



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 21/10/2020

Data de reformulação: 11/11/2020

Data de aceite definitivo: 12/12/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4319208>

Data de publicação: 12/12/2020.

DIREITO À SAÚDE E A PANDEMIA DA COVID-19: DESAFIOS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

COVID-19 RIGHT TO HEALTH AND THE PANDEMIC: CHALLENGES FOR THE DEMOCRATIC STATE OF BRAZILIAN LAW

Alexsandro Dantas Maia¹

Resumo

O presente artigo reflete sobre como o Estado brasileiro compreende e promove o direito à saúde no país, tendo como eixo de análise a criação e o fundamento constitucional do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como, sob uma perspectiva crítica, identificar os percalços referentes aos investimentos públicos, à inabilidade governamental em sua gestão e os efeitos da lógica neoliberal no que tange às políticas públicas de saúde em tempos de pandemia. Neste cenário, observou-se o processo de judicialização do direito à saúde, em que, muitas vezes, é necessário recorrer ao Poder Judiciário, à jurisdição constitucional, a fim de remediar a omissão estatal na garantia de direitos fundamentais. Destacou-se, em especial, as perspectivas jurisdicionais do substancialismo e procedimentalismo no contexto da saúde. Por fim, analisou-se o direito à saúde e as medidas governamentais no enfrentamento à pandemia do novo coronavírus e o impacto nas deliberações judiciais dentro do que se convencionou chamar jurisdição de crise.

¹ Professor de Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2070812436209413>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4858-3765>. E-mail: alexmaia80@gmail.com

Palavras-chave: Direito à saúde. SUS. Estado Democrático de Direito. Jurisdição constitucional. Covid-19. Substancialismo *versus* procedimentalismo. Jurisdição de crise.

Abstract

This article will reflect on how the Brazilian State sees and promotes the right to health in the country, starting from a pioneering proposal (the Unified Health System – SUS – created from the interpretation of the constitutional text), but coming up against multiple difficulties, such as lack of investment, management inability and the advancement of the neoliberal vision in the creation of public policies. Faced with this scenario, the alternative way to assert the right to health is often to resort to the Judiciary, to constitutional jurisdiction, which aims to remedy the state's omission in guaranteeing rights, if this is verified by the judge's interpretation (substantialism versus proceduralism). Based on this reflection, and still from the perspective of the right to health, governmental measures to deal with the pandemic of the new coronavirus and the impact on judicial deliberations inside of what is conventionally called crisis jurisdiction will be analyzed.

Keywords: *Right to health. SUS. Democratic state. Constitutional jurisdiction. Covid-19. Substantialism versus proceduralism. Crisis jurisdiction.*

Introdução

Surgiu, após a Segunda Guerra Mundial, primeiramente na Alemanha – e rapidamente se alastrou para outras nações ocidentais – a noção de dignidade humana atrelada ao sentido de liberdade individual, de igualdade, de solidariedade e de segurança. Tais conceitos são relacionados em torno da preservação de direitos civis e políticos, em uma dimensão negativa, que pressupõe uma não ação do poder público, e, também, como parte constituinte de uma coletividade que precisa ser assistida pelo Estado em suas necessidades básicas, ou fundamentais, como o direito à moradia, à educação e à saúde, sobretudo em uma dimensão positiva, prevendo a obrigação estatal em promover o bem-estar social e a sua manutenção (CIARLINI, 2008, p. 22).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, considerada mundialmente como uma das avançadas do mundo no que diz respeito à defesa de direitos e garantias fundamentais, é categórica quanto ao papel do Estado de prover uma existência digna aos cidadãos brasileiros, de garantir o mínimo existencial aos mais vulneráveis, sem o qual não é possível, inclusive, em falar-se em liberdade e democracia. Essa determinação constitucional adquire uma sobrepujante importância diante da desigualdade social vigente no país, considerado um dos mais desiguais do mundo:

[...] A metade mais pobre da população, quase 104 milhões de brasileiros, vivia com apenas R\$ 413 mensais, considerando todas as fontes de renda. No outro extremo, o 1% mais rico – somente 2,1 milhões de pessoas – tinha renda média de R\$ 16.297 por pessoa. Ou seja, essa pequena fatia mais abastada da população ganhava quase 40 vezes mais que a metade da base da pirâmide populacional.²

² SAMPAIO, Vitor Hugo. O mínimo existencial: O direito a uma existência digna diante do colapso do Estado de bem-estar social. *Jus.com.br*. São Paulo: 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79850/o-minimo-existencial-o-direito-a-uma-existencia-digna-diante-do-colapso-do-estado-de-bem-estar-social>. Acesso em 19 junho 2020.

Logo após promulgação da Carta Magna, é criado o Sistema Único de Saúde – SUS, cujo intuito é oferecer atendimento universal e igualitário à população brasileira, no sentido de assegurar serviços médicos de toda e qualquer natureza já documentada (cobertura completa) e promovendo a prevenção de doenças e o aumento da qualidade de vida em programas como o Saúde da Família. (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, v. 34, 2000)

A implantação de um sistema unificado para o atendimento integral à saúde em um país de dimensão continental como o Brasil revelou-se um desafio, que demandou a construção política com representantes públicos, cientistas, médicos e da própria comunidade civil, ativa em assembleias convocadas para debater a criação de políticas públicas na área, esforços conjuntos visando o cumprimento do compromisso assumido pelo Estado, por meio de sua Constituição, de satisfazer o direito de todos à saúde.

O SUS é inaugurado seguindo um modelo assistencialista, focado nos atendimentos hospitalares e de emergência – e permanece assim até hoje em muitas localidades –, modelo esse que se mostrou insuficiente e dispendioso, o que possibilitou os primeiros questionamentos sobre métodos alternativos que tornassem a assistência à saúde mais eficiente. (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, v. 34, 2000)

A partir da promulgação da Constituição Federal em 1988, foram definidas como diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) a universalização, a equidade, a integralidade, a descentralização, a hierarquização e a participação da comunidade. Ao ser desenvolvido sobre esses princípios, o processo de construção do Sistema Único de Saúde visa reduzir o hiato ainda existente entre os direitos sociais garantidos em lei e a capacidade efetiva de oferta de ações e serviços públicos de saúde à população brasileira.³

1. As transformações do Sistema Único de Saúde

O Ministério da Saúde apresentou que o SUS surge como “um modelo caro, ineficiente e desumano, que degrada a prática profissional e não atende às necessidades da população”, (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, v. 34, 2000, p. 1); afirmação feita numa cartilha institucional do órgão sobre o Programa Saúde da Família, colocado em prática a partir de 1994, e cujo objetivo seria o de corrigir os erros de uma gestão voltada para o assistencialismo e para a utilização irracional de seus recursos tecnológicos. A nova proposta traz, então, uma gestão mais focada na prevenção.

Acontece, portanto – a partir da implantação deste novo programa, inspirado em experiências exitosas em países como Canadá, Reino Unido e Cuba – uma mudança de paradigma na gestão do SUS, que passa a investir numa relação mais próxima com a comunidade atendida por ele, a fim de identificar carências, prevenir doenças, e, como resultado, melhorar a qualidade de vida da população e diminuir a procura por atendimentos, racionalizando melhor, assim, o dinheiro investido.

O Programa Saúde da Família concentra-se na atenção básica, como postos, centros ou unidades básicas de saúde, o que é geralmente lembrado como a mudança estrutural mais importante implementada na saúde pública brasileira, já que o foco passa a ser, por meio de “ações básicas”, evitar que as pessoas adoçam. Apesar da empolgação inicial com a medida, já se admitia que a implementação de melhorias

³ FEDERAL, Governo. Informes Técnicos Institucionais: Programa Saúde da Família. *Revista Saúde Pública*. Vol. 34 n. 3. São Paulo: 2000.

deveria ser realizada no sistema como um todo, na atenção integral, como regem os princípios norteadores da criação do SUS. (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, v. 34, 2000, p. 3)

Outra mudança significativa dentro Sistema Único de Saúde em busca por melhorias na qualidade do atendimento foi a descentralização de sua gestão, implementada a partir de 1995, elevando os municípios brasileiros à condição de gestores do SUS, responsáveis por ofertar todos os serviços de saúde dentro de suas fronteiras, modalidade de gestão definida com “gestão municipal plena e semiplena”. (MENDES, 2005)

Contudo, para manter os programas de saúde ativos, a maioria destes de iniciativa do Governo Federal, o repasse de dinheiro para o SUS continuaria a ser feito em seis partes: atenção básica, vigilância em saúde, medicamentos, média e alta complexidade e gestão e investimento. O parcelamento assim feito cobriria o financiamento de todos os setores da assistência à saúde.

Isso também foi modificado, recentemente, por iniciativa do Poder Executivo: não há um direcionamento específico dos repasses financeiros para cada setor da saúde, desde 28 de dezembro de 2017. Com isso, é feito um repasse único para a área, cabendo ao município a decisão de como investir, conforme resolução da portaria n. 3.992, o que, para muitos teóricos sobre o assunto, representa um grande retrocesso. (NEVES, 2018)

A mudança é preocupante num momento em que as doenças crônicas são responsáveis por mais de 70% das mortes, e se a gente não cuidar delas na atenção básica, essa pessoa pode ter um AVC, pode ter sequelas que incapacitem para o trabalho o resto da vida. Teremos um modelo que investe menos em promoção e prevenção, que reduzirá a cobertura e acesso na atenção, que concentrará em oferta de consultas especializadas e pronto-atendimento, piorando muito a qualidade de vida e os indicadores de saúde da população.⁴

O investimento em saúde, porém, em nenhum momento foi considerado suficiente ou atendeu satisfatoriamente às expectativas de gestores, servidores públicos ou da população em geral; e o resultado disso é uma gradual precarização do SUS, que ainda hoje oferece um serviço muito aquém de sua pretensa capacidade inicial, e deixa descobertos mesmo os mais vulneráveis, que, em muitos casos, sequer são atendidos por qualquer programa social.

No intuito de possibilitar uma oferta mais democrática no atendimento à saúde, o Mais Médicos, implementado em 2013, no governo da então presidente Dilma Rousseff, levou profissionais da saúde cubanos (por intermédio da Organização Pan-americana de Saúde – OPAS) e de outras nacionalidades a lugares recônditos do Brasil, locais com enorme carência de mão de obra. O número de profissionais inscritos no programa chegou a 24 mil entre 2011 e 2015, e representou uma melhoria significativa da qualidade de vida das pessoas alcançadas. Entretanto, o projeto recebeu duras críticas durante toda a sua vigência, principalmente pela modalidade de contrato de trabalho assinado entre a OPAS e os profissionais cubanos, que prevê o repasse de parte do salário dos profissionais ao governo do seu país, de regime comunista. Na mudança de governo, o programa foi reformulado (Médicos pelo Brasil) e foram prioritárias as vagas para profissionais brasileiros. O novo texto ainda veta a

⁴ NEVES, Julia. Ministério da Saúde altera a distribuição de repasses do SUS. *EPSJV/Fiocruz*. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/ministerio-da-saude-altera-a-distribuicao-de-repasses-do-sus>. Acesso em 12 junho 2020.

participação dos cubanos já inseridos no projeto em seu formato anterior, limitando em muito o seu real alcance. (PAULA, 2017)

Em dezembro de 2016, sob o comando do então presidente Michel Temer e movido como nunca pelos preceitos neoliberais, o Governo Federal concentrou sua energia na pretensão de pagamento da dívida pública e na intensificação do livre mercado, congelando, com anuência da maioria de deputados e senadores, os gastos com saúde e educação por vinte anos, entendimento trazido pela Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016. A proposta inicial incluía o congelamento do salário mínimo, em uma explícita despreocupação com políticas sociais garantidoras do mínimo existencial, porém essa medida foi rejeitada pelos congressistas.

Essa política neoliberal, tão em voga no mundo contemporâneo, apareceu primeiramente na Europa, nos anos 1970, tendo reflexos nos movimentos de contrarreforma, nos anos 1980, no Brasil, e propõe uma intervenção mínima do Estado na economia, pois julga-o como uma instituição deficitária e pernicioso para o pleno desenvolvimento econômico do mercado. Sua postura é, portanto, diametralmente oposta ao Estado redutor de desigualdades sociais previsto na Constituição brasileira, num claro intento de dirimir os avanços sociais garantidos por ela. (NEVES, 2018)

O que as correntes neoliberais propõem, em seu pluralismo, é uma forte mudança na cultura política e nos modos de regulação do Estado, a partir de um conceito de liberdade que se esteia em uma ontologia mercantil. O que a tradição neoliberal propõe é uma refundação do Estado liberal democrático, uma profunda reorganização de seu regime de regulação, uma positivação do conceito de liberdade em direção a seu sentido mercantil, em detrimento dos fundamentos da soberania popular e do universalismo de direitos.⁵

O SUS, que já atravessava dificuldades para oferecer um bom atendimento à população, após o congelamento do orçamento, precisou afunilar ainda mais as políticas de saúde básica para grupos vulneráveis, e, em 2019, o programa Farmácia Popular, que oferecia remédios gratuitos, inclusive de alto custo, à população carente, é também encerrado, deixando de atender sete milhões de pessoas.

Como reflexo da diminuição progressiva do interesse e do investimento na saúde pública, verifica-se um aumento nos processos judiciais de iniciativa popular que buscam, na intermediação do Judiciário, reparar danos por negligência no atendimento público à saúde ou obrigar o Estado a comprar medicamentos e garantir internações.

A jurisdição constitucional, compreendida como uma série de estruturas de julgamento sobre matérias previstas na Constituição, quando amparada por teorias substancialistas⁶, tende a atuar em desfavor da Administração Pública em processos cuja parte queixante é o usuário do Sistema Único de Saúde, que reivindica o seu direito fundamental à saúde. Todavia, cada vez mais essa forma de deliberação do Poder Judiciário vem sendo contestada por teóricos da área do Direito em teses e artigos científicos, e essa contestação começa a também ser acolhida pelos tribunais

⁵ GUIMARÃES, Juarez Rocha; SANTOS, Ronaldo Teodoro dos. Em busca do tempo perdido: anotações sobre os determinantes políticos da crise do SUS. *Scielo Saúde Pública*. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sdeb/2019.v43nspe8/219-233/>. Acesso em 11 out. 2020.

⁶ “Em síntese, as teorias substancialistas defendem uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional na perspectiva de uma defesa material e conteudística dos direitos fundamentais, justificando sua tese em grande medida pela necessidade de tal atuação ante a inefetividade da Constituição e a omissão dos poderes legislativo e executivo.” (GALDINO, 2016, p. 8)

(substancialismo *versus* procedimentalismo). Além disso, as constantes discussões e deliberações judiciais sobre a matéria direito à saúde também recebe muitas críticas, o que tem sido chamado constantemente de judicialização da saúde, assunto do nosso próximo capítulo. (CIARLINI, 2008)

2. Substancialismo *versus* Procedimentalismo: o direito à saúde sob perspectivas antagônicas nas deliberações judiciais

Em uma democracia representativa como o Brasil, a autonomia e a independência entre os três poderes que a constitui – Executivo, Legislativo e Judiciário – precisa ser rigorosamente respeitada para que haja uma situação de equilíbrio institucional. Cada um desses poderes tem funções bem definidas no jogo democrático. Contudo, há matérias de interesse comum, que precisam ser apreciadas por mais de um dos componentes desta tríade, como no caso do direito à saúde.

Conforme dito anteriormente, em atenção à perspectiva constitucional, espera-se uma ação positiva do Estado no sentido de garantir os direitos fundamentais de cada cidadão sob sua tutela. Essa responsabilidade cabe principalmente ao Poder Executivo, que é quem recebe o dinheiro dos impostos e o direciona aos setores da máquina pública, que presta serviços ao cidadão.

A participação popular, no entanto, é possível e prevista dentro das três esferas de poder por mecanismos diversos, como, por exemplo, a possibilidade de se propor uma petição pública ou um abaixo-assinado sobre matéria discutida no Congresso Nacional, fazer reclamações e sugestões nas ouvidorias da Administração Pública e buscar a via judicial para solução de problemas relacionadas ao Direito que não esteja ao seu alcance resolver.

A jurisdição constitucional é o que garante ao cidadão a possibilidade de uma ação processual positiva contra o Estado caso sinta-se lesado em seus direitos e garantias previstas na Carta Magna. Esta possibilidade de ação reivindicatória na justiça tem sido bastante explorada quando o assunto é o direito à saúde. Os números de processos aumentaram nos últimos anos e a tendência majoritária dentro dos tribunais é a de que, se a determinação constitucional realmente não foi cumprida – analisando sob a perspectiva do substancialismo – o Estado terá a obrigação de cumprir a determinação judicial favorável ao queixante.

