES, 2011). Conforme diz Bernardo Fernandes (2017): “Trata-se dos direitos à saúde, trabalho, educação, lazer, previdenciário, entre outros. São tradicionalmente intitulados de direitos sociais, culturais e econômicos”.

A partir desse pequeno recorte histórico, segue-se ao questionamento sobre o que seja saúde. De fato, o conceito de saúde pode gerar várias interpretações em vários sentidos, sendo um para sociologia, antropologia, biologia e demais ramos. Para o Direito, no Brasil, nos auxilia a chegar ao conceito o que fora definido pela Organização Mundial da Saúde e a lei do Sistema Único de Saúde.

É indiscutível que o direito à saúde relaciona-se de forma direta com o direito à vida. Todavia, não é nada fácil, nem simples, desenvolver um conceito jurídico do que seja saúde. Segundo Reissinger, o principal conceito se dá a partir do próprio preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde: “estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades. “A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), por outro lado, apresenta uma leitura que engloba ainda no conceito de saúde um conjunto de ações públicas que assegurem uma vida digna e a autonomia dos sujeitos beneficiários. Por isso mesmo, fala-se em medidas de *saúde preventiva* e medidas de *saúde curativa*: o primeiro conceito se revelaria como um status *positivus libertatis* - na leitura de Jellinek, conectado à noção de *mínimo existencial* -, enquanto o segundo, um status *positivus socialis* (isto é, um direito social, propriamente dito) (FERNANDES, 2017, p.728).

Além disso, destaca-se que o Direito à saúde, como um dos direitos sociais, encontra-se, então, entre os Direitos Fundamentais. Diante disso, reserva-se o mínimo existencial para que se consiga efetivar o direito à isonomia, impedindo distinções para acesso à rede pública de saúde, por exemplo. (NOVELINO, 2016, p. 799).

Acompanhando tal entendimento, então, o Direito à saúde detém as características que têm todos os Direitos Fundamentais: relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, entre outros que foram debatidos no tópico anterior (FERNANDES, 2017 e BONAVIDES, 2011). Por conseguinte, o texto constitucional que trata sobre o direito ora estudado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Em um primeiro momento, nota-se que o Direito à saúde é um direito de todos. De outro lado, superou-se, há muito, a ideia de que direitos sociais formam norma(i)s meramente programáticas (de “eficácia limitada”) e, logo, de um lado, dependentes da “boa vontade” do legislador e, de outro, não *sindicáveis* judicialmente. Todos os direitos fundamentais têm aplicação

imediate (art. 5º, §1º) e a Constituição igualmente criou mecanismos para resguardar isso. Ainda que se possa discutir em que medida afirmar, um tal direito, pode impor prestações positivas para o Estado “custe o que custar”, é certo que um mínimo de eficácia ele tem de ter – o que vai ser conhecido como *mínimo existencial*.

Diante disso, é possível que o Poder Judiciário garanta tal direito, haja vista o mandamento constitucional de que o Poder Público deve agir para sua promoção (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1057), ainda que seja sempre necessário lembrarmos a advertência de Canotilho segundo a qual, quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais, há que se atentar para a particularidade de sua constituição, a fim de se evitar a confusão entre “direitos sociais e políticos” e “políticas públicas de direitos sociais” (CANOTILHO, 2008, p. 99).

Para a interpretação do “dever do Estado”, retirado do dispositivo constitucional, reluz o mandamento do Constituinte para a tomada de ação do Poder Público. Sendo assim, União, Estados, Municípios e Distrito Federal devem em comum promover a garantia do direito à saúde em todas suas etapas, seja na redução de doenças, tratamentos e afins (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1058).

Por conseguinte, o Poder Constituinte da CRFB/88 trouxe que o Direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Isso significa que o administrador público deve acompanhar os avanços tecnológicos e diretrizes da medicina. Sendo assim, além da função de distribuir, passa a dever alocar, segundo as adversidades sanitárias que venha ter.

Ademais, as políticas devem agir visando à redução do risco da doença e de outros agravos. Com isso, não só diretamente o Poder Público deva agir na saúde, mas em todos os fatores que condicionem o tratamento e prevenção de doenças, como o investimento em saneamento básico (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1059).

A Constituição impõe aos poderes públicos a adoção de políticas sociais e econômicas de caráter preventivo e.g., redução do risco de doença e de outros agravos) e reparativo. O princípio do acesso universal igualitário às ações serviços de saúde, enquanto concretização do princípio da isonomia CF, art. 5.º), impõe aos poderes públicos o dever de agir fornecendo a todos prestações materiais e jurídicas adequadas à promoção e proteção da saúde, bem como sua recuperação nos casos de doença, independentemente da situação econômica do indivíduo Subsequentemente a isso, o direito à saúde deve ser garantido por meio de políticas que visem ao acesso universal e igualitário (NOVELINO, 2016, p. 806)

Conforme se depreende do texto exposto, os poderes e entes federativos comungam de esforços para garantir o funcionamento do sistema, que é universal, acessível e deve atender eficazmente o direito garantido na Constituição. As ações de promoção, proteção e recuperação da saúde devem ser desempenhadas com responsabilidade e com base em uma gestão pública responsável e gerencial, organizando a distribuição de rendas. Dessa forma, nos explica Gilmar Mendes:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o

problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. Numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1060).

Por tudo isso, entende-se que o direito à saúde no Brasil depende tanto de ações individuais, como de políticas públicas de promoção da saúde, em todas as suas dimensões. Assim, o sistema que garantirá esse direito, é rodeado por diretrizes e ações cujo objetivo é torna-lo acessível e universal, participando do pacto federativo por meio da contribuição dos entes federativos (MORAES, 2018, p. 1144-1145).

#### 4. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O PACTO FEDERATIVO

A República Federativa do Brasil guarda em seu nome a forma de Estado adotada no país. O Poder Constituinte cuidou de estabelecer o princípio federativo, conforme se vê no Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...” (BRASIL, 1988).

As coletividades, ao se reunirem (na forma de entes federados), não perdem sua personalidade jurídica, mas apenas algumas prerrogativas em benefício do todo (o Estado Federal). A mais relevante perda é a **soberania** já que apenas o Estado Federal será reputado como soberano para o plano do Direito Internacional. No plano interno, portanto, falamos, antes, em **autonomia** dos entes federados. Nesses termos: “Por isso mesmo, podemos dizer que, no Estado Federal, há um governo central (ordem jurídica central) e vários governos locais (ordens jurídicas parciais), todos exercendo, em condições de igualdade e com fundamento imediato na Constituição, o poder político”. A ideia de Federação está necessariamente correlacionada com a noção de **território**, como limite espacial do exercício da soberania estatal. Na Federação, encontramos um processo de **descentralização política** no qual temos a retirada de competências de um centro para transferi-las para novos centros, o que irá gerar não uma unidade central, mas outras entidades parciais, cuja capacidade foi concedida diretamente pela Constituição (FERNANDES, 2017, p. 302).

Para estabelecer a divisão de funções, existe um rol de competências previsto constitucionalmente e direcionado para cada ente (repartição horizontal de competências). Ocorre, no entanto, que há também competências comuns e concorrentes na Constituição brasileira. Dessa forma, embora os entes federativos tenham autonomia, existe um cooperativismo federativo, que exige ações mútuas para avanço social (chamado de repartição vertical de competências). Assim, contrapõe-se ao federalismo dual tradicional, cuja premissa é de que cada ente atua em esferas distintas e circundadas por suas próprias competências, sem ações legislativas ou administrativo-públicas conjuntas.

Portanto, temos que o Brasil adota um sistema complexo de repartição de competências, trabalhando tanto a repartição horizontal (de competências enumeradas e remanescentes) quanto a repartição vertical (de competências concorrentes e comuns), tendo o objetivo de desenvolver um federalismo de equilíbrio (ainda em processo!), no qual permeiam competências privativas (ou exclusivas), remanescentes, comuns e concorrentes entre os entes que compõem a Federação (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) (FERNANDES, 2017, p. 885).

Como forma de exemplificar tal distribuição de competências existente no ordenamento jurídico brasileiro tem-se o direito à saúde:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (BRASIL, 1988).

Percebe-se, nos dispositivos constitucionais reproduzidos acima, que a saúde faz parte da pauta legislativa e administrativa da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Posto isso, para a ação conjunta desses entes, cuidou o Constituinte de criar o Sistema Único de Saúde, cujo objetivo é garantir acesso universal e igualitário, para vacinas, consultas, exames e tratamentos gratuitos, fiscalização, entre outras funções discriminadas na Constituição e leis infraconstitucionais que regulam o sistema.

Segundo o art. 198 da CRFB/88, o SUS é formado de forma regionalizada e hierarquizada, de maneira que forma um sistema único, como já dito. Assim, reforça-se a ideia de que todos os entes federativos participam de sua formação/custeio, expondo a competência comum prevista nos art. 23 da Carta Magna.

Um dos pontos basilares do SUS é sua descentralização, por entender-se que, com essa, aspectos regionais de cada região, em um país marcado pela heterogeneidade, seriam preservados. Nesse aspecto, a importância da municipalização do financiamento e uma consequente diminuição centralizadora tornam-se relevantes (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1061).

Consoante a isso, impõe que a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal passem determinada renda, prevista em lei, para manutenção e sustento do SUS. Não o fazendo, o administrador estadual incorre na possibilidade de Intervenção Federal, conforme art. 34 da CRFB/88. Da mesma forma, por meio da Emenda Constitucional nº 29/2000, os Estados passaram a poder intervir nos Municípios e a União, nos Municípios em territórios federais, caso não haja cumprimento do devido repasse para o setor (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1062).

O repasse de cada ente foi definido na Lei Complementar n. 141:

A lei dispõe que, anualmente, a União aplicará em ações e serviços públicos de saúde o correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (art. 5º, *caput*). Os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 12% da arrecadação de impostos a que se refere

o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea a do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição Federal (art. 6º), enquanto Municípios e Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea b do inciso I do *caput* e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal (art. 8º). Os recursos para serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde da União serão repassados ao *Fundo Nacional de Saúde* e às demais unidades orçamentárias que compõem o Ministério da Saúde (art. 12). O rateio dos recursos da União será transferido diretamente aos respectivos fundos de saúde dos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde (art. 17). (...) O rateio dos recursos dos Estados, transferidos aos Municípios seguirá, por sua vez, o critério de necessidades de saúde da população e levará em consideração as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica e espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais (art. 19) (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1063).

Por tudo isso, percebe-se que o SUS, além de fazer um gerenciamento da saúde brasileira, detendo competências de regulamentação, fiscalização e afins, faz parte do pacto federativo, uma vez que impõe aos entes aplicarem recursos e trabalharem por uma saúde que realmente condicione a dignidade da pessoa humana, garantindo aplicabilidade e eficiência aos direitos humanos.

## 5. PANDEMIA E AS CIDADES: O ESTADO DE *LOCKDOWN*

Como forma de prevenção e reação ao COVID, os países adotaram uma série de restrições de locomoção e isolamentos sociais. Além disso, disseminaram-se métodos de higienização de locais públicos, adoção de álcool em gel, uso de máscaras e diversas outras ferramentas para combate ao COVID (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020). Para coadunar com essas medidas, os Estados e MUNICÍPIOS adotaram restrições de circulação mais severas, com a possibilidade até de aplicação de multas para seu descumprimento.

As medidas que o *lockdown* impõe são mais severas, por agirem justamente em situações extremas, em que se requer medidas mais enérgicas para solução do problema. O fato que desperta curiosidade é a constitucionalidade desse estado de *lockdown*, pois a Constituição prevê expressamente a liberdade de ir e vir como direito fundamental.

Na legislação brasileira não havia normas que descrevessem claramente quais medidas poderiam ser tomadas pelo Poder Público em caso de algo como uma pandemia. Dessa forma, adotou-se o Estado de Calamidade pública, instituído por meio do Decreto Legislativo 06/2020. Com tal medida, possibilitou-se que o Poder Público se articulasse de maneira mais eficaz, possibilitando melhor o manejo dos gastos para atendimento do setor da saúde e medidas financeiras de apoio social. A partir da lei 13.979/2020 o Congresso tentou articular-se para conter a pandemia e contribuir com a solução da calamidade pública instaurada. Valendo-se da competência constitucional para editar norma geral sobre saúde que possui a União, como vimos, o Congresso regulamentou ações e políticas que poderiam ser adotadas

nos âmbitos nacional, regional e local de combate à pandemia. Na lei estão previstas medidas que se assemelham com o *lockdown*, tais como o estabelecimento de “toque de recolher”, fechamento das vias e espaços públicos, proibição de funcionamento de estabelecimentos, entre outras ações. A partir daí os entes da Federação, em suas respectivas esferas poderiam criar normas suplementares e ações específicas de acordo com cada situação.

