

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

LUCAS ABREU PECEGUEIRO

TEMPO AO TEMPO: a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy na análise da
tensão entre Princípio da Livre Iniciativa e as medidas sanitárias emitidas em
decorrência da Pandemia de Covid-19

São Luís
2020

LUCAS ABREU PECEGUEIRO

TEMPO AO TEMPO: a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy na análise da tensão entre Princípio da Livre Iniciativa e as medidas sanitárias emitidas em decorrência da Pandemia de Covid-19

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Murilo Duailibe Salem Neto.

São Luís

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário - UNDB / Biblioteca

Pecegueiro, Lucas Abreu

Tempo ao tempo: a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy a análise da tensão entre princípio da livre iniciativa e as medidas sanitárias emitidas em decorrência da pandemia de Covid-19. / Lucas Abreu Pecegueiro. __ São Luís, 2020.

50 f.

Orientador: Prof. Me. José Murilo Duailibe Salem Neto.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2020.

1. Direitos Fundamentais. 2. Livre Iniciativa. 3. Direito à Saúde.
4. Teoria da Proporcionalidade. I. Título.

CDU 342.7

LUCAS ABREU PECEGUEIRO

TEMPO AO TEMPO: a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy na análise da tensão entre Princípio da Livre Iniciativa e as medidas sanitárias emitidas em decorrência da Pandemia de Covid-19

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Murilo Duailibe Salem Neto (Orientador)

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Profa. Ma. Alyne Mendes Caldas

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Prof. Me. Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Ao meu maior exemplo de amor e dedicação profissional, minha mãe Claudia Maria Pinho de Abreu Pecegueiro, o grande amor da minha vida, pessoa que ilumina meus passos e acredita em meu potencial de forma fervorosa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus pela sabedoria, coragem e força de enfrentar todos os contratempos que aparecem quando estamos em busca de um objetivo/sonho.

Agradeço aos meus amados pais, pelo eterno companheirismo e conselhos dados durante toda a minha vida, sem os preciosos conselhos e ensinamentos dados por eles nada seria possível, minha gratidão por tudo é eterna.

Agradeço à minha namorada Rosilma por cada vez que me apoiou e incentivou durante esta etapa, até mesmo quando achei que não seria possível.

Agradeço ao meu irmão Alberto, que mesmo estando separado fisicamente, nunca deixou de torcer por mim e me incentivar em minha vida acadêmica e em todos os meus objetivos.

Agradeço à minhas avós Valdite, Telma e Tamar, por desempenharem tão bem os papéis de matriarcas de duas grandes famílias as quais pertencço.

Da mesma forma, agradeço aos Patriarcas José Lopes de Abreu e Mario Pecegueiro, que hoje moram com Deus, mas sempre serão minhas duas referências como homens de família e exemplos de caráter e cidadania, um amor incondicional.

Agradeço toda a minha família, pelo apoio e incentivo dado em cada etapa desse sonho.

Gostaria de agradecer ao meu primo Eduardo, pela oportunidade e confiança depositada em mim, desde o primeiro dia de trabalho em seu escritório, desde quando eu não tinha ainda nenhum contato com a advocacia até hoje que eu coleciono conhecimentos à respeito desse papel fundamental no âmbito jurídico. Sem sombras de dúvidas, à ele devo gratidão eterna e total admiração.

Também agradeço ao meu primo Raul, por todas as vezes que “vestiu a camisa” de primo mais velho e me incentivou, apoiou e aconselhou em diversas situações de minha vida, sempre terá meu máximo respeito, admiração e carinho.

Agradeço à Dra. Andréa Lago, pela oportunidade de estágio no Juizado Especial Criminal, local onde fui muito feliz, colhi muitos aprendizados e fiz amigos que pra sempre levarei comigo.

Agradeço ao meu orientador Prof. Murilo Duailibe, que acolheu meu projeto de braços abertos e sempre me transmitiu conhecimentos à respeito do tema

trabalhado e arquitetou todo o trabalho juntamente comigo, uma orientação exemplar e muito proveitosa.

Agradeço aos meus eternos amigos Vinicius Milhomem, Matheus Prazeres, Ruy Ferreira, André Maia, Cristiano Soares, Allana Monteiro, Marina e Célio, que sempre estiveram comigo nos melhores e piores momentos de minha vida, sempre prontificados a me ajudar com palavras ou gestos de carinho.

Agradeço ao meu amigo e chefe Daniel Guerreiro, que juntamente com Eduardo, estão sempre solícitos a me passar os mais diversos ensinamentos no campo jurídico.

Agradeço ao meu pet, Cristal, que alegra meu lar todos os dias e carrega uma fidelidade inigualável, me fazendo companhia durