

DESAFIOS E POLÊMICAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: ANÁLISE CRÍTICA DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA SOBRE BENS E SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

EDUARDO MANUEL VAL¹

RODRIGO RODRIGUES DE AGUIAR²

RESUMO: Neste artigo, objetiva-se analisar o instituto da requisição administrativa à luz do texto constitucional, do entendimento consagrado pela doutrina nacional e internacional e da jurisprudência constitucional, com ênfase naquela produzida pelo Supremo Tribunal Federal, com o fim de identificar, como hipóteses, se esta possui compatibilidade com a constituição; se há aparente conflito com outras normas constitucionais, e, se havendo, como esta pode ser solucionada, visando-se, por fim, analisar se há constitucionalidade na adoção da requisição administrativa sobre bens e serviços de pessoas naturais e/ou jurídicas privadas que prestam assistência à saúde. Adicionalmente, elencar-se-ão as relações do instituto da requisição administrativa com os regimes do sistema constitucional de crises, a saber intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa, a fim de demonstrar a distinção entre estes e a requisição administrativa, bem como sua relação com os institutos da declaração de emergência e do reconhecimento de calamidade pública e a produção de seus efeitos sobre a própria requisição administrativa. Apresentar-se-á, ainda, o sistema brasileiro de saúde, à luz de suas disposições constitucionais, pincelando-se a legislação infraconstitucional que as regulamentam quando necessária à compreensão do tema abordado. Por fim, a partir dos conceitos já sedimentados apresentados anteriormente, enfrentar-se-á propriamente a constitucionalidade da requisição administrativa sobre bens e serviços privados de saúde.

104

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia; Covid-19; Requisição Administrativa; Bens e Serviços de Saúde; Sistem de Saúde; Serviço de Relevância Pública Constitucional; Direito Constitucional; Conflito aparente entre normas constitucionais; Técnica da Ponderação; Princípio da Proporcionalidade.

¹ Professor Associado da Universidade Federal Fluminense. Professor colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC-UFF. <http://lattes.cnpq.br/0529549946800850>. E-mail: eduardval11@hotmail.com.

² Mestrando no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC - UFF. <http://lattes.cnpq.br/2704089693357373>. E-mail: rodrigoraguiar@yahoo.com.br.



ABSTRACT: This article discusses the implementation of the largest health access system formulated in the United States in the last fifty years: Obamacare. Its purpose is to identify the main regulatory aspects of the program, as well as to reproduce its results based on studies that were prepared following its implementation. In particular, the article focuses on two regulatory objectives: cost reduction through increased scale, fostered by the inclusion of new consumers in the system, accompanied by greater guarantee of permanence through government subsidies and the mitigation of asymmetry problems information, mainly due to the mandatory inclusion of consumers with pre-existing diseases and the setting of minimum coverage standards. In addition, changes that occur in this system after the election of Donald Trump and its impact on the US health system will be demonstrated, relating those changes specifically to conditions of access and long-term sustainability.

KEYWORDS: Pandemic; Covid-19; Administrative Requisition; Health Goods and Services; Health systems; Constitutional public relevance service; Constitutional right; Apparent conflict between constitutional norms; weighting technique; proportionality principle.

INTRODUÇÃO

No fim de 2019, mais precisamente em 31 de dezembro de 2019, um novo agente do coronavírus foi notificado pela primeira vez na cidade de Wuhan, na China, após alguns casos terem sido registrados³.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) - OMS declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto causado pelo coronavírus (COVID-19) constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPIN (o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional), e, em 11 de março de 2020, caracterizou-o como uma pandemia⁴.

Não tardou até que, estando a doença disseminada pelo mundo, a Covid-19 chegasse ao Brasil, o que ocorreu no fim de fevereiro de 2020⁵, trazendo, com ela, todas as dificuldades já experimentadas por outros países em seu combate, além daquelas características e peculiares do Brasil⁶.

³ Disponível em: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acessado em 29 de abril de 2020.

⁴ Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acessado em 29 de abril de 2020.

⁵ Disponível em <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acessado em 02 de abril de 2020.

⁶ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pfdc/noticias/pfdc-pede-ao-ministerio-da-saude-que-informe-planejamento-para-lidar-com-o-coronavirus-em-favelas-e-periferias>. Acessado em 02 de abril de 2020.

Os dados acerca do número de casos confirmados da COVID-19 no mundo estão sendo atualizados diariamente e disponibilizados no portal oficial da Organização Mundial de Saúde (OMS)⁷.

No Brasil, o Ministério da Saúde do Brasil disponibiliza dados consolidados e atualizados por intermédio do “Painel Coronavírus”, disponível na internet⁸.

Dadas estas circunstâncias, as autoridades públicas brasileiras de todas as esferas federativas passaram a adotar diversas medidas com vistas a combater a pandemia causada pelo coronavírus, presumivelmente direcionadas ao atingimento do interesse público, as quais, contudo, vêm provocando questionamentos da comunidade jurídica, em especial acerca da compatibilidade destas com os mandamentos constitucionais⁹.

Nesta linha, o presente artigo tem como objeto principal analisar o instituto da requisição administrativa e a compatibilidade de sua adoção sobre bens e serviços de propriedade de pessoas naturais e jurídicas privadas que prestam assistência à saúde, mormente acerca de sua conformidade com as previsões contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 – CF/88.

Com vistas a melhor delimitação do objeto a ser abordado¹⁰, serão analisados alguns dos atos normativos, legais e/ infralegais, que foram editados pelas autoridades brasileiras federais neste período com o fim de criar mecanismos ágeis, dinâmicos e flexíveis que permitem o combate célere e efetivo desta pandemia, que preveem, ainda que genericamente e em redação aberta, a possibilidade de adoção da requisição administrativa sobre bens e serviços privados de saúde para atender às necessidades urgentes de saúde pública¹¹.

Tais atos conferiram novos contornos à problematização do tema ao instaurarem regimes jurídicos excepcionais que expressamente autorizaram que autoridades públicas adotassem a requisição administrativa da propriedade

⁷ Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acessado em 29 de maio de 2020.

⁸ Disponível em <https://covid.saude.gov.br/>. Acessado em 29 de maio de 2020.

