

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HEALTH IN PANDEMIC TIMES

Pablo Jiménez Serrano¹

Doutor em Direito

Centro Universitário de Volta Redonda - Rio de Janeiro/Brasil

Rafael Pinto dos Santos²

Mestre em Direito

Academia Militar das Agulhas Negras - Rio de Janeiro/Brasil

1 Doutor em Direito pela Universidade do Oriente (1996), diploma revalidado, de acordo com os documentos contidos no Processo no. 2000.1.4694.1.7 pela Universidade de São Paulo - USP / SP (2 de agosto de 2004). Mestrado em Filosofia pela Universidade São Judas Tadeu (2005). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Oriente (1983). Membro permanente, professor e pesquisador da RED de Direito da América Latina e o Caribe, REDALC, <http://www.redalc.uda.cl>. Diretor Presidente da Editora Jurismestre: www.editorajurismestre.com.br. Coordenador Geral da Jurismestre Cursos: www.jurismestrecursos.com.br. Professor do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA. Professor da Diplomatura Internacional em Oratória, Oralidade Forense e Persuasão da Universidade da Plata, Argentina. Tem experiência na área do ensino e da pesquisa jurídica, atuando principalmente como Editor Responsável de Revistas Científicas e na editoração de livros. Atua como assessor na implementação de programas de pós-graduação especialização, mestrados e doutorados. Palestrante em eventos nacionais e internacionais. Autor de vários artigos científicos, capítulos de livros e de 79 livros, dentre os quais, nos últimos três anos, destacam-se os seguintes: 1. A Ciência do Direito: uma metodologia para a pesquisa jurídica. Curitiba/PR: Editora e Livraria Appris Ltda, 2018. 2. Vade Mecum acadêmico de direito militar. Editora Jurismestre, 2019. 3. Tratado de oratória básica e forense: como convencer e persuadir falando. Editora Jurismestre, 2019. 4. Teoria e prática da oratória forense: como convencer e persuadir falando. Editora CRV, 2019. 5. Teoria da norma jurídica: aplicabilidade e integração da norma de direito fundamental. Editora Appris, 2019. 6. Curso de Filosofia Jurídica. Editora Jurismestre, 2019. 7. Fundamentos de Filosofia Moral: as dimensões da ética e os dilemas morais. Editora Appris, 2019. 8. Ética profissional: conceitos, princípios e regras da ética jurídica?. Editora CRV, 2019. 9. ?Curso de espanhol jurídico: espanhol para estudantes de direito e juristas brasileiros. Editora Jurismestre, 2019. 10. Direito e Economia: diálogo entre economia política e sistemas de direito, para uma crítica ao fatalismo econômico em face da concretização dos direitos humanos. Editora CRV, 2019. 11. Sociologia Jurídica: um estudo da causalidade sociológica no direito para uma crítica ao fatalismo sociológico em face da concretização dos direitos humanos fundamentais. Editora Jurismestre, 2020. 12. Direitos humanos fundamentais: historicidade, positivação e concretização. Editora Jurismestre, 2020. 13. Diccionario Jurídico Actualizado (Edição em Espanhol). Editora Jurismestre, 2020. 14. Levando a política a sério: diálogos com a democracia. Editora Jurismestre, 2021. 15. Ética, Bioética e Biodireito. Editora Jurismestre, 2021. 16. Como estudar direito: para melhor apreender o saber jurídico. Editora Jurismestre, 2021. E-mail: metodologo2001@yahoo.com.br

2 Mestre em Direitos Humanos pela UNISAL. Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho (2007). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes e em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN) - 1995. Curso em Direito Internacional Humanitário pelo International Institute of Humanitarian Law em Sanremo - Itália no ano de 2015 e Curso em Direito Internacional dos Conflitos Armados pela Escola Superior de Guerra - Ministério da Defesa no ano de 2018. Ministrou aula como professor na Pós-graduação em Gestão Pública, na Associação Educacional Dom Bosco no ano de 2015. Atualmente é professor na Academia Militar das Agulhas Negras nas disciplinas de Direito Administrativo, Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Leis Penais Extravagantes. E-mail: rjanjo72@yahoo.com.br

Stanley Frota da Silva³

Mestre em Direito

Academia Militar das Agulhas Negras - Rio de Janeiro/Brasil

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo estudar a relação causal possível entre a crise gerada pelo novo Coronavírus e o direito à saúde, no contexto da situação existencial Pandêmica gerada em 2019. Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental e com base no método hipotético-dedutivo, analisam-se as consequências da crise na saúde universal, no marco dos direitos à saúde tendo como referência os milhares de óbitos que consolidaram o estado de emergência internacional, em que a relativização de direitos e a contenda pelo bem da vida se mostraram o cerne da sociedade. Com base num estudo científico/crítico discute-se a efetividade das medidas sanitárias globais diante da pandemia proporcionada pelo novo Coronavírus. O estudo tem como referência documental importante as recomendações da Organização Mundial da Saúde e o seu Regulamento Sanitário para conter a proliferação de uma determinada doença. Conclui-se que, para poder superar a crise da saúde mundial, é de extrema relevância a cooperação internacional e a colaboração entre os Estados junto à OMS e o respeito aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. OMS. Pandemia.