Se o SUS, desde sua implantação, não conseguiu atender satisfatoriamente o direito dos brasileiros à saúde, a situação tem piorado sobremaneira com as medidas de austeridade adotadas nos últimos anos pelo Governo Federal, com apoio da maioria no Senado e na Câmara dos Deputados. Desde o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, o entendimento vigente, conforme a tendência neoliberal de enxugar a máquina estatal privilegiando o pagamento da dívida pública e o investimento no livre mercado, é o de que se faz necessário, no momento, uma adaptação na oferta dos serviços de saúde conforme a menor capacidade do orçamento. Essa realidade permite o surgimento de uma relativização do entendimento trazido pela Constituição sobre o direito à saúde, que passa a ser analisado também sob o viés procedimentalista, cuja prerrogativa principal é a chamada “reserva do possível”. Se ante a proposta inicial do Sistema Único de Saúde era oferecer atendimento universal e igualitário, o que a própria CONNAS (Conselho Nacional de secretários de saúde) admite é um direcionamento orçamentário às unidades que mais precisam de investimento, na tentativa de fazer cumprir ao menos a oferta do mínimo existencial aos mais vulneráveis:

[...] pode-se afirmar que a efetivação desse direito requer recursos financeiros e, conseqüentemente, uma disponibilidade orçamentária, o que leva a referir dois princípios indispensáveis em razão da peculiaridade do tema: o princípio da reserva do possível, o qual se fundamenta na ideia de que os recursos públicos necessários à efetivação de direitos sociais não são ilimitados; e o princípio do mínimo existencial, para o qual haveria um núcleo básico de direitos sociais e econômicos vinculados à noção de garantia da dignidade humana, e estes deveriam ser sempre, e de imediato, tutelados. Deve-se pensar que tanto os recursos financeiros como os recursos humanos são limitados e, diante disso, diversas vezes precisam ser feitas escolhas.⁷

É natural e até sensato (mas não ideal) considerar-se a noção de equidade para investir nos serviços de saúde quando o dinheiro disponibilizado é muito pouco diante das enormes necessidades da saúde pública, porém a recorrência desta estratégia tem deixado muitos descobertos, e ainda assim se mostra insuficiente até mesmo para o atendimento aos mais necessitados. Essa situação tem sucateado a estrutura do SUS ao longo do tempo que, ao invés de fortalecer-se, conseguindo investir em prevenção, pesquisa e modernização de equipamentos, ele mal consegue prover o atendimento emergencial em muitas unidades de saúde. Soma-se a isso a suspensão do custeio de muitos remédios de alto custo, a falta de profissionais, de materiais, de equipamentos, de estrutura. Tudo isso tem um impacto profundo na vida de quem só pode contar com esse recurso, o que explica a grande quantidade de processos impetrados contra o Estado e também a preocupação da CONASS a respeito do assunto:

Por existir a atuação positiva do Poder Judiciário, em razão do que prevê a atual Constituição Federal, a concretização do disposto no art. 196, no reconhecimento ao direito à saúde, por vezes apresenta-se como um verdadeiro poder individual, absoluto e irrestrito do cidadão contra o Estado, concepção esta que não é a mais adequada ao tratamento dos direitos sociais.⁸

A obrigação de indenizar usuários do SUS que buscam a justiça não é criticada apenas por setores da Administração Pública, isso está, na verdade, gerando um grande debate dentro e fora dos tribunais, entre teóricos sobre assunto, que denunciam uma relação antagônica entre a visão substancialista (que prevê obrigatoriedade da satisfação dos direitos fundamentais pelo Estado) e a visão procedimentalista (noção de liberdade ligada à autonomia, cumprimento dos direitos constitucionais dentro da “reserva do possível” e com intervenção mínima do Poder Judiciário) com grande prejuízo para a última. (CIARLINI, 2008)

Nesse contexto, cresce o número de teses condenando o que tem sido chamado de Judicialização da saúde, sob o argumento de que isso tem trazido um grande prejuízo para Estado e para a população, pois o impacto das indenizações pagas recai, segundo a teoria procedimentalista, numa menor alocação de recursos no atendimento à coletividade.

É fato que, há alguns anos, entre 2012 e 2016, houve uma grande elevação do número de pacientes do SUS que precisavam de medicação de alto custo e, não

⁷ SIMON, Letícia Coelho. Artigo Desafio: Concretização do Direito à Saúde Pública no Brasil. In: CONASS. *Para Entender a Gestão do SUS: Direito à Saúde*. p. 5-6 [2015]. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_31.pdf. Acesso em 3 de maio de 2020.

⁸ Ibidem.

encontrando nas farmácias do sistema, procuravam a via judicial para exigir a compra do remédio pelo governo:

A explosão do número de ações judiciais no país por falta de distribuição de determinados remédios, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), já levou o Ministério da Saúde a desembolsar R\$ 666,3 milhões este ano [2016]. O valor, pago apenas nos cinco primeiros meses de 2016, chega a 66% de tudo o que foi gasto em 2015, quando a pasta liberou R\$ 1,013 bilhão para este fim, sendo 95% destinados à compra de 22 remédios.⁹

Adeptos da corrente substancialista nas deliberações judiciais argumentam que a satisfação de um “direito fundamental” não pode ser condicionada por motivos quaisquer que sejam, que as decisões tomadas devem partir de princípios constitucionais, o que também não significa que se deva “dar tudo a todos”, “nem tudo o que se pede”, sendo imprescindível a análise de cada caso concreto. (CASTRO, 2012, p. 25)

O jurista Álvaro Ciarlini, em sua tese de doutorado – O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição – faz uma crítica contundente à argumentação substancialista, que ele denomina, em vários momentos, de ativismo judicial. Sua argumentação, apesar disso, propõe uma convivência pacífica entre as duas correntes (substancialismo e procedimentalismo) dentro da Jurisdição constitucional, e, para tanto, recorre à teoria agonística de Mauffe, segundo a qual a democracia deve ser constituída não sobre a hegemonia das convicções de quem ocupa o poder, mas da convivência pacífica entre pontos-de-vista distintos, que normalmente se alternam nas posições de poder, propõe então transformar as relações antagônicas em relações agonísticas, o que pressupõe posicionamentos ideológicos irreconciliáveis, mas que convivem, não se anulam. (CIARLINI, 2018, p. 58)

3. A atuação do SUS e o direito à saúde no Brasil em tempos de pandemia da covid-19

Em dezembro de 2019, a mídia começou a noticiar o surgimento, na China, de um vírus de fácil transmissão e com alta taxa de mortalidade para a família dos coronavírus, O Sars-CoV-2, causador da covid-19, que mudaria completamente a rotina das populações ao redor do mundo na busca desesperada por contê-lo. Nem a mais otimista das previsões poderia esperar que o SUS oferecesse uma barreira consistente contra a evolução da pandemia no Brasil, sem ele, porém, o impacto da covid-19 seria ainda mais trágico.

