

---

**O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO E O DILEMA ENTRE  
PREVENÇÃO *VERSUS* RECUPERAÇÃO: UMA VISÃO SOBRE AS  
ESCOLHAS PÚBLICAS NO COMBATE AO COVID-19 NO BRASIL**

***THE BRAZILIAN LEGAL REGIME AND THE DILEMMA BETWEEN  
PREVENTION VERSUS RECOVERY: A VIEW ON PUBLIC CHOICES  
IN THE FIGHT AGAINST COVID-19 IN BRAZIL***

**ANTÓNIO EDUARDO BALTAR MALHEIRO DE MAGALHÃES**

Doutor em direito pela universidade de Coimbra. Professor da Universidade de Coimbra

**HORÁCIO MONTESCHIO**

Pós-doutor na Universidade de Coimbra - Portugal e pelo UNICURITIBA, Paraná – Brasil; Pós-doutorando pela Universidad da Regia Calábria – Itália. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo- FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade - UNICESUMAR. Professor de Direito e Processo Administrativo do UNICURITIBA. Professor titular do Programa de mestrado da UNIPAR. Pós graduado em Direito Imobiliário e Direito processual civil pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Processo Civil e Direito Público, pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, Direito Tributário, pela UFSC; em Direito Administrativo, pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar; Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Integrante do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP).

**SILVIO GUIDI**

Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela PUCSP. Possui graduação em DIREITO pela Faculdade de Direito de Curitiba (2003). Foi presidente da comissão de direito à Saúde - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL



---

PARANÁ na gestão 2010/2012. Trabalha no escritório de advocacia Vernalha Guimarães e Pereira. Tem especialização na área de direito à saúde.

## RESUMO

**Objetivos:** O presente trabalho faz uma incursão sobre os efeitos da COVID-19 na economia, bem como sobre a necessidade de aplicação do respectivo regime jurídico, questionando as políticas públicas adotadas e o seu reflexo na economia, notadamente nas receitas públicas, tendo em vista o aumento de gastos públicos e a redução da arrecadação em face da drástica diminuição na atividade econômica. No mesmo pensar a saúde dos atingidos pelo COVID-19 como realizar a reinserção do atingido na vida social e produtiva. O método adotado é o dedutivo, com revisão bibliográfica.

**Metodologia:** Trata-se de pesquisa de perfil exploratório, qualitativa, baseada em linha de raciocínio dedutivo, calcado nas técnicas de revisão bibliográfica e documental.

**Resultados:** Para concluir, se é dado ao gestor público permitir que a população adoça, para depois curá-la, ainda que haja técnica adequada para prevenir o contágio? E quais os elementos jurídicos a orientar a decisão do gestor público? A resposta, sé a de que só é dado ao gestor público permitir que a população adoça, para depois curá-la, na hipótese de inexistência ou insuficientes de medidas preventivas e protetivas, aptas a evitar o acometimento da doença pela população.

**Contribuições:** Fixar que os elementos jurídicos orientam a questão estão consagrados nos art. 196 e no inc. II do art. 198, ambos da Constituição Federal s quais impõem uma escala assistencial a ser prestado pelo Estado à população, pela qual as ações de prevenção e proteção devem ser primeiramente adotadas. Essas ações, para além de atenderem à determinação constitucional, garantem em maior medida o exercício da vida digna (fundamento republicano previsto no art. 1º, III da CF) e tendem a ser mais eficazes, alcançando os melhores resultados e consumindo menores esforços.

**Palavras chave:** Saúde pública; Covid-19; regime jurídico; equilíbrio econômico do Estado.

## ABSTRACT

**Objectives:** The present work investigates the effects of COVID-19 on the economy, as well as on the need to apply the respective legal regime, questioning the public

---



---

policies adopted and their impact on the economy, notably in public revenues, with a view to the increase in public spending and the reduction in tax revenues in the face of the drastic decrease in economic activity. In the same way, thinking about the health of those affected by COVID-19, how to reintegrate the affected person into social and productive life. The method adopted is the deductive, with bibliographic review.

**Methodology:** This is an exploratory, qualitative research based on a deductive reasoning line, based on bibliographic and documentary review techniques.

**Results:** To conclude, if it is given to the public manager to allow the population to get sick, and then cure it, even though there is an adequate technique to prevent contagion? And what are the legal elements to guide the decision of the public manager? The answer, is that it is only given to the public manager to allow the population to get sick, and then cure it, in the event that there are no or insufficient preventive and protective measures, able to prevent the disease from being affected by the population.

**Contributions:** Establish that the legal elements guide the issue are enshrined in art. 196 and in inc. II of art. 198, both from the Federal Constitution, which impose a scale of assistance to be provided by the State to the population, for which prevention and protection actions must first be adopted. These actions, in addition to meeting the constitutional determination, guarantee to a greater extent the exercise of a dignified life (republican foundation foreseen in art. 1, III of the Constitution) and tend to be more effective, achieving the best results and consuming less effort.

