

OZANA CAROLINA LINS SIQUEIRA ALMEIDA
OHANA CAMILA LINS SIQUEIRA ALMEIDA
OZANA LINS SIQUEIRA ALMEIDA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19



LICURI

OZANA CAROLINA LINS SIQUEIRA ALMEIDA
OHANA CAMILA LINS SIQUEIRA ALMEIDA
OZANA LINS SIQUEIRA ALMEIDA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19



LICURI

© 2023 Editora Licuri
Rua Florianópolis, 800
CEP: 58417-240 - Campina Grande, Paraíba
E-mail: contato@editoralicuri.com.br
Site: editoralicuri.com.br

Produção Editorial

Editor Chefe: Dr. Jaily Kerller Batista de Andrade

Revisão: Os Autores

Diagramação e Capa: Aline Soares de Barros

Créditos da capa: Editora Licuri

Conselho Editorial:

Dr. Leandro Donizete Moraes

Dra. Priscila Bernardo Martins

Dr. João Paulo Laranjo Velho

Dra. Nádia Vilela Pereira

S586 Almeida, Ozana Carolina Lins Siqueira.
Direito fundamental à saúde no Brasil durante a pandemia da COVID-19/ Ozana Carolina Lins Siqueira Almeida ...[et al.] Campina Grande: Licuri, 2023.

Livro digital (51 f.: il.)

ISBN 978-65-85562-15-7

DOI <https://doi.org/10.58203/Licuri.2157>

Modo de acesso: World Wide Web

1. Direito - Brasil. 2. Saúde - Brasil. 3. Meio Ambiente. I. Almeida, Ozana Carolina Lins Siqueira, II. Direito Ambiental. III. Título.

CDD - 341.3470



O conteúdo deste livro está licenciado sob atribuição de licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0).

O conteúdo dessa obra e a sua revisão expressam estudos, opiniões e abordagens que são de responsabilidade exclusiva dos autores.

Ao meu saudoso avô Ozório Viana Siqueira (*in memoriam*), cuja sabedoria e autoridade priorizava o estudo e a busca do conhecimento científico. Ao meu primo Maximiliano L. S. Siqueira (*in memoriam*), vítima desta pandemia e a todas as vítimas da Covid-19 que perderam a vida pela omissão do Governo Federal na compra e disponibilização da vacina em tempo hábil e a seus familiares os meus mais profundos sentimentos.

Apresentação

Nessa obra abordamos o direito fundamental à saúde e sua efetividade no Brasil, sua garantia durante a Pandemia da Covid-19 e se o Estado Brasileiro é capaz de concretizar esse direito ou esbarra em questões orçamentárias. O enorme conflito judicial de situações vinculadas com a pandemia é acompanhado por uma produção normativa, legislativa e regulamentar, em todas as entidades federativas, o judiciário desempenha papel importante na realização desse direito, sua aplicação individual sem eliminar o princípio basilar do estado democrático de direito e da separação dos poderes.

Este é um estudo realizado através da coleta de dados de doutrinas, artigos científicos virtuais e jurisprudências selecionados de acordo com a temática. E, objetivou analisar as informações coletadas, a fim de aprofundar o domínio sobre a garantia aos direitos fundamentais na pandemia. Como objetivo geral, buscou-se analisar o Direito Fundamental à Saúde tutelado na Constituição Federal Brasileira de 1988. Enquanto os objetivos específicos são: analisar se a assistência à Saúde é efetiva no Brasil; identificar as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS) em tempos de pandemia do Sars-CoV-2; analisar algumas das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde e a garantia de condições dignas às pessoas doentes; verificar a flexibilização do Direito à Saúde no tocante a reserva do possível e ao orçamento público, a qual é a limitação fática do orçamento público que é destinada a efetivação de direitos sociais.

Sobre a Autora

Ozana Carolina Lins Siqueira Almeida

Mestranda no Programa de Pós Graduação em Comunicação - Universidade Federal do Maranhão- UFMA. Graduada em Direito pela Universidade Paulista- UNIP (2022). Graduada em Comunicação Social- Relações Públicas pela Universidade Federal do Maranhão- UFMA (2023). Membro do Grupo de Pesquisa e Extensão em Comunicação e Saúde (GPECS), constante no Diretório de Grupos CNPq. Áreas de pesquisa acadêmica: Direitos Fundamentais; Comunicação e Saúde; Análise do Discurso.

Ohana Camila Lins Siqueira Almeida

Mestre em Educação pela Universidade Federal do Maranhão- UFMA. Graduada em Pedagogia (2005) pela Universidade Federal do Maranhão- UFMA. Graduada em Biblioteconomia (1999) pela Universidade Federal do Maranhão- UFMA. Professora da Rede Estadual do Maranhão desde 1992. Professora contratada do Programa Ensinar pela Universidade Estadual do Maranhão- UEMA. Áreas de Ensino: Educação Básica, Educação Superior. Áreas de pesquisa: Formação docente; Direitos Fundamentais, Educação Especial.

Ozana Lins Siqueira Almeida

Acadêmica do Curso de Medicina da Universidade Federal do Maranhão- UFMA. Diretora de pesquisa da Liga de Cirurgia Vasculuar (LAVASC)- UFMA. Membro do Grupo de Pesquisa (PIBIC). Atual diretora de pesquisa da Liga de Cirurgia Vacular (LAVASC) da UFMA. Com participação nas ligas de Cardiologia, Neurologia, Cirurgia Geral, Cirurgia Vasculuar e Semiologia. Áreas de pesquisa acadêmica: Cirurgia Geral; Cardiologia.

Sumário

Capítulo 1 - Considerações iniciais e percurso metodológico	10
Capítulo 2 - Evolução histórica dos direitos fundamentais	15
Conceitos do Direito Natural e do Direito Positivo	15
Conceito do direito fundamental	17
Evolução histórica dos direitos fundamentais na França e na Alemanha	19
Capítulo 3 - Direitos Fundamentais	23
Capítulo 4 - Direitos fundamentais na constituição federal do brasil de 1988	28
Capítulo 5 - Marcos legais e jurisprudência sobre o direito à saúde	24
Marcos legais sobre o Direito à Saúde na Constituição Federal do Brasil 1988	34
Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF acerca do direito à saúde em tempos de pandemia	39
Direito à saúde: o caso da pandemia da Covid-19 (Sars-CoV-2) e ação do Sistema Único de Saúde (SUS)	29
Considerações Finais	46
Referências	48

Capítulo 1



Considerações iniciais e percurso metodológico

Os direitos e garantias fundamentais são inerentes à pessoa humana, e por lei são determinados aos indivíduos inclusos em uma sociedade regida pelo Poder Estatal. Destarte, no Brasil espera-se que o Estado brasileiro promova ações para atender as demandas sociais e especificamente da assistência à Saúde às pessoas através de políticas públicas concretas capazes de atender os pleitos, conforme prevê a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Ademais, há que se analisar que é vedado, no ordenamento jurídico, a proibição de regressividade em relação ao orçamento no caso da saúde e em tempos pandêmicos. Neste contexto, os Estados devem aplicar o máximo de recursos disponíveis para satisfazer progressivamente este direito social relacionado à saúde.

Sabe-se que todo direito social é custoso economicamente e que o Estado é obrigado a concretizar o direito à saúde no limite de sua disponibilidade orçamentária. Nesse entendimento, é importante cogitar que a efetivação do Direito Fundamental não deve ser mitigada diante de questões orçamentárias ou de doenças causadoras de pandemias como é o caso da Covid-19 que ocasiona alteração nos orçamentos já aprovados por parte do Governo Federal.

No Brasil, de acordo com Deisy Ventura (VENTURA, 2013) em suas pesquisas e artigos científicos adverte sobre a ausência e omissão do Governo Federal na área da saúde durante o início de pandemias, muito poderia ser feito, porém as ações necessárias para minimizar este momento pandêmico em específico o da Covid-19 e dos elevados números de óbitos diários decorrentes dela foram atrasadas por decretos o que comprova que neste período específico o direito à saúde não foi efetivado adequadamente.

A pesquisadora explica, ainda, que o poder público federal alegou falta de evidências científicas para fazer planejamento de ações na área da saúde de forma urgente. E, apesar da infecção pelo vírus Sars-CoV-2 causador da doença Covid-19 já ter suas formas de transmissibilidade, medidas para prevenção do contágio e propagação do vírus divulgados por diferentes órgãos, como a Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Organização das Nações Unidas (ONU) entre outros, o Governo Federal não tomou medidas rápidas para enfrentar este momento e até fez consultas públicas sobre a aceitação de vacinas.

De acordo com Ventura (2021) o Governo Federal neste período pandêmico ainda recorreu a fundamentos que se baseiam na negação da gravidade do contágio da doença na sociedade brasileira e também do aumento de casos de óbitos no Brasil. Nesse contexto pandêmico ficou evidente que a garantia do acesso universal ao tratamento adequado por parte do governo federal foi mínima ocasionando o tratamento tardio das sequelas da Covid-19.

Observou-se que, no tocante a doença da Covid-19, a omissão do Governo Federal ocorreu de maneira visível com orientação e disseminação de informações sobre a efetividade de um tratamento precoce baseado em fármacos que não tem validação científica. E, ao invés de investir de forma eficiente em estudos e pesquisas para levantar evidências científicas sobre a efetividade de determinadas drogas para o tratamento e cura observou-se somente a propagação comercial delas.

Nesse período pandêmico no Brasil, é importante ressaltar que as mídias mostraram orientações com e sem embasamento científico ao mesmo tempo o que ocasionou muitas dúvidas sobre a doença e tratamento pela população brasileira. Algumas informações disseminadas foram baseadas em um tratamento precoce sem validação científica e, que contribuíram para desinformação e redução de medidas profiláticas para impedir ou diminuir a transmissão de doenças como o uso da máscara e o distanciamento social, uma vez que, existiriam fármacos capazes de tratar a doença e impedir o óbito dos pacientes em estado gravíssimos.

