

**Os limites da declaração da lei de liberdade econômica em uma crise sanitária:  
A intervenção estatal no mercado de saúde privado****The limits of the declaration of the economic freedom law in a health crisis:  
State intervention in the private health market**

DOI:10.34117/bjdv6n10-260

Recebimento dos originais: 13/09/2020

Aceitação para publicação: 13/10/2020

**Roberto Eurico Schmidt Júnior**

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Endereço profissional: Rua Nunes Machado 472 CJ. 1401 Centro, CEP 80250000.  
Curitiba/PR

Professor no Centro Universitário Curitiba e Advogado

E-mail: professoreurico@gmail.com

**Amanda Cristina Paulin**

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA (2020).

Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (2011). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2010).

Endereço pessoal: Rua Coronel Amazonas Marcondes, 1065, apto 402, BL A, Cabral, CEP 80035-230, Curitiba/PR

Professora no: Instituto Caiçara de Pesquisa e Ensino Superior; na Escola da Magistratura do Estado do Paraná, e na Escola Da Magistratura Federal Do Paraná, e Procuradora na Câmara Municipal de Matinhos

E-mail: amandapaulin@yahoo.com.br

**Lara Helena Luiza Zambão**

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA.

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2020).

Endereço pessoal: Rua Engenheiro João Visononi, nº 254 – CEP 81.280.180, Curitiba/PR

Estagiária no Tribunal de Justiça do Paraná em gabinete de segundo grau recursal

E-mail: lara\_zambao@hotmail.com

**RESUMO**

Com o fim de dar eficácia ao desenvolvimento socioeconômico nacional, coadunado com o reconhecimento das falhas de intervenção estatal na iniciativa privada, o legislador nacional impôs uma mudança, legislativa e cultural, para combater e dar autonomia ao particular, através da Lei Federal nº 13.874, conhecida como a Lei da Liberdade Econômica, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Tal legislação incide em todas as atividades, inclusive no Setor de Saúde privado, tão sucateado pelas inúmeras regulações estatais. Desta forma, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a incidência da esfera estatal na autonomia privada na saúde em crises sanitárias, bem como quais serão os limites da Declaração de Liberdade Econômica na iniciativa privada durante uma crise sanitária. Com o fim de investigar o problema proposto adotou-se o método dedutivo através de revisões bibliográficas, análise de doutrinas, jurisprudências e legislações sobre o assunto.

**Palavras-Chave:** Declaração da Liberdade Econômica, Crise, Saúde, Iniciativa privada.

**ABSTRACT**

In order to give effectiveness to the national socioeconomic development, in line with the recognition of the failures of state intervention in private initiative, the national legislator imposed a change, legislative and cultural, to combat and give autonomy to the private individual, through Federal Law No. 13,874, known as the Economic Freedom Law, arising from the conversion of Provisional Measure No. 881 of April 30, 2019. Such legislation focuses on all activities, including the private health sector, which is so scrapped by countless state regulations. Therefore, this survey aims at analyzing the incidence of the state sphere on private autonomy in health in health crises, as well as the limits of the Declaration of Economic Freedom in private initiative during a health crisis. In order to investigate the proposed problem, the deductive method was adopted through bibliographic reviews, analysis of doctrines, jurisprudence and legislation on the subject.

**Keywords:** Declaration of Economic Freedom, Crisis, Health, Private Initiative.

**1 INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas mudanças ao cenário brasileiro, seja no âmbito social, político ou econômico, sendo que o último foi alterado com o fim de inaugurar uma nova ordem econômica, promovendo um ambiente independente, livre da intervenção estatal e garantidor da autonomia privada.

No entanto, nota-se, no presente cenário contemporâneo que, o Estado vem tomando um espaço muito maior àquele ora destinado, diversos estudos apontam que há uma mínima autonomia privada no Brasil, sendo um exemplo a comparação da liberdade financeira, realizada pelo presente estudo, que apresenta que a liberdade nacional se iguala a de países subdesenvolvidos, ficando longe de países desenvolvidos, como o Canadá.

Por isso, se fez necessário à promulgação de diversas legislações visando à abertura de mercado, protegendo o empreendedor particular, bem como, superando a burocracia e ineficiência estatal.

Neste contexto, surge a Declaração da Lei da Liberdade Econômica, conversão da Medida Provisória nº 881 de 2019, que, apesar de nova, está sendo bem aceita pelos economistas e pelo ordenamento nacional.

De acordo com os princípios insertos na Declaração, a intervenção estatal deve ser mínima/subsidiária, com maior autonomia a iniciativa privada. Sendo diversos os instrumentos para intervir na economia, como a política fiscal e monetária, e, no contexto da saúde, as massivas regulações que tornam a atividade onerosa e diminuem sua qualidade.

As regulações no Mercado de Saúde Privado cresceram de forma excessiva, tanto pelo legislador, como em decisões já consolidadas pelo Superior Tribunal de Justiça ou em Tribunais Locais, obrigando os planos e seguros a custear tratamentos, fornecerem remédios aumentando sua carga financeira.

Com a vinda de uma pandemia viral, causada por um vírus de rápida transmissão e letalidade, os planos particulares se viram em um ambiente com decisões e projetos de leis que retiravam totalmente sua autonomia, obrigando-os a custear exames, tratamentos, ceder leitos, sem prévia consulta.

Deste modo, o presente estudo tem como objetivo entender a necessidade do afastamento do Estado na iniciativa privada, demonstrando se há eficácia e projeções da Declaração de Liberdade Econômica no setor de saúde privada. Após, estuda-se como as medidas adotadas pelo Estado, para enfrentar a Crise Sanitária causada pelo vírus SARS-CoV-2, podem causar reflexos econômicos dos Planos de Saúde; para enfim, realizar uma análise se há eficácia da Declaração de Liberdade

Econômica durante a presente crise, afinal, toda instituição deve ser testada em períodos normais e anormais, para que assim, tenha-se conhecimento de seus efeitos durante qualquer incidência.

Para a condução da presente análise científica e conseqüentemente a Para uma eficiente condução de pesquisa científica se faz necessário estabelecer um procedimento metodológico, desta forma, os autores buscaram através de uma metodologia dedutiva e visivelmente bibliográfica respostas para seus questionamentos.

A coleta de dados se deu em análises de bibliografias clássicas sobre o assunto, bem como nos estudos de dados sobre a intervenção estatal na saúde privada, sendo, portanto, utilizado o método dedutivo com abordagem qualitativa.

## **2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - INTERFERÊNCIA ESTATAL NA INICIATIVA PRIVADA**

O homem, quando inserido em sociedade, busca atender às necessidades básicas de sobrevivência, a partir do momento que percebe que não mais é capaz de fazê-lo sozinho, busca amparo no Estado para que garanta suas necessidades, a soma de cada necessidade individual, transforma-se no interesse coletivo da sociedade.

Para suprir o interesse coletivo, o Estado precisa assegurar um modelo econômico/político seguro para a população, para assegurar a livre economia e resolução de conflitos, de modo célere, afastando-se, sempre que possível, da burocracia estatal, bem como da intervenção ao particular.

Conforme ensina o economista Matias-Pereira (2014):

A função principal do Estado-nação no mundo contemporâneo é a de ampliar de forma sistemática as oportunidades individuais, institucionais e regionais. Deve preocupar-se, também, em gerar estímulos para facilitar a incorporação de novas tecnologias e inovações no setor público que contribuam para aumentar a produtividade, que permitam atender as crescentes demandas da sociedade contemporânea.

Para isso, estabeleceu-se um conjunto de normas na Constituição Federal de 1988, inseridas no “*Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira*”. Nota-se que, a intenção do legislador foi se afastar do *welfare state*, priorizando a vinda do *laisser fair*, sendo um modelo sócio econômico mais viável que o Estado Social, que visa a redução direta estatal no campo econômico.

O ideal liberal está exposto na valorização do trabalho e da livre iniciativa, de forma a assegurar a todos uma “existência digna”, observados, entre outros, os princípios da livre iniciativa, da redução das desigualdades e a busca do pleno emprego, com livre acesso a todos ao exercício de qualquer atividade econômica, sendo exceção à necessidade de autorização prévia do Estado.

Mostra-se crucial trazer o ensinamento de José Afonso da Silva citado por Etiane da Silva Barbi Köhler (2003), cuja lição mostra a caracterização da Constituição pelo sistema capitalista:

Aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesse da classe dominante.

Apesar de enaltecer postulados liberais, a posição do Estado no Mercado Privado pode ser presente, contudo, de forma excepcional e limitada. Exemplo disso é o ensinamento do Ministro Barroso (2011) na matéria de intervenção nos preços:

O Estado pode interferir na ordem econômica mediante uma atuação direta, isto é: assumindo, ele próprio, o papel de produtor ou prestador de bens ou serviços. Essa modalidade de intervenção assume duas apresentações distintas: (a) a prestação de serviços públicos e (b) a exploração de atividades econômicas. Entretanto, cabe não perder de vista que a atuação direta do Estado na economia é excepcional, só autorizada nos termos constitucionais, por representar uma exclusão da livre iniciativa. Este caráter excepcional é enfatizado pela Constituição em duas normas, uma implícita e outra explícita. A primeira limita a criação de novos monopólios públicos, além daqueles que já constam da Carta<sup>36</sup>. E a segunda impõe a necessidade de lei autorizativa de qualquer forma de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, cujos pressupostos são os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Além disso, a Constituição estabelece que, nessas hipóteses, o Estado-empresário estará submetido às mesmas condições que os particulares, de modo a evitar a concorrência desleal, com prejuízo maior para o princípio da livre iniciativa. (Grifo nosso)

No entanto, apesar da nobre intenção do constituinte, a legislação extravagante e jurisprudência, vão em sentido contrário, relativizando a mínima intervenção estatal, de modo que engessam o sistema, inviabilizando o livre exercício da atividade econômica.

O nível de intervenção do Estado brasileiro na economia é um dos maiores do mundo, como fundamento utilizou-se de uma busca de dados na plataforma da fundação *Heritage Foundation*, que mede a intervenção na economia de aproximadamente 180 países.

A fundação apresentou que o Brasil ocupa a 144<sup>a</sup> posição, sendo considerado uma economia “*mostly unfree*”, sobre o mercado a pesquisa aponta que:

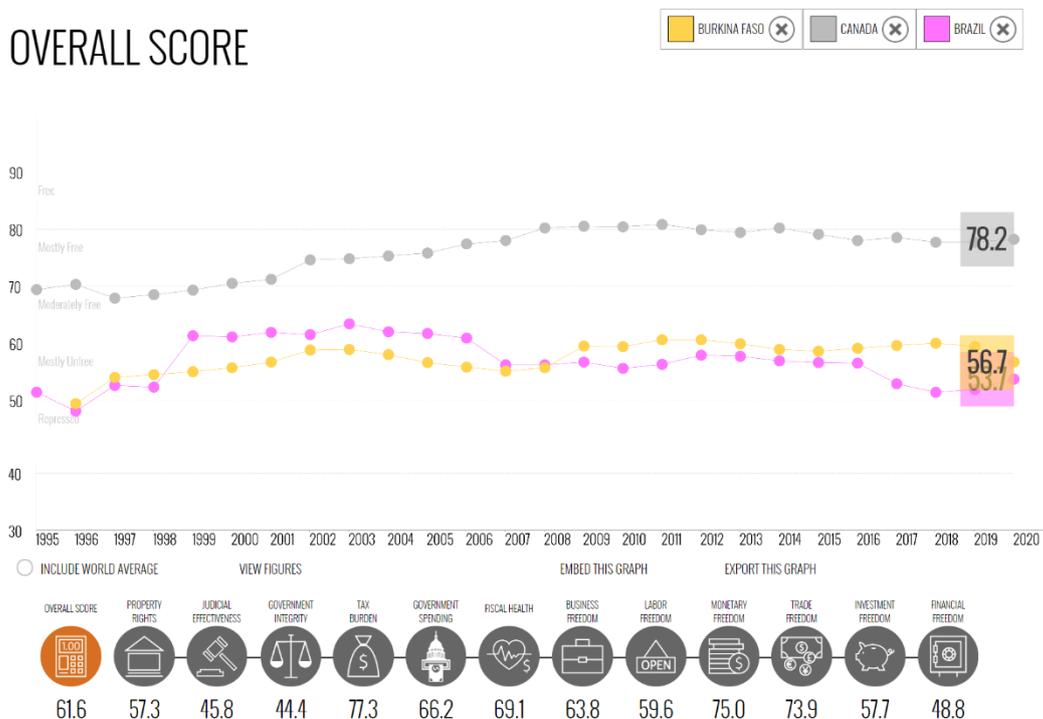
O valor total das exportações e importações de bens e serviços é igual a 29,1% do PIB. A tarifa média aplicada é de 8,6% e 635 medidas não-tarifárias estão em vigor. Esforços para melhorar a estrutura de investimentos estão em andamento, mas os obstáculos burocráticos continuam consideráveis. Os mercados bancário e de capitais são diversificados e

crecentes, mas o envolvimento do Estado nos mercados de crédito permanece e os bancos públicos respondem por cerca de 50% dos empréstimos. (Tradução nossa)<sup>1</sup>

Em relação aos critérios particulares do país, a pesquisa utilizou um gráfico que leva em consideração pontos como os direitos de propriedade, eficácia judicial, impostos, gastos do governo, saúde fiscal, liberdade de investimento, negocial e econômica do Brasil comparando-o a nível global.

Assim é possível ter uma visão completa a panorâmica de todo o cenário, cujo resultado mostrou que os índices de liberdade do país, estão abaixo da média mundial, veja-se:

Gráfico 1 – Relatório da liberdade na econômica no Brasil, comparada a nível global, no lapso temporal de 1995 até 2020

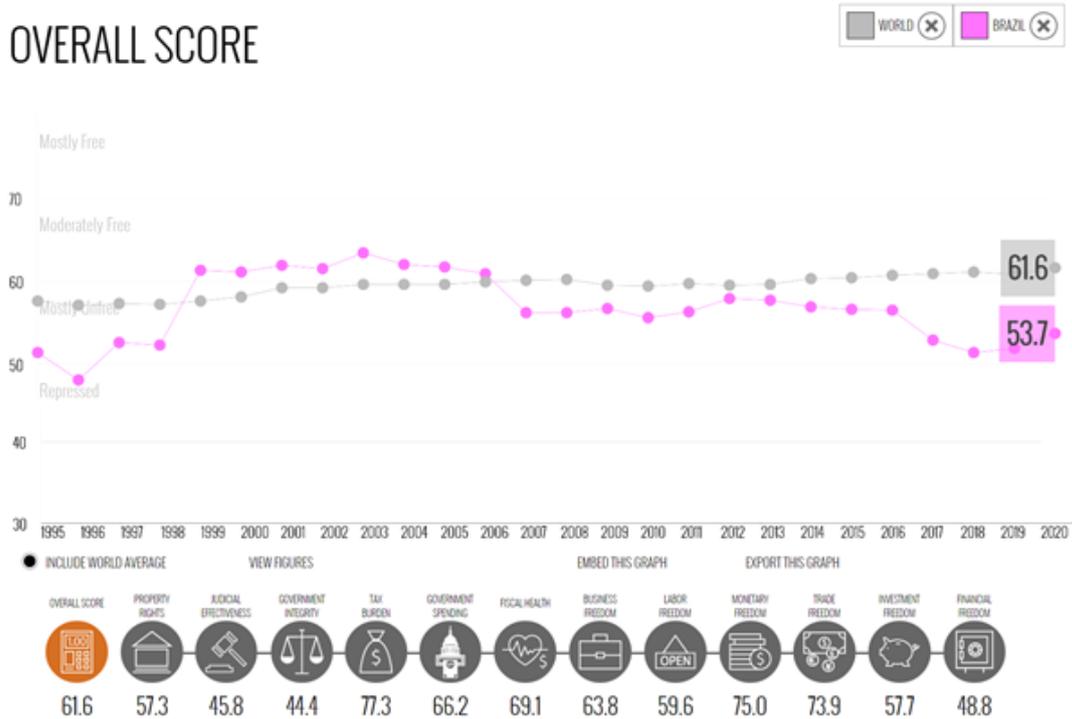


Fonte: Heritage Foundation.

Em outro gráfico da mesma instituição, nota-se que o Brasil quando comparado a potencias econômicas, a exemplo da canadense, fica em desvantagem, aproximando sua média de países como Burkina-Faso, sendo um dos países com menor PIB em valores per capita no mundo, totalizando 483 de US\$ (BrasilEscola, 2020).

<sup>1</sup> The total value of exports and imports of goods and services equals 29.1 percent of GDP. The average applied tariff rate is 8.6 percent, and 635 nontariff measures are in force. Efforts to improve the investment framework are ongoing, but bureaucratic hurdles remain considerable. Banking and capital markets are diversified and growing, but state involvement in credit markets lingers, and public banks account for about 50 percent of loans.

Gráfico 2 – Pontuação da Liberdade na Econômica no Brasil, comparada a média do Canadá e da Burkina-Faso, no lapso temporal de 1995 até 2020



Fonte: Heritage Foundation.

Diante desse cenário, e da necessidade de uma menor intervenção estatal da economia, promulgam-se diversos diplomas normativos, sendo um deles a Declaração da Lei da Liberdade Econômica, conversão da Medida Provisória nº 881 de 2019, que visa promover a abertura de mercado, protegendo o empreendedor particular, ao passo que, reconhece que este possui menor capacidade probatória e de investimento se comparado ao Estado, bem como superando a burocracia e ineficiência estatal. E apesar de nova e sem precedentes jurisprudenciais, nota-se que foi bem recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, a legislação enuncia os princípios que serão norteadores à aplicação da liberdade econômica, ou seja, tem-se no início da lei os ideais essenciais a um mercado livre e protegido. Sobre princípios, Bonavides, citando Ronald Dworkin, alude que, "tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal" (BONAVIDES, 1996), isto significa que, os princípios insertos na norma do Art. 2º, equiparam-se a qualquer legislação, eis:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Com essa legislação, espera-se uma projeção positiva para o mercado econômico, em todas as atividades, inclusive no Mercado de Saúde Privado.

### **3 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO ESTADO NO MERCADO DE SAÚDE PRIVADO**

A saúde é considerada um direito mínimo e universal, conforme alude a norma do Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral da ONU, 1948), sendo recepcionada na Constituição Federal de 1988 como garantia fundamental.

No âmbito nacional, o sistema de saúde governamental nasceu deficiente e falho, não possuindo as mínimas condições financeiras e físicas de aguentar a demanda, e desta forma, descumpriu a norma constitucional inserta no Art. 196, cuja disposição refere-se ao dever do Estado, como garante da Saúde a toda a população, através de acesso universal e igualitário.

Desta forma, visando corrigir essa falha e almejando a exploração do lucro, o Mercado de Saúde privado surgiu na década de 1950, sendo regulado apenas em 1998, com a edição da Lei 9.656/1998, garantindo à iniciativa privada a participação na assistência de saúde, seja como operadores de planos ou seguros privados de assistência, ou seja, além de fornecer os serviços, a atividade influencia na ordem econômica e social.

No entanto, em um curto espaço de tempo, o Estado iniciou os processos de regulamentações, retirando a autonomia privada dos planos de Saúde. Cita-se, a exemplo disso, a promulgação da Lei 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, fixando a atuação do Estado com relação à saúde privada, em forma de intervencionismo nos contratos de plano de saúde no Judiciário, ou de forma indireta, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Desde então, a ascensão do intervencionismo foi crescente, houve consolidação da jurisprudência quanto ao fornecimento de medicamentos pelos entes da Federação, que foram considerados solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações atinentes à saúde, conforme julgamento do RE-RG 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, oportunidade em que foi fixada a seguinte tese para o Tema 793 da Repercussão Geral:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019).

Outra forma de intervencionismo ocorreu por meio da legislação que permite ao Poder Judiciário relativizar contratos, mitigando o dogma da autonomia da vontade, princípio clássico da teoria contratual.

Corroborando com o cenário o fato que grande parte da jurisprudência considera a existência de cláusulas restritivas de cobertura como abusivas, entendendo que o Judiciário deve obrigar as seguradoras a incluir procedimentos médicos não-previstos contratualmente.

Exemplo dessa situação é a recente decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela obrigação dos Planos de Saúde em cobrir criopreservação de óvulos de paciente até o fim da quimioterapia, a decisão foi extraída do Recurso Especial Nº 1.815.796, de relatoria do Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, o acórdão foi ementado da seguinte maneira:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CPC/2015. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO PARA CÂNCER DE MAMA RECIDIVO. PROGNÓSTICO DE FALÊNCIA OVARIANA COMO SEQUELA DA QUIMIOTERAPIA. PLEITO DE CRIOPRESERVAÇÃO DOS ÓVULOS. EXCLUSÃO DE COBERTURA. RESOLUÇÃO NORMATIVA ANS 387/2016. NECESSIDADE DE MINIMIZAÇÃO DOS EFEITOS COLATERAIS DO TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. PRINCÍPIO MÉDICO "PRIMUM, NON NOCERE". OBRIGAÇÃO DE COBERTURA DO PROCEDIMENTO ATÉ À ALTA DA QUIMIOTERAPIA NOS TERMOS DO VOTO DA MIN.a NANCY ANDRIGHI. 1. Controvérsia acerca da cobertura de criopreservação de óvulos de paciente oncológica jovem sujeita a quimioterapia, com prognóstico de falência ovariana, tornando-a infértil. 2. Nos termos do art. 10, inciso III, da Lei 9.656/1998, não se inclui entre os procedimentos de cobertura obrigatória a "inseminação artificial", compreendida nesta a manipulação laboratorial de óvulos, dentre outras técnicas de reprodução assistida (cf. RN ANS 387/2016). 3. Descabimento, portanto, de condenação da operadora a custear criopreservação como procedimento inserido num contexto de mera reprodução assistida. 4. Caso concreto em que se revela a necessidade atenuação dos efeitos colaterais, previsíveis e evitáveis, da quimioterapia, dentre os quais a falência ovariana, em atenção ao princípio médico "primum, non nocere" e à norma que emana do art. 35-F da 9.656/1998, segundo a qual a cobertura dos planos de saúde abrange também a prevenção de doenças, no caso, a infertilidade. 5. Manutenção da condenação da operadora à cobertura de parte do procedimento pleiteado, como medida de prevenção para a possível infertilidade da paciente, cabendo à beneficiária arcar com os eventuais custos do procedimento a partir da alta do tratamento quimioterápico, nos termos do voto da Min<sup>a</sup> NANCY ANDRIGHI. 6. Distinção entre o caso dos autos, em que a paciente é fértil e busca a criopreservação como forma de prevenir a infertilidade, daqueles outros em que a paciente já é infértil, e pleiteia a criopreservação como meio para a reprodução assistida, casos para os quais não há obrigatoriedade de cobertura. 7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Esse é um caso de decisão que influencia na ordem econômica da saúde privada, de forma que reconhecendo o dever de cobertura para prevenir os reflexos de um tratamento, abrem-se muitas possibilidades de pleitear em juízo os mais diversos procedimentos com a mesma justificativa.

O próprio Estado deixou de analisar caso a caso, para regular cada vez mais em mais detalhes, surgindo o fenômeno da superregulação na saúde privada.

Todas as situações ora estabelecidas, coadunadas com a cultura de regulamentação, geram enormes despesas ao setor privado - as despesas não-previstas das decisões judiciais afetam a operação econômica de custeamento de toda a cadeia de contratantes - são inúmeros os impactos negativos aos planos de saúde. Nesta esteira Luan Sperandio (2017) entende que o mercado de saúde privado possui: “ (a) um sistema oligopolizado, b) uma jurisprudência que, ao relativizar contratos, incentiva a judicialização de ações, (c) uma grande escassez na oferta de planos de saúde individuais, e (d) o cerceamento da livre concorrência, sendo esta a causa última do encarecimento dos planos de saúde. ”

Quando o Estado intervém, acaba por falhar em diversos pontos, espelho dessa situação é o caso dos Estados Unidos, quando promulgaram a *Patient Protection and Affordable Care Act*, comumente chamada de *Affordable Care Act* ou "*Obamacare*".

Alguns dos problemas narrados pelos norte-americanos foi o aumento dos custos para as empresas, principalmente as de médio e pequeno porte, que tiveram que pagar planos de saúde para todos os funcionários, sob pena de pagamento de multa, “*há lugares que os custos subiram para mais US\$ 12 milhões além do que já existia*”, além disso, houve reflexos nos preços dos seguros, que:

Aumentaram em cerca de 41 dos 50 estados. E em 17 deles o aumento foi de dois dígitos. Em alguns estados, certos planos tiveram aumentos assustadores, como o plano bronze, que no Mississípi o encarecimento chegou a 39%, em Washington a 31%, na Carolina do Sul 26%, em Lousiana 24% e na Flórida 23% (OCongressista, 2017)

Além disso, visando manter o programa, houve aumento de 21 impostos vindos diretamente deste programa de saúde, com a previsão de arrecadar mais de US\$ 1 trilhão.

Um estudo feito pelo "Kaiser Family Foundation", em parceria com o Wall Street Journal, mostrou que algumas seguradoras terão de fechar as portas ou diminuir suas atividades, como a UnitedHealth, que entre os anos de 2015 e 2016 apresentou um prejuízo de quase US\$ 1 bilhão. O resultado disso é que em 2017, 2,3 milhões de pessoas terão apenas uma opção de seguradora de saúde, que são 19% dos inscritos. É provável que o número de municípios que tenham apenas uma seguradora em 2017 aumente de 225 para 974. Quem mais sofrerá com isso são os moradores de áreas rurais. (ibid)

Dito isso, nota-se que a expansão da autoridade regulatória governamental afeta praticamente todo o setor de planos de saúde e serviços médicos. A intenção de intervir para “melhorar o serviço” se torna uma falácia, pois pune severamente a população.

É fundamental para a sobrevivência do setor da saúde suplementar, e para economia como um todo, a estimulação de uma menor intervenção estatal, de modo a enaltecer-se a eficácia da declaração de liberdade econômica no setor privado de saúde, cuja função assume um papel de conter o Estado regulador, diminuindo a incerteza da iniciativa privada.

Os planejamentos para diminuir o tamanho do Estado devem entender que, as falhas de mercado não são pedidos de intervenção, e sim um pedido para o Estado promover outras formas de soluções.