**Keywords:** Public health; Covid-19; legal regime; economic balance of the State.

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo continua empreendendo esforços para conter o avanço do novo coronavírus. Em meio a esse novo cenário, medidas de isolamento social são intensificadas e apenas serviços essenciais são autorizados a funcionar, no sentido de evitar a disseminação do vírus. Com isso, é preciso rever nosso calendário para 2020. Foi o ano (e não o dia)<sup>1</sup> em que as relações mundiais estiveram severa restrição em todas as áreas. Diante dessas proporções globais ocasionadas pelo

---

<sup>1</sup> A expressão “o dia em que a terra parou” é um clássico filme de 1951, que ganhou um remake em 2008. Conta a história de uma visita alienígena ao planeta, na busca de paz entre povos. Foi inspirado no conto *Farewell to the Master* (Adeus ao mestre), do escritor Harry Bates. “O dia em que a terra parou” também é título de uma música de Raul Seixas.



---

vírus *Sars-Cov2* (que no corpo humano pode acometer o indivíduo com a doença denominada COVID) as quais assumiram caráter inexorável de pandemia, acabou por impor intensa e radical alteração modo de vida de toda a população mundial.

É inegável que o impacto da pandemia alcançou todos os setores econômicos e sociais da maioria dos países do globo. Os atingidos pelos nefastos efeitos produzidos pelo COVID-19, podem ser verificados nos segmentos da educação, cultura, esporte e lazer, os quais, por exemplo, mesmo tentando se reinventar, sofreram impacto inquestionável. As economias mundiais despencaram, aumentando o desemprego, a fome, a miséria e tantos outros males que afligem o planeta. Para Ángel Gurría, secretário-geral da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o impacto econômico gerado pela pandemia já é maior do que a crise financeira de 2008. O Fundo Monetário Internacional (FMI), por exemplo, já afirmou que a pandemia do Covid-19 já está levando a economia mundial a uma nova recessão. Os impactos causados pelo vírus já têm um choque maior do que a crise financeira de 2008, para muitos economistas.

Na área da saúde foi iniciada uma corrida para encontrar uma vacina para impedir a contínua propagação da doença (a qual parece estar chegando ao fim), concorriam as tentativas de impedir que os sistemas de saúde dos países colapsassem. É que a COVID tem um impacto social extremamente perverso. Pois em média impõe, aos seus atingidos a permanência na UTI em média de 12 dias.

Um estudo de corte retrospectiva, incluindo 191 pacientes adultos, hospitalizados em duas unidades chinesas que tiveram alta (n=137) ou óbito (n= 54) até 31 de janeiro de 2020; apontou um tempo do início dos sintomas até a admissão hospitalar variando de 08 a 14 dias (tempo médio 11 dias); para a admissão em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) de 08 a 15 dias (tempo médio 12 dias). O tempo médio do início da doença até a necessidade de ventilação mecânica invasiva foi de 14,5 dias (12-19). O tempo médio desde o início da doença (ou seja, antes da internação) até a alta foi de 22 dias, enquanto o tempo médio para o óbito nos casos fatais foi de 18,5 dias (ZHOU et al., 2020).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> <https://www.saude.gov.br/files//conecta-sus/produtos-tecnicos/l%20-%202020/COVID-19%20-%20Tempo%20M%C3%A9dio%20entre%20in%C3%ADcio%20dos%20sintomas%20e%20hospitaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>, acesso em 12 de dezembro de 2020.



---

Ademais disso, como o COVID-19 é de fácil transmissão, alastra-se com rapidez entre a população. Embora sua letalidade<sup>3</sup> os casos mais graves necessitam de tratamento em unidades de terapia intensiva (UTI), com longo período de internação.<sup>4</sup> Com o aumento progressivo de casos, as situações mais graves começaram a desafiar a capacidade quantitativa de atendimento dos sistemas de saúde mundo afora. O desafio não foi somente para atender os casos de COVID, já que a limitação de leitos afetou negativamente todos os pacientes que deles necessitavam, independentemente da doença que os acometia.