Logo após a aceitação do cenário alarmante e inédito trazido pela propagação mundial da doença em questão de dias – muito por conta do incentivo à livre circulação de pessoas e mercadorias dentro de uma economia global capitalista –, o isolamento social e a constante higienização pessoal e de objetos tornou-se a primeira grande “arma” contra a epidemia, conforme orientação da OMS (Organização Mundial da Saúde); medidas importantes, mas insuficientes diante do problema excepcional.

A essas orientações, somou-se uma série de medidas provisórias no Congresso para propor a alocação de recursos públicos no combate à covid-19¹⁰, políticas que amparam o trabalhador informal, sem renda após a determinação do

⁹ CRESCIMENTO das ações judiciais contra o SUS. *Blog ABRAMGE*. São Paulo, 28 junho 2016. Disponível em: <https://blog.abramge.com.br/saude-em-geral/crescimento-das-acoes-judiciais-contr-o-sus/>. Acesso em 24 maio 2020.

¹⁰ Segundo dados do Governo Federal, até julho já foram repassados mais de 60 bilhões de reais para ajudar os estados e municípios no enfrentamento da crise.

fechamento da maioria dos estabelecimentos, protocolos médicos atualizados a todo momento, e, ainda assim, a contenção da doença está longe de ser alcançada no país, e muitos depositam suas esperanças na criação de uma vacina eficaz e que seja aprovada no curto prazo.

O fato de a epidemia ter começado na China, com uma rápida propagação para a Europa e apenas num segundo momento se espalhar pelas Américas, serviu para que o Brasil tentasse se preparar de alguma forma, antecipando o isolamento social e o fechamento de estabelecimentos não essenciais – medidas já adotadas em várias partes do mundo – e mobilizando profissionais em busca de um rápido enfrentamento à ameaça para quando os casos começassem a aparecer por aqui.

Mas o atraso de anos não poderia ser superado em dias ou meses, e apesar do esforço coletivo, a covid-19 tornou-se rapidamente um enorme desafio para a saúde pública brasileira, com o aumento exponencial de infectados e mortos dia após dia, e ainda hoje apresenta-se como um problema sem solução. Então, o que o Estado brasileiro deve fazer para conseguir dar uma resposta satisfatória à doença que ameaça sua população diante de um cenário tão desfavorável? Muitas medidas emergenciais foram adotadas nesse sentido, a mídia concentrou seus esforços em dar informações atualizadas sobre a covid-19 no mundo e também a nível local, denunciando uma incredulidade inicial do Executivo quanto às sérias consequências da pandemia para a saúde da população e uma movimentação ativa no Legislativo no intuito de responder aos anseios de toda uma sociedade amedrontada:

Para o caso, a Lei n. 13.979/2020, que prevê várias medidas para evitar a contaminação ou a propagação da doença, destacando-se o isolamento, a quarentena e a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e tratamentos médicos específicos, é a fonte normativa para a matéria. Os entes públicos que não as aplicam estão sujeitos à responsabilidade.¹¹

A pandemia do novo coronavírus tem sido um desafio global por ser uma doença até então desconhecida, de fácil transmissão e com taxa de letalidade muito acima das doenças respiratórias já catalogadas. Com exceção da China, Coreia do Sul, e alguns outros poucos países, o que se vê é o aumento constante de casos em todo o mundo. No Brasil, porém, essas dificuldades vividas hoje no enfrentamento à pandemia também podem ser apontadas como reflexo de decisões tomadas sob a ótica neoliberal, que diminuiu drasticamente o investimento do Estado nos serviços públicos ofertados à população.

Como, então, se poderá fazer cumprir as prerrogativas do Estado Democrático de Direito na proteção de seu povo, no respeito ao interesse coletivo em detrimento do particular e na satisfação de seus direitos à uma vida digna, saudável e em harmonia com o meio, se, seguindo a cartilha do neoliberalismo, o país tornou-se vulnerável e completamente despreparado para lutar pela sobrevivência do seu povo ante uma ameaça real e de forte impacto na vida das sociedades humanas?

Analisando de perto essa guerra contra o vírus da covid-19, não há como ignorar o empenho e a coragem dos profissionais de saúde da linha de frente, funcionários públicos que combatem, além de um vírus mortal altamente contagioso, a falta de infraestrutura, de EPIs, de treinamento adequado, do mínimo que possa garantir a segurança dessas pessoas, cidadãos brasileiros como todos os outros, mas encarregados de arriscarem suas próprias vidas para tentar salvar outras:

¹¹ ROMANO, Rogério Tadeu. Covid-19 e responsabilidade civil do Estado. *Jus Navigandi*, São Paulo, 14 ago. 2020.

Até as 23h de domingo (29), a Associação Médica Brasileira (AMB) havia recebido 2.513 denúncias sobre falta de Equipamentos de Proteção Individual contra o coronavírus, em 520 municípios pelo país.

[...]

Álcool em gel é reclamação de mais de um terço das denúncias (35%) e máscaras faltam em quase 90% dos estabelecimentos denunciados. Óculos e/ou *face shield* (72%), capote impermeável (65%), gorro (46%) e luvas (27%) são os itens que mais faltam em hospitais e unidades de saúde.¹²

Desde fevereiro do ano corrente, casos da infecção respiratória aguda causada pela covid-19 rapidamente começaram a aparecer em vários estados do país, e, em pouco tempo, iniciou-se a contagem diária de mortos. O começo da primeira onda da pandemia era praticamente o único assunto nos noticiários, a falta de testes tornava-se um dos principais problemas enfrentados e o estado de São Paulo, maior centro comercial do país, foi e segue sendo o mais impactado.