No entanto, as medidas adotadas pelo Executivo Federal foram na contramão daquela lei; por exemplo, editou Medidas Provisórias que iam em sentido contrário, buscando, por exemplo, recentralizar as decisões nas mãos do Presidente da República (BAHIA; SILVA, 2020, p. 12-13).

Assim, nota-se que as medidas do *lockdown*, à primeira vista, parecem confrontar com o direito constitucional das liberdades individuais. Sem embargo, o direito de ir e vir não se perfaz absoluto. Sendo assim, tal como qualquer outro direito fundamental, ele é passível de sofrer limitações e restrições (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 529).

O *lockdown* é capaz de contribuir com as ações governamentais para combate ao COVID-19, vez que permite uma reação enérgica do Poder Público, sobrepesando o direito à saúde como prioridade. Com isso, garante que as ações de combate tracem proibições, imponham sanções administrativas, restrinjam horários e reduzam a circulação de pessoas, indo, portanto, em sentido contrário a fatores de transmissão do vírus.

## 6. COVID-19 E O CUSTEIO DAS/OS PACIENTES INFECTADAS/OS

A CFRB/88 possui diversos direitos cuja aplicabilidade se dá de forma progressiva. Sendo assim, ela possui característica de ser uma constituição programática, direcionando a atuação dos três poderes, aqui particularmente, do Legislativo, que tem o dever de criar políticas de aprofundamento/crescimento da fruição de direitos fundamentais, qualquer que seja a orientação ideológica da maioria dos parlamentares. Assim sendo, faz parte de seu texto normativo um extenso conteúdo detalhado de direitos, cuja ordem é para o Poder Público atingir a máxima eficácia desses direitos e já se partindo do suposto de que todos eles têm “aplicação imediata” (art. 5º, §1º) (BRASIL, 1988) (mínima que seja).

Tradicionalmente, diz-se que os direitos sociais e, sobretudo, o Direito à saúde, são condicionados à existência de recursos financeiros e humanos para seu sustento. Diante disso, esses direitos ficariam submetidos à reserva do possível para se estabelecer, a cada momento, seu alcance (BARROSO, 2009, p. 24). A reserva do possível deve ser “trabalhada como uma espécie de teste da razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes” (FERNANDES, 2017, p. 713). Vale anotar, no entanto, que todos os direitos fundamentais implicam em custos para o Estado. Afinal, para se garantir um direito como a propriedade, o Estado também tem de gastar dinheiro de tributos com estruturas como cartórios, Judiciário, Ministério Público, Polícias, presídios, etc. (HOLMES; SUNSTEIN, 2011). A grande questão aqui é o quanto se está disposto a gastar e/ou a se sacrificar em nome de “austeridade fiscal”: normalmente, em tempos de crise econômica

são aqueles (os direitos sociais, econômicos e culturais) e não estes (como o direito individual à propriedade) que são “sacrificados”<sup>7</sup>.

Assim é que, com a pandemia do Covid-19, inevitavelmente surge o questionamento acerca do custeio com vacinas, medidas protetivas, com pacientes infectados pelo vírus – além dos questionamentos sobre a “saúde do mercado” com as medidas restritivas de circulação. Mas, para isso, necessita-se identificar quem são os personagens por trás dos polos passivos das ações. Conforme a OMS, é a sexta vez que uma Emergência da Saúde Pública com implicações internacionais é declarada, tendo antes o vírus H1N1, Ebola, Poliovírus, Zika vírus e agora o COVID-19 (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020). Os reflexos do COVID são sentidos em todas as esferas sociais. Destaca-se, pois, a importância das atitudes dos governos nesse momento crítico. Todos os poderes são acionados para ação, cada qual colaborando com seus esforços para controlar o nível de infectadas/os e o alto nível de letalidade do vírus.