Ademais, associado a esse contexto, soma-se a insuficiente oferta de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) nas diferentes unidades federativas, além de apresentar escassear de medicamentos e insumos em número suficiente para atender a sociedade com dignidade, resguardando o direito à Saúde e a promoção da qualidade de vida aos cidadãos.

Ademais, ressalta-se a importância das decisões judiciais que começaram a ser proferidas em todo território brasileiro pautadas nos princípios fundamentais que regem o estado democrático de direito, a fim de garantir os direitos mínimos no atendimento à saúde das pessoas infectadas pelo Sars-CoV-2 com a situação crítica das dificuldades do governo em atender a população contaminada pelo vírus.

Esses indivíduos doentes necessitaram de tratamento urgente e muitos recorreram ao sistema de saúde público brasileiro que ficou sobrecarregado. Os doentes graves precisaram de atendimento rápido e efetivo e, em algumas vezes, inclusive de suporte ventilatório mecânico para chegarem a óbito.

Nesse entendimento, surge a questão problematizadora a seguir: o direito fundamental à saúde foi garantido e efetivado no Brasil durante a Pandemia da Covid-19? . Conforme este momento pandêmico no Brasil apresenta-se a seguinte hipótese, a partir dos marcos legal como a CF (1988) no art.196, bem como na Lei nº 8.080/90 conhecida como Lei do SUS ou Lei Orgânica da Saúde que trata do Sistema Único de Saúde (SUS), para que ocorra a garantia da efetivação do Direito à saúde, é necessária a atuação dos entes responsáveis, dentre eles o Ministério Público, o qual através das promotorias é responsável pela fiscalização da aplicação e concretização das leis por meio de sua função específica de *custos legis* e dessa forma garantir este direito a população brasileira.

Ainda, a análise de algumas jurisprudências firmadas pelo Supremo Tribunal Federal - STF no tocante aos julgados fundamentados neste direito, ponderando os casos concretos através do acesso ao sistema de saúde *versus* a aplicação da teoria da reserva do possível. Ademais, existe um enorme conflito judicial de ocorrências vinculadas com a pandemia que incitaram uma produção normativa intensificada em todas as entidades federativas (SARLET, 2021).

Assim, é necessária a devida compreensão dos princípios que norteiam os direitos fundamentais para entender a sua formação e a sua tutela nas relações jurídicas e sociais, sendo esta análise indispensável para verificar a efetivação da garantia destes direitos na vida social.

O ponto de partida para análise consiste no fato de que o Estado tem o dever de promover e satisfazer as demandas de assistência à Saúde através de políticas públicas concretas principalmente em tempos pandêmicos. Neste contexto a pesquisa justifica-se pela relevância da temática para a sociedade brasileira, principalmente em tempos de

disseminação do vírus Sars-CoV- 2, bem como, pela necessidade de analisar o Direito Fundamental à Saúde tutelado na CF de 1988, nas doutrinas e jurisprudências, pois, apesar de todo direito social ser custoso economicamente e o Estado ser obrigado a concretizá-lo, tal direito nem sempre é garantido ao cidadão.

Em relação aos métodos científicos, se escolheu para a elucidação do problema da pesquisa o método hipotético dedutivo que é a estrutura do raciocínio lógico que utiliza uma ideia generalista, pois segundo Lakatos e Marconi (2007) na sua obra “Metodologia Científica”; Antônio Carlos Gil (2010), em sua obra “Como elaborar projetos de pesquisa”; Queiroz e Feferbaum (2020) que orientam que para realização de uma pesquisa é necessário recorrer a estudos e debates já existentes, assim como o entendimento de Sales (2016) que ressalta que a pesquisa se direciona para a interpretação doutrinária e análise da jurisprudência. Também se utilizou Lassale (1985), entre outros, para tratar sobre o compilado de normas fundamentais constitucionais e sua aplicabilidade nas sociedades.

No tocante à metodologia, a presente pesquisa é caracterizada quanto à finalidade como básica, e tem por objetivo a pesquisa descritiva baseada em fontes primárias e secundárias com a análise da doutrina e da jurisprudência. Possui abordagem qualitativa utilizando o método hipotético dedutivo. Quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica e documental, por ser um estudo específico e novidade, se traduz em estudo de caso de decisões judiciais tomadas neste período pandêmico, voltadas para a garantia de atendimento no sistema público de saúde brasileiro aos pacientes contaminados pelo vírus Sars-CoV-2.

A primeira etapa da pesquisa foi feita através da coleta de dados de doutrinas, artigos científicos virtuais e jurisprudências selecionadas de acordo com a temática. A segunda etapa objetivou analisar as informações coletadas a fim de aprofundar o domínio sobre tal problemática, tendo em vista chegar a uma possível resposta sobre a questão problematizadora formulada.

Como objetivo geral, buscou-se analisar o Direito Fundamental à Saúde tutelado na CF de 1988. Enquanto os objetivos específicos foram: analisar se a assistência à Saúde é efetiva no Brasil; identificar as atribuições do Sistema Único de Saúde em tempos de pandemia do Sars-CoV-2; analisar as decisões proferidas pelo STF sobre o direito à saúde e a garantia de condições dignas às pessoas doentes; verificar a flexibilização do Direito à Saúde no tocante à reserva do possível e ao orçamento público.

É importante destacar que o presente trabalho tem por finalidade analisar o direito à saúde em tempos da pandemia do Covid-19, no que se refere às ações judiciais e respectivas decisões das cortes para o reconhecimento e aplicação deste direito, contudo, não será possível esgotar a temática neste espaço. Para melhor compreensão a pesquisa foi dividida em capítulos:

No primeiro capítulo, faz-se de uma introdução sobre o direito à saúde no Brasil;

No segundo capítulo, aborda-se a evolução histórica dos direitos fundamentais, conceituando o Direito Natural e o Direito Positivo, em seguida fazendo-se o resgate da evolução histórica dos Direitos Fundamentais na França e na Alemanha;

No terceiro capítulo, discorre-se sobre o direito fundamental, teoria, características, gerações e dimensões;

No quarto capítulo, aborda-se sobre os direitos fundamentais na Constituição Federal do Brasil de 1988, evolução histórica e o artigo 5º da Carta Magna;

No quinto capítulo, analisa-se Direito à Saúde, marcos legal e jurisprudência, o caso da pandemia da Covid-19 e o SUS;

Nas considerações finais, faz-se uma síntese de todos os pontos levantados sobre o direito fundamental à saúde no Brasil em tempos de pandemia: o caso da Covid-19.

Capítulo 2



Evolução histórica dos direitos fundamentais

Conceitos do Direito Natural e do Direito Positivo

Os direitos fundamentais passaram a existir com a necessidade de resguardar o homem do poder estatal e garantir o mínimo necessário para uma vida digna. Para melhor entendimento sobre tais direitos é importante ressaltar que os princípios derivam da existência de um Direito Natural que é espontâneo e se origina da natureza social do homem.

Este direito visa assegurar, por meio da razão, a proteção ao homem, tal tutela deve ser consagrada em uma legislação para compor um ordenamento jurídico. Também, esses princípios norteiam a conduta humana e fixam padrões de justiça para a humanidade, sendo possível relacioná-los com a ideia de imperativo categórico, de Immanuel Kant (2003), pois para ele, “por meio de um mecanismo racional é possível pensar condutas morais que definem se uma determinada ação é sempre certa ou errada”, assim é feita uma análise abstrata, visto que, as normas que serão definidas são a materialização dos direitos naturais. (FERNANDES, 2017, p. 23).

Destarte, no que se refere à moral em Kant, depreende-se que o juiz deve ser imparcial nas suas decisões, nesse sentido, em observância ao caráter imparcial, verifica-se na análise dos precedentes para solucionar casos semelhantes de maneira isonômica, criando assim as decisões reiteradas nos Tribunais.

Além disso, os princípios são normas jurídicas de natureza lógica anterior e superior às regras que baseiam a criação, interpretação e aplicação do direito, por isso se diferenciam das regras que dão concretude ao princípio. Os primeiros são normas dotadas de grau de abstração e indeterminação, enquanto as regras são baseadas em um caráter mais determinado e menos vago.

Desse modo, as regras assumem um cunho instrumental e descritivo das previsões constitucionais, enquanto os princípios têm um caráter diretamente ligado a uma finalidade segundo um conteúdo em sentido ideal a ser alcançado.

Neste entendimento, “o sistema jurídico normativista como um sistema composto por regras de que se vale a comunidade, cujo propósito é estabelecer qual conduta será punida ou coagida pelo poder público” (DWORKIN, 2003). Segundo os termos da formulação de Alexy apud Sarlet (2017), ratifica-se que as regras são normas que quando seguem determinados pressupostos assumem o papel de prescrições imperativas de conduta, ou seja, vão proibir ou permitir algo de forma taxativa, enquanto os princípios são normas que pressupõem a efetivação da previsão legal da melhor forma possível em relação à realidade, ele impõe a otimização do direito.

Outrossim, o autor Canotilho (2006) faz uma síntese sobre critérios de diferenciação entre os princípios e as normas, quanto ao grau de abstração, os primeiros são relativamente elevados enquanto as regras têm menor grau de abstração; quanto ao grau de determinação, em um caso concreto os princípios são vagos e menos determináveis, já as regras são destinadas a aplicação direta; em relação à fundamentação, os primeiros tem natureza estruturante com papel fundamental no ordenamento jurídico, vez que têm uma posição hierarquicamente superior, já as regras tem posição inferior em relação a estes.