⁹ Como exemplo, cita-se o artigo escrito Monolo del Olmo, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/324013/pandemia-de-covid-19-toque-de-recolher-suspensao-de-atividades-privadas-e-restricao-ao-exercicio-de-direitos-fundamentais>. Acessado em 30 de maio de 2020; assim como a notícia divulgado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal – STF, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>. Acessado em 30 de maio de 2020.

¹⁰ Outras autoridades estaduais e federais também editaram atos com a mesma natureza. Ex. Decreto nº 47312, de 27 de março de 2020. Disponível em http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/61159DECRETO%2047312_2020.pdf. Acessado em 29 de maio de 2020.

¹¹ Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde; Lei nº 13.979, de 13 de fevereiro de 2020; Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde; Portaria nº 454, de 2020, do Ministério da Saúde; Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

privada¹², em face de estabelecimentos privados de saúde, sob a alegação de existir imperiosa necessidade de serem agregados aos serviços de saúde pública para o combate ao Covid-19¹³.

No mesmo sentido, embora com tramitação ainda não concluída no âmbito do Congresso Nacional, vale registrar a aprovação, pelo Senado Federal, do projeto de lei - PL 2.324/2020, que visa autorizar o uso de leitos não ocupados de UTI em hospitais privados para pacientes do SUS com Síndrome Aguda Respiratória Grave (SRAG) e suspeita ou diagnóstico de Covid-19. O projeto segue para a Câmara dos Deputados¹⁴.

Será adotada metodologia dogmática neste trabalho, com o fim de apresentar pontualmente os elementos que circundam o instituto da requisição administrativa em seus aspectos constitucional, legal e infralegal mais relevantes, colacionando, ainda, o entendimento da doutrina nacional e internacional especializada, que conferem ênfase aos requisitos que permitem a adoção da requisição administrativa.

Como adendo, objetivando distinguir a requisição administrativa dos instrumentos cuja aplicação somente é possível em regimes jurídicos excepcionais, serão brevemente apresentados os regimes que compõem o sistema constitucional de crises previstos na própria CF/88, quais sejam a intervenção federal, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

Como preliminar inerente ao enfrentamento do objeto que se pretende atingir com este artigo, serão apresentados os mandamentos constitucionais do sistema brasileiro de saúde, bem como sua regulamentação infraconstitucional naquilo que for necessário para melhor compreensão do tema, que demonstram a sua estrutura e organização de subsistemas de saúde, um público e outro privado.

Ademais, tanto na apresentação do objeto geral, quanto dos subtemas elencados acima, serão colacionados os tratamentos dados pela doutrina e pela jurisprudência pertinentes, com o fim de enriquecer as análises e permitir o robusto aprofundamento das seguintes hipóteses:

se a requisição administrativa é compatível com o disposto da CF/88;

se, sendo compatível nos casos em geral, as previsões constitucionais justificam sua adoção sobre bens e serviços privados de assistência à saúde;

¹² Disponível em <https://www.saude.ce.gov.br/2020/04/15/governo-do-ceara-assume-segundo-hospital-privado-e-aumenta-em-131-os-leitos-para-pacientes-com-covid-19/>. Acessado em 15 de abril de 2020.

¹³ O Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS) proferiu ato (Recomendação nº 26, de 22 de abril de 2020)¹³, *ad referendum* do Pleno do CNS, recomendando ao Ministério da Saúde e às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, em suma, a adoção da “requisição de leitos hospitalares de propriedade de particulares, a fim de que seu uso seja regulado pelas autoridades públicas de saúde”.

¹⁴ Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/26/senado-aprova-uso-de-leitos-de-uti-particulares-por-pacientes-do-sus>.

se, mesmo havendo compatibilidade e justificativa, há efetividade na adoção de requisição administrativa em face de estabelecimentos de saúde privados, dados os fins colimados por ambos;

se a requisição administrativa, ao ser adotada no caso concreto sobre bens e serviços de saúde privados, deve observar limites e condições além daqueles previstos no próprio texto constitucional, e

se, havendo limites e condicionais adicionais a serem observados, quais seriam estes e de que modo defini-los.

2. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA NO TEXTO CONSTITUCIONAL:

A requisição administrativa encontra fundamento no disposto no inciso XXV do art. 5º e da Carta Magna brasileira (CF/88), que prevê que, “em caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Conforme inteligência do dispositivo constitucional, o uso de propriedade particular está condicionada, previamente, à configuração de situação de iminente perigo público, e posteriormente à indenização devida ao proprietário do bem utilizado, desde que tenha havido dano.

Segundo MENDONÇA (2020), “A requisição administrativa é a intervenção extraordinária do Estado no patrimônio por meio da qual o Poder Público, em situações de iminente perigo público, requisita bens móveis, imóveis, e serviços privados”

Ainda segundo o mesmo autor, “é auto executória: o Poder Público não precisa pedir a ninguém para agir. Configurada a situação de urgência, ele atua desde logo, e usa o bem até quando persistir a justificativa da ação. Seu fundamento constitucional é o art. 5º, inciso XXV” (MENDONÇA, 2020).

É importante salientar que esta intervenção do Estado na propriedade privada tem apoio em outras previsões constitucionais, inclusive nos incisos do próprio art. 5º da CF/88 que promovem garantia constitucional à propriedade no inciso XXII, mas já no inciso XXIII condiciona à propriedade ao cumprimento de sua função social.

Disposição semelhante está contida no inciso III do art. 170, o qual, ao constitucionalizar a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, elencou seus princípios, destacando uma vez mais a função social da propriedade.

A colação destes dispositivos pode aparentar a existência de conflito positivo entre as citadas normas constitucionais, fenômeno controverso na doutrina, por parte entender não haver possibilidade de conflitos entre normas constitucionais e parte entender que pode haver este conflito tratando-o com naturalidade, especialmente em constituições prolixas como a brasileira (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 442):

as normas constitucionais podem colidir entre si. Embora polêmica na teoria jurídica contemporânea, essa é a posição amplamente

majoritária no campo doutrinário e na jurisprudência, tanto no Brasil como no Direito Comparado. Se, por exemplo, um veículo de comunicação social anuncia que irá expor fatos íntimos concernentes à vida amorosa de uma celebridade que se opõe a esta divulgação, tem-se um conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade: as normas que consagram o primeiro direito (arts. 5º, IX, e 220, da Constituição Federal) amparam a divulgação pretendida, e a que tutela o segundo (art. 5º, X, CF) a proíbe.