ABSTRACT: The year 2020 will be marked in the memory of humanity and recorded in the history books. Whether due to the global economic reflexes, the universal health crisis or the thousands of deaths that consolidated a state of international emergency, in which the relativisation of rights and strife for the sake of life proved to be the core of society. In this sense, the present work aims to analyse how global sanitary measures are envisioned, in the present days, in the face of the pandemic provided by the new Coronavirus. They are based on the recommendations of the World Health Organization and its Health Regulations to contain the proliferation of a particular disease. In the end, it is expected to conclude that international legal cooperation and collaboration between States with WHO and the observance of human rights are crucial. The study was guided by the hypothetical-deductive method of approach, the type of research being bibliographic, through consultation with books, scientific articles and legal journals.

KEYWORDS: Human rights. OMS. Pandemic.

³ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (2022). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2019). Graduado em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (2000). Atualmente é Professor de Direito Administrativo na Academia Militar das Agulhas Negras. Áreas de interesse: Direito Público, Educação, Cidadania e Inclusão Social, Teoria do Direito e dos Direitos Fundamentais, Direitos Humanos, Direitos Sociais, Teoria da Argumentação Jurídica, Filosofia do Direito e Ética pública. E-mail: frota07@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019 foi revelado um novo vírus da família Coronavírus, denominado de *Severe Acute Respiratory Syndrome* (SARS-CoV-2), responsável pela doença Coronavírus Disease (COVID-19), que se transformou num dramático problema de saúde pública para a comunidade internacional.

A enfermidade ocasiona infecções respiratórias em seres humanos, com sintomas de intensidade diversificada e que, normalmente, se acentuam quando da existência de outras moléstias. No início de 2020, com a doença amplamente disseminada em diversos países abrangendo mais de um continente, a Organização Mundial de Saúde (OMS) reconheceu a situação de pandemia. A COVID-19 evoluiu com uma celeridade espantosa de forma a esgotar a capacidade de reação dos sistemas de saúde de vários governos.

No Brasil, o vírus vem ostentando um padrão de elevada propagação em diferenciadas áreas geográficas, com a ampliação dos casos suspeitos e com insatisfatórias condições para a identificação, e a promoção apropriada das notificações de hipóteses confirmadas, o que provoca um percentual epidêmico subdimensionado, prejudicando as estratégias de enfrentamento à pandemia e, por conseguinte, acarretando um excesso considerável dos serviços de saúde.

A Constituição Federal de 1988 estipula como um de seus objetivos fundamentais a viabilização do bem-estar de toda a coletividade sem qualquer diferenciação ou preconceito (art. 3º, IV), proporcionando-lhes, em similitude de exigências, dentre outros, direito à vida, à segurança, à liberdade, à propriedade, vedando condutas degradantes ou desumanas (art. 5º, caput, e inciso III), com o intuito de instituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Entre os direitos e garantias da pessoa humana, o texto constitucional brasileiro expressamente lhes assegura direitos fundamentais sociais como saúde, educação, alimentação, trabalho, transporte, moradia, segurança, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

Destarte, a saúde é concebida como um direito social amparado pela Carta Maior independentemente de raça, origem, cor, sexo, ou mesmo de sua idade. Na presença desses critérios primordiais, aparece o seguinte problema: A Organização Mundial da Saúde e os Estados têm funcionado com efetividade

no combate ao novo Coronavírus?

O presente trabalho tem por objetivo geral analisar o direito imprescindível à saúde na conjuntura do atual flagelo que assombra a raça humana. Em relação aos objetivos específicos, o que se pretende é examinar as perspectivas gerais do direito à higidez; a saúde pública; o inquietante contexto do surto da nova patologia e as orientações da OMS como também o seu Regulamento Sanitário.

O estudo tem como campo de ação a relação causal possível entre a crise gerada pelo novo Coronavírus e o direito à saúde, no contexto da situação existencial pandêmica gerada em 2019.

Do ponto de vista metodológico desenvolve-se uma pesquisa bibliográfica e documental e com base no método hipotético-dedutivo, analisam-se as consequências da crise na saúde universal, no marco do direitos à saúde tendo como referência os milhares de óbitos que consolidaram o estado de emergência internacional, em que a relativização de direitos e a contenda pelo bem da vida se mostraram o cerne da sociedade.

Com uma perspectiva científico/crítico discute-se a efetividade das medidas sanitárias globais diante da pandemia proporcionada pelo novo Coronavírus. O estudo tem como referência documental importante as recomendações da Organização Mundial da Saúde e o seu Regulamento Sanitário para conter a proliferação de uma determinada doença.

Finalmente, o estudo analisa as consequências geradas pela presente mazela, provocada pelo novo vírus estabeleceu adversidades ao mundo globalizado, e evidenciou as vulnerabilidades dos Estados Democráticos de Direito que não propiciam a concretização dos direitos fundamentais, de maneira plena e conveniente para os cidadãos. Tal situação, infelizmente, é uma realidade no Brasil, principalmente, no tocante ao direito à saúde, tornando de acentuada importância o estudo em tela.