Ademais, quanto à proximidade da ideia de direito, os princípios são juridicamente vinculantes radicados nas exigências da justiça conforme prevê Dworkin, já as regras têm conteúdo meramente funcional. Os princípios fundamentam as regras e são a base da formação de regras, sendo aqueles normalmente implícitos bem como representam direitos positivos FERNANDES (2017).

Nessa perspectiva, os princípios fundamentais são dotados de eficácia e aplicabilidade, são normas jurídicas vinculativas e tem como efeito a eficácia negativa, vez que veda a recepção de normas-infraconstitucionais editadas antes da CF de 1988 que confrontem o conteúdo da Carta Magna, bem como atua como controle difuso ou concentrado ao declarar a inconstitucionalidade de normas posteriores que contrariam esta Carta Magna (BRASIL, 1988).

No que tange a eficácia positiva, esta é possível, pois tais normas estão aptas a serem imediatamente aplicadas aos casos em que se adequam, vez que fazem parte do

ordenamento constitucional e assim estão em consonância com a ordem jurídica (SARLET, 2017).

Ainda sobre a eficácia e a aplicabilidade da norma constitucional, “as normas de eficácia limitada necessitam de integração normativa por parte do legislador para que possam produzir os efeitos almejados pelo poder constituinte originário” (LEITE, 2020, 0. 69). Dessa forma, entende-se que o legislador precisa da integração normativa para garantir a aplicabilidade da norma.

Conceito do direito fundamental

Os direitos fundamentais são direitos representativos das liberdades públicas que impõe ao Estado amparo irrestrito.

Os direitos fundamentais, que, em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito. Constituem os direitos fundamentais legítimas prerrogativas que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência, livre e isonômica. Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público. Convém destacar que os direitos fundamentais impõem ao Poder Público fundamentadas e legítimas vedações às ingerências do mesmo na esfera jurídica individual (PINTO, 2009, p. 126).

Conforme supracitado os direitos fundamentais representam o núcleo de uma sociedade política visando garantir a dignidade da pessoa humana e devem ser efetivados materialmente. Destarte para Pinto (2009) os direitos fundamentais consubstanciam limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado.

No contexto pandêmico, o conceito não é estável, pois não são autos de fé, conforme preceitua Deisy Ventura “Embora este novo direito seja atualmente

considerado fundamental, ele não é, um conceito estável, justamente por que os direitos fundamentais não são autos de fé.” (VENTURA, 2021).

Ainda segundo Ventura (VENTURA, 2013, p. 34), no que se refere à saúde no Brasil, os direitos fundamentais são:

[...] processos transformadores dinâmicos, sempre inacabados. Logo, a transformação da saúde em direito, ainda enfrenta diversos desafios com destaque para três aspectos de vasta repercussão, tanto no direito como nas relações internacionais, que serão tratados a seguir: a sujeição do Estado a cláusulas leoninas, a mutação do mercado da saúde e a emergência do ser vulnerável em detrimento do cidadão.

Nesse sentido, os direitos fundamentais encontraram muitos obstáculos passando a requerer debates políticos e jurídicos no âmbito social. Assim, sempre dependerá da definição democrática da destinação de recursos escassos para a implementação de políticas adotadas.

Pode-se afirmar, nessa linha de raciocínio, que fundamentais são os direitos objetivamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica de um Estado, que são espacial e temporariamente delimitados, e os direitos humanos são reconhecidos nos documentos internacionais, independentemente de qualquer vinculação do indivíduo com uma dada ordem constitucional. Isto porque os direitos humanos são posições jurídicas reconhecidas aos seres humanos, independentemente de seu vínculo jurídico estatal. É de fundamental importância traçarmos também as diferenças mais marcantes entre os direitos fundamentais e as garantias fundamentais. É sabido que as garantias se traduzem no direito de os cidadãos exigirem dos Poderes Públicos a proteção de seus direitos, e que os direitos fundamentais se vinculam à atuação do Estado. Destarte, podemos concluir que as garantias fundamentais são estabelecidas na Constituição da República para servirem como um eficiente manto protetivo dos direitos fundamentais (PINTO, 2009, p. 127).

A Constituição Federal representa concretamente valores de ordem social, o

Estado desempenha relevante papel para efetivar os direitos fundamentais por meio de políticas públicas inclusivas que visem tutelar a igualdade, a liberdade e a cidadania.

Evolução histórica dos direitos fundamentais na França e na Alemanha

O termo “direitos fundamentais” surge na França, no séc. XVIII, durante o cenário político e cultural que originou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Para Oestreich (2011, p. 175),

[...] a contribuição francesa para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais também não deve ter a sua importância menosprezada. Seguindo os caminhos traçados por John Locke, Charles de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu concebeu a importante obra “De l’Esprit des Lois”. No centro das teorias de Montesquieu, estão a garantia da liberdade do cidadão e o bem-estar do povo. Montesquieu elaborou não apenas princípios, os quais tratavam de contribuir para a conquista e a manutenção de uma liberdade contínua. Ele também fundou - em contrapartida a Locke - a teoria dos três poderes.

Destarte, as ideias sobre os direitos fundamentais ressaltavam a necessidade de garantir a liberdade do cidadão e o bem-estar do povo, através de princípios que contribuiriam para a manutenção de uma liberdade contínua. De acordo com o entendimento sobre liberdade, reconhece-se a necessidade para o bem-estar legal da: liberdade de opinião e da liberdade de expressão da opinião (MILL, 2019, p. 81).

Ainda segundo Carvelli e Scholl (2011):

[...] A contribuição alemã. Apesar das excelentes contribuições oriundas da Inglaterra e da França, o tributo alemão para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais não deve ser classificado como inexpressivo e, portanto, não deve ser ignorado. Samuel von Pufendorf, Christian Thomasius e Christian Wolff, os grandes filósofos do final do

século XVII e início do século XVIII, reconheciam as liberdades naturais das pessoas.

Conforme supracitado, desde o século XVII e início do séc. XVIII, as liberdades naturais das pessoas eram reconhecidas. Ainda no século XIX, elas foram vinculadas ao pensamento jurídico alemão intitulado *Grundrechte*, o qual era um sistema de relações jurídicas básicas entre os particulares e o Estado, funcionava como autolimitação do Poder Estatal em relação ao interesse privado.

Assim, afirma-se que os direitos fundamentais estão dispostos na CF e trazem em si a exigência de cumprimento, bem como, a ideia de sanção para seu descumprimento como as normas jurídicas pressupõem (FERNANDES, 2017).

Nesta perspectiva, a disposição dos direitos fundamentais como normas obrigatórias decorre do desenvolvimento histórico e jurídico das sociedades, ainda nos séculos XVII e XVIII, as teorias do contrato social propõem a submissão da autoridade política em relação ao indivíduo sobre o Estado, este deve garantir os direitos básicos aos cidadãos.

Além disso, na segunda metade do século XVIII tem-se o desenvolvimento dos direitos fundamentais através da publicação do *Bill of Rights de Virgínia* em 1776, a partir deste é possível a positivação dos direitos inerentes ao homem. Bobbio (apud Mendes, 2017), destaca que os direitos do homem são o resultado de uma inversão de perspectiva, fato que é uma característica da formação dos Estados Modernos.

Segundo Maquiavel (1996), as relações de poder estruturam a base das sociedades modernas. Sob outro viés, há autores que apontam como marco inicial dos direitos fundamentais, a Magna Carta Inglesa de 1215 (DALLARI, 1988), vez que tentava-se limitar os poderes do rei, contudo, neste cenário, a garantia era em relação ao poder político dos barões e não dos indivíduos em uma perspectiva da universalidade.

Na Idade Média encontra-se o primeiro documento aceito como declaração de direitos: a Magna Carta da Inglaterra. Porque a reivindicação dos direitos humanos é sempre provocada por ameaças a eles, sustentadas pelo poder dos governantes de fato, em 1215 os barões ingleses exigiram que seu rei, "João sem Terra", assinasse o documento que lhes garantia direitos, pela limitação do poder absoluto do monarca

((DALLARI, 1988)).

Temos ainda que o constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, afirma que a partir da Revolução Francesa com a *Déclaration des Droits de l' Homme et du Citoyen* em 1789, é factível dissertar acerca da positivação destas garantias fundamentais.

Os primeiros direitos desta natureza surgem pela necessidade de impor limites ao Estado, já os direitos de segunda geração reconhecidos somente no século XX tem uma característica positiva, ou seja, uma prestação efetiva do Estado em favor do bem-estar dos indivíduos (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

Mediante o exposto, em uma tentativa de conceituação, entende-se que os direitos fundamentais são o núcleo de proteção da dignidade da pessoa e por isso a Constituição é o documento que tem legitimidade para positivizar essas normas que asseguram pretensões e garantias ao indivíduo.

A Carta Magna tem posição de destaque na pirâmide apresentada por Hans Kelsen, que afirma serem as normas válidas quando existem no conjunto normativo e sua existência pressupõe que devem ser obedecidas e aplicadas juridicamente, ou seja, a Constituição que é hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, dispõe em seu conteúdo sobre as normas que visam assegurar os valores da existência humana (MENDES, 2017).

Não obstante, a proclamação dos direitos fundamentais compõe o ordenamento jurídico desde o Preâmbulo da CF de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Dessa forma, tem-se por objetivo assegurar a tutela dos direitos fundamentais

dentro da ordem jurídica vigente, sobre a temática Ingo Sarlet aborda que estes direitos são “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados”, além disso, esses direitos devem ser fundamentais no âmbito formal e material.