Em 24 de agosto de 2020, a imprensa noticiou a morte de 226 profissionais da saúde desde o início da pandemia dentre os 257 mil profissionais contaminados pela covid-19 no Brasil até então, alcançando uma das primeiras colocações no ranking de insegurança para o segmento. Dentre o conjunto da população, o contágio segue crescendo, num ritmo mais lento que meses atrás, porém, ainda de forma muito preocupante. Atualmente, ultrapassamos os cinco milhões de infectados e os cento e sessenta mil mortos por complicações causadas pela doença respiratória decorrente da covid-19.

Diante do momento excepcional na história da República Federativa do Brasil, uma medida foi tomada para preservar os agentes públicos no atendimento e na criação de políticas que visam o combate à pandemia do novo coronavírus, imputando responsabilidade civil ou administrativa ao agente somente no caso de erro grosseiro, e não mais nos conhecidos casos de negligência, imprudência ou imperícia, mudança que dividiu opiniões:

Em decorrência do estado de calamidade pública causado pela pandemia, o Poder Executivo editou a Medida Provisória 966, de 13 maio de 2020, a qual, concretamente, modifica o texto constitucional (!!!), limitando a culpa do agente para reduzir o alcance integral inserto no parágrafo sexto do artigo 37, e o assegurado direito de regresso contra o agente causador.¹³

Apesar de muitos teóricos entenderem a alteração feita como uma medida necessária para proteger os agentes públicos diante de uma situação completamente nova e que ninguém sabe ao certo ainda como combater de forma segura e eficaz, Scliar (2020) aponta na nova redação uma quebra com toda uma lógica jurisprudencial consistente:

A responsabilidade civil objetiva, conforme a lei, doutrina fundamentada e jurisprudência sólida, se sustenta em três circunstâncias: o dano efetivo; a

¹² FALTAM EPIs para médicos no combate ao coronavírus em todo o país. *Portal Hospitais Brasil*. São Paulo/SP, 31 março 2020. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/faltam-epis-para-medicos-no-combate-ao-coronavirus-em-todo-o-pais/>.

¹³ SCLIAR, Wremyr. Responsabilidade civil do Estado e dos agentes públicos em tempos de pandemia. *PUCRS*. Rio Grande do Sul, 11 junho 2020. p. 1. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_06_17-direito-covid-19-graduacao-artigos_e_ensaios-wremir_scliar-responsabilidade_civil_do_estado_e_dos_agentes_public.pdf.

relação de causalidade; conduta do agente. Elas estão rompidas. A relação de causalidade desaparece, por efeito de medida provisória, do sistema jurídico constitucional brasileiro.¹⁴

Mesmo com toda a polêmica em volta da medida provisória, ela foi aprovada e está em vigor atualmente, o que, se por um lado causa indignação em alguns, consegue ser facilmente acolhida por outros, como medidas necessárias quando se enfrenta uma crise sem precedentes como a que vivemos hoje:

Assim como, no Direito do Trabalho, existe a Teoria do Risco da Atividade Econômica, existe também, no desempenho da atividade estatal, o Risco da Atividade Administrativa. Os agentes públicos são seres humanos suscetíveis a índices aceitáveis de erros que podem ser extraídos de uma média de falhas cometidas em uma determinada atividade durante um período.

[...]

Mitigou-se claramente a culpa, exigindo-se a culpa qualificada pelo erro grosseiro com elevado grau de imperícia, imprudência e negligência para a responsabilização, impediu-se a responsabilização automática, relativizou-se o nexos de causalidade e foram listados elementos contextuais para a caracterização do erro grosseiro.¹⁵

4. Existe Jurisprudência de crise no Brasil?

Períodos e contextos desafiadores da vida em sociedade são responsáveis, muitas vezes, por mudanças drásticas no cotidiano das pessoas. Cataclismos, acidentes de grandes proporções, ou mesmo uma pandemia, são justificativas para estados e municípios decretarem estado de emergência, ou de calamidade pública, para que, dessa forma, possam dar respostas imediatas ao problema apresentado sem ter que esperar o processo burocrático que geralmente caracteriza as ações governamentais.

Na esfera jurídica, contudo, as decisões são tomadas seguindo os preceitos constitucionais e a lei vigente, independentemente de qual seja o contexto histórico-social atravessado. É assim que acontece no Brasil, não há por aqui uma súmula que determine a avaliação do contexto sócio-político-econômico (ainda que em um período de exceção) nas deliberações judiciais.

Apesar disso, segundo Andréa Magalhães, assessora do ministro Luiz Fux no Supremo Tribunal Federal, em entrevista concedida ao Conjur, afirmou que muitos juízes brasileiros, entre eles o próprio ministro Fux, consideram sim o contexto nas decisões dos processos em situações excepcionais, e até mesmo admitem isso nas solenidades ou em justificativas.

Magalhães nomeia esse fenômeno, em sua tese de mestrado, de jurisprudência de crise. Países como Portugal e Lituânia são exemplos de nações que assumem publicamente a adoção dessa medida extrema em momentos cruciais, negociando inclusive com os parlamentares sobre o que seria o ou não aceitável ou necessário para a deliberação judicial de casos que possam enfraquecer as

¹⁴ Ibidem, p. 3.

¹⁵ COUTO, Reynaldo. A proteção e a responsabilidade do agente público de tempos de Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo/SP, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-15/direito-civil-atual-protecao-responsabilidade-agente-publico-tempos-covid-19>.

instituições ou sua capacidade de gerir a máquina pública, visando o bem maior, o bem comum.