Abordando os mecanismos que podem ser adotados para solucionar os conflitos entre normas constitucionais, os mesmos autores afirmam que “no caso brasileiro, por exemplo, a Constituição claramente situa em patamar superior, sob o ponto de vista material, os direitos fundamentais, se comparados, por exemplo, a princípios constitucionais da administração pública ou da ordem econômica.” (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 451)

Nada obstante, apenas por esta aceção não é possível chegar a um encaminhamento sobre o aparente conflito entre as normas constitucionais em apreço, pois, embora alguns estejam alocadas no título da ordem econômica, outras, de mesmo sentido, inclusive, estão elencadas no rol de direitos e garantias fundamentais insertos no art. 5º da CF/88.

Utiliza-se, então, a técnica da ponderação, cada vez mais pacificada na doutrina, pois “no campo jurídico, a ponderação, também chamada de sopesamento, pode ser definida de uma forma mais restrita, como técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, que busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto”. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 456)

Sobre isso, há que se considerar que, na ponderação, nem sempre se logra alcançar um meio-termo entre os bens jurídicos em disputa. Em algumas situações, diante das alternativas existentes, a solução terá que priorizar um dos interesses em jogo, em detrimento do outro.

Isto, porém, não significa que a norma que tutela o interesse derrotado vá sempre subordinar-se àquela que protege o interesse que prevaleceu. Em circunstâncias diferentes, pode se dar exatamente o contrário, e, em outras, pode ser possível encontrar uma solução intermediária. Isto porque, uma das características da ponderação é que ela deve sempre levar em consideração o cenário fático, as circunstâncias de cada caso e as alternativas de ação existentes. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, P. 456)

Dessa forma, na análise específica que será feita abaixo sobre a adoção das requisições administrativas sobre bens e serviços privados de saúde, utilizar-se-á esta técnica amiúde, com o fim de enfrentar as hipóteses correlacionadas.

Antes de encerrar este tópico, deve-se aclarar a distinção entre os conceitos de intervenção na propriedade privada e de intervenção na economia, que serão importantes para o desfecho deste artigo.

MOREIRA NETO (2014, p. 407) assim discorre sobre o tema:

Eis porque é necessário, desde logo, ter bem clara essa distinção entre as figuras jurídicas: de um lado, a *intervenção do Estado na ordem econômica*, que é uma função estatal substantiva de Ordenamento Econômico, e, de outro, a *intervenção do Estado na propriedade*, que vem a ser uma função estatal instrumental, que se põe a serviço de qualquer uma das funções substantivas.

Vê-se, portanto, que mesmo que a requisição administrativa tenha previsão constitucional, por se configurar como uma intervenção do estado na propriedade, instituto também protegido na CF/88, a legitimidade de sua adoção deve ser analisada em consideração a outros elementos, que extrapolam os requisitos expressamente previstos no art. 5º, XXV da CF/88 já descritos acima.

Nesse sentido, considerando que as disposições constitucionais “não guardam hierarquia entre si (princípio da unidade da Constituição) e, portanto, não permitiriam, em caso de colisão, uma solução de precedência *a priori* ou absoluta em favor de uma ou de outra norma” (GUEDES, 2012), é necessário adotar o mecanismo hermenêutica da ponderação, diante da relevante proteção conferida à propriedade privada pela Carta de 1988, até mesmo para delimitar o escopo de aplicação da exceção contida no referido inciso XXV do art. 5º.

3. AS DIFERENÇAS ENTRE REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA E OS REGIMES DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAIS: ESTADO DE SÍTIO, ESTADO DE DEFESA E INTERVENÇÃO FEDERAL:

Com o intento de afastar dúvidas que pairaram sobre a questão, torna-se relevante consignar a distinção, à luz das previsões da CF/88, entre requisição administrativa e os regimes que compõem o Sistema Constitucional de Crises quais sejam o Estado de Defesa, o Estado de Sítio e a Intervenção Federal.

Esta distinção se faz necessária em razão da notícia veiculada em portal especializado em matérias jurídicas, dando conta de que a Presidência da República – PR encaminhara consulta à Advocacia Geral da União – AGU sobre a possibilidade de eventual decretação de estado de sítio em razão da pandemia do coronavírus (COVID-19)¹⁵.

Os Estados de Defesa e de Sítio estão previstos nos artigos 136 e 137 da CRFB/88, alocados no Capítulo I do Título V, que dispõe sobre “DA DEFESA DOS ESTADOS E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS”. Já a intervenção está prevista no art. 34 da CRFB/88, no Capítulo VI do Título III, que dispõe sobre “DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO”.

Segundo MORAES (2003, p. 523), o “Sistema Constitucional de Crises é consistente em um conjunto de normas constitucionais, que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crise e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional”.

¹⁵ Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/leia-a-integra-do-parecer-da-oab-contra-a-possibilidade-de-estado-de-sitio-21032020>. Acesso em 02 de abril de 2020.

Nas palavras de PEÑA DE MORAES (2003), *ex vi*:

(...) mantêm as Constituições contemporâneas, na sua tessitura, mecanismos excepcionais para enfrentar situações político-institucionais ou socialmente adversas, de sorte a permitir a substituição, momentânea e ocasional, do sistema de legalidade ordinária – coincidente com período de normalidade – pelo de legalidade extraordinária – coincidente com período de crise –, investindo, em conseqüência, o Presidente da República no exercício de poderes excepcionais, taxativamente enumerados no instrumento fundamental sobre o qual se apoiam.

Fica assim patente que a situação inaugurada com a chegada da Covid-19 ao Brasil, embora esteja gerando significativo impacto na sociedade, não se enquadra nas hipóteses que justificam a adoção de qualquer dos instrumentos excepcionais que compõem o sistema constitucional de crises, por não haver, resumidamente, risco às instituições constitucionais.

4. DA DECLARAÇÃO DE SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA E DO RECONHECIMENTO DE ESTADO DE CALAMIDADE

111

Cumpra também, para os fins colimados neste trabalho, demonstrar as situações em que os estados de emergência pública e de calamidade em saúde podem ser declarados¹⁶.