No que tange ao primeiro, direciona-se ao positivismo que pode ser de forma expressa ou implícita, devendo fazer parte da constituição escrita e por isso tem limites formais e materiais, vez que estes são cláusula pétreas, dispositivos que não podem sofrer alteração, como está previsto no art. 60, §4º, IV da CF de 1988. Ainda no que trata do âmbito material, este implica na análise do conteúdo e das circunstâncias acerca de decisões fundamentais sobre o Estado e a pessoa humana (SARLET, 2017).

Capítulo 3



Sobre os direitos fundamentais: características, gerações e dimensões

Para melhor entender direitos fundamentais é necessário:

[...] considerar como mais importante hoje em dia porque o Direito de um Estado Democrático deve ser constituído (e desconstituído) tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização. [...] Essa realização, contudo, não é tarefa simples, nas condições da sociedade atual, com sua complexidade infinitamente superior àquela das sociedades de há dois séculos - ou mesmo, daquela do começo desse século, que agora se finda (GUERRA FILHO, 1997, p. 9)

Como supracitado, os direitos fundamentais são considerados mais importantes em uma sociedade democrática do que em outros tipos de sociedade. Segue mais detalhamento nas subseções com suas características, gerações e dimensões.

As principais características dos direitos fundamentais são: complementariedade; efetividade; universalidade; imprescritibilidade; inalienabilidade; irrenunciabilidade; inviolabilidade e interdependência. Nesse sentido, agrupar os direitos fundamentais em uma só perspectiva é uma tarefa complexa, vez que os Estados democráticos têm suas peculiaridades. Segundo Hesse *apud* Fernandes (2017), o método de solução é mutável, pois há um catálogo de direitos fundamentais na Constituição da Alemanha, mas também há essa disposição na declaração histórica dos direitos humanos publicada na França.

Aa validez universal dos direitos fundamentais não supõe a uniformidade, sua significação decorre de fatores extrajurídicos e específicos histórico e cultura dos povos.

Todavia, em uma tentativa de agrupá-los sob a mesma ótica, a fim de estudá-los, parte-se do pressuposto que estes apresentam características em comum. São elas: a imprescritibilidade, o decurso do tempo não ocasionam o desaparecimento destes direitos, sempre será possível exigi-los e eles devem evoluir ampliando seus núcleos normativos para incorporar novos direitos decorrentes de novas necessidades.

Jamais se deve eliminar um direito já conquistado; a inalienabilidade, não há possibilidade de transferência a outrem de um direito fundamental, isto resulta do princípio da dignidade da pessoa humana em que o homem nunca deixa de ser homem e esses direitos garantem tal condição; a irrenunciabilidade, não podem ser objetos de renúncia, assim o titular não poderá deixar de dispor, mas pode deixar de exercê-lo voluntariamente vez que a concepção de não renúncia também está atrelada ao fundamento da dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2017).

Além desses temos, ainda há a inviolabilidade, ou seja, é impossível a não observância por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, os preceitos devem obrigatoriamente ser observados e não podem ser violados; a universalidade, devem abranger todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófico, assim é destinado a todos os seres humanos que são titulares dos direitos e deveres fundamentais; a efetividade, em que a atuação do Poder Público deve assegurar a efetivação da previsão constitucional, entre outras características (PAULO, ALEXANDRINO, 2015).

Os Direitos Fundamentais dividem-se em gerações e serão analisadas as 3 (três) primeiras. A geração inicial funda-se no Estado Liberal do final do século XVIII, tratando dos direitos civis, políticos e da liberdade. A segunda geração tem início no século XX, com a igualdade, com os direitos positivos e com os direitos sociais, econômicos e culturais. E, a terceira geração inicia ainda no século XX, com a fraternidade, o direito ao meio ambiente, à paz, ao progresso e à defesa do consumidor. Com relação as dimensões:

[...] direitos fundamentais podem ser estudados projetando-os em muitas dimensões. Essa multidimensionalidade seria uma característica já do próprio modelo epistemológico mais adequado para investigá-los, como propõe Robert Alexy [...]. Tal modelo é dito tridimensional, e pode ser visto como uma tentativa de conciliar de modo produtivo as três principais correntes do

pensamento jurídico, a saber, o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo (GUERRA FILHO, 1997).

Nesse entendimento, os estudos sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais devem seguir uma ordem do próprio modelo epistemológico, a primeira dimensão é dita analítica, em seguida tem-se a empírica e por último a normativa.

A primeira dimensão é considerada analítica vez que,

[...] sendo aquela onde se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo, uma segunda é denominada de “empírica”, por ser aquela onde se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito [...] a terceira dimensão é a “normativa”, enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria doutrina (BREMS, 2008, p. 28).

É importante ressaltar que os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988 têm como destinatários os brasileiros e os estrangeiros no país, garantindo direitos e deveres individuais e coletivos como: vida, liberdade, igualdade, segurança e, propriedade.

Ao se analisar os conflitos de direitos fundamentais no exterior, verifica-se que uma das formas de solução é a proporcionalidade, segundo Brems (2008, p. 28):

Structured balancing is exemplified by the German notion and practice of proportionality. The prophet of structured balancing is Alexy. In relation to fundamental rights, balancing is useful to determine the scope and the relative strength of rights as applied to certain specific circumstances. It cannot, however, help solving every case¹.

¹ O balanceamento estruturado é exemplificado pela noção e prática alemãs de proporcionalidade. O profeta do equilíbrio estruturado é Alexy. Em relação aos direitos fundamentais, o equilíbrio é útil para determinar o escopo e a força relativa dos direitos aplicados a certas circunstâncias específicas. Não pode, no entanto, ajudar a resolver todos os casos.

No tocante ao direito à saúde, se faz necessária a análise sob a óptica do direito econômico, nesse sentido, essa vertente defende que se deve levar em consideração as preocupações estatais. Além disso, a busca do equilíbrio nos conflitos se remete a uma razoável solução. Os direitos fundamentais têm muita força diante da jurisprudência do tribunal alemão, o qual serviu como modelo para outros países, como é o caso do Brasil.

Na Alemanha, após o fim da Segunda Guerra Mundial, a proteção dos direitos fundamentais se tornou uma preocupação de alta prioridade, segundo Dieter (2015):

Symbolically, the significance, which the Parliamentary Council (Parlamentarischer Rat) attributed to fundamental rights, was shown by the fact that they were moved from the end of the constitution to the beginning. The decision for a guarantee of human dignity by Article 1(1) of the Basic Law had not only symbolic, but also immediate legal effect. This provision formed the basis of all fundamental rights and gave them a purpose. Human dignity was declared to be “unantastbar” (inviolable).²

Destarte, a disposição destes direitos logo no início da constituição alemã demonstra a mudança de paradigmas, a dignidade humana surge como artigo inaugural do texto. Ademais, fora uma tentativa de garantir os direitos e impedir violações gravíssimas como as ocorridas historicamente no Terceiro Reich. Esta disposição formou a base de todos os direitos fundamentais e deu-lhes um propósito. E, a dignidade humana foi nesse contexto declarada inviolável.

No Tribunal Constitucional Federal alemão, para melhor entendimento da garantia dos direitos ainda segundo Dieter (2015, p. 19) fora criado o mecanismo de análise da proporcionalidade de uma medida, e as etapas pensadas são:

In the first step, the purpose of the statutory limitation of the fundamental right must be ascertained, and it must be examined whether this purpose is compatible with the Basic Law. A purpose that is

² Simbolicamente, o significado que o Conselho Parlamentar (Parlamentarischer Rat) atribuiu aos direitos fundamentais foi demonstrado pelo facto de estes terem sido transferidos do final da Constituição para o início. A decisão pela garantia da dignidade humana pelo artigo 1.º, n.º 1, da Lei Básica teve não apenas efeitos simbólicos, mas também efeitos jurídicos imediatos. Esta disposição formou a base de todos os direitos fundamentais e deu-lhes um propósito.

constitutionally prohibited cannot justify an infringement of a fundamental right. The next two steps deal with the relation between means and ends. At first, it has to be examined whether the statutory means are suitable to reaching the statutory purpose. Unsuitable means cannot justify an infringement of a fundamental right. Afterwards, it will be examined whether the means are necessary to reaching the purpose. If less intrusive means are available to reach the statutory purpose in the same way, the measure will be deemed to be an unnecessary infringement of a fundamental right and therefore unconstitutional. In the last step, the test is detached from the means-end relationship. Rather, it will be examined whether the infringement is proportionate in a narrow sense: Do the benefits of the infringement for a legally protected good or interest outweigh the disadvantages for the infringed fundamental right?³

Nesse sentido, nas etapas iniciais é verificado se a aplicação do direito é compatível com o ordenamento e a relação entre os meios e os fins, entendendo-se que meios inadequados não podem ser aplicados a fim de justificar uma violação de direitos fundamentais e se o meio é, de fato, necessário para alcançar o propósito. Logo, a corte elevou esse teste de proporcionalidade ao critério constitucional, sendo este um princípio basilar das decisões deste tribunal.

³ Numa primeira fase, deve ser determinada a finalidade de ser compatível com o direito fundamental, devendo ser examinado se essa finalidade é constitucionalmente proibida não pode justificar a violação de um direito fundamental. As próximas duas etapas tratam da relação entre meios e fins. Em primeiro lugar, tem que ser alcançado, os meios são adequados para o propósito. Meios inadequados não podem justificar a violação de um direito fundamental. Posteriormente, será examinado se os meios são necessários para atingir o objetivo. Se meios menos intrusivos estiverem disponíveis para atingir o objetivo da mesma forma, a medida será considerada uma violação desnecessária de um direito fundamental e, portanto, inconstitucional. Na última etapa, o teste é desvinculado da relação meio e fim. Em vez disso, será examinado se a violação é proporcional em um sentido estrito: os benefícios da violação para um bem ou interesse legalmente protegido superam as desvantagens para o direito fundamental violado?