O Brasil mostra um caráter resistente para se afastar de modelos patrimonialistas, bem como para entrar na modernidade, e adotar modelos notadamente liberais, e com isso, acarreta diversos problemas que poderiam ser facilmente evitados.

O ideal para que o máximo número de pessoas receba os melhores serviços de saúde possíveis, passa por uma combinação de atuação de livre mercado (sem regulações), com o mínimo de atuação do Estado, que deve destinar o dinheiro de tributos para situações específicas.

Visto isso permanece a problemática sobre a incidência de institutos liberais em um ambiente agravado pela de crise sanitária.

#### **4 A CRISE SANITÁRIA**

Visto a possibilidade de diminuição do Estado na Saúde privada, permanece a problemática sobre a incidência de institutos liberais em um ambiente agravado pela de crise sanitária.

Um dos maiores exemplos da atualidade, ocorreu devido a pandemia causada pelo Vírus nCoV-2019 (coronavírus). O Brasil o declarou como Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) através da Portaria do Ministério da Saúde nº 188/2020 em 03 de fevereiro.

E em 11 de março a OMS declara a COVID-19 como pandemia, ou seja, a disseminação da doença atinge nível global, cruzando fronteiras internacionais e afetando muitas pessoas.

Diversos Estados iniciaram as políticas de contenção, iniciando uma crise drástica, atos normativos, decretos, portarias começam a ser editadas por diferentes autoridades públicas, tanto no âmbito federal, estadual, municipal.

Projetos de Lei foram criados com o fim de impedir reajustes em planos de saúde durante pandemia, uma das propostas impede inclusive o cancelamento do plano de saúde por falta de pagamento. (Agência Câmara de Notícias, 2020)

Há outros exemplos como o Projeto de Lei 1117/20, de autoria do Deputado Capitão Wagner (PROS-CE), que proíbe as operadoras de planos privados de assistência à saúde de reajustarem as mensalidades de todas as modalidades de planos, bem como, de suspenderem ou rescindirem contratos com clientes que não efetuarem o pagamento das mensalidades pelo prazo de 90 dias.

De forma paralela o Poder Judiciário sobrevém para decidir liminarmente sobre pleitos individuais, como a realização de testes, fornecimento de leitos e respiradores.

A Justiça de SP obriga os planos a internar clientes com Covid-19 mesmo nos contratos novos, e a Defensoria Pública determinou a internação sem limitação de tempo de permanência no hospital. (OGlobo, 2020)

Houve repercussão da Ação de Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental sob nº 67, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL), que com o fim de evitar e reparar lesões ao direito à saúde, vida e igualdade, requereram a concessão liminar para determinar que:

[...] a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que, nas respectivas esferas administrativas e ante eventual escassez de bens e serviços necessários ao atendimento do interesse público, em especial leitos em unidades de tratamento intensivo (UTI), executem a requisição administrativa da totalidade dos bens e serviços de pessoas jurídicas e físicas relativos a assistência à saúde prestados em regime privado, de forma a que o Poder Público passe a regular imediatamente a utilização dos leitos de UTI, mesmo nas redes privadas, para todo doente que dele necessite, enquanto perdurar a necessidade por conta da pandemia.

A questão só foi negada, pois concluiu-se que a ADPF não é meio hábil para acolher tal pretensão, de forma que estaria substituindo a Administração Pública, porém, em nenhum momento negou a viabilidade de tal pedido, pelo contrário, conforme legislação pátria seria totalmente possível.

De um lado esses impactos serão sentidos economicamente pelas operadoras em cálculos de projeções futuras, do outro lado, as medidas são necessárias para conservar a vida da população.

Nesta esteira de entendimento, há duas situações que remetem a um conflito de direitos, sendo o da conservação da saúde da população e da garantia a livre autonomia, de forma que, a melhor solução jurídica.

Essa situação se enquadra no conflito de *hard cases*, conforme ensina José Sérgio da Silva Cristóvam e Maicon Fernando Mendes (2013): “Temos a ocorrência de um caso difícil quando num caso concreto, existam várias normas que possibilitam sentenças distintas, ou porque as normas são contraditórias, ou ainda porque não existe norma autoaplicável”

Buscando uma solução, se faz necessário analisar o princípio da vida (conservação da saúde da população) em detrimento dos princípios da ordem econômica (conservação da iniciativa

privada, que mantém empregos e gera riquezas a nação). Para isso, buscou-se as Teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy para esclarecer a situação.

Na Teoria de Dworkin, os princípios possuem uma dimensão de peso, sendo responsabilidade do jurista analisar qual terá mais dimensão em relação ao outro, utilizando uma ponderação em cada caso concreto, conforme seu ensinamento:

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é (2007)

Já Alexy, utiliza a “lei de colisão”, devendo existir sopesamento dos interesses colidentes, pelo que, um princípio terá que ceder ao outro, sem que o princípio cedente seja declarado inválido, no capítulo intitulado de “A colisão entre princípios” o autor alude que:

Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de um a exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. (2008).

No caso em questão, deve-se levar em conta a alta letalidade do vírus, bem como, a inexistência de uma vacina, prevalecendo o princípio da vida, conforme o entendimento do Vice-presidente, Hamilton Mourão (2020):

Nesse momento de pandemia, a intervenção estatal foi mais do que necessária e vimos isso acontecer em todos os países do mundo, independente da orientação ideológica de cada governo. Em um momento em que a própria pessoa física passa a não ter condição de gerar renda, e a empresa, de gerar emprego, compete ao Estado colocar recursos na economia.