Conclui-se que, para poder superar a crise da saúde mundial, é de extrema relevância a cooperação internacional e a colaboração entre os Estados junto à OMS e o respeito aos direitos humanos.

2 A SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SOCIAL

O direito à saúde, assim como os demais direitos sociais prescritos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, é um direito humano fundamente.

Decerto, o direito à saúde encontra-se disposto na Constituição Federal de 1988 no título VIII “Da ordem social”, cuja finalidade é o bem-estar e a justiça social. Com essa finalidade, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º prescreveu-se:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Igualmente, no texto constitucional prescreve-se, no artigo 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e neste sentido há de ser assegurado a todos os seres humanos por meio de políticas públicas, sociais e econômicas. Todavia, como sabido, no rol dos direitos sociais acima citado, o direito à saúde é de grande relevância por ser a vida um bem jurídico primeiro dentro do contexto dos valores humanos. Sendo claramente demostrada a dialeticidade existente entre o direito à saúde e a Vida.

Por certo, definir e caracterizar o direito à saúde como um direito humano fundamental exige o estudo da natureza dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Logo, “se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana” (SARLET, 2006, p. 14) é óbvio que ele é e faz parte dos direitos humanos.

Consequentemente, com a elevação da saúde à condição de direito social fundamental (MARTINS, 2010), passou-se a exigir do Estado prestações positivas, bem como, a elaboração de políticas públicas sociais e econômicas.

Pois bem, os direitos humanos são os direitos morais, imprescindíveis à Vida, pois, sem eles, a pessoa humana não tem dignidade, não consegue desenvolver a sua capacidade de poder participar plenamente da vida pública. Parece-nos óbvio que algum direito, deve ser considerado “direito humano” quando ele, em todo e qualquer contexto (sistema socioeconômico), propicia a inclusão, o desenvolvimento humano e a convivência social. Assim sendo, o **direito humano** se erige em **direito moral** por ser considerado imprescindível à sobrevivência, isto é, à subsistência e ao desenvolvimento humano, por ter como fim o ser humano: sua vida e sua dignidade. Não bastando “viver”, mas sobretudo, “sobreviver” (SERRANO, 2020).

Diz-se, assim, de um conjunto de mecanismos, um método a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à realização da dignidade

humana, fim que deve ser almejado por todos os governos e povos, com o objetivo de assegurar o respeito à pessoa humana e, por conseguinte, à existência digna, capaz de propiciar ao homem o desenvolvimento da personalidade e de alcançar o sentido da sua própria existência (JAYME, 2005, p. 1).

Resumidamente, os direitos humanos têm como centro o homem em toda sua expressão. Eis aqui a minha definição: eles (os direitos humanos) podem ser considerados como um sistema de valores traduzidos (erigidos) em princípios e regras, felizmente reconhecidos como imprescindível à Vida, à Dignidade e à Convivência Humana (SERRANO, 2020).

Contudo, os direitos humanos, ensina Pablo Jiménez Serrano (2016, p. 11):

[...] são um macrossistema jurídico, felizmente reconhecido como imprescindível à Vida, à Inclusão e à Convivência Humana: um conjunto de direitos básicos e necessários à existência e ao desenvolvimento do ser humano: dos indivíduos, das sociedades e da convivência humana.

Nesse mesmo contexto é colocado o direito à saúde, que não retrata uma tarefa simples, especialmente quando precisa levar em apreciação a maior extensão ou restrição que se possa admitir para a significação, partindo-se da superficial concepção de higidez enquanto ausência de enfermidade no corpo humano, chegando ao excessivo da imposição do aconchego social e, inclusive, psíquico para configuração da disposição dos indivíduos.

Na ordem jurídica brasileira, a proteção constitucional à saúde adotou os parâmetros da Organização Mundial de Saúde - OMS, impondo-se ao Estado o dever conceder à população o acesso à saúde e a todo tipo de política de tratamento de doenças, em face da Vida e do bem-estar social.

Assim sendo, o sentido atribuído ao conceito “saúde” alargou-se para não só considerar a inexistência de doença, mas também, para incluir o pleno bem-estar mental, social e físico do ser humano. Com base nesta nova interpretação, o debate a respeito do direito à saúde hodiernamente objetiva a inclusão social: o combate das enfermidades e a eliminação das dificuldades de acesso aos medicamentos. Neste sentido, conforme explica Germano Schwartz, a erradicação das doenças seria o objetivo do direito sanitário (SCHWARTZ, 2003, p. 54).

Evidencia-se a preocupação e o dever do Estado em relação à concretização do direito à saúde que, como direito humano fundamental precisa de normas de organização e procedimento que devem ser criadas e constantemente aperfeiçoadas, com suficiente

probabilidade e em suficiente medida, conforme os direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 473). Por esse motivo, Ingo Sarlet também considera que:

se os direitos fundamentais são, sempre e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais (SARLET, 2009, p. 21).

Consequentemente, a saúde está consagrada nos principais atos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana de Direitos Humanos e outros. Assim, caracteriza-se como sendo um direito humano que “[...] são aqueles direitos considerados elementares, sem os quais os seres humanos não são capazes de se desenvolver e de sobreviver, ou seja, são as condições de ordem básica a ensejar uma vida com dignidade e igualdade” (GRUBBA; NISTLER, 2018, p.253).

Dessa forma, a prerrogativa à saúde é um direito social de segunda dimensão que deve ser proporcionado pelo governo para atender diversos outros benefícios. Häberle (2003, p. 19) afirma “[...] a garantia do Estado Social torna efetivos os direitos de liberdade. O Estado socialmente conformado serve à liberdade”.

Os direitos de segunda dimensão ou geração são caracterizados como sendo positivos e prestacionais.

O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (educação, saúde, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. (KRELL, 1999, p. 240)

De acordo com o entendimento da Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde é uma completa circunstância de bem-estar cognitivo, físico e social. Há críticas que envolvem a mencionada designação em consequência do emprego dos vocábulos “completa” e “bem-estar”, cujas especificações podem ser complexas na realidade. Esse caráter abrangente da conceituação de saúde, na verdade, apresenta um intuito intencional como também possui

a finalidade de tutelar da melhor maneira possível a higidez e a dignidade humana.

Ainda que existam comentários negativos indicando que a concepção de saúde elaborada pela OMS é intangível, aparentemente simbolizando uma ficção, a Constituição Cidadã brasileira também acolheu essa definição extensiva, apesar de não o ter feito de modo expresso. Outra não poderia ser a conceituação de saúde em um texto da Lei Maior cujo fundamento essencial, dentre as demais, é o princípio da dignidade humana (SANTOS, 2010).

Dessa forma, o conteúdo constitucional declara que a saúde é um direito fundamental social, de segunda geração ou dimensão, devendo ser preservada da maneira mais ampla possível, em virtude da obrigação de proteção da dignidade humana. Exatamente em face da correspondência entre a saúde e a observância da dignidade humana, o art. 196 da Constituição estipula que aquela evidencia um direito de toda coletividade e dever do Estado brasileiro. Assim, é garantida, por intermédio de ações nas áreas econômicas e sociais, a contenção da ameaça de moléstias e de outros agravos, sendo necessária a existência de um acesso isonômico e universal às atividades e aos serviços para sua tutela, promoção e recuperação (BRASIL, 1988).

Com base nessa estruturação, é plausível inferir, implicitamente, o acolhimento do sentido dilatado de saúde da OMS no ânimo da Constituição Federal brasileira. Em interpretação idêntica é também o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2012). Pois, é bem evidente a admissão de prerrogativas em relação às perspectivas promocionais e preventivas da saúde, reportando-se somente no fim a dimensão terapêutica ou repressiva.

Utilizando outras palavras, pode afirmar que a Carta Maior propicia preferência à prevenção e promoção da tutela ao direito fundamental de higidez do ser humano, todavia sem desprezar o enfoque curativo ou repressivo. É nessa visão ampliativa de saúde que constitui a salvaguarda da dignidade humana, por meio de exercício sanitário de vertente tripla (preventiva, promocional e curativa), devendo ser o compromisso adotado pelo poder público no desempenho de suas políticas públicas.

Existe uma inequívoca duplicidade no tocante à natureza jurídica da garantia à saúde, já que ao mesmo tempo é viável apontar como sendo um direito social tal qual individual, o que, constantemente, pode proporcionar

indagações no que concerne à categoria de tutela jurisdicional, individual ou coletiva, favorável constitucionalmente (SARLET; FIGUEIREDO, 2012).

Igualmente, cumpre frisar que o caráter duplo de direito individual assim como transindividual (ou coletivo), não impossibilita a preservação jurisdicional da saúde seja qual for a natureza supracitada. Nessa direção, é importante apontar ser a tutela coletiva da saúde, na qualidade de direito social, preferível no que diz respeito à assistência individual, dado que aquela possibilita um maior alcance democrático à higidez humana pela sociedade, além de providenciar uma justiça social na seara sanitária (SARLET, 2012).

Abordando a efetividade do direito à saúde, enquanto mandamento constitucional, é concebível constatar um preceito de eficácia plena e, da mesma forma, programática. Isso é ocasionado, visto que a proteção constitucional caracteriza tanto uma orientação para o legislador, quanto um privilégio individual do cidadão e coletivo da sociedade.

Especificamente, no plano nacional, o legislador brasileiro, por meio dos artigos 198 a 200 da Constituição Federal de 1988, prescreveu que o Sistema Único de Saúde deve coordenar e executar políticas para proteger e promover a saúde no Brasil.

Ficaram, assim, definidas as diretrizes do Sistema Único de Saúde, que consiste basicamente na descentralização, no atendimento integral e na participação da comunidade, sendo certo que esse direito, assim como os demais direitos humanos fundamentais e sociais, norteiam a vontade, a conduta moral que orientam as decisões no plano da Administração Pública. Diz-se, assim, da razoabilidade pragmática que deve ser entendida como “responsabilidade social”, fundada na ética pública (SERRANO, 2019).

Por óbvio, o legislador não se restringiu unicamente à criação de uma estrutura organizacional para assegurar o direito à saúde, mas, também definiu a forma de atuação do órgão administrativo e os objetivos a serem alcançados, deixando delineado o Sistema Único de Saúde.