Capítulo 4



Direitos fundamentais na constituição federal do Brasil de 1988

No Direito Constitucional, a Constituição é compreendida em sentido material como o modo de organização política de uma sociedade, já na perspectiva formal é a expressão do poder constituinte formal afirmado em um texto constitucional. No sentido político, de acordo com Carl Smith (1985), a constituição é fundamental ou decisória, surge de uma vontade política e divide-se em constituição e leis constitucionais. No sentido Sociológico, de acordo com Lassale (1985), a Constituição de um país é a soma dos fatores reais de poder que nele atuam, pois é concebida como fato social.

A Carta Magna possui vigência e tem uma qualidade de existência formal da norma que ocorre após sua regulação no ordenamento, a vigência da norma é um pressuposto para o entendimento da eficácia, uma vez que apenas a norma em vigência pode ser eficaz (SARLET, 2017).

Segundo Lassale (1985), a força normativa da constituição trata de questões que envolvem a política e as forças que desempenham relações de poder, assim os fatores reais de poder são fundamentais para a efetivação das normas constitucionais, sem a correspondência do texto constitucional com a realidade temos apenas uma “folha de papel”, por isso, o texto solene deve se adequar aos fatos reais de poder do país. Há uma consequência perceptível da força fática que consiste no limite da norma fundamental, logo, ela deve sucumbir em face da Constituição Real (LASSALE, 1985).

O direito constitucional se baseia em normas que expressam relações altamente mutáveis, a pretensão de eficácia é verificada neste aspecto, assim ocorre à expressão do ser e do dever ser.

Para Hans Kelsen (1988), além do efeito das condições fáticas, por esta pretensão a ordem deve se adequar a realidade política e social. Ele cita o caso *Marbury vs. Madison* na Suprema Corte norte-americana em 1803, no qual seu precedente introduz no sistema jurídico o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Assim, vale destacar que a interpretação da norma constitucional ganha notoriedade com as pesquisas de Hesse *apud* Fernandes (2017) destacando-se que a Hermenêutica Constitucional deve se voltar para o problema da concretização, ou seja, do desenvolvimento de uma interpretação que leve em conta que a leitura de um texto normativo se inicia pelo levantamento da compreensão do seu sentido pelo intérprete.

Nesse sentido, a Constituição possui as suas disposições agrupadas em três partes, o preâmbulo, o conjunto de disposições permanentes e as disposições de cunho transitório, destacando-se que as disposições transitórias nem sempre se fazem presentes nos textos constitucionais. Dessa forma, referente ao preâmbulo, este não é um elemento obrigatório para que as constituições possam gerar efeitos e cumprir suas funções, mas seu uso no texto constitucional funciona como uma espécie de texto preparatório, o qual assume a função de introdução solene ao texto constitucional (sarlet, 2017).

No histórico constitucional brasileiro, as Constituições foram dotadas de um preâmbulo conforme a reunião ocorrida na Assembleia Nacional Constituinte, na qual buscou-se instituir o Estado Democrático para tutelar os direitos sociais e individuais bem como a liberdade e a segurança. Destaca-se que a sociedade tem como valores fundantes a igualdade e a justiça para o bom funcionamento da ordem interna e externa de uma nação, visando a solução pacífica dos conflitos.

Ademais, faz-se necessário que as decisões judiciais respeitem as normas abstratas e sejam aplicadas para organizar a convivência coletiva (AMIN, 2021) As decisões jurídicas são estratégicas para a melhoria da comunidade.

Em seguida, no texto constitucional tem-se as disposições permanentes e transitórias, aquelas estão entre os art.1º a 250 e regulam situações que não se exaurem pelo decurso do tempo, já estas são compostas por 96 artigos e tratam de situações passageiras e regulamentam a transição entre a CF de 1969 e a de 1988.

Por fim, tem-se as normas do ADCT, as quais tem índole constitucional e estão no mesmo patamar hierárquico das normas constitucionais permanentes e, por isso, só podem ser alteradas através de Emendas Constitucionais. Como ambas emanaram do Poder Constituinte Originário, não é possível estabelecer hierarquia entre elas.

A Constituição de 1988 é classificada como mutorígida por conter cláusulas pétreas, ou seja, limitações ao poder de reforma, e é prolixa pois seu texto contém normas gerais e extensas. Diante da previsão da separação entre o Estado e a igreja,

com previsão expressa de vedação a discriminação religiosa, ela é uma constituição Laica. Assim, se funda agora não mais nos costumes e tradições religiosas como ocorria em outras ordens constitucionais, mas sim na influência do iluminismo e do poder da razão.

Os direitos fundamentais são direitos protetivos e na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, está que:

[...] “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1985).

Dessa forma, para a garantia desse direito é necessário tratar da titularidade do direito à saúde em suas dimensões individual, coletiva, intermediária e coletiva-individual, principalmente em tempos de pandemia como a que atualmente acomete os países do mundo.

Na CF em seu artigo 5 a base dos direitos fundamentais que são direito à vida; à liberdade; à igualdade, à segurança; e, à propriedade que constituem portanto, garantias individuais a todo cidadão brasileiro.

[...] DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, [...], nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...] (BRASIL, 1988).

Conforme supracitado, os direitos e as garantias fundamentais são considerados cláusulas pétreas da CF. Nesse contexto, diante da rigidez do texto, tais cláusulas não podem ser abolidas nem por meio de proposta de emenda à Constituição, logo todos são iguais perante a lei e dessa forma, devem ter seus direitos à vida, liberdade, igualdade,

segurança e propriedade resguardados, a CF consolida a eficácia e concretização deles.

Capítulo 5



Marcos legais e jurisprudência sobre o direito à saúde

O direito à saúde apresenta-se no artigo 6º e nos artigos 196º ao 200º da Constituição Federal de 1988. É qualificado como direito social, uma meta social que deve ser alcançado de modo progressivo através de políticas públicas.

O artigo 196 da CF de 1988 dispõe que:

[...] 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. A Constituição reservou à sociedade, ao indivíduo e ao Estado o dever de cuidado com a saúde pública (BRASIL 1988).

Destarte, faz-se necessário a reflexão sobre a conceituação da saúde no sentido do mínimo existencial, o qual trata da sobrevivência com dignidade. Dessa forma, o Estado deve prestar ao cidadão condições dignas de sobrevivência. O art. 3º da Lei nº 8.080 de 1990 do Sistema Único de Saúde (SUS) trata sobre saúde com determinantes e condicionantes:

Art. 3º os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864,

de 2013). Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (BRASIL, 1990).

Nesse art. 3º, a saúde é entendida não apenas como a ausência de doença, mas também como um termo complexo que envolve outras variáveis, assim a efetivação do direito à saúde depende da concretização de outros direitos fundamentais. Sendo considerada, portanto, também como o bem-estar físico, mental e social dos indivíduos.

Além disso, a Lei complementar nº 141 de 2012 (BRASIL, 2012) versa sobre os valores mínimos a serem aplicados pelos entes da federação em ações e serviços públicos relacionados à saúde e também dispõe os critérios de rastreamento dos recursos de transferências para a saúde nas três esferas de governo.

No seu artigo 2º, essa legislação (BRASIL, 2012) destaca que as despesas destes serviços são voltadas para promoção, proteção e recuperação da saúde, também o artigo 3º dessa lei, bem como o artigo 200 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), demonstram a competência do Sistema Único de Saúde em executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica.

Assim, é importante ressaltar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios constituem-se como entes competentes para distribuição destes recursos nas seguintes medidas dispostas no artigo 5º da LC nº 141 (BRASIL, 2012), a União aplicará o montante investido no exercício financeiro anterior acrescido do percentual da variação do PIB do ano anterior à lei orçamentária em vigência.

Já os Estados e o DF devem aplicar o mínimo de 12 por cento referente à arrecadação dos seguintes impostos: imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e de outros recursos.

Do mesmo modo, a Lei nº 12.858 de 2013 (BRASIL, 2013), dispõe sobre a destinação de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural e, para as áreas de educação e saúde, com a finalidade de cumprir a meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 da Constituição.

Marco legal e Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF acerca do direito à saúde em tempos de pandemia

O direito à saúde tem intensa discussão nos tribunais brasileiros, o qual tem caráter positivo e prestacional por parte do Estado que deve direcionar os recursos para o atendimento da norma (GAMA, 2007).

Para melhor esclarecimento é importante ressaltar que:

[...] no caso do Brasil, que é o que nos interessa nesse momento, o quadro não tem sido distinto, aliás, tem assumido ao longo do tempo feições particularmente preocupantes, do que dá conta, em caráter meramente ilustrativo, a troca de ministros da Saúde, três desde o início da pandemia, ao que se acresce o fato de que o atual ministro sequer tem formação em Medicina. Além disso, vivencia-se um quadro de polarização na esfera social e política, uma forte tendência negacionista relativamente às lições da história e da ciência, o movimento contrário à vacinação, muita desinformação e, o que é pior, mensagens ambivalentes de representantes governamentais e mesmo diretamente contrárias às próprias medidas do governo em parte (SARLET, 2017).