No entanto, o Estado não se exime da obrigação de garantir a sobrevivência da empresa, e para isso cabe ao Estado traçar planos focado na superação da crise, visando introduzir subsídios, retomar a trajetória das reformas e do reequilíbrio fiscal.

Cumpramos ressaltar neste ponto, o estudo realizado por Júlio Edstron S. Santos, Rolf Costa Vidal, em que discutem sobre a proteção orçamentária dos direitos e garantias fundamentais causada

pelo coronavírus, trazendo que além da existência de fundos para retomada da economia, é preciso que haja transferências e alocações de recursos de forma efetiva, e para isso, discute-se por Emenda à Constituição Federal a “PEC de Guerra”, à propósito:

Um exemplo da escolha de alocação de recursos foi a aprovação da “PEC de Guerra”, contra o novo coronavírus, possibilitando que a União executasse um orçamento paralelo, específico para o enfrentamento da pandemia, com os seguintes valores orçados.  
 (...) viabilizando um vultoso orçamento para o enfrentamento da COVID-19, sobretudo, transferindo recursos financeiros para os demais entes federados, por meio do Federalismo Cooperativo, ou seja, o pacto para o exercício das competências constitucionais em parceria entre todos os entes federados, formando um verdadeiro condomínio jurídico do Estado brasileiro. (2020)

Em um ambiente anormal entende-se que a autonomia do particular pode ser mitigada, porém, assim que a anormalidade cesse, o Estado já deve possuir projeções com soluções e minimizar sua interferência. E mais ainda, além do plano para superação da crise, deve garantir que

É fundamental para a sobrevivência do setor da saúde suplementar, e para economia como um todo, a estimulação de uma menor intervenção estatal, de modo a enaltecer-se a eficácia da declaração de liberdade econômica no setor privado de saúde, cuja função assume um papel de conter o Estado regulador, diminuindo a incerteza da iniciativa privada.

## 5 CONCLUSÃO

O Brasil mostra um caráter resistente para entrar na modernidade, e adotar modelos notadamente liberais, e com isso, acarreta diversos problemas que poderiam ser facilmente evitados. Os planejamentos para diminuir o tamanho do Estado devem entender que as falhas de mercado não são pedidos de intervenção, e sim um pedido para o Estado promover outras formas de soluções, estando em um cenário de crise ou não.

O ideal, portanto, para que um máximo número de pessoas receba os melhores serviços de saúde, passa por uma combinação de atuação de livre mercado (sem regulações), com o mínimo de atuação do Estado, que deve destinar o dinheiro de tributos para situações específicas. Situações pandêmicas são anormais, e não devem ser vistas como motivos a justificar a intensa atuação do Estado, pelo contrário, o cenário atual deve ser utilizado como modelo para traçar planos de como Estado e Iniciativa Privada podem vir a trabalhar juntos, sem interferência em suas esferas.

Deste modo, a Declaração de Liberdade Econômica pode ser mitigada em um ambiente de crise sanitária, visando o bem-estar da população. Porém, findando-se a crise a intervenção estatal deve diminuir, tendo inclusive, o apoio da população para isso, afinal é possível alcançar a qualidade

## ***Brazilian Journal of Development***

do serviço e equilíbrio econômico por meio da garantia à livre iniciativa, menor intervenção estatal, com a garantia de um ambiente mercantil livre e estimulante para novos investimentos.

**REFERÊNCIAS**

AIRES, Bruno. **Como Nasceu A Saúde Suplementar No Brasil?**. DOC Academy. Disponível em: <https://docacademyblog.com/2019/07/23/como-nasceu-a-saude-suplementar-no-brasil/>. Acesso em: 01 de jul 2020

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ª ed. Malheiros Editores LTDA, 2008. Pág. 95 e 96

AUGUSTO, Pedro. **Entenda por que o Obamacare foi um fracasso**. O.C – O Congressista. Disponível em: <http://www.ocongressista.com/2017/01/entenda-porque-o-obamacare-foi-um.html>. Acesso em: 01 de jul 2020

BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne; SANTOS, Matheus Teodoro Ramsey. **A necessidade da intervenção estatal na economia em tempos de crise**. In: Revista Consultor Jurídico. Publicado em: 11 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/opinio-necessidade-intervencao-economia-tempos-crise>. Data de Acesso: 30 de mai de 2020

BARROSO, Luís Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional E Os Limites À Atuação Estatal No Controle De Preços**. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 226: 187 – 212. Publicado out/dez 2001. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>. Acesso em: 01 de jul 2020

BATISTA JÚNIOR, Márcio Roberto Montenegro. **O poder de intervenção do Estado no setor privado**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3881, 15 fev. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26662>. Acesso em: 01 de jul 2020

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 231

BORDIN, Ricardo. **A saúde pública desafia a lógica do livre mercado**. Instituto Liberal. Publicado em: 29/06/2017. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/economia/a-saude-publica-desafia-a-logica-do-livre-mercado-mas-nao-muito/>. Acesso em: 04 de jul de 2020

BRANDÃO, Marcelo; CRISTALDO Heloísa. **Congresso promulga emenda do Orçamento de Guerra**. Agencia Brasil. Publicado em: 07/05/2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-05/congresso-promulga-emenda-do-orcamento-de-guerra>. Acesso em: 04 de jul de 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 04 de jul de 2020