Ao contrário dos estados de sítio e de defesa, a situação de emergência e o estado de calamidade pública não possuem previsão constitucional, estando definidos no decreto nº 7.257, de 04 de agosto de 2010, que, dentre outros temas, dispõe “sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, e traz os seguintes conceitos:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

(...)

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

¹⁶ Para mais informações sobre o tema, consultar COSTA, Alexandre Baumgratz da. O Estado de Direito e as restrições aos direitos e garantias fundamentais no Estado de Emergência. Itajaí-SC. 2013. Disponível em < e de emergência pública >. Acessado em 30 de maio de 2020.

Este decreto foi editado para regulamentar a medida provisória nº 494, de 2 de julho de 2010, que dispões sobre “Dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC”.

Referida medida provisória foi convertida na lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010, que, também dentre outras questões, “dispõe sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências”.

De acordo com estes instrumentos legais e regulamentares, a situação de emergência é declarada quando há risco potencial à capacidade do poder público responder à determinada circunstância imprevista e o estado de calamidade é declarado quando este risco se concretiza, exigindo ainda mais dinâmica e celeridade na atuação do poder público.

Ademais, das citadas fontes normativas, que têm um carácter mais operacional, no sentido de orientar a atuação integrada entre os diversos entes da administração pública na ocorrência de situações anormais, depreende-se também que estes institutos não possuem parâmetros legais precisos e exaustivos para sua instituição, ficando ao alvitre do gestor público e somente em um momento posterior sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito serão avaliadas.

Sendo assim, faz-se necessário trazer à colação a abordagem da doutrina jurídica sobre os institutos, a fim de melhor aclará-los.

GASPARINI (2003, p. 436) afirma que o estado de calamidade pública “É situação caracterizada pela impossibilidade de atendimento adequado por parte da Administração Pública com a utilização dos meios e recursos que normalmente estão a seu dispor”.

Já a situação de emergência “caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas à coletividade” (MEIRELLES, 2005, p. 253)

Estes entendimentos permitem observar que as declarações emergência e de calamidade pública emanadas das autoridades de todas as esferas neste período se amoldam aos textos legais e aos ensinamentos doutrinários, não carecendo, portanto, de maiores considerações neste trabalho.

5. DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA NA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO – EFEITO DA DECLARAÇÃO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA:

Dentre as consequências práticas decorrentes da declaração de emergência e do estado de calamidade pública, destaca-se a possibilidade da “União executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de

disseminação nacional”, na forma prevista no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1989¹⁷.

Ainda de maneira mais explícita, a Lei nº 8.080/89 prevê, em seu art. 15, XIII, que “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;”.

Vale ressaltar a inclusão, em norma infraconstitucional, de outras hipóteses autorizadoras da requisição administrativa de bens e serviços e particulares: a decretação do estado de calamidade pública e a irrupção de pandemias, equiparando-as à ocorrência de “perigo iminente”, prevista no art. 5º, XXV da CF/88.

Mesmo que o presente caso seja mais grave do que a irrupção de uma epidemia, por se tratar de uma pandemia, cabe o questionamento sobre se a redação da lei nº 8.080/89 não expande indevidamente o conceito de “perigo iminente” contido na CF/88 para abarcar mais hipóteses legitimadoras para adoção da requisição administrativa. Esta hipótese será enfrentada abaixo neste mesmo trabalho.

De toda forma, com o fim de promover integração normativa e com base no exercício do poder regulamentar¹⁸, as disposições da Lei nº 8.080/89 foram regulamentadas pelo Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011, que dispõe sobre “sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS”, que prevê, em seu art. 2º, “A declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN ocorrerá em situações que demandem o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública”.

Como se vê, tal decreto se amolda precisamente à situação ora enfrentada pelo Brasil e pelo Mundo em decorrência da disseminação do Covid-19 detalhada alhures.

O mesmo decreto, em seus arts. 10, §1º, V e 11, II, contém ainda previsões expressas de adoção da requisição administrativa, sem condicionar, contudo, sua adoção às situações de “iminência de perigo” estabelecidas pela CF/88:

No mesmo sentido, as já citadas portaria nº 188/2020, do Ministério da Saúde; a Lei nº 13.979, de 13 de fevereiro de 2020 e Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, editados com o específico fim de combate à

¹⁷ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm>. Acessado em 30 de maio de 2020.

¹⁸ O poder normativo econômico primário pertence ao Congresso Nacional. Enquanto o poder regulamentar econômico primário pertence ao Presidente da República, com base no art. 84 da Constituição, inciso IV, que lhe confere o poder para sancionar, promulgar as leis e expedir regulamentos para sua fiel execução. In CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

pandemia, também trouxeram previsões permissivas para a adoção da requisição administrativa, sem contar com disposição que precisamente definisse suas hipóteses de aplicação.

Como se observará abaixo, a ausência de parâmetros e critérios claros e objetivos na redação de todos estes dispositivos autorizadores da requisição administrativa, instrumento de intervenção do estado na propriedade, compromete a segurança jurídica, na medida em que não havendo hipóteses prescritivas de adoção, mesmo em tempos anormais, como este atual, o indivíduo não é capaz de se preparar para tal ocorrência.

6. DIREITO À SAÚDE: UM OLHAR PRAGMÁTICO SOBRE O TRATAMENTO DADO À SAÚDE PELA CONSTITUIÇÃO – CF/88

Para fechar a apresentação dos conceitos dos elementos necessários ao enfrentamento do objeto principal desta análise, é necessário expor de que forma o sistema de saúde do Brasil foi estruturado na CF/88.

Com efeito, a saúde, como direito social e sistema político, é disciplinada na constituição nos artigos 196 a 200 da CF/88¹⁹, que, em linhas gerais, informam que a saúde é um direito de todos e dever do Estado (art. 196), que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (art. 197), bem como que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199), para então estabelecer as competências do Sistema Único de Saúde (art. 200).

Já de plano, no art. 196, encontra-se o trecho que pode ser apontado como o mais conhecido dos brasileiros em geral sobre o tema saúde, mas que talvez seja, também, o menos compreendido, segundo o qual “a saúde é um direito de todos e dever do Estado”.