Nesse contexto, o enorme conflito judicial de situações vinculadas à pandemia é acompanhado por produção normativa em todos os estados brasileiros. E, na decisão liminar do Ministro Lewandowski, na ADI nº 5.595/2016, que trata do controle jurídico do ciclo orçamentário, tem-se que:

[...] isso porque a concessão da medida cautelar na ADI 5.595 pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no dia 31 de agosto, trouxe sopro de esperança, a operar como um farol interpretativo que tem sinalizado tons irradiantes de luz para o controle jurídico do ciclo orçamentário. Em tempos de iminente congelamento dos pisos de custeio da saúde e da educação, na forma do artigo 110, inciso II do ADCT, inserido pela Emenda 95/2016, é alvissareira essa decisão do Supremo. Nela lemos que

“a ocorrência de reforma constitucional que vise ao aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da CF, mas alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros. ” A aludida decisão considerou que “as alterações empreendidas pelos artigos 2º e 3º da EC 86/2015 no financiamento mínimo do direito à saúde inegavelmente constroem a estabilidade jurídica e o caráter progressivo do custeio federal das ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 2016).

Desse modo, é importante lembrar que existe um déficit na aplicação da verba pública direcionada para saúde, feita pela União. Ainda, a Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir o Novo Regime Fiscal e prover outras providências (BRASIL, 2016).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁴ foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral na Organização das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, em 1992 a Carta de Adesão a este pacto foi depositada e em 24 de abril do mesmo ano este pacto entrou em vigor no Brasil.

No artigo 2º, item 1, do PIDESC é disposto que os Estados, partes do pacto, se comprometem com a adoção de medidas internas, assistência e cooperação internacional “até o máximo dos seus recursos disponíveis” para assegurar “progressivamente” o pleno exercício dos direitos previstos no dispositivo.

Portanto, a ideia de usar o máximo possível dos recursos disponíveis e de forma progressiva, se refere ao princípio da proibição do retrocesso social, no entanto, apesar da Carta Magna não prever expressamente esse princípio, o mesmo consta no pacto e como o Brasil é signatário dele, assim como os membros do PIDESC, também deve empregar os recursos para satisfazer os direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde.

Nesse sentido, depreende-se que esse direito não pode deixar de progredir, assim o estado precisa satisfazer progressivamente tal direito social, também vale destacar que não é possível a estagnação das medidas de garantia desse direito, de modo que não

⁴ PIDESC. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/relatorios-internacionais-1/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais>. Acesso em 4 set. 2021.

devem se manter estáticas. Sobre a extensão da proibição de retrocesso, adota-se no Brasil a tese relativa da proibição de retrocesso, no sentido de que há uma limitação fática de natureza econômica que impede esse progresso contínuo, fato este que assim contrapõe o mínimo existencial e a reserva do possível (CUNHA, 2011).

Vale destacar alguns pontos dessa tese, tendo em vista que, diante de um contexto de crise em uma perspectiva relativa existem dois condicionantes, o primeiro é que a possibilidade da previsão do retrocesso deve preservar o mínimo existencial digno, o segundo é que o Estado deve provar a insuficiência de recursos, pois ele tem o ônus de provar que não há recursos suficientes para implementar as políticas públicas devidas, não podendo, portanto, anulá-las de forma arbitrária e de ofício.

Com ênfase, a noção de mínimo existencial, implicitamente previsto no artigo 1º, inciso III e artigo 3º da Carta Magna (CUNHA, 2011, p. 8), se refere às condições adequadas de existência digna, conforme a análise do voto do Ministro do STF, o mínimo existencial pode ser depreendido como o acesso ao direito geral de liberdade e às prestações positivas originárias do Estado por meio da fruição de direitos básicos.

A Emenda Constitucional nº 86 de 17 de março de 2015, dispõe que: “é obrigatória a execução da programação orçamentária”, além disso, no art.166 § 10º da CF se tem que a execução do montante destinado às ações e aos serviços públicos de saúde, previsto no parágrafo anterior, inclusive o custeio, será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2º do art. 198 da CF, sendo vedada a destinação para o pagamento de encargos sociais (CUNHA, 2011)

Mister se faz destacar, ainda, que o Poder Judiciário por meio de suas decisões nos casos concretos, é um garantidor da aplicação do direito à saúde, portanto, este Poder está respaldado pela teoria dos pesos e contrapesos e não extrapola os limites da separação dos poderes (CUNHA, 2011). Ao considerá-lo como um agente que contribui para o equilíbrio do sistema, ele tem uma função interpretativa imprescindível ao interpretar o ordenamento jurídico e aplicá-lo de acordo com a individualidade de cada caso.

No tocante a decisão liminar na ADI nº 5.595, o voto do Ministro afirma que a Emenda Constitucional nº 86/2015 nos art. 2º e 3º, viola diversos princípios, como o da vedação do retrocesso social e o próprio devido processo legal. A previsão desta emenda prejudica o financiamento do SUS, diante de grandes reduções orçamentárias, o Ministro Relator afirma que:

[...] as disposições questionadas caracterizam profundo retrocesso na concretização de direitos fundamentais, o que é vedado pelo dever de progressividade assumido pelo Brasil no art. 2º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no art. 1º do Protocolo de São Salvador, o qual contém regra específica que obriga os Estados a adotarem medidas econômicas para assegurar progressiva prestação dos direitos sociais (BRASIL, 2017).

Assim, como a Constituição prevê as receitas que financiam a seguridade social e o SUS, tal financiamento é estável e progressivo, por meio do SUS - rede regionalizada de ações e serviços públicos de saúde. Ainda, o dever de custeio desenhado pelo poder constituinte originário trata da regra de proporcionalidade provisória, conforme disposto no art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Logo, o ministro entende que o decréscimo no financiamento se revela especialmente nocivo nos tempos atuais, em que o Brasil enfrenta uma pandemia internacional gravíssima, causada pelo novo Coronavírus (Sars-CoV-2), reconhecida como tal pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Portanto, a diminuição do orçamento à saúde, que já é subfinanciada compromete o direito à vida e à saúde da população brasileira” (BRASIL, 2017)

Nesse sentido, ele julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos artigos nos seguintes termos: “O financiamento do SUS, já historicamente insuficiente, sofreu um duro golpe com a edição dos arts. 2º e 3º da EC nº 86/2015, justificando-se a declaração de inconstitucionalidade de ambos os dispositivos. ” (BRASIL, 2017).

A Emenda Constitucional nº 95, que trata do Teto dos Gastos Públicos e traz um novo regime fiscal, restringe o crescimento das despesas estatais, ela foi proposta em um contexto de crise em busca do congelamento dos gastos. Além disso, conforme o art. 107, se traz a aplicação para os três Poderes, a saber: Judiciário, Executivo e Legislativo, bem como a previsão de duração de 20 anos (BRASIL, 2017).

Ademais, no tocante ao Sistema de Saúde, essa medida representa nítido retrocesso social, afetando de forma muito severa o orçamento destinado ao mesmo. Konrad Hesse afirma que “Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas.” Assim, como nos ensina Hesse, a força normativa é uma adaptação inteligente a uma dada realidade (HESSÉ *apud* FERNANDES, 2017).

Não obstante, a EC nº 95 que trata sobre a saúde, preveja a manutenção do valor de 15 por cento da Receita Corrente Líquida de 2017, a atualização anual será de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo/ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IPCA/IBGE).

Nesse sentido, Hesse afirma que “Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância se revela incômoda”. Por isso, a Emenda viola a proteção da saúde tutelada pela CF, inclusive como cláusula pétrea (MACIEL, 2020).

Esse regime fiscal proposto atinge os direitos sociais dos indivíduos, segundo Maciel “no Estado Democrático de Direito, onde se busca a concretização de um Estado Social, com a prestação de serviços sociais, diga-se direitos sociais, não se pode aceitar a proposta do Governo em suprimir a prestação dos direitos sociais”. Logo, essa mudança na aplicação de recursos trouxe um desfinanciamento do sistema e um notório retrocesso orçamentário (MACIEL, 2020).

[...] adentrando agora a esfera das decisões envolvendo diretamente os direitos fundamentais, ainda na fase inicial da pandemia, entre abril e maio de 2020, destacam-se os julgamentos em conjunto das ADI 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, bem como da ADPF 690, envolvendo o direito de acesso à informação e a proteção de dados pessoais. No que diz respeito às ADI, essas se voltavam contra os termos da Medida Provisória nº 954/2020, que dispunha sobre “o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”, impondo às empresas de telecomunicação acima referidas o compartilhamento com a Fundação IBGE, mediante meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas (SARLET, 2017).

Ademais, Sarlet ressalta que quanto ao STF e julgamento feito em sede de cautelar, e também ressalta a liminar deferida pela ministra Rosa Weber, com argumentação que os dados específicos cujo repasse fora determinado como: nome, número de telefone e endereço, não são relevantes para atingir a finalidade desejada, no caso, a formação de política pública para a contenção da Covid-19.

Outro aspecto relevante é o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados, a decisão é inédita no contexto do Supremo Tribunal Federal.

Direito à saúde: o caso da pandemia da Covid-19 (Sars-CoV-2) e os serviços do Sistema Único de Saúde (SUS)

O enfrentamento da pandemia da Covid-19 exige políticas sociais efetivas capazes de minimizar seus efeitos devastadores. O debate sobre as diferentes formas de organizar sistemas e serviços de saúde passou a ocupar lugar prioritário nas mais diversas mídias sociais e nos lares brasileiros.

O acervo normativo brasileiro que foi redigido durante o período da pandemia da Covid-19, sobre a doença e seus impactos para a população brasileira, visou trazer respostas efetivas e voltadas à proteção dos direitos humanos e ao controle da pandemia no território nacional, além de contribuir para a formulação de políticas públicas de saúde no Brasil.