Consequentemente, foram criadas a Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, que prescreve as atribuições e o funcionamento do Sistema Único de Saúde e a Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990, onde se dispõe a participação da comunidade na gestão do SUS e da transferência dos recursos financeiros na área da saúde.

Sendo assim, é fundamental ressaltar que o direito à higidez possui dimensão defensiva ou negativa, enquanto preceito impositivo de renúncia a

sua inviabilização, e prestacional ou positiva, compreendendo contribuições em entendimento amplo (ordenação de procedimento para o acesso à saúde pela coletividade e fornecimento de recursos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), por exemplo e em sentido estrito (entrega de medicamentos, efetuação de consultas e cirurgias, entre outras atividades).

O dever da administração pública em fornecer o direito à saúde para a população é bem abrangente como afirma Carvalho (2013, p. 73) “A ordem constitucional impõe todas as condutas necessárias para propiciar saúde no sentido de oferecer bem-estar e não somente a ausência de doenças”.

Fiorillo (2017, p. 26) possui o mesmo entendimento:

[...] é abrangente e complexa, envolvendo, um conjunto de ações sanitárias, sociais e econômicas, a serem executadas com competência e seriedade, levando-se em consideração uma série de critérios anteriormente estabelecidos. Tendo como objetivo a redução do risco de doença e de outros agravos, as normas constitucionais sobre saúde dão ao sistema único de saúde competência dentre outras atribuições, para colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (CF, art. 200, VIII).

Apresentado o direito fundamental social ao bem-estar físico e mental dos seres humanos em linhas gerais, constata-se ser apropriado e conveniente examinar sucintamente, embora de elevada importância e complexidade, a saúde pública no Estado brasileiro.

3 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Ao prescrever sobre o direito subjetivo público “[...] Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz existir um direito subjetivo público” (BARROSO, 2009, p. 100), especialmente, ao direito subjetivo público à saúde, o art. 196 da CF estipula que é uma prerrogativa de todos os integrantes da sociedade, em contrapartida, uma obrigação jurídica a ser conferido pelo Poder Público (BRASIL, 1988).

Nesse vínculo jurídico de fundamento material, aparece como sujeito ativo (titular do direito à saúde), o cidadão ou os cidadãos, no caso de uma pretensão coletiva; já no polo passivo, está a administração pública como responsável a propiciar o dever jurídico de assegurar, tutelar e proporcionar o direito à higidez de toda a comunidade.

[...] entende-se que os serviços públicos de saúde devem ser destinados a toda a população indistintamente, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei 8.080/90 (LGL\1990\41). Por meio do princípio do acesso universal, a Constituição Federal (LGL\1988\3) e Lei Orgânica da Saúde asseguram que os recursos e ações na área da saúde se destinem a toda população, independentemente de qualquer requisito, não podendo, dessa forma, ser restringidos a um grupo, categoria ou classe de pessoas. Toda pessoa tem direito à saúde. Além disso, o princípio da universalidade traz, implicitamente, a gratuidade no atendimento (SALAZAR, 2009, p. 46).

No entanto, o encargo legal a ser cumprido pelo poder público, necessitará ser efetuado de forma regionalizado, descentralizado e hierarquizado, conforme a previsão do art. 198 da Carta Constitucional. Além disso, há a possibilidade de assistência plena e com a cooperação da coletividade (BRASIL, 1988). Serrano (2016, p. 87) declara em sua obra:

Consideramos ser o governo o conjunto de programas e projetos sociais que hão de ser aplicados e aperfeiçoados de acordo com os interesses (finalidades) e as necessidades da sociedade (conjunto de pessoas unidas por um interesse comum) e conforme às novas exigências e problemas.

No que lhe concerne, o art. 195 da CF, em seu § 10 - acrescido pela EC 20/1998 - pressupõe a normatização, por legislação ordinária, dos pressupostos de deslocamento de verbas para o sistema único de saúde e procedimentos de colaboração social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, levando-se em deferência a respectiva compensação de benefícios financeiros (BRASIL, 1988).

Já o art. 4º da Lei 8.080/1990 implementa o Sistema Único de Saúde como um grupo de medidas e atividades de saúde, providenciadas por órgãos públicos e entidades administrativas municipais, estaduais e federais e das fundações conservadas pelo governo, cujas atribuições dos entes estatais encontram-se em seu art. 15, com a distribuição de competências entre seus arts. 16 a 18 (nacional, estadual e municipal, respectivamente) (BRASIL, 1990).

Dessa forma, a disponibilidade plena à saúde é um privilégio pertencente a toda a sociedade, e deve ser reconhecido de modo especial pelos administradores públicos competentes na composição das políticas

governamentais, na formação das normas e no cumprimento jurídico dessas. A mencionada tutela constitucional e internacional é primordial para concretizar os parâmetros das incumbências estatais perante os seus cidadãos bem como os estrangeiros residentes ou de passagem no país. Bobbio (2004, p. 23) alerta sobre a dificuldade da conservação das liberdades aos indivíduos: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”

Após a realização dessas considerações, sucede-se nesse momento a verificação da alarmante conjuntura da pandemia do novo Coronavírus. Tal doença tem provocado um enorme receio à humanidade, especialmente as pessoas que integram os grupos de risco, e configurando uma grande ameaça no contexto internacional.