Entretanto, para compreensão ampla dos ditames deste artigo, não se deve ater apenas à parte inicial, que contém o trecho destacado no parágrafo anterior, mas também se atentar para o complemento deste dispositivo constitucional, comumente negligenciado nas análises sobre o tema, segundo o qual a saúde deve ser “garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, cujo acesso deve ser universal e igualitário por meio de ações que reduzam os riscos de doenças”.

A expressão política pública pode ser entendida como aquela que:

envolve um esforço de sistematizar ações eficientes e eficazes, com a aplicação de conhecimento de meios políticos para a adoção de instrumentos que permitam o atingimento de objetivos, resultados e metas dentro de contextos políticos específicos.

A política terá efeito direto não apenas na capacidade de atender de forma planejada a uma demanda identificada, mas, também, na

¹⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 13 de maio de 2020.

possibilidade de alcançar maior racionalidade (mesmo limitada) na ação pública. Isso está estritamente ligado à ideia de potencializar os resultados dessa ação, não significando necessariamente que o desenho ideal formulado seja integralmente aplicado ou que ele obtenha o resultado esperado em sua totalidade. Porém, sua arquitetura servirá certamente para orientar a ação pública de forma mais racional e efetiva. (HOWLETT, 2014, p. 1-12)

Já o art. 197 da CF/88 define, explicitamente, que as ações e serviços de saúde podem ser executadas diretamente pelo Estado, por terceiros prestando serviços a este, assim como pela iniciativa privada, submetendo-se, todos, à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Poder Público.

Assim como o artigo 199 da CF/88 estanca qualquer dúvida sobre a assistência à saúde ser livre à iniciativa privada.

A clareza e a objetividade do art. 199 da Constituição, com destaque para o fato de ter sido tratado em artigo específico, não podem ser ignorados na análise do sistema de saúde constitucional brasileiro, pois enfatizam a existência de um setor privado de assistência à saúde distinto e apartado dos serviços públicos de saúde.

O sistema único de saúde somente é mencionado no art. 200 da CF/88, permitindo, portanto, a compreensão de que o setor saúde perfaz uma atividade econômica em sentido estrito, sobre a qual se aplicam os fundamentos (com ênfase à livre iniciativa) e os princípios (com ênfase à propriedade privada) da ordem econômica previstos no art. 170 da CF/88.

Cumprindo um adendo para ressaltar que o setor privado de saúde engloba a prestação de serviços de assistência à saúde diretamente por profissionais e estabelecimentos de saúde aos usuários finais ou consumidores, na acepção do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC, instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou por intermédio das operadoras de planos privados de assistência à saúde, mediante a cobertura de riscos da assistência, na forma prevista na Lei nº 9.656, de 1998, que “Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”, denominado “setor de saúde suplementar”.

No caso da saúde suplementar, extrai-se do texto constitucional seu fundamento, tanto na redação dos arts. 197 e 199 da CF/88 já citados, quanto na definição do Estado como o agente normativo e regulador da atividade econômica, que exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento sujeita à regulação, com fulcro na previsão constitucional no art. 174.

Merece atenção ainda a previsão constitucional da denominada “saúde complementar”, a qual, diferentemente da saúde suplementar, atua junto ao sistema público de saúde, como bem pontua FERREIRA FILHO (2018), a assistência à saúde prestada pela iniciativa privada “no modelo de saúde complementar, determinado no §1º, do mesmo artigo, permite aos particulares participarem, por meio de contratos de direito público ou convênios remunerados pela Administração Pública, da prestação de serviços e assistência à saúde vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Este modelo se encontra positivado no §1º do art. 199 da CF/88, bem como na Lei nº 8.080, de 1990, em especial no art. 24.

Destaca-se que essa forma de participação privilegia a liberdade negocial e a livre iniciativa ao determinar que a prestação de serviços será realizada conforme contrato ou convênio, instrumentos negociais que exigem a manifestação de vontade das partes, havendo uma “ideia de subsidiariedade da rede privada em relação à rede pública, servindo para suprir deficiências ou insuficiências da última” (MARQUES NETO, 2015).

A citada Lei nº 8.080/90, conhecida como “Lei Orgânica da Saúde”, dispõe sobre “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, prevendo, em seu art. 4º, caput e §1º, *in verbis*:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. (grifou-se)

116

Tais dispositivos constitucionais e legais citados, devidamente concatenados para posicionar a saúde como direito, estrutura e sistema ante o ordenamento jurídico brasileiro, demonstram que a CF/88 erigiu a saúde ao nível de política de estado, norteadora de todas as ações dos administradores públicos, inclusive vinculando-os às suas disposições, independentemente das ideologias dos governos que se sucederem, delimitando, com clareza, quais serviços de saúde estão sob gestão e controle da administração pública e quais são adstritos à iniciativa privada.

Ou seja, o sistema de saúde se direciona à efetivação de um direito fundamental de segunda dimensão, previsto no art. 6º da CRFB, caracterizando-se por corresponder a um direito subjetivo do indivíduo de exigir a prestação de assistência à saúde direta do Estado ou contratar serviços privados para satisfazer suas necessidades de saúde.

Isso porque, em uma conjuntura dos preceitos constitucionais, deflui-se que não há monopólio estatal na prestação dos serviços de assistência à saúde, que tem a prerrogativa de gerir as ações e os serviços públicos de saúde, componentes do sistema único de saúde, sejam os prestados por seus próprios meios ou através de terceiros contratos pelo Estado, no modelo de saúde complementar já apresentado, para garantir a todos o direito à saúde.

Logo, não há preponderância entre uma ou outra forma de prestação de serviço de saúde, sendo garantida pela CR/88 a liberdade de escolha dos indivíduos, que podem se utilizar dos serviços de saúde públicos, que deve ser garantido a todos os indivíduos pelo Estado, ou contratar um serviço privado de saúde suplementar, quando assumirão a posição de consumidores.

7. DAS REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS DOS BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE PRIVADOS: QUAIS ELEMENTOS DEVEM ESTAR PRESENTES PARA QUE HAJA COMPATIBILIDADE COM A ORDEM CONSTITUCIONAL?