A garantia do direito à saúde através do Programa Nacional de Imunização, por meio das vacinas, deve ser contextualizada a partir da pandemia, pois a compulsividade da vacinação é interesse de toda a sociedade que possui consciência da periculosidade de um novo vírus, assim como do difícil controle de sua propagação, interesse ainda mais reforçado frente aos altíssimos índices de óbitos em decorrência da Covid-19, ultrapassando meio milhão de mortes.⁵

A previsão legal de medidas a serem adotadas para o gerenciamento desta crise sanitária, segundo a óptica do convencionalismo (DWORKIN, 2003), reforça que as decisões com negativas de cumprimento aos direitos previstos, demonstram que, as normas da constituição que preveem os direitos sociais apesar de serem programáticas,

⁵ PAINEL Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 20 out. 2021.

isto é, uma orientação ao legislador, não vem sendo cumpridas. Ainda quando há vigência de uma lei regulando o direito à saúde e tal direito é negado, por parte do Governo Federal que alega não haver previsões detalhadas para lidar com a crise, demonstra o evidente despreparo dos gestores, bem como a não efetivação, garantia e respeito do direito à saúde para a população.

Na atualidade tal visão não é mais aceita por considerar que os direitos só existem se houver previsão legislativa expressa sobre o tema. A não intervenção do Estado vem se pautando em leis gerais e abstratas, a separação dos poderes e que segundo Deisy Ventura (VENTURA, 2021).

Porém, discorda-se dessa análise, vez que se entende que a Constituição de 1988, como defensora do Estado Social, a qual é intervencionista pois além de disciplinar sobre as demandas econômicas e sociais também prevê a concretização dos direitos sociais. No momento hodierno, a constituição moderna surge para limitar a atuação do Estado e coibir abusos, por isso ela não deve ser subordinada a conveniências de um poder executivo.

As decisões jurídicas permitem ao julgador interpretar as normas, mas este não pode decidir contrário a lei, no sentido de legitimar o economicamente possível. Segundo Valery (2021) as pesquisas da Dra. Deisy Ventura e do Dr. Atila Iamarino no primeiro trimestre do ano de 2021, mostraram só no município de São Paulo mais de 300 mil mortos por Covid-19. E ainda dados oficiais da OMS mostraram que o Brasil é o segundo em números absolutos de vítimas diárias.⁶

Esses números aumentam a cada dia segundo dados do INFOgripe⁷ da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) no que se refere ao monitoramento de casos de síndrome respiratória aguda grave (SRAG) notificados no (SIVEP) Gripe mostram a tendência a longo prazo.

Há um grande quantitativo de pessoas que foram a óbito por Covid-19 nas filas de espera de leitos em UTI de hospitais nos estados brasileiros, com a falta de medicamentos e kits de intubação com anestésicos, em uma crise sanitária com o colapso nos hospitais e nas funerárias. Esses fatos estão sendo divulgados por Doutores da área biológica como o Dr. Atila Iamarino, a Dra. Natalia Pasternak e a Dra. Deisy Ventura (2021) nas redes sociais com o objetivo de alertar a população brasileira.

⁶ INFOgripe. Disponível em: <http://info.gripe.fiocruz.br>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁷ Id Ibid.

Na área jurídica a Dra. Deisy Ventura (2021) pesquisa ações intencionais do governo federal de não comprar insumos e vacinas, bem como estimular a transmissão coletiva, por meio da identificação de três eixos principais.

Nesses eixos, trata da parte normativa, parte estratégica de obstrução dos governos estaduais na contenção da pandemia e na estimulação de não utilização de medidas de biossegurança nas mídias sociais.

Ainda segundo Ventura (2021), mediante o levantamento de pesquisas da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), relatadas em um dossiê, o governo custou a viabilizar o auxílio emergencial adotado nos demais países, promovendo o incentivo ao tratamento precoce com fármacos que não tiveram eficácia comprovada em inúmeros testes em vários países, além de incitar as populações contra os governos estaduais e municipais que adotaram a medida restritiva do *lock down* que visou evitar a superlotação de hospitais e o colapso do sistema de saúde, que ocorreram em diversas regiões do Brasil que não adotaram as medidas restritivas a tempo.

Houve a judicialização do combate a Covid-19 com a ação da Presidência⁸ no STF contra os governadores do Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte (BRASIL, 2021), Distrito Federal, da Bahia e do Rio Grande do Sul no que se refere a derrubar os decretos (BRASIL, 2021) de restrição de locomoção de pessoas adotados para combater a pandemia do Covid-19.

Esses fatos contribuíram para o aumento da disseminação de *fake news* e difamação sobre o Covid-19.

[...] A propaganda contra a saúde pública é um combustível. É um discurso político que utiliza argumentos morais, religiosos, ideológicos, econômicos, para encorajar as pessoas a não aderirem às medidas de saúde pública. Todas elas, não só a restrição de atividades. Mas também uso de máscaras, vacinação (VENTURA, 2021).

Nesse contexto pandêmico, o governo federal começou um ativismo político contrário as ações dos governadores e dos profissionais de saúde o que tornou muito mais difícil a ionização dos impactos na saúde dos brasileiros.

⁸ BOLSONARO questiona decretos estaduais sobre toque de recolher e restrições no comércio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=466656&ori=>. Acesso em: 10 out. 2021

[...] A despeito de sua enorme repercussão política e de ser anunciada como representando uma vitória inédita dos Estados-membros contra o centralismo da União Federal, o próprio ministro Marco Aurélio já havia referido que a decisão nada trouxe de novo, visto que a CF de 1988 já era clara em definir que o tema da saúde, em termos administrativos, administrativamente, é da competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e municípios e, no plano legislativo, é de competência concorrente, sendo pacífico o entendimento de que a União é responsável pela edição das normas gerais e os entes descentralizados responsáveis pela edição de normas específicas voltadas ao atendimento das peculiaridades locais, sempre respeitadas as normas gerais da União (SARLET, 2017).

Ressalta-se que segundo Canotilho (2006), as normas constitucionais não consubstanciam meros programas sujeitos ao arbítrio do legislador. Assim, as normas constitucionais por serem de caráter hierarquicamente superiores, vinculam a atividade administrativa, logo para garantia do direito à saúde e sua efetivação os governadores a nível estadual decretaram medidas para refrear o avanço da pandemia em suas localidades.

Desse modo, caso os poderes legitimados democraticamente, não implementem as políticas públicas necessárias à efetivação do direito mencionado, o judiciário por meio de um tribunal constitucional, está autorizado a garanti-lo e se necessário inclusive em substituição ao legislativo, observando, porém, a reserva do possível.

Bousquat et al. (2021) ressaltam que:

[...] na prática, isso significa que, para 2021, o valor está mais de R\$ 40 bilhões menor que o de 2020, não incluindo o último crédito extraordinário aberto, no valor de R\$ 20 bilhões, para as vacinas nos últimos dias do ano (FUNCIA, 2021). Nesse contexto, o ministério da saúde contará com menos recursos do que em 2020 e anos anteriores, para responder às necessidades de saúde da população não restritas apenas ao enfrentamento da covid-19.

Essas informações e evidências sugeriam o sucateamento do Ministério da Saúde e a omissão do Governo federal, principalmente, no que se refere aos recursos financeiros tão essenciais a garantia ao direito à saúde dos brasileiros. É importante esclarecer que o sistema público de saúde brasileiro, criado pela Constituição Federal de 1988, ficava na responsabilidade do Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social. Somente em 1990 foi regulamentado pela Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 2016), 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, normatizando o dever do Estado de garantir a saúde no Brasil, tal lei afirma que:

[...] art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2016)

Não obstante, a saúde é um direito fundamental e a Lei nº 8.080/90 cria o Sistema Único de Saúde (SUS), que é:

[...] o SUS é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde.⁹

O SUS é reconhecido internacionalmente por sua abrangência e tem como

⁹ BRASIL, Ministério da Saúde. **Lei nº 8080**: 30 anos de criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em; <http://bvsm.s.saude.gov.br/ultimas-noticias/3295-lei-n-8080-30-anos-de-criacao-do-sistema-unico-de-saude->. Acesso: 14 abri. de 2021.

princípios: universalidade, equidade, integralidade, participação social e controle social. Estes princípios visam suprir as necessidades do cidadão como indivíduo ou como grupo, ou como organização, ou associação. O entendimento sobre a definição do SUS, seu papel e importância no contexto pandêmico e sobre como as ações judiciais efetivam o seu acesso, é fundamental para a garantia dos direitos da população brasileira a esses serviços.¹⁰

O sistema de saúde supracitado abrange ações na área da saúde e para que as efetive, necessita de capilaridade, ou seja, abrangência integral do território nacional. Dessa forma, utiliza instituições municipais, estaduais e federais para a realização dessas ações que são financiadas com a verba repassada pelo Poder Público Federal.

Nesse sentido, as reclamações feitas contra as violações deste direito ao Poder Judiciário, são instrumentalizadas por meio de processos, os quais, em consonância ao princípio do devido processo legal, são meios de tutela dos direitos e pretensões individuais. A função e organização do SUS foi normatizada pela Lei nº 8142/1990, que:

[...] Lei nº 8142/1990: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Decreto nº 7508/2011: Regulamenta a Lei nº 8080/1990 Lei Complementar nº 141/2012 (Conversão em lei da EC 29): Regulamenta o art. 198 da CF para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde e dá outras providências (BRASIL, 2012).

Ademais, a participação da comunidade na gestão do SUS é fundamental para apontar ações necessárias nos serviços públicos de saúde para garantir de forma efetiva as demandas da população. Para Bourdieu, é necessário entender o poder simbólico e também o espaço onde estão inseridos os agentes e instituições que produzem, reproduzem e difundem a ciência principalmente neste momento pandêmico que precisa de investigações científicas para fortalecer o sistema de saúde (BOURDIEU, 1989).

¹⁰ Id. Ibid.