Nesse cenário, discussões para conter a pandemia surgiram no Brasil, propostas tanto na sociedade quanto nas esferas de governo. A primeira delas, inspirada na tendência mundial, foi a implantação de um isolamento social horizontal, o que significa que é aplicável a todos na sociedade. A estratégia foi de diminuir drasticamente a interação física entre as pessoas. Com isso, cairiam as taxas de transmissão e contaminação pela doença e, por consequência, as de internação e, principalmente, as de óbito. A segunda alternativa, inspirada em modelos menos comuns, o isolamento ocorreria de forma vertical, impondo-se um distanciamento somente para aquelas pessoas que estivessem em grupos de maior risco de desenvolver as facetas mais graves da doença (idosos, hipertensos, diabéticos etc.). Para o restante da população, seria assumido o risco de que seriam acometidos pela COVID. Caso desenvolvessem sintomas, seriam tratados. A imensa maioria seria recuperada, ainda que, em maior ou menor grau, sofresse os agravos da doença, bem como pudesse experimentar possíveis sequelas.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Taxa de letalidade “relaciona o número de óbitos por determinada causa e o número de pessoas que foram acometidas por tal doença” (PEREIRA. Sheila Duarte. Conceitos e definições da saúde e epidemiologia usados na vigilância Sanitária. São Paulo, 2007. Disponível em: [http://www.cvs.saude.sp.gov.br/pdf/epid\\_visita.pdf](http://www.cvs.saude.sp.gov.br/pdf/epid_visita.pdf)). É diferente da taxa de mortalidade, a qual representa “o número de óbitos por doenças transmissíveis, por mil habitantes, na população residente em determinado espaço geográfico, no ano considerado” (TABNET DATASUS. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/tabdata/LivroIDB/2edrev/c17.pdf> . Consulta em 21 de agosto de 2020).

<sup>4</sup> No hospital das clínicas de São Paulo, o tempo médio de internação de pacientes acometidos pela COVID foi de 11,5 dias. Fonte: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/09/na-uti-do-hospital-das-clinicas-de-sp-pacientes-com-covid-19- ficam-em-media-115-dias-internados.ghtml>. Consulta em 21 de agosto de 2020

<sup>5</sup> Em maio de 2020, reportagem do G1 apresentou uma divisão na ordem de 86% x 13%, no que concerne aos países que adotaram o isolamento social x o isolamento vertical. (OLIVEIRA, 2020).



---

A constância das discussões impediu que o Brasil adotasse um ou outro sistema. Ainda que fosse possível a adoção de ambos, a depender da região, do estado ou do município, fato é que disputas políticas, aliadas à falta de uma orientação central por parte do governo federal, fizeram com que o isolamento vertical nunca fosse aplicado, ao passo que o horizontal (quando adotado formalmente) não fosse executado de forma satisfatória.<sup>6</sup> Com isso, o número de mortes no país foi crescendo de forma avassaladora. Quando da produção desse artigo, contabilizava-se no Brasil mais de 180.000 mortes. Esse número equivale 15% do total de mortes ocorridas no mundo em razão da COVID, apesar da população brasileira representar somente aproximadamente 2,67% da mundial. Em números absolutos, o Brasil fica atrás somente dos EUA, país no qual morreram de COVID aproximadamente 290.000 pessoas. Em termos relativos (número de mortes / números de habitantes), Brasil e EUA praticamente empatam.<sup>7</sup>

O Brasil chegou próximo ao topo do *ranking*, não por acaso. Foi precisamente a forma de condução dessa discussão que retardou a adoção de ações efetivas e tempestivas, capazes de diminuir as taxas de contaminações, adoecimento, agravamento e morte pela COVID. No âmbito de debates e versões, além dessa redução de ações em prol da saúde da população, a própria sociedade ficou incerta sobre qual caminho seguir. A discussão chegou ao STF,<sup>8</sup> que referendou a autonomia de estados e municípios para adotarem medidas que entenderem necessárias ao combate à COVID, ainda que dissonantes daquilo definido pela União.

É certo que essas discussões, em extensa medida, têm (ou ao menos deveriam ter) natureza predominantemente científica. Ou seja, decidir ou não pelo isolamento, pelo uso obrigatório de máscaras, pela abertura ou não de estabelecimentos comerciais etc., tem como fundamento a análise técnica (e não jurídica) daquilo que pode ou não colocar a população em maior ou menor risco de

---

<sup>6</sup> É que a efetividade do isolamento horizontal, como técnica preventiva ao alastramento da doença, exigia uma adesão superior a 70% da população, ao passo que nenhuma das regiões do país conseguiu atingir ou ao menos chegar perto desses percentuais.

<sup>7</sup> Fonte: dados produzidos pelo autor a partir das informações da Organização Mundial de Saúde.

<sup>8</sup> Vide ADI 6341.



---

contaminação. A questão é saber se, para além dessa prevalência das ciências biológicas, o tema interessa ao direito, de modo que a orientação científica, seja ela qual for, conforma a atuação do gestor público a escolher um modelo em detrimento do outro. Perguntando de outra maneira:

- (i) é dado ao gestor público permitir que a população adoça, para depois curá-la, ainda que haja técnica adequada para prevenir o contágio?
  - (ii) quais os elementos jurídicos a orientar a decisão do gestor público?
- Essas são as duas perguntas que o presente artigo pretende responder.