Passa-se, agora, à abordagem técnica/teórica da constitucionalidade da adoção da requisição administrativa bens e serviços das pessoas jurídicas privadas que prestam serviços privados de assistência à saúde.

Em suma, o que se busca analisar, neste capítulo, é o aparente conflito entre o direito à propriedade privada, e sua temporária restrição por intervenção estatal, e a necessária tutela estatal da vida, da incolumidade, e da saúde dos indivíduos e/ou da coletividade pelo Estado.

Para tanto, como primeira etapa, sem retomar toda a descrição já feita anteriormente, deve-se apresentar em destaque, uma vez mais, os elementos que formam o art. 5º, XXV da CF/88, em especial a exigência, como requisito, do iminente perigo público para que seja possível o uso de propriedade participar pela autoridade pública competente mesmo sem anuência do proprietário.

Sobre este requisito, entende MENDONÇA (2020, p. 9) que:

a situação de perigo público é a que traz risco de dano, material ou moral, a coletividade específica (ex., índios de uma tribo) ou indeterminada (ex., fluminenses). O risco de dano não basta ser público; tem que ser iminente, isto é, estar próximo de ocorrer. Como a requisição administrativa implica tensionamento máximo à propriedade, não é dano trivial que habilita à requisição: é dano grave, tal como o desabastecimento, o incêndio, a morte.

Complementa, ainda, o mesmo autor que o perigo público que habilita a requisição deve ser imprevisível, na ocorrência ou nos efeitos, pois perigos previsíveis não justificam a requisição administrativa, que é instrumento excepcional da Administração Pública.

Tais asserções sedimentam o contexto em que o requisito constitucional deve ser analisado para legitimar a requisição administrativa, de modo que as considerações a seguir serão apresentadas a partir desta premissa.

Prosseguindo-se na análise, parte-se para aplicação da técnica da ponderação descrita alhures no contexto da requisição de bens e serviços de saúde privados, tendo em vista haver aparente conflito entre o *caput* e os incisos XXII e XXIII do art. 5º c/c os arts. 170, *caput*, II e III; 197; 199, *caput* da CF/88 e o inciso XXV, todos do art. 5º da CF/88.

Nesse diapasão, cumpre reiterar a construção apresentada mais detalhadamente em capítulo próprio, a partir qual se entende que, embora a prestação de serviços de saúde seja dever do Estado e direito de todos, conforme parte inicial do art. 196 da CF/88, estando, portanto (FERREIRA FILHO, 2018) “intrinsecamente ligado à dignidade e ao direito à vida, que integra o rol de direitos fundamentais sociais consoante o art. 6º da CRFB/88”, também está previsto que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde”, “devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Estes dispositivos constitucionais permitem interpretação de que há a coexistência de dois subsistemas de saúde vigentes no Brasil, um gerido, organizado, estruturado e prestado pelo Poder Público, e outro pela iniciativa privada, gozando, ambos, de proteção e previsão constitucional.

Como parâmetro, transcreve-se abaixo parte do voto do Ministério Cesar Peluso por ocasião do julgamento do MS 25.295, abordando precisamente a questão:

O problema é que a requisição, como tal, pressupõe que o bem, objeto da ordem, tenha destinação diversa da prevista na Constituição. Ou seja, o Estado pode requisitar, porque o bem tem uma destinação, uma vocação, uma função prática diferente daquela mediante a qual pode, em caráter excepcional, atender a um interesse público relevante. O Estado retira o bem da sua função, da sua serventia prática, da sua destinação natural, para usá-lo como meio de conjurar perigo público.

Quando se trata de bem que já está empregado na sua destinação, mas há apenas falha na sua gestão, (...) o caso é de expropriação temporária do poder de (...) gerir aquele bem que já está sendo empregado na sua destinação específica.

Adiante na aplicação da técnica da ponderação, considerando se tratar de ato administrativo que interfere na esfera jurídica do particular, adota-se imperiosamente o Princípio da Proporcionalidade, que “incide de molde a resolver o caso de acordo com as suas peculiaridades, como que indicando a solução que se amolde de maneira perfeita às circunstâncias”, com seus consectários da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito”. (ALVIM NETTO, 2003)

Na técnica da ponderação, “verifica-se, primeiramente, se a aventada restrição ao bem jurídico tutelado por uma das normas constitucionais em conflito ao menos contribui para a promoção daquele protegido pela norma contraposta (subprincípio da adequação)”. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 461)

No caso em apreço, em tese, infere-se que este subprincípio resta observado, uma vez que, na eventual requisição administrativa de bens e serviços de saúde privados, estes seriam utilizados pelas autoridades públicas competentes para atendimento à população em geral, sob o manto do sistema de saúde pública.

Presente, então, esta a adequação, deve-se analisar “se existia ou não alguma medida alternativa mais suave, que promovesse, da mesma forma, o interesse subjacente à norma constitucional contrária, sem restringir com tamanha intensidade o bem jurídico atingido (subprincípio da necessidade)” (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 461), havendo resposta positiva, deve-se invalidar a proposta que conflita com o outro dispositivo constitucional.

Nesse sentido, no caso em questão, a depender das circunstâncias concretas observadas na realidade, é factível identificar algumas alternativas à adoção da requisição administrativa.

Circunscrevendo-se às previsões constitucionais, há alternativa prevista nos arts. 197, *in fine*, e 199, §1º da CF/88, que dispõe sobre a chamada “saúde complementar”²⁰, por intermédio o poder público contrata, em uma relação bilateral, amparada na negociação e na autonomia da vontade, bens e serviços de entidades privadas que prestam assistência à saúde para reforçar a capacidade de atendimento do sistema público de saúde, já narrada no capítulo pertinente.

Ainda sobre isso, destaca-se esta contratação de serviços privados foi ainda mais facilitada neste período de pandemia do Covid-19, com permissão, inclusive de contratação direta sem licitação, de forma a garantir a celeridade às ações do Poder Público, com amparo na regra geral prevista no art. 24, IV da Lei 8.666/93 e a específica e hodierna contida no art. 4º na Lei 13.979/2020.