Nesse entendimento, no que se refere ao SUS, é necessário observar que a saúde não foi garantida a todos pela quantidade de indivíduos necessitados durante as elevações de casos de contaminação e agravamento da doença da Covid-19. Essa situação, evidente nas longas filas formadas para aguardar um leito na UTI, o Estado Brasileiro afirma não ter condição financeira para garantir o atendimento de todos que precisam, portanto, alegam que as questões orçamentárias se tornam barreiras para efetivação do acesso à saúde para população de forma integral.

Considerações Finais

A reflexão do contexto pandêmico na área da saúde pública na qual o Brasil se encontra recentemente necessitou neste estudo da prudência e análise à luz da doutrina, da jurisprudência, de artigos científicos sobre os direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo Estado, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa análise e interpretação da doutrina e análise da jurisprudência do STF, dos direitos fundamentais à saúde tutelado na Constituição Federal Brasileira de 1988 permite verificar se a assistência à Saúde é efetiva no Brasil.

E, dessa forma, identificar as atribuições do Sistema Único de Saúde em tempos de pandemia além de analisar algumas decisões proferidas pelo STF sobre o direito à saúde e a garantia de condições dignas às pessoas doentes permitindo, ainda, verificar a flexibilização do Direito à Saúde no tocante a reserva do possível e o orçamento público.

Nota-se, que a efetivação do Direito Fundamental à Saúde previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como fundamento para assistência à saúde no contexto da pandemia da Covid-19 (Sars-CoV-2), perpassa pelo entendimento sobre a conjuntura econômica social e sanitária atual brasileira.

O Estado Brasileiro é capaz de concretizar esse direito apesar de esbarrar em questões orçamentárias. Há necessidade de pensar a fundamentalidade da devida compreensão dos princípios que norteiam os direitos fundamentais para entender a sua formação e sua tutela nas relações jurídicas e sociais. Esta análise é indispensável para verificar a efetivação da garantia destes direitos na vida social. Se na CF (1988) nos art. 196 e art.200, na Lei 8.080/1990 do Sistema Único de Saúde (SUS), Doutrina e Jurisprudência, este direito está realmente garantido.

Portanto, para esse direito ser garantido é necessária, ainda, a atuação do Ministério Público por meio de suas Promotorias responsáveis pela fiscalização da efetivação da lei, através de sua função específica de *custos legis*.

É imprescindível a análise da Jurisprudência feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com relação a aplicação da reserva do possível nos casos concretos, formando assim a jurisprudência do processo para a efetivação do respectivo direito.

Nessa linha de estudo, percebe-se que o ponto de partida para a análise sobre o direito à saúde da população brasileira parte do entendimento de que o Estado tem o dever de promover e satisfazer as demandas de assistência à Saúde, através de políticas públicas concretas, sendo vedado no ordenamento jurídico, a proibição de regressividade, por isso, os Estados devem aplicar o máximo de recursos disponíveis para atender satisfatória e progressivamente o direito à Saúde.

O direito fundamental a saúde é uma afirmação dos direitos individuais e por meio da democracia constitucional, é garantido esse direito, vez que as decisões dos tribunais impulsionam a promoção de políticas públicas necessárias para efetivar o acesso das pessoas ao direito à saúde.

Destarte, nesse contexto brasileiro e mediante o levantamento de pesquisas da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP) relatadas em um dossiê, observou-se que o governo custou a viabilizar o auxílio emergencial e ainda promoveu o incentivo ao tratamento precoce com fármacos que não tiveram sua eficácia comprovada cientificamente.

É necessário, portanto, termos um judiciário comprometido com o princípio da fundamentação das decisões, conforme preceitua o artigo 93, IX da CF de 1988, no sentido de que sob pena de nulidade, todas as decisões devem ser fundamentadas. Na modernidade as decisões não podem mais ser baseadas na teoria clássica do convencionalismo.

Assim os juízes não estão subordinados ao legislativo e desempenham relevante papel em uma sociedade plural para o respeito as diferenças e as minorias sociais, logo a atividade interpretativa do julgador se faz necessária no Estado Democrático de Direito para a efetivação de direitos, como é o caso do direito à saúde.

Referências

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1909. trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Dados do setor. Brasília, 2003. Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/site/dados_setor/dadosobreoperadoras_topico_6679.asp?topico=operadoras. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Evolução e desafios da regulação do setor de saúde suplementar**. Série ANS 4 - Rio de Janeiro: ANS, 2003.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 8 OUT. 2021.

BRASIL. **Lei 8.080**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 12 jun. 2021

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 81, de 03 de setembro de 2004**. Rio de Janeiro, set. 2004.

BRASIL. **Lei complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Direitos fundamentais**. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19: uma retrospectiva. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19#:~:text=Os%20temas%20s%C3%A3o%20de%20natureza,de%20ir%20e%20vir%2C%20ao>. Acesso em: 20 maio 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMIN, Caio Augustus Ali. **Normas versus valores uma análise a partir de Jürgen Habermas**. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. S. A, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Lei Orgânica da Saúde. Brasília, set. 1990. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/ultimas-noticias/3295-lei-n-8080-30-anos-de-criacao-do-sistema-único-de-saude->. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Liminar da Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.595/ DF**. Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandoski.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 86** de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em: 10 fev. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.858 de 9 de setembro de 2013**. Disponível em: [ttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12858.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12858.htm). Acesso em: 20 out. 2021

BRASIL. ADI nº 5.595/2016.

BREMS, Eva. **Conflicts between fundamental rights**. 2008 Intersentia Antwerp - Oxford - Portland. p.28. Disponível em: <https://intersentia.com/en/conflicts-between-fundamental-rights.html>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BOUSQUAT, Aylene et al. Dossiê saúde pública: Pandemia de covid-19: o SUS mais necessário do que nunca. **Revista USP**, nº.128, jan/fev/mar 2021. Disponível em: <https://www.revista.usp.br/revusp/>. Acesso em: 10 set 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Curso de direito constitucional**. Portugal: Coimbra, 2006.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista de Informação legislativa**. v. 48 168. a. 48 n. 191, p. 167-189, jul/set. Brasília, 2011.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CONSANI, Cristina Foroni. **Separação dos poderes e Estado de Direito**: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3812/pdf>. Acesso em: 8 out. 2021.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil**. Brasília. 2011. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo3.pdf>. Acesso em: 5 out. 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Uma nova disciplina**: o direito sanitário. *Rev. Saúde Públ.*, S. Paulo, 22:327-34, 1988. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/190025972.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

DECRETO 7.719/2021, do Paraná, Decreto 50.752/2021, de Pernambuco, Decreto 30.596/2021, do Rio Grande do Norte.

DECRETO Nº 41.874/2021 do Distrito Federal; Decreto n 20233/2021 do Estado da Bahia e Decretos n 55.782/2021 e 55.789/2021 do Estado do Rio Grande do Sul.

DURKHEIM. **Fato social**. Disponível em: <http://fsetemac.blogspot.com.br/2012/05/fatos-sociais-apesar-de-auguste-comte.html>. Acesso em: 2 maio 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves apud HESSE, Konrad. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. amp e atual. Salvador: JusPODIVIM, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVIM, 2017.

GAMA, Denise Travassos. **Por uma releitura principiológica do direito à saúde: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde**. Brasília, 2007.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HORIUCHI, Alice; AGLINSKA, Rodrigo da C. **Guia de normalização para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Paulista: ABNT / Biblioteca Central da Universidade Paulista UNIP**, 2018.

INFOgripe. Disponível em: <http://info.gripe.fiocruz.br>. Acesso em: 10 maio 2021.

- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. São Paulo: Karós, 1985.
- LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas**. Brasília: Senado Federal, 2020.
- MACIEL, Ismar Jovita. **O impacto da emenda constitucional 95/2016 no sus- sistema único de saúde: uma análise perante a Constituição Federal de 1988**.
- MAFRA, Francisco. **Constituição: conceito e princípios fundamentais do estado democrático de direito**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12282. Acesso em: 10 abr. 2020.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MEDEIROS, Alexsandro M. **A justiça e a constituição do Estado na Republica de Platão**. Disponível em: <http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/a-justi%C3%A7a-e-a-constitui%C3%A7%C3%A3o-do-estado-na-republica-de-plat%C3%A3o/>. Acesso em: 9 ago. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019[1859].

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PAINEL Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 20 out. de 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

PIDESC. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/relatorios-internacionais-1/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais>. Acesso em: 4 set. 2021.

PINTO. Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais: Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade. Revista da EMERJ, v.12, n° 46, 2009, p.126

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia da pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. Editora: Saraiva, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva 2002.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Manual do TCC: a monografia no Curso de Direito** Editora: Rumo Legal Ltda, 2016.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito**

Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22. ed. rev e ampl. São Paulo: Cortez, 2002

SMITH, Carl. **Constitutional theory**. Library of Congress Cataloging in Publication Data 1888-1985.

VALERY, Gabriel. **Deisy Ventura**. 'Tragédia da Covid no Brasil é resultado de estratégia intencional do governo Bolsonaro'. Disponível: <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2021/03/deisy-ventura-tragedia-da-covid-no-brasil-e-resultado-de-estrategia-intencional-do-governo-bolsonaro/>. Acesso em: 25 out. 2021.

VENTURA, Deisy. **Direito a saúde global: o caso da pandemia de gripe A (H1N1)**. São Paulo: Outras Expressões: Dobra Editorial, 2013.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; REIS, Rosana. **A linha do tempo da estratégia federal de disseminação da covid-19**. Direitos na pandemia: análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil. N.10, p. 6-31, São Paulo:2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf>. Acesso em: 04 maio 2023.

VOTO do Ministro Celso de Mello. RE 580.252 do Mato grosso do Sul. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252_votoMCM.pdf