4 O ALARMANTE CENÁRIO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

A adversidade referente ao novo Coronavírus apresentou seus primeiros casos catalogados, na província chinesa de Hubei, na comunidade de Wuham, em 01 de dezembro de 2019 e, em um curto espaço de tempo, ganhou intensidade global, prejudicando, sob os mais abundantes domínios, os vínculos sociais, econômicos, jurídicos e religiosos em todas as partes do planeta.

No Brasil, em 06 de fevereiro de 2020, por iniciativa do poder executivo, foi formulada a Lei 13.979 denominada Lei Nacional da Quarentena, em processo de tramitação de emergência, pretendendo regulamentar algumas das possíveis providências a serem utilizadas no combate da propagação da moléstia que tão intensamente tem ameaçado a vida humana (BRASIL, 2020). Além do mais, foi implementada a Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, dispondo a respeito da obrigatoriedade das diligências de enfrentamento da gravidade de saúde pública previstas na Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020).

Uma das consequências importantes dessa norma está presente em seu art. 3º, VII, determinando que para o enfrentamento da fatalidade de saúde pública de significância internacional originária do Coronavírus, poderá ser empregada, dentre outras possibilidade, a requisição de tarefas e patrimônios de pessoas físicas e jurídicas, circunstância em que será garantida uma indenização justa posteriormente (BRASIL, 2020).

Com fundamento na referida norma, a título de amostra, conclui-se que o

profissional de biomedicina, mesmo que não exerça atividade na rede pública de saúde, poderá ser convocado para assistência de ocorrências relativas ao COVID 19, quando necessário. Com o mesmo entendimento, estabelecimentos hospitalares da rede particular suportarão uma provável requisição pelo poder público, com a finalidade de atender a demanda. Dentre as variadas indagações suscitadas, uma das mais inquietantes compreende o difícil cenário vivenciado em vários hospitais de diversos países, no que se concerne à ausência de leitos em unidades de terapia intensiva e a consequente inviabilidade de amparo à necessidade daqueles que requerem cuidados médicos.

Com o transtorno gerado na saúde pública desencadeado pelo novo vírus, obtém notoriedade a crise no Sistema Único de Saúde (SUS), que apresenta inúmeros obstáculos organizacionais e estruturais, dentre os quais: a aptidão operacional para o acolhimento dos enfermos como também o efetivo e a qualificação dos profissionais. Provoca uma apreensão, particularmente, a insuficiência de instrumentos, leitos hospitalares e de terapia intensiva, Kits para diagnósticos, dispositivos de proteção individual (EPI) e a frágil articulação entre as atividades da rede assistencial, além do excesso de serviço dos profissionais da área médica, alusiva à carência de pessoal e à elevação do efetivo de pessoas contaminadas pelo SARS-CoV-2, não só no Brasil, como em diversas outras nações.

Nesse diapasão, salientando o propósito do presente trabalho, é de grande importância pesquisar as recomendações da Organização Mundial de Saúde na conjuntura da recente patologia que atormenta todos os seres humanos, conforme serão explicitadas na próxima seção.

5 RECOMENDAÇÕES DA OMS NO CASO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Para além das indicações elaboradas pela OMS, essa possui também a tendência de prescrever procedimentos aos Estados em situações de pandemias e surtos epidêmicos. Tais orientações estão ordenadas no respectivo dispositivo constitutivo da instituição, e, por conseguinte, conservam seu alicerce em legislação convencional, mesmo que, sejam normas menos rigorosas.

O art. 2º, k, da Constituição da OMS declara que, para atingir o intuito de tutelar a saúde em plano internacional, a Organização Mundial de Saúde deverá sugerir ajustes e tratados, delinear diretrizes e constituir instruções concernentes aos conteúdos globais de saúde e efetuar as suas atribuições, desde que essas sejam coadunáveis com os seus propósitos (OMS, 1946).

O art. 23 da mesma Carta de direitos assinala que a Assembleia da Saúde possuirá o controle para encaminhar diretrizes aos países componentes no que se refere a diversas questões, conforme a sua jurisdição (OMS, 1946). Por seu turno, o art. 62 do referido instrumento determina que cada Estado integrante divulgará todos os anos informações acerca das providências realizadas no que tange às observações efetuadas pelo organismo internacional tal como pelos atos celebrados (OMS, 1946).

Assim sendo, não existem incertezas de que os Estados-membros devem cumprir as orientações provenientes da Organização, em um contexto de pandemias ou epidemias, cuja legitimidade advém do próprio expediente constitutivo da OMS. O fato de se estar diante de preceitos de *soft law* não impossibilita que as recomendações assentadas sejam praticadas pelos governos. No entanto, cumpre frisar que a funcionalidade das relações internacionais reclama a permanência de mandamentos cuja intensidade é capaz de se originar dos órgãos deliberativos de organismos mundiais, pois fundamentada, antes de tudo, no próprio ato constituinte da entidade.