## 2 ASPECTOS RELACIONADOS AO DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

Uma das principais virtudes do direito da saúde é a sua interdisciplinaridade. O direito da saúde é uma criação dos estudiosos, que localizaram “*no direito positivo brasileiro, ainda que para fins didáticos e servíveis à ciência do direito, um subsistema jurídico-positivo próprio para a prestação de serviços de saúde, a ser objeto de um estudo autônomo*” (GUIDI, 2019, p.20-21) <sup>9</sup>

Sendo o direito da saúde um subsistema jurídico que disciplina as relações que têm a saúde como objeto, as dúvidas sobre esse sub-ramo do direito geralmente serão resolvidas por uma análise sistêmica do direito. A solução das questões, portanto, será um resultado do confronto de normas de direito constitucional, administrativo, civil, consumidor etc. Daí a importância e o desafio lançados para aqueles que se aventuram nesse ramo jurídico: dominar com algum grau de profundidade todas as áreas que formam o subsistema jurídico chamado “direito da saúde”.

---

<sup>9</sup> Embora o trecho vale em prestação de serviços de saúde, o direito da saúde preocupa-se com todas as ações, prestacionais ou não, que tenham a saúde como objeto. Para saber mais sobre as diferenças entre ações e serviços de saúde, sugere-se a leitura do capítulo 2 (p. 24 a 48) da obra: Silvio, 2019.



---

A Constituição Federal de 1988 não se limitou a prever a criação de uma estrutura organizacional para garantir o direito à saúde, indicou, ainda, como seria atuação desse órgão administrativo e os objetivos que deveria perseguir, conferindo o esboço do que seria o Sistema Único de Saúde. Mesmo com a previsão constitucional, os procedimentos para o adequado funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como as atribuições específicas dos órgãos, só puderam ser concretizadas a partir da elaboração das Leis específicas da Saúde.

Em obediência à norma constitucional, foi publicada a Lei Federal n. 8080/90, que trata da organização do SUS, bem como a Lei Federal 8142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, ambas formando a Lei Orgânica da Saúde.

A Lei Federal nº 8.080/90, em seu Art. 2º, reconhece a saúde como direito fundamental do ser humano, sendo do Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Para aquilo que interessa a este trabalho, duas áreas do direito, por si só entrelaçadas, são fundamentais para alcançar a resposta almejada. Trata-se do direito constitucional e do direito administrativo. A análise do direito constitucional é fundamental para a solução do problema, uma vez que o conteúdo da Constituição Federal (CF), pelo todo que já se viu, é fundamental para a busca de uma solução. Não só porque as normas constitucionais estão no topo da hierarquia normativa, mas também porque a CF *“já traz uma série de normas que permitem desenhar, com um bom grau de precisão, o ambiente da prestação dos serviços públicos de saúde”* (GUIDI, 2019, p.57). Já a análise do direito administrativo é importante para a busca da resposta procurada neste trabalho, na medida em que, como se retira da leitura do artigo 196 da CF, compete ao Estado atender ao direito à saúde do cidadão. Em razão disso, é por meio do direito administrativo, o qual se ocupa de disciplinar a atividade administrativa (ou função administrativa), que poderá se verificar quais caminhos pode ou não o Estado seguir, quando do cumprimento do dever em atender à saúde que a CF o incumbiu.



---

### 3 O DEVER CONSTITUCIONAL DE PRIORIZAR A PREVENÇÃO E A PROTEÇÃO DA SAÚDE

*A saúde é direito de todos e dever do Estado.* Essa frase, conhecida por grande parte da população brasileira, reflete fração do conteúdo do artigo 196 da CF. A leitura desse único trecho poderia induzir o leitor ou intérprete a compreender que se é dada ao Estado a missão de atender à saúde da população, cabe ao Estado decidir a melhor forma de executar esse mister. Por essa óptica, se o Estado concluísse que, no caso da COVID, a melhor forma de atender ao direito à saúde é fazer menos esforços para que o cidadão não adoça e concentrar seus recursos para a cura, poderia assim agir, não desrespeitando o regime jurídico.

Mas, esse trecho constitucional tem complemento. Após o signo “Estado” há uma continuidade longa e sonora do artigo constitucional, o qual disciplina que o dever estatal de atendimento à saúde da população se dá “*mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. Tudo muda a partir dessa complementação.

O texto constitucional pátrio impõe ao Estado uma escala de ações, que deve ser seguida quando de sua atuação em favor da saúde da população. A missão estatal primeira é a de reduzir o risco de adoecimento.

Saúde pública e epidemiologia são indissociáveis quanto a seus objetivos sociais e quanto à sua prática, sendo a epidemiologia o instrumento privilegiado para orientar a atuação da saúde pública. Se a saúde pública é a face tecnológica, a epidemiologia será a face científica. A saúde pública intervém buscando evitar doenças, prolongar a vida e desenvolver a saúde física e mental e a eficiência. A epidemiologia persegue a observação exata, a interpretação correta, explicação racional e a sistematização científica dos eventos de saúde-doença em nível coletivo, orientando, portanto, as ações de intervenção (ROUQUAYROL; GOLDBAUM, 2003. p. 435).