Segundo MENDONÇA. (2020, p. 10):

a contratação direta sem licitação fundada na emergência – tanto na regra geral (art. 24, IV, lei n. 8.666/93) quanto na regra da pandemia (art. 4º da lei n. 13.979/2020) é decorrente de um estado de necessidade. Além disso, na contratação, o particular possui a garantia do contrato administrativo. A requisição é uso do bem antes de qualquer possibilidade de contratação. Na contratação, direta há voluntariedade.

A requisição deve ser utilizada em atendimento a um estado de necessidade, iminente, quando não for possível qualquer possibilidade de contratação. Na contratação o particular possui a garantia do contrato administrativo, celebrado de forma voluntária. Reforça-se que com o prolongamento da pandemia no tempo, a iminência vai se dissipando e se tornando emergência de saúde pública, afastando o permissivo constitucional para a requisição administrativa.

Encerrando esta tríade, chega-se ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que analisa se a restrição ao interesse constitucionalmente protegido

²⁰ Sobre o tema, vale a leitura das medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que, a partir de proposta formulada pelo Fórum da Saúde, por intermédio de seu Comitê Executivo Nacional, que atua como órgão de produção e execução de políticas públicas relativas à judicialização da saúde, consubstanciadas na Nota constante dos autos do processo nº 0003408-28.2020.2.00.0000.

por uma norma constitucional é ou não compensada pela promoção do interesse antagônico, o qual, no caso em questão, também estaria em tese observado. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 461)

Esta observância estaria sustentada na lógica em que “a saúde pública — bem tutelado pela proibição — tem um forte peso abstrato, assim como a autonomia privada. O grau de restrição à autonomia privada e de promoção à saúde na medida podem ser considerados, em tese, equivalentes”. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 461)

Contudo, para que a técnica da ponderação seja aplicada em sua máxima amplitude, a fim de confirmar esta equivalência no caso concreto, há que se considerar, por um lado, que existe certeza de que, com a adoção da requisição administrativa, haverá restrição do direito à propriedade, mas, por outro, há dúvidas fundadas sobre se ela realmente promove a saúde, uma vez que bens e serviços não se aplicam automaticamente no atendimento às necessidades de saúde da população, sendo exigida a atuação do gestor público para dar-lhes adequada e eficiente destinação, em consagração ao princípio da eficiência (Art. 37, *caput*, CF/88).

Nesse sentido, retomando-se o exemplo anteriormente trazido sobre o disposto no art. 15, XIII lei nº 8.080/90, a partir da análise sistemática empreendida neste capítulo, é possível se chegar ao entendimento de que, não obstante o legislador ordinário tenha pretendido equiparar as situações de calamidade pública e de irrupção de epidemias às circunstância de perigo iminente, para que a requisição administrativa seja adotada em conformidade com o texto constitucional e com a doutrina constitucional-administrativista, é necessário estar caracterizado, no caso concreto, o iminente perigo público, bem como estarem presentes os requisitos constantes dos subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Portanto, cabe advogar a tese de que não basta estar decretado o estado de emergência ou de calamidade públicas para justificar a adoção da requisição administrativa. Os requisitos presentes no próprio texto constitucional, bem como as técnicas avaliativas dos atos administrativos que provocam efeitos na esfera jurídica dos administrados precisam ser precisamente observados no caso concreto.

Vale, neste ponto, mencionar a propositura de ação direta de inconstitucionalidade ²¹ pela Confederação Nacional de Saúde – CNSaúde, objetivando que o Supremo Federal confira interpretação conforme à CF/88 ao inciso VII e ao inciso III do §7º, ambos do art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, por entender que sua redação ofende a ordem constitucional por possuir previsão deveras genérica e extensiva.

Tais alegações encontram amparo no voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do mandado de segurança nº 25.295. Neste, a partir de voto proferido pelo Ministro Celso de Mello), asseverou-se também que “a requisição de bens e/ou

²¹ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/entidade-stf-fixacao-regras-requisicoes-saude>. Acessado em 03 de abril de 2020.

serviços, nos termos em que prevista na Constituição da República (art. 5º, inciso XXV), somente pode incidir sobre a propriedade particular”.

Nesta linha, considerando os argumentos apresentados no início deste capítulo, dando conta que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, podendo ser prestados pela iniciativa privada (art. 197 da CF/88), tornar-se-ia factível a interpretação de que não seria possível deflagrar requisição administrativa em face de bens e serviços de saúde.

Partindo deste princípio, a ADIN movida pela CNSaúde requer que as requisições, se intentadas em face de estabelecimentos privados de saúde, cumpram alguns pré-requisitos²²:

Assim, a CNSaúde sugere que as requisições comprovem: prévia oitiva do atingido pela medida; fundamentação explícita, realizada com atenção aos requisitos do princípio da proporcionalidade; prévio esgotamento de todos os meios disponíveis à administração pública para adquirir os bens requisitados; comprovação de que os bens requisitados não inviabilizarão a prestação de serviço de saúde por parte da instituição atingida; e obtenção do bem ou serviço na específica quantidade requisitada.

Uma vez mais demonstra-se necessário adendo para destacar que a proposta prévia oitiva não ser confundida com concordância do particular atingido pela medida, pois tal obrigação desnaturaria o instrumento, conforme entende DI PRIETO (2016. p.176):

Em qualquer das modalidades, a requisição caracteriza-se por ser um instrumento unilateral e auto executório, pois independe da aquiescência do particular e da prévia intervenção do Poder Judiciário; e em regra oneroso, sendo a indenização a posteriori.

A oitiva prévia se presta à possibilidade do particular demonstrar que aquele bem ou serviço requisitado está sendo ou em vias de ser utilizado no próprio enfrentamento à pandemia de coronavírus, hipótese em que a requisição deixaria de estar revestida de legalidade e constitucionalidade.

VIII. CONCLUSÃO

O presente artigo introduziu as circunstâncias que ensejaram a decretação de situação de emergência de saúde pública de importância nacional – ESPIN e o reconhecimento do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, elencando os principais atos normativos editados e publicados para o enfrentamento da pandemia.

²² <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/entidade-stf-fixacao-regras-requisicoes-saude>. Acessado em 03 de abril de 2020.