Cabe salientar que todas as orientações destinadas à manutenção de higiene, podendo citar a limpeza das mãos com sabão ou álcool em gel 70% e o afastamento de indivíduos no momento de isolamento e quarentena em residência, são de grande relevância para inviabilizar maiores contaminações pelo vírus. Pois, sem a adoção dessas medidas preventivas, o quantitativo de contágios aumentará em progressões absurdas, como têm vivenciado países como Brasil e Estados Unidos, além da Itália, Espanha, e a própria China, que suportaram essa dificuldade há pouco tempo.

Além do mais, o descumprimento das indicações da OMS estabelece dúvidas em relação à autoridade e competência objetiva das entidades de direção e acompanhamento para a salvaguarda da população mundial de pandemias como a atual. Também é importante considerar que a comunidade mundial, há muito tempo, não distingue fronteiras e a transmissão de pessoa a pessoa é quase instantânea. Dessa maneira, não tem o menor cabimento um país compor uma organização internacional, que estipula mecanismos de administração e fiscalização, se não for para seguir suas decisões e recomendações. Além do acatamento por parte dos governos, no que se relaciona a essas ordens e conselhos, é do mesmo modo pertinente que a reputação do Estado não fique internacionalmente desprestigiada, como não respeitador de seus deveres universais alusivos aos direitos humanos.

Infelizmente, na prática, os Estados, por diversas vezes, sem qualquer justificativa razoável, infringem as instruções das entidades internacionais competentes. Obviamente, o comportamento dos governos não precisaria ser assim, pois a OMS trata-se de uma instituição especializada e detentora técnica das dificuldades sanitárias cosmopolitas. Por esse motivo, é viável concluir que a não observância das determinações elaboradas pela OMS é um ato nocivo e deficitário, não somente para os vínculos internacionais do País, bem como para o bem-estar de todo a sociedade. Já que ocasiona a proliferação da pandemia, ainda sem tratamento, em todo o mundo.

Os milhares de óbitos resultantes de Covid-19 estão bem evidentes em todo o planeta. Dessa forma, não se pode descuidar da verdade, clara e explícita, reconhecida e exteriorizada, minuto a minuto em todo o globo, bem como faltar com o encargo de prudência essencial em momentos de adversidades devido às imprecisões científicas que até agora permeiam a pandemia. Hoje, setembro de 2020, a sociedade internacional ainda não tem conhecimento como essa doença irá proceder nos próximos dias e meses, mas já há o exemplo de vários governos que lamentam a não execução de ações em tempo apropriado.

Outrossim, a contar do surgimento da pandemia da Covid-19, os Estados têm utilizado várias providências para reduzir a transmissão do vírus. Diversas delas são fundamentadas no Regulamento Sanitário Internacional (RSI). Tal documentação assinala em quais circunstâncias se deve adotar determinações como a proclamação de quarentena ou contenção nas fronteiras, por exemplo.

O RSI estabelece uma ferramenta jurídica internacional que associa cento e noventa e seis nações, compreendendo todos os integrantes da Organização Mundial da Saúde (OMS), inclusive o Brasil. Essa declaração concebe conteúdos e dispositivos a serem aproveitados pela coletividade global, com o intuito de constatar antecipadamente e reagir a perigosas ameaças de higidez pública, que possuem a capacidade de transporem fronteiras e atemorizarem os seres humanos (AGÊNCIA SENADO, 2020).

O apontado regulamento preconiza os direitos e encargos dos governos na descrição de atividades de saúde pública na presença da sociedade mundial. A título de exemplo, dentre essas obrigações, as nações precisam comunicar à OMS, no período de até 24 horas, todos os acontecimentos que podem caracterizar uma situação emergencial de importância global. A depender das circunstâncias, os países propiciarão operações de direção e fiscalização

ordenadas em portos, aeródromos e acessos de fronteiras via terrestre, qualificadas para resguardar o alastramento internacional de moléstias (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Quando há situações de urgências no contexto cosmopolita, o RSI orienta o emprego das denominadas providências não hospitalares. Essas destinam-se a concretização de condutas restritivas com intuito de inibir a transmissão de doenças, como é o exemplo da suspensão de aulas, da interrupção de empresas não essenciais, da permanência das pessoas em suas residências e outras. Tal conjuntura é considerada muito complexa, podendo ocasionar até mesmo a limitação do direito de ir e vir. Contudo, o presente documento encaminha aos governos um conceito regular para a admissão de determinações (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Mediante o que foi exposto até o momento, conclui-se a necessidade de existir uma real obediência ao que preconiza o RSI assim como às indicações da OMS com a finalidade de tutelar os direitos humanos. Também é essencial um desempenho baseado na colaboração e no trabalho em equipe entre os agentes públicos competentes e os especialistas das diversas áreas, principalmente, os setores de saúde, vigilância sanitária e epidemiológica. Por fim, é primordial a elaboração de uma legislação sanitária emergencial abrangente cujas políticas públicas sejam conservadas livremente da ocorrência de qualquer fato extraordinário, como a pandemia. Assim, as autoridades estarão preparadas com medidas hábeis e a sociedade protegida de forma plena, com a intenção de efetivar a dignidade humana.