Para isso, deve atuar de forma a promover a saúde e proteger o indivíduo e a sociedade em relação aos agravos que podem os acometer. Por consequência, as ações de recuperação da saúde do indivíduo, a bem de que este retorne ao status



---

de “não doente”,<sup>10</sup> somente pode ser adotada, uma vez que falha a tentativa de impedir o acometimento de doença.

Para os que compreenderem que não é possível extrair da leitura do artigo 196 da Constituição Federal a existência dessa escala assistencial, o inciso II do artigo 198 da CF servirá de *prova real*.<sup>11</sup> Segundo esse artigo, as ações e serviços de saúde serão executadas pelo Estado por meio de uma rede que constitui um sistema único. Esse sistema (conhecido como Sistema Único de Saúde – SUS) tem três diretrizes constitucionais, sendo uma delas a atenção integral à saúde do indivíduo, a qual se dará “*com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*”.

Há, à luz do contido no artigo 198, III, da Constituição Federal diretriz constitucional para que as ações do Sistema Único de Saúde obedeçam a uma ordem prioritária, que é precisamente aquela extraída do artigo 196 da Constituição Federal, pela qual as atividades preventivas e protetivas devem ser primeiramente adotadas. Uma vez que haja insucesso nessas ações, ocorrendo o adoecimento, cumprirá ao Estado assistir o indivíduo, na busca de sua recuperação.

Em nível infraconstitucional, a obrigação de priorizar a promoção e a proteção da saúde persiste, tal como se retira da Lei nº 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde (LOS), no §1º do artigo 2º. Também, mesma obrigação é refletida no inciso III do artigo 5º e no inciso XVI do artigo 15, ambos da LOS.

### 3.1 CONCEITO, IDENTIDADE E DIFERENÇAS ENTRE PROMOÇÃO, PREVENÇÃO E PROTEÇÃO DA SAÚDE

Os conceitos de promoção, prevenção e proteção à saúde não pertencem à ciência do direito, mas às ciências biológicas. Acerca do tema, portanto, relevante

---

<sup>10</sup> Utilizou-se a expressão “não doente” propositadamente. É que há diferença entre o indivíduo não estar acometido de determinada doença e ter saúde. Principalmente, ao se adotar o conceito da Organização Mundial de Saúde (OMS), que classifica saúde como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020).

<sup>11</sup> A prova real é um instrumento utilizado na matemática para conferir se o resultado de uma determinada equação está correto.



---

apresentar as lições da professora Dina Czeresnia<sup>12</sup>, confeccionadas na obra “o conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção” (CZERESNIA, 2003). Segundo a professora, é possível compreender que prevenção e proteção à saúde são sinônimos que representam o controle da transmissão de doenças infecciosas e a redução do risco de doenças degenerativas ou outros agravos específicos.

A execução de ações preventivas (ou protetivas), segue ensinando a professora, “*estruturam-se mediante a divulgação de informação científica e de recomendações normativas de mudanças de hábito*” (CZERESNIA, 2003). Em resumo, a prevenção, como ação estatal com vistas ao cumprimento do dever de atender à saúde do indivíduo, tem a ver com medidas voltadas a impedir que o cidadão adoença. Promoção de saúde, por sua vez, relaciona-se com a missão de conduzir o cidadão a um estado de bem-estar: “*estratégias de promoção enfatizam a transformação das condições de vida e de trabalho que conformam a estrutura subjacente aos problemas de saúde, demandando uma abordagem intersetorial*” (CZERESNIA, 2003).

Ao que se percebe das lições das ciências biológicas, enquanto a proteção/prevenção se volta especificamente ao combate de doenças, de modo a evitar que elas acometam o indivíduo, a promoção da saúde busca dar ao cidadão uma qualidade de vida. É que mesmo livre de qualquer agravo físico ou mental, o indivíduo pode estar carente de uma vida digna. Ou seja, a prevenção/proteção preocupa-se com questões biológicas do cidadão, ao passo que a promoção da saúde tem como foco fatores externos à biologia, mas que impactam diretamente na saúde do indivíduo. É uma espécie de diferencial metafísico: o indivíduo cuja saúde é alcançada por ações de prevenção tem saúde, ao passo que aquele atendido por ações de promoção é saudável.

Pode se dizer que a prevenção da saúde está contida na promoção. Promover a saúde da população significa, para além de prevenir doenças, permitir que o indivíduo viva em uma sociedade com infraestrutura, em um meio-ambiente equilibrado, com acesso à educação, saúde, cultura e lazer. É um estado de

---

<sup>12</sup> Professora titular da Fundação Oswaldo Cruz.