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de Setembro de 2019**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7). Acesso em: 04 de jul de 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial Nº 1815796 / RJ – Rio de Janeiro**. Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Pesquisa de Jurisprudência. DJe 09/06/2020. Disponível em: <

[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1815796&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1815796&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 23 de jul de 2020. Acesso em 23 de jul de 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 671 Distrito Federal**. Pesquisa de Jurisprudência Relator Ricardo Lewandowski. Publicado 3 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342830963&ext=.pdf>. Acesso em 23 de jul de 2020

CECHIN, José. **A importância do diálogo para esclarecer o crescimento das despesas per capita na saúde suplementar**. Disponível em: <http://midias.cnseg.org.br/data/files/BD/A2/A2/5F/953F56107A3B8E56F98AA8A8/A%20import%C3%A2ncia%20do%20di%C3%A1logo%20para%20esclarecer%20o%20crescimento.pdf>. Acesso em: 04 de jul de 2020

CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória nº 881, de 2019**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/136531>. Acesso em: 04 de jul de 2020

CVM. **Publicada a Lei da Liberdade Econômica**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2019/20190923-3.html>. Acesso em: 04 de jul de 2020

DIAS, Ari. **Projetos impedem reajustes em planos de saúde durante pandemia de Covid-19**. Agência Câmara de Notícias. Publicado em: 31/03/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/649708-projetos-impedem-reajustes-em-planos-de-saude-durante-pandemia-de-covid-19/>. Acesso em: 04 de jul de 2020

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 42 e 43

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. **Limites da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde**. LexMagister. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_27180359\\_LIMITES\\_DA\\_INTERVENCAO\\_JUDICIAL\\_NOS\\_CONTRATOS\\_DE\\_PLANO\\_DE\\_SAUDE.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27180359_LIMITES_DA_INTERVENCAO_JUDICIAL_NOS_CONTRATOS_DE_PLANO_DE_SAUDE.aspx). Acesso em: 04 de jul de 2020

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Declaração de direitos de liberdade econômica**. GENJURIDICO. Publicado em 16.mar.2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/16/direitos-de-liberdade-economica/>. Acesso em: 04 de jul de 2020

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **Burkina Fasso**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/burkina-fasso.htm>. Acesso em 23 de julho de 2020.

FREITAS, Marco Antônio Barbosa. **A responsabilidade civil nos contratos de plano de saúde em face da dupla intervenção estatal neles realizada**: a experiência no estado de São Paulo. Revista Eletrônica Direito e Política. v. 13, n. 2 (2018). Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13357>. Acesso em 23 de julho de 2020.

KÖHLER, Etiane da Silva Barbi. **A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 Contornos e Desdobramentos.** Revista Direito Em Debate. Ano XI nº 18, jul./dez. 2002 — nº 19, jan./jun. 200.

MARINELLI, Luciana. **Justiça de SP obriga planos a internar clientes com covid-19 mesmo nos contratos novos.** O Globo – Valor. Publicado em: 17/04/2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/04/17/justica-de-sp-obriga-planos-a-internar-clientes-com-covid-19-mesmo-nos-contratos-novos.ghtml>. Acesso em 23 de julho de 2020.

OLIVEIRA, Kelly. **MP da Liberdade Econômica vai gerar 3,7 milhões de empregos em 10 anos.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-08/mp-da-liberdade-economica-vai-gerar-37-milhoes-de-empregos-em-10-anos>. Acesso em 23 de julho de 2020.

Redação O Sul. ““Nesse momento de pandemia, a intervenção estatal na economia foi mais do que necessária”, diz Hamilton Mourão”. **O Sul.** Publicado em 29/04/2020. Disponível em: <https://www.osul.com.br/nesse-momento-de-pandemia-a-intervencao-estatal-na-economia-foi-mais-do-que-necessaria-diz-hamilton-mourao/>. Acesso em 10 de julho de 2020.

SANTOS Júlio Edstron S.; VIDAL Rolf Costa. **A PROTEÇÃO ORÇAMENTÁRIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DURANTE A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL.** In: BrazilianJournal of Development. Santos. Vol 6, No 9, 2020

SAKAMOTO, Leonardo. **Covid-19: Justiça determina que plano de saúde não pode limitar internação.** UolNotícias. Publicado em 17/04/2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/04/17/covid-19-justica-determina-que-plano-de-saude-nao-pode-limitar-internacao.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 10 de julho de 2020.

SILVA, Neves Ricardo Botós da. **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – análise da MP 881/19.** MIGALHAS. Publicado em 4 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/303617/declaracao-de-direitos-de-liberdade-economica-analise-da-mp-881-19>. Acesso em 10 de julho de 2020.

SPERANDIO, Luan. **Como o intervencionismo estatal está destruindo o mercado de saúde privado brasileiro.** MISESBRASIL. Publicado em: 6 jun 2017. Disponível em: <https://www.mises.org.br/article/2699/como-o-intervencionismo-estatal-esta-destruindo-o-mercado-de-saude-privado-brasileiro>. Acesso em 10 de julho de 2020.

The Heritage Foundation. **2020 index of economic freedom.** Disponível em: <https://www.heritage.org/index/>. Acesso em 23 de julho de 2020.

**Universal Declaration of Human Rights.** United Nations Human Rights. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 23 de julho de 2020.