Em tempos normais passamos à análise conforme diz Luís Roberto Barroso:

A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III). Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema. Os temas do financiamento e da articulação entre os entes para a administração econômica do sistema, porém, não serão objeto de exame neste estudo. Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos (BARROSO, 2009, p.16)

Portanto, o custeio do sistema parte dos três entes, em cooperação, mas quem é mais atingido diretamente pela execução de toda máquina do Sistema Único de Saúde são os Municípios. Assim sendo, para garantir acesso à saúde de qualidade e que atenda a quem necessita, é comum deparar-se com ações que engendram, no polo passivo, os Municípios e, em menor medida, os Estados para assistência econômica. No entanto, os três entes é que devem se articular para manutenção do sistema, na medida de suas possibilidades de orçamento, o que deve implicar em um maior comprometimento da União, em termos absolutos proporcionais.

7 Por uma reconstrução do direito de propriedade, sob novas bases, vale a pena ver o excelente texto de Diogo Bacha e Silva (2016).

Nesse mesmo sentido julgou o Supremo Tribunal Federal ao afirmar no RE. n. 8515.178, de relatoria do Min. Luiz Fux, que se permite figurar no polo passivo qualquer um dos três entes federativos, isolados ou em solidariedade dentro do litígio judicial.

DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (BRASIL, 2015)

A tese vencedora trazida pelo relator coincide com o que aqui já foi dito, sendo, pois, a divisão de competências estabelecidas pelo Poder Constituinte, que normatizou ser comum a responsabilidade dos entes federativos para custeio e promoção efetiva do direito à saúde<sup>8</sup>.

Por outro lado, o momento que se instaurou em 2020 remonta tempos atípicos e, dessa forma, surgem novas legislações para combate ao COVID, bem como ações que necessitam de medidas urgentes e amparadas legalmente. Para isso, o Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou a Lei Complementar n. 173, de maio de 2020, cujo conteúdo se refere tanto às medidas para enfrentamento ao COVID-19, quanto, de um lado, às questões de financiamento de Estados e Municípios e, de outro, à suspensão de cobrança de dívidas destes para com a União, durante o período da pandemia. Em seu bojo, reafirma-se o Decreto Legislativo n. 6, de 2020, cujo teor é de estabelecer o estado de calamidade pública. Sobre isso, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O estado de **calamidade pública** está definido pelo Decreto no 7.257, de 4-8-10, que regulamenta a Medida Provisória no 494, de 2-7-10 (convertida na Lei no 12.340, de 1o-12-10), para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. O artigo 2º define a **situação de emergência** como “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso III; e **estado de calamidade pública** “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso IV) (PIETRO, 2018, p. 485, grifos nossos).

Portanto, entende-se que o decreto de calamidade pública busca auxiliar o Poder Público no enfrentamento a momentos de instabilidade social, como o COVID, seja facilitando as medidas fiscais, desburocratizando as licitações para compras emergenciais, e outros pontos afetos à Lei Complementar n. 173 citada acima.

Parece, ainda, ser obscuro, se o decreto de calamidade pública e a atual situação pandêmica do Brasil, advinda do vírus, interferem no custeio das/os pacientes infectadas/os pelo COVID-19, tendo em vista as criações recentes de normas administrativas e legislativas, que surgem para auxiliar no combate.

8 O grande problema tem sido, no entanto, o fato de que, como dito, ainda que os três entes da Federação sejam responsáveis, os Municípios é que, por estarem mais próximos da prestação da saúde, são os mais visados em ações judiciais. No entanto, são os que têm menor capacidade orçamentária. Some-se a isso o fato de que, a partir da Constituição de 1988, não só a União vem aumentando aquelas receitas que não necessita compartilhar com os demais entes, como também sucessivas emendas vêm diminuindo o compromisso daquela com o custeio da saúde. Cf. PINTO; BAHIA; SANTOS, 2017.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é dotada de supremacia no ordenamento jurídico nacional. Sendo assim, todas as normas infraconstitucionais, que contradizerem a referida norma, são passíveis de Controle de Constitucionalidade. Diante disso, observa-se que a Lei Complementar não poderia alterar uma matéria afeta da CRFB/88, pois, em o fazendo, incorreria na inconstitucionalidade.