---

plenitude, no qual o cidadão pode exercer livremente todas as suas capacidades, podendo colaborar para si próprio e para toda a sociedade. Ainda que se trate de uma missão utópica imposta pelo constituinte ao Estado, é só por meio dessa utopia que certos patamares, conectados com a promoção da saúde, são alcançados.<sup>13</sup>

Uma vez entendido o que vêm a ser prevenção e promoção, no âmbito da saúde e do direito à saúde, pode se avançar na compreensão de como elas informam as ações estatais que visam ao combate da COVID. Quanto à prevenção, a questão parece ser bastante simples: o Estado deve agir de modo a evitar que o indivíduo seja contaminado pelo vírus e não desenvolva a doença.

Já quanto à promoção, para além da prevenção do indivíduo em si, são necessárias tantas outras ações. É que a prevenção, por meio do isolamento social acarreta uma série a possibilidade do desenvolvimento de outras doenças ou agravos. Por exemplo, o isolamento social potencializa os casos de depressão.<sup>14</sup> Além disso, o isolamento também aumenta os casos de violência doméstica.<sup>15</sup> As ações de promoção da saúde, diante desses exemplos, devem mirar o combate dos efeitos colaterais da prevenção, de modo a buscar a manutenção da qualidade de vida da população, afetada precisamente pela imposição das ações preventivas de isolamento social.

#### 4 PREVENÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE: DESDOBRAMENTOS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE

A escolha constitucional que privilegia e a promoção e a prevenção da saúde como prioritárias às ações de recuperação do indivíduo não é aleatória. Conectados a essas diretrizes constitucionais da atuação estatal na saúde estão

---

<sup>13</sup> Assertiva inspirada nas lições de Eduardo Galeano, celebrado pela frase: “*Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar*”.

<sup>14</sup> É o que se retira de estudo da UERJ, revelado na seguinte reportagem: UOL, 2020.

<sup>15</sup> Confira dados sobre a questão disponibilizados pela OMS: <https://nacoesunidas.org/video-a-pandemia-das-sombras-violencia-domestica-durante-a-covid-19/>. Acesso em 13 de dezembro 2020.



---

dois importantes princípios que regem o agir da Administração Pública, quais sejam, o da eficiência e o da economicidade.

O princípio da eficiência, segundo Sílvio Luis Ferreira da Rocha, “*exige que a Administração Pública, através de seus servidores e prestadores de serviço, observe a qualidade superior no cumprimento de seus objetivos, atue de forma imparcial, independente e transparente*” (ROCHA, 2013, p.80-81). Continua o jurista anotando que esse princípio se refere “*ao modo de atuação do agente público, quando exige dele o melhor desempenho possível de suas atribuições, para obter os melhores resultados; refere-se ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, com vistas a alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público*” (ROCHA, 2013, p.80-81).

O princípio da economicidade, por sua vez, direciona o agir da Administração Pública de forma a preservar, da melhor forma possível, os recursos públicos. O princípio da economicidade revela-se, portanto, como uma faceta do próprio princípio da eficiência. Para Márcia Filomena de Oliveira Mata, o princípio da economicidade “*reveste-se do conceito de eficiência caracterizado pela tentativa de com o mínimo de empregos de recursos e esforços, obter o máximo possível de resultados favoráveis*” (MATA, 2012, p.201). Na linha dessa doutrina é o pensamento de Emerson Gabardo, para quem a economicidade é um dos quatro atributos da eficiência administrativa, ao lado da racionalização, produtividade e celeridade (GABARDO, 2017).

O binômio dos princípios da eficiência e da economicidade, quando incidente à atividade administrativa, atrai um dever estatal de alcançar os melhores resultados com a destinação dos menores recursos. Essa otimização estatal entrega ao cidadão aquilo que de melhor o Estado pode oferecer a um custo que não compromete o erário para além do necessário. E é, tradicionalmente, esse tipo de resultado da atividade estatal que se alcança quando se prioriza as ações de prevenção e proteção da saúde.

Um exemplo interessante tem a ver com as políticas de saúde em relação às doenças pneumocócicas. Estudos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) (SILVA; Et. Al., 2009) mostraram a eficiência da vacinação como instrumento



---

de combate a essa doença e a economia gerada em razão da não necessidade de internações hospitalares. Essa vacina previne doenças como a otite média aguda (OMA) e a pneumonia. Segundo esse estudo, projetando-se o ano de 2008, “considerando apenas o benefício direto da vacina, estimou-se que na ausência de vacinação 3 milhões de casos da doença ocorreriam” num intervalo de 5 anos. “O modelo projetou que a vacina preveniria mais de 221 mil casos da doença e evitaria aproximadamente 2,7 mil mortes durante o horizonte de análise”. Adiante, o estudo informa que a vacinação reduziu gastos de aproximadamente R\$500 milhões no mesmo intervalo de 5 anos.

Daí porque a Constituição Federal determina a priorização de investimentos em ações preventivas, pois são absolutamente mais eficazes para atender ao direito da saúde do cidadão. Ao invés de ser curado da moléstia, o indivíduo sequer contrai a doença, permitindo a manutenção de um estado de bem-estar mais compatível com o pleno exercício do direito à saúde. A atuação estatal, assim, revela-se mais eficiente (atinge um resultado melhor do que o da cura).