Apresentou, a seguir, os fundamentos constitucionais e doutrinários concernentes ao instituto da requisição administrativa, centrados no aparente conflito das normas constitucionais dispostas no caput e incisos XXII e XXIII do art. 5º c/c os arts. 170, caput, II e III; 197; 199, caput da CF/88 e no inciso XXV, todos do art. 5º da CF/88, concluindo que, pela técnica da ponderação, estando presentes os requisitos do próprio inciso XXV do art. 5º e os demais construídos pela doutrina e pela jurisprudência, relativos ao princípio da proporcionalidade, a requisição deveria prevalecer sobre a propriedade privada.

A seguir, apresentou-se os fundamentos, as hipóteses de aplicação e os limites que devem ser observados pelos instrumentos que compõem o Sistema Constitucional de Crises, quais sejam o Estado de Sítio, Estado de Defesa e a Intervenção Federal, previstos nos arts. 136 e 137 e 34, todos da CRFB/88, demonstrando que a situação atual, caracterizada pela pandemia da Covid-19, embora esteja gerando significativo impacto na sociedade, não se enquadra nas hipóteses que justificam a adoção de qualquer dos instrumentos que compõem o sistema constitucional de crises, por não haver, resumidamente, risco às instituições constitucionais.

Demonstrou-se, ainda, que a situação de emergência de saúde pública de importância nacional que foi declarada e o estado de calamidade pública que foi reconhecido, ambos também em decorrência da Covid-19, não se confundem com os regimes excepcionais supracitados, mas ensejam a adoção de medidas excepcionais específicas, utilizadas em casos de risco potencial e ou concretizado, respectivamente, com o fim de ampliar a capacidade do poder público de responder à determinada circunstância imprevista, dentre as quais, em tese, está a requisição administrativa de bens e serviços de saúde privados, conforme previsão em diversos dos diplomas publicados neste interim.

Foram colacionados os dispositivos constitucionais, bem como os infraconstitucionais que os regulamentaram, que estruturam e organizam o sistema de saúde brasileiro, demonstrando-se a assistência de dois subsistemas autônomos, um relativo aos serviços de saúde pública, geridos conforme as regras do Sistema Único de Saúde, e outro relativo aos serviços privados de assistência à saúde, não componente daquele, mas igualmente reconhecido pela próprio CF/88 como de relevância pública.

Passou-se, então, a enfrentar mais detidamente a possibilidade do Poder Público requisitar administrativamente bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas atuantes no setor privado de assistência à saúde para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Foram elencados os dispositivos constitucionais que tratam do tema, primeiro de maneira geral, e depois em uma abordagem específica sobre requisições administrativas intentadas em face de estabelecimento privados de prestação de serviços de saúde, a fim de identificar se esta requisição, na forma como prevista nos instrumentos elencados, e em especial na “lei de quarentena”, Lei nº 13.979, de

13 de fevereiro de 2020, e na maneira como tem sido aplicada na prática, são compatíveis com a ordem constitucional.

Entendeu-se pela constitucionalidade da requisição administrativa recair sobre bens e serviços de saúde, desde que, contudo, esteja caracterizada a situação de iminente perigo público, cujos contornos foram delineados, bem como a imperiosa aplicação do princípio da proporcionalidade, com seus consectários da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Cogitou-se, também, por outro lado, a eventual impossibilidade constitucional desta requisição, sustentada em jurisprudência do STF que afirma que requisições administrativas somente podem ter como objeto bens e serviços de particulares, de modo que, como a própria CF/88 reconhecer serem de relevância pública os serviços de saúde, inclusive os privados, estes estariam excluídos do elenco de hipóteses de adoção desta medida.

Demonstrou-se, também, a necessidade das requisições administrativas somente serem adotadas prévio esgotamento de meios alternativos e menos interventivos na propriedade privada disponíveis à administração pública para atingir os mesmos fins colimados, em atenção aos requisitos do próprio princípio da proporcionalidade;

Por fim, assevera-se que, diante da gravosa intervenção do Estado na propriedade e na iniciativa privada que este instrumento representa, deve a requisição administrativa ser adotada tão somente quando todas as demais alternativas de que dispunha o Estado mostrarem-se frustradas para atender o interesse público.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O princípio da Proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea – análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout15anos/article/download/3681/3771>. Acessado em 04 de abril de 2020.

BRASIL. Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante. Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília: IPEA, 2018.

_____. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível na internet

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 14 de agosto de 2013.

_____. Planalto. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm>. Acessado em 30 de maio de 2020.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Ed. Lumen Juris, 12^a ed., p. 27/28. <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/entidade-stf-fixacao-regras-requisicoes-saude>. Acessado em 03 de abril de 2020.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERREIRA FILHO, Miguel. **Limites, fins e impactos da regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar sobre os contratos de Planos de Saúde** [Dissertação]. Curitiba: 2018. Disponível em <<https://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2018/MIGUEL-FERREIRA-FILHO.pdf>>. Acessado em 29 de julho de 2019.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8^a. ed. rev. atual. Ed. Saraiva, 2003.

GUEDES, Néviton. A ponderação e as colisões de normas constitucionais. Disponível em [conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais](https://www.conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais). Acessado em 03 de abril de 2020.

HOWLETT, M. et. al. The elements of effective program design: a two-level analysis. **Politics and Governance**, v. 2, n. 2, p. 1-12, 2014. Disponível em: <https://goo.gl/cAS31i>. Acessado em 01 de junho de 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Público e Privado no setor de saúde**. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan/mar., 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12799>. Acessado em 27/04/2019.

MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31 ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2005.

MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. Dez perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de COVID-19. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pg. 523.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, 15ª ed., revista, refundida e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Edição. Editora Forense, 2014.

OLMO, Monolo del Olmo. Pandemia de covid-19, toque de recolher, suspensão de atividades privadas e restrição ao exercício de direitos fundamentais. disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/324013/pandemia-de-covid-19-toque-de-recolher-suspensao-de-atividades-privadas-e-restricao-ao-exercicio-de-direitos-fundamentais>. Acessado em 30 de maio de 2020.

PEÑA DE MORAES, Humberto Peña. **Mecanismos de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas do Sistema Constitucional de 1988**: Estado de Defesa e Estado de Sítio. Revista da EMERJ - v.6 n. 23 – 2003. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_sumario.htm. Acesso em 02 de abril de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed, Malheiros editores, São Paulo, 2000.

125

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.