Assim, a lei que cuida das medidas de enfrentamento ao COVID, não trata de nenhuma matéria de competência e direito à saúde, pois, para fazê-lo, deveria haver uma Emenda Constitucional para tal. Sendo assim, o pacto federativo de cooperativismo quanto à matéria de direito à saúde e a competência comum se mantém até o presente momento, cabendo a divisão entre os entes do custeio do SUS e do tratamento à saúde, como já explicado nas linhas acima.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa maneira, sem o objetivo de esgotar a presente discussão, visto que o texto é escrito durante a pandemia, conclui-se que o Direito à saúde traz diversas medidas programáticas, que levam o Poder Público ao dever de prestar, para o cidadão, uma condição de acesso, tratamento, prevenção e todos os aspectos que circundam a saúde. Para tanto, os entes federativos devem se articular para promoção de tal direito constitucional.

Em um ponto intermitente, tem-se como ferramenta de uso dos governos municipais a possibilidade de decretar o *lockdown* das cidades, em que a liberdade de locomoção será restringida frente à garantia do direito à saúde. As adoções dessas ações permitem a prevenção ao COVID, de tal forma, que tem amparo legal, com reações mais severas aos seus descumprimentos, como a imposição de multas.

Nesse mesmo ponto, remete-se ao pacto federativo, pois nele, os países que adotam a forma de Estado Federação, possuem uma descentralização do Poder Político. Para isso, estabelecem entes cuja intenção é deter autonomia, mas não soberania. Sendo assim, possuem autogoverno, autogestão e compartilham de legislação específica local, embora delimitados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, como forma de demonstrar esse pacto federativo, tem-se o custeio do direito à saúde brasileira. Ele faz parte de um mecanismo de cooperativismo federativo, em que os entes, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, têm competência comum para tratar da temática. Com isso, o custeio do Sistema Único de Saúde, programa criado para garantir universalidade no acesso à saúde gratuita e políticas públicas voltadas para saúde, deve partir dos três entes da federação.

Nesse aspecto, em momentos como a pandemia do Covid-19, em que se estabelecem diversas medidas para o enfrentamento do vírus, devem os entes estar alinhados na frente de batalha, de modo que os três são responsáveis, não cabendo tais ações tão somente ao município ou qualquer um dos dois outros entes.

## REFERÊNCIAS

- BACHA E SILVA, Diogo. Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/293/270>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- BACHA E SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes. Direito à saúde, jurisdição constitucional e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50341/34048>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BAHIA, Alexandre; GOMES, Renata. Tensões dialéticas da modernidade ocidental: uma análise crítica a partir de uma perspectiva democrática. In: BALESTERO, Gabriela; BEGALLI, Ana Silvia (orgs.). *Estudos de Direito Latino Americano: efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Kiron, 2014, v. II, p. 339-358.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos, e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Rio de Janeiro, n. 34, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94.147, rel. min. Ellen Gracie, j. 27-5-2008, 2ª T, DJE de 13-6-2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=31&tipo=CJ&termo=s>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 855178 PE – Pernambuco 0005840-11.2009.4.05.8500. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 16/03/2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre G. Melo Franco de Moraes. Inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 6, n. 01, p. e249, 9 jul. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/249>. Acessado em: 10 maio 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 abr. 2020.
- CANOTILHO, J. J. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed.; SP: RT, 2008.
- LEITE, Marcelo Lauer. Liberdades de reunião e locomoção não estão sujeitas a Lockdwn. *Revista Consultor Jurídico*, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/liberdades-reuniao-locomocao-nao-sujeitas-lockdown>. Acesso em: 15 ago. 2020
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo; *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPO-DIVM, 2017.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo 21 Editores, 2011.
- LIMA VAZ, C. A. A Aplicação Limitada da Reserva do Possível. *Libertas*, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/301/278>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINTO, Élide Graziane; BAHIA, Alexandre; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, p. 209-237, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 29/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/05/2021
- Avaliação 1: 23/08/2021
- Avaliação 2: 23/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/08/2021
- Retorno rodada de correções: 29/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 31/08/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2