Além disso, as ações preventivas trazem maior racionalidade na forma de gasto da verba pública destinada às atividades de saúde estatais (gasta-se menos prevenindo do que curando). Há, assim, uma preservação de recursos, auxiliando na possibilidade de existir verba para custear outras ações de saúde, seja ou não preventivas/protetivas.

## **5 APONTAMENTOS SOBRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: DEVER DE ADOÇÃO DE AÇÕES PREVENTIVAS AINDA QUE MENOS ECONÔMICAS E MAIS INEFICIENTES**

As ações preventivas e protetivas tendem a ser menos custosas e mais eficientes. O conhecimento popular já abraçou há muito essa lógica, quando cunhou o jargão “melhor prevenir do que remediar”. Diversas áreas das ciências, teóricas e práticas, já definiram a tradicional vantajosidade desse perfil de ações.



---

Apesar disso tudo, há certas situações em que essa máxima não se confirma. Na área da saúde, em relação a esse tema, desenvolveram-se estudos específicos no âmbito da economia, da saúde e da farmacoeconomia, pelas quais é analisada a relação entre o custo de certas ações de saúde para combater determinada doença com outros fatores, tais como efetividade, benefício e utilidade. Esses estudos podem indicar que as técnicas preventivas e protetivas existentes não são eficientes a impedir o acometimento da doença e, para além disso, demasiadamente custosas. Na outra ponta, as medidas remediativas são eficientes, impedindo agravos severos ao cidadão acometido da doença, e, para além disso, de baixo custo.

Embora não haja estudos apontando para benefícios econômicos e sociais derivados da adoção de medidas remediativas acerca da COVID, em detrimento de medidas preventivas, trabalhar com essa hipótese é bastante legítimo ao presente trabalho. Explicando, é de se questionar se o dever de prevenção/proteção seria mitigado ou dispensado, na hipótese de se provar que as medidas destinadas à cura dos cidadãos acometidos pela COVID fossem mais eficientes e eficazes, quando comparadas àquelas que visam a evitar o adoecimento dos cidadãos pela COVID.

Certamente, a perspectiva da eficiência aqui investigada, não é a técnica. Ou seja, uma vez que a medida não se revelar suficiente a impedir o adoecimento da população, ela não terá o caráter preventivo ou protetivo. A perspectiva da eficiência a ser analisada, portanto, está relacionada com os esforços necessários à sua implementação. Ou seja, a quantidade de recursos (financeiros, tecnológicos, humanos etc.) necessários para implementar a medida preventiva ou protetiva.

Compreendido o prisma da eficiência, a resposta à pergunta feita no início desse capítulo é negativa. Por isso, mesmo que sejam mais eficientes e econômicas, medidas voltadas a remediar e curar a doença do COVID não poderiam ser priorizadas, de modo a dispensar ou colocar em segundo plano as ações de prevenção e proteção da saúde, ainda que essas últimas imponham a utilização de uma carga maior de recursos.

A razão dessa negativa tem lugar em razão dos contornos constitucionais que conformam as ações estatais de saúde no país. A norma constitucional

---



---

determinou de forma expressa e objetiva a priorização de ações preventivas e de proteção à saúde, deixando para um segundo plano as medidas assistenciais voltadas à cura de quem adoece. A norma poderia ter delegado ao gestor público que, a cada caso aferisse qual perfil de medida seria mais eficiente e econômica (se remediativa, preventiva ou protetiva), adotando aquela que atendesse a esses critérios em maior grau. Mas não é esse o conteúdo constitucional.

Está-se a dizer, portanto, que no caso da execução de ações de saúde, ainda que medidas protetivas e preventivas possam se revelar mais custosas e administrativamente menos eficientes, devem ainda assim ser priorizadas em relação às medidas assistenciais remediativas.

A imposição dessa postura deriva de uma ordem dada pela CF, da qual o gestor público não pode se esquivar. O direito administrativo trata dessa questão ao diferenciar os atos administrativos de cunho vinculado daqueles de cunho discricionário. Os primeiros “*acabam por dispensar um juízo de valor para sua prática*” (GUIDI, 2016, p.190). Já os segundos “*são praticados por meio de juízos valorativos*” (GUIDI, 2016, p.190) pertencentes “*ao mundo da sensibilidade, ao mundo da razão prática, onde domina a incerteza, o parecer de cada um, onde não existe uma lógica de valor universal*” (QUEIRÓ. 1989, p.112-113). A discricionariedade, portanto, revela-se como um espaço em branco, criado pela lei – *margem de liberdade remanescente* (nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello), (BANDEIRA DE MELLO, 2015. p. 991) a ser preenchido por ações do administrador público.