CONCLUSÃO

A humanidade atravessa, no ano de 2020, o seu maior desafio das últimas décadas. As gerações presentes nunca vivenciaram com tanta aflição e preocupação tal adversidade na área de saúde que tem gerado consequências para diversos setores da sociedade, não apenas no Brasil, mas em todo o planeta.

Esse problema mundial denota a importância de investimentos em diversos âmbitos, principalmente, na saúde. Já que essa qualifica-se como sendo um dos direitos humanos codificados em diversos atos internacionais como também está positivado na Carta Maior brasileira com a natureza jurídica de direito fundamental social e o governo nacional tem o dever de propiciá-lo para todos os cidadãos.

Por todo o analisado, é significativo enfatizar que a OMS surge numa conjuntura de imprescindibilidade da sociedade internacional no estabelecimento de uma entidade singular detentora de poderes para instituir procedimentos e orientações atinentes à saúde global. Todavia, verifica-se que suas orientações não têm sido cumpridas de maneira semelhante por todos os países.

Com base nesse cenário e considerando a inexistência do caráter imperativo supranacional de suas decisões, a Organização encontra-se absolutamente nas mãos de governos na utilização de providências para a limitação de doenças. Isso é devido ao fato que a OMS não possui um mecanismo de fiscalização com intuito de monitorar as nações e, nos casos de transgressões às normas, acioná-las na Corte Internacional de Justiça (CIJ).

No atual contexto de pandemia da COVID-19, foi possível constatar a importância de se redescobrir a disciplina Direito Internacional e as atribuições das Organizações Internacionais em atuarem em colaboração com os Estados e as demais entidades, cujas ações são colocadas à prova no enfrentamento dessa moléstia.

Assim, respondendo o questionamento mencionado na introdução, tanto a OMS quanto alguns Estados membros não têm concretizado de forma efetiva o combate à nova pandemia. Desse modo, tornar-se primordial a adoção de posicionamentos para questões de ordem internacional, e que os governos desempenhem como também auxiliem ações eficazes e homogêneas em todo o planeta, na área da saúde e em outras, como por exemplo na educação.

Por fim, fica nítida a necessidade da existência de uma consciência solidária, absoluta e completa por toda a humanidade e as autoridades competentes de todas as nações devem exercer um posicionamento de responsabilidade social na presença de seus cidadãos visando implementar o respeito à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Coronavírus: regulamento internacional ampara governos nas medidas restritivas. Disponível em:<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/25/coronavirus-regulamento-internacional-ampara-governos-nas-medidas-restritivas>. Acesso em: 08 ago. 2020.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidade da Constituição Brasileira.** 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos N.C. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%205-20-mjsp-ms.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Meio ambiente - Sadia qualidade de vida.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

FIORILLO. Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRUBBA, Leilane Serratine; NISTLER, Regiane. O Ideal de Direitos Humanos nos Sistemas Regionais de Proteção. **Revista Direito & Paz**, São Paulo, v.1, n. 38, out. 2018. DOI: <https://doi.org/10.32713/rdp.v1i38>. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/625/406>. Acesso em: 18 Set. 2020.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido essencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn.* Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Repensando o Direito à Saúde no Brasil: aspectos críticos e desafios postos diante de um cenário de Pandemia.** 2020. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/843/607>. Acesso em: 08 ago. 2020.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços básicos (uma visão

comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./de. 1999.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, C.R.P. A Judicialização da Saúde em Rondônia: Estudo de Caso, *Revista Científica AREL FAAR*, Vol. 2 (3). 2014, pp. 7-21. DOI: <https://doi.org/10.14690/2317-8442.2014v23136>

OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 10 ago. 2020.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *Cidadania é Direito*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, n. 2, p. 40-52, 2º sem. 2014.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Lenir. *Direito à saúde e qualidade de vida: um mundo de corresponsabilidades e fazeres*. In: SANTOS, Lenir. *Direito da Saúde no Brasil*. Capinas: Saberes editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais, sua dimensão organizatória e procedural e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*. Ano 34, vol. 175, setembro, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 12, p. 91-107, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional Brasileira*. ASENSI, Felipe Dutra. PINHEIRO, Roseni. (Org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à*

proteção em promoção da saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra. Pinheiro, Roseni. (Org.). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SCHWARTZ, Germano. A Autopoiese do Sistema Sanitário. **Revista do Direito Sanitário.** Volume 4, n. 1, março de 2003.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Doutrina dos Direitos Humanos** [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2016.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Hermenêutica e interpretação jurídica:** a contribuição hermenêutica nos processos de interpretação e de concretização do direito moderno [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2019.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Direitos humanos fundamentais:** historicidade, positivação e concretização [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2020.

SOUZA, F.; WERNERSBACH, P. Direito Fundamental à Saúde: Estudo sobre a Obrigaçāo do Estado em Fornecer Medicamento de Alto Custo. **Amazon's Research and Environmental Law**, vol. 5 (2), 2017. DOI: <https://doi.org/10.14690/2317-8442.2017v52248>

Recebido: 30.01.2022
Revisado: 09.03.2022
Aprovado: 30.05.2022