Magalhães afirma ainda que, no Brasil, apesar de não se assumir publicamente a adoção de critérios que levem em consideração o contexto para dar o veredicto, isso é feito em muitas situações. Dificuldades econômicas são constantemente citadas como justificativas para decisões do Supremo, o que, segundo ela, mostra que não há motivo para não se assumir exatamente o que está sendo considerado na decisão:

A solução, afirma Andréa, é dar transparência. Se a crise já é argumento, melhor então assumir e passar a tratar as dificuldades momentâneas como fundamento. Dessa forma, defende, será possível criar uma metodologia de decisão, com previsibilidade e prestação de contas. “A ideia é usar o consequencialismo como uma das ferramentas de estratégia de decisão.”¹⁶

Outra estratégia muito utilizada por juízes do Supremo Tribunal Federal é a que a autora chama em seu livro de cronoterapia, ou a terapia do tempo. Não se tendo uma solução para o problema naquele dado momento por complicações de qualquer natureza, posterga-se a decisão esperando-se um momento mais oportuno para a deliberação e isso é feito por meio de pedidos de vista do processo, por exemplo. Magalhães chega a admitir que isso foi feito no caso de decisões sobre o fornecimento pelo SUS de remédios de alto custo:

Andréa Magalhães – É uma estratégia de decisão bastante frequente. Temos alguns exemplos, como o da prerrogativa de foro, ou do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS, que não tiveram desfecho.¹⁷

Essas últimas reflexões feitas mostram o avanço da corrente procedimentalista dentro do Poder Judiciário, que assume usar de estratégias para não ter que deliberar em desfavor do Estado em certas situações que vão além da preocupação com o contexto, mas seguindo a lógica adotada pelos procedimentalistas de satisfação do direito baseada na “reserva do possível”.

Essa nova postura dos tribunais explica a drástica diminuição no fornecimento de medicação de alto custo e na oferta do atendimento mesmo quando o cidadão procura a via judicial em busca de seus direitos.

Após a decretação de pandemia, representantes do Sistema Único de Saúde anunciam o adiamento de cirurgias eletivas e a suspensão de todos os atendimentos não emergenciais, com o SUS direcionando seus esforços para o atendimento às vítimas da covid-19. A paralisação desses serviços é anunciada também como medida à transmissão do novo coronavírus, já que, ao procurar uma unidade de saúde, o cidadão estaria se expondo ao risco de contrair o vírus. Fato é que isso também pode culminar na morte do paciente, e, assim, o número de mortos por conta do impacto de desta pandemia em uma economia fragilizada como a nossa – sacrificada em nome do propósito neoliberal, onde a subnotificação de mortes por covid-19 também é uma realidade – vai muito além dos números oficiais, que por si só já são bastante desanimadores.

Como contraponto às medidas fracassadas que pretendiam antever e prevenir o colapso do SUS diante da pandemia do novo coronavírus, vimos surgir, também a exemplo do que o ocorria lá fora, a proposta do auxílio emergencial que foi aprovada

¹⁶ Ibidem. p. 2.

Ibidem. p. 5.

pelo governo federal¹⁸ – aqui, no valor de 600 reais para trabalhadores informais e de 1.200 reais para mães solteiras desempregadas, desde que se encaixassem em outras exigências também cobradas no momento do cadastro –, a fim de socorrer milhares de trabalhadores informais que perderam sua fonte de renda com a decretação de isolamento social como medida preventiva ao contágio pela covid-19.

A distribuição do auxílio emergencial configura uma ajuda real e necessária para muitas famílias, que não teriam outros meios de subsistência enquanto durasse a quarentena (respeitando aqui o direito constitucional à saúde). Sem essa medida, haveria uma deterioração da qualidade de vida e da economia tão impressionantes, que não seria interessante para ninguém, nem para os neoliberais, que enxergaram na medida a salvação momentânea da economia, estagnada diante da emergência sanitária mundial. Independentemente das razões que levaram à aprovação do auxílio, vemos emergir, por iniciativa do poder público, uma medida que visou sim a coletividade, o bem comum, sendo, portanto, um exemplo claro de ação condizente com o papel do Estado Democrático de Direito.

Considerações Finais

Muitos países ao redor do mundo estão passando por uma situação semelhante à do Brasil na tentativa frustrada de conter a doença, como os EUA e a Índia¹⁹; os três países juntos constituem os maiores índices de novos casos no mundo. Sem conseguir lidar com a doença, e não suportando mais o distanciamento social por motivos principalmente de ordem econômica, esses países estão assistindo sua população adoecer, voltar à rotina normal sem nenhuma solução, assumindo o risco e rezando pelo surgimento da vacina para acabar com esse pesadelo.

No Brasil, a situação também está totalmente fora de controle. Há, por aqui, um inegável despreparo do SUS na luta contra essa crise sanitária mundial, que se soma ao afrouxamento perigoso das medidas de distanciamento social e aos posicionamentos irresponsáveis do Presidente da República, que insiste em subjugar o poder da pandemia, brigando com e demitindo ministros da saúde durante os momentos mais críticos do enfrentamento, e ainda insistindo em recomendar remédios contra a covid-19 que não têm nenhuma comprovação científica (cloroquina); esse panorama caótico, com alguns poucos acertos, denuncia a dimensão do despreparo e da desorientação do poder Executivo diante do problema e sua reverberação no aumento de casos.

A China, país onde fica a cidade onde ocorreu o primeiro epicentro da pandemia do novo coronavírus, tornou-se referência no combate à doença, registrando, atualmente, em torno de cinco mil mortos pelo vírus desde o seu início e com registros quase inexistentes de novos casos. A forma implacável como combateu a doença incluiu testes maciços nas regiões afetadas, controle rígido do isolamento social e de suas fronteiras, tudo num esforço conjunto com a população para conter a disseminação do vírus e obteve com isso um resultado bastante satisfatório, com direito a homenagens a médicos que representaram esse triunfo da população chinesa contra o maior inimigo da humanidade atualmente.