No caso da atenção à saúde da população, a margem de liberdade é restrita, na medida em que a norma da Constituição Federal definiu uma escala assistencial. Desse modo, havendo medidas preventivas e protetivas tecnicamente eficazes, o gestor público está obrigado a executá-las. Está a elas vinculado. Haverá, certamente, carga discricionária na atuação do gestor público. Mas, ela estará reservada para as hipóteses em que haja mais de uma medida preventiva ou protetiva, por exemplo, cabendo ao administrador a eleição daquela melhor atender às necessidades coletivas.



---

Daí a importância de se entender que existe uma diferença entre eficiência e princípio da eficiência, tal como a economicidade não é igual ao princípio da economicidade. A norma impõe ao gestor público obediência aos princípios da eficiência e da economicidade, o que significa ser eficiente e buscar a racionalização de recursos dentro dos limites impostos pelo regime jurídico. E o regime jurídico impõe ao gestor a adoção de uma série de medidas que são, por natureza, ineficientes e antieconômicas. Um exemplo disso é a realização de licitação, como ato prévio à contratação pública. Realizar um processo concorrencial extrai muitos recursos públicos, retarda e encarece a contratação. No entanto, o regime jurídico admite essa perda de recursos em razão de atingir em maior medida o interesse público.

Essa perda pode também ocorrer nas hipóteses de ações preventivas e protetivas de saúde. Elas podem, ocasionalmente, ser mais custosas e impor à máquina pública um funcionamento menos eficiente e mais trabalhoso. Por isso, em certos momentos não se revelarão eficientes e econômicas. Mas, não é por isso, que devem ser dispensadas sob o falso argumento de desrespeitarem os princípios da eficiência e da economicidade, pois, como se viu, o atendimento a tais preceitos pressupõe a adesão ao regime jurídico, suas exigências e limitadores.

## 6 CONCLUSÕES

Para concluir, rememore-se as perguntas apresentadas no início desse trabalho:

- (i) é dado ao gestor público permitir que a população adoça, para depois curá-la, ainda que haja técnica adequada para prevenir o contágio?
- (ii) quais os elementos jurídicos a orientar a decisão do gestor público?

A resposta, sé a de que só é dado ao gestor público permitir que a população adoça, para depois curá-la, na hipótese de inexistência ou insuficientes de medidas preventivas e protetivas, aptas a evitar o acometimento da doença pela



---

população. Os elementos jurídicos que orientam essa resposta repousam nos artigos 196 e 198, inciso II da CF, os quais impõem uma escala assistencial a ser prestado pelo Estado à população, pela qual as ações de prevenção e proteção devem ser primeiramente adotadas. Essas ações, para além de atenderem à determinação constitucional, garantem em maior medida o exercício da vida digna (fundamento republicano previsto no art. 1º, III da CF) e tendem a ser mais eficazes, alcançando os melhores resultados e consumindo menores esforços.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO. **Curso de direito administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CZERESNIA, Dina. O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção. **Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**, v. 3, p. 39-54, 2003.

GABARDO, Emerson. O princípio da eficiência. In: (Coords.) CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coords. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>. Acesso em: 14 dez. 2020.

GUIDI, Silvio. Discricionariedade e motivação. In: **Revista brasileira de estudos da função pública – RBEFP**. Belo Horizonte, ano 5, n.13, jan.-abr., 2016.

GUIDI, Silvio. **Serviços públicos de saúde**. Quartier Latin. São Paulo: 2019.

MATA, Márcia Filomena de Oliveira. Fiscalização da administração pública em face da economicidade. In: **Revista dos Tribunais**. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. v.3., nov. 2012, p. 201.

OLIVEIRA, Elida. 83% dos principais países afetados pelo coronavírus adotaram 'lockdown', aponta levantamento. In: **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/18/83percent-dos-principais-paises-afetados-pelo-coronavirus-adotaram-lockdown-aponta-levantamento.ghtml>



---

QUEIRÓ. Afonso Rodrigues. **Estudos de direito público** v. I – dissertações. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 80-81.

SILVA, Altieres Oliveira; Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho; Janes, Diego dos Santos; Martins; Jose Alberto Monteiro. **Como Elaborar um Resumo Estruturado Como Instrumento na Disseminação Científica: Um Breve Roteiro**. *Intern. Journal of Profess. Bus. Review*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. IV-XII, jun. 2020. <http://dx.doi.org/10.26668/businessreview/2020.v5i2.215>.

SOUZA, C. P. R. et al. **Análise de custo efetividade da vacina pneumocócica conjugada 7-valente, na prevenção da doença pneumocócica, no cenário do Sistema Único de Saúde**. 2009. Disponível em: <http://www.jbes.com.br/images/v1n1/jbes-v1n1-04-artigo-original.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

UOL. **Depressão entre brasileiros quase duplica durante quarentena, diz estudo**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/05/05/depressao-brasileiros-isolamento-social-coronavirus.htm>. Acesso em 12 de dezembro de 2020.