O desafio mais significativo imposto por essa pandemia ao Estado Brasileiro de Direito e à sua população é a reflexão necessária sobre o impacto negativo da política

¹⁹ DE LIMA, Juliana Domingos. O novo aumento da covid-19 pelo mundo e as ondas da pandemia. *Nexo Jornal*. São Paulo/SP, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/09/18/O-novo-aumento-da-covid-pelo-mundo.-E-as-ondas-da-pandemia>.

neoliberal no campo social ao reduzir drasticamente o investimento e o interesse no Sistema Único de Saúde, por incentivar o consumo irracional de bens em nome de um desenvolvimento econômico gerador de desigualdades e extremamente agressivo ao meio ambiente, que certamente responderá a esse ataque.

Referências

CASTRO, Ione Maria Domingues. **Direito à saúde no âmbito do SUS: Um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2008.

COUTO, Reynaldo. **A proteção e a responsabilidade do agente público de tempos de Covid-19.** *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo/SP, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-15/direito-civil-atual-protecao-responsabilidade-agente-publico-tempos-covid-19>. Acesso em 27 de junho de 2020.

CRESCIMENTO das ações judiciais contra o SUS. Blog ABRAMGE. São Paulo, 28 junho 2016. Disponível em: <https://blog.abramge.com.br/saude-em-geral/crescimento-das-acoes-judiciais-contr-o-sus/>. Acesso em 24 de maio de 2020.

DE LIMA, Juliana Domingos. **O novo aumento da covid-19 pelo mundo e as ondas da pandemia.** *Nexo Jornal*. São Paulo/SP, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/09/18/O-novo-aumento-da-covid-pelo-mundo.-E-as-ondas-da-pandemia>. Acesso em 5 set. 2020.

FALTAM EPIS para médicos no combate ao coronavírus em todo o país. *Portal Hospitais Brasil*. São Paulo/SP, 31 março 2020. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/faltam-epis-para-medicos-no-combate-ao-coronavirus-em-todo-o-pais/>. Acesso em 5 de junho de 2020;

FEDERAL, Governo. **Informes Técnicos Institucionais: Programa Saúde da Família.** *Revista Saúde Pública*. Vol. 34 n. 3. São Paulo: 2000.

GALDINO, Matheus Souza. **Teorias substanciais e teorias procedimentais em uma jurisdição constitucional: uma proposta por uma resposta correta e democrática.** *Conteúdo Jurídico*. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46052/teorias-substanciais-e-teorias-procedimentais-em-uma-jurisdicao-constitucional-uma-proposta-por-uma-resposta-correta-e-democratica>. Acesso em 12 de junho de 2020.

GUIMARÃES, Juarez Rocha; SANTOS, Ronaldo Teodoro dos. **Em busca do tempo perdido: anotações sobre os determinantes políticos da crise do SUS.** *SciELO Saúde Pública*. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sdeb/2019.v43nspe8/219-233/>. Acesso em 11 out. 2020.

FARMÁCIA popular deixa de atender 7 milhões em 2 anos. *Brasil de Fato*. São Leopoldo (RS), 10 abril 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/04/10/farmacia-popular-deixa-de-atender-7-milhoes-em-2-anos>.

MAGALHÃES, Andréa. “**Supremo precisa assumir que contexto influencia nas decisões da corte**”. [Entrevista concedida a] Pedro Canário. *Conjur*, São Paulo, dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/entrevista-andrea-magalhaes-mestre-direito-uerj>. Acesso em 5 junho de 2020.

MENDES, Áquilas Nogueira. **Financiamento, gasto e gestão do Sistema Único de Saúde (SUS): A gestão descentralizada semiplena e plena do sistema municipal no Estado de São Paulo (1995-2001)**. Tese (Doutorado em Economia) Instituto de Economia, Universidade Estadual de São Paulo, 2005.

MOUFFE, Chantal. ***Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt***. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo. jul./dez. 1994.

NEVES, Julia. **Ministério da Saúde altera a distribuição de repasses do SUS. EPSJV/Fiocruz**. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/ministerio-da-saude-altera-a-distribuicao-de-repasses-do-sus>. Acesso em 12 junho 2020.

PAULA, Juliana Braga de. **Análise do ciclo de política do Programa Mais Médicos no Brasil: cooperação Cuba Brasil e seus efeitos para o trabalho médico. Tese (Doutorado em Sociologia)** – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, 2017.

PRESIDENTE Jair Bolsonaro sanciona ajuda emergencial para trabalhadores informais durante pandemia de Covid-19. *Presidência da República*. Brasília: 2 abril 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/presidente-jair-bolsonaro-sanciona-ajuda-emergencial-para-trabalhadores-informais-durante-pandemia-de-covid-19>. Acesso em 5 de junho de 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. Covid-19 e responsabilidade civil do Estado. *Jus Navigandi*, São Paulo, 14 ago. 2020.

SAMPAIO, Vitor Hugo. **O mínimo existencial: O direito a uma existência digna diante do colapso do Estado de bem-estar social**. Jus.com.br. São Paulo: 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79850/o-minimo-existencial-o-direito-a-uma-existencia-digna-diante-do-colapso-do-estado-de-bem-estar-social>. Acesso em 19 junho 2020.

SCLIAR, Wremyr. **Responsabilidade civil do Estado e dos agentes públicos em tempos de pandemia**. PUCRS. Rio Grande do Sul, 11 junho 2020. p. 1. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_06_17-direito-covid-19-graduacao-artigos_e_ensaios-wremir_scliar-

responsabilidade_civil_do_estado_e_dos_agentes_public.pdf. Acesso em 22 de agosto de 2020.

SIMON, Letícia Coelho. Artigo Desafio: **Concretização do Direito à Saúde Pública no Brasil**. In: CONASS. Para Entender a Gestão do SUS: Direito à Saúde. p. 5-6 [2015]. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_31.pdf. Acesso em 3 de maio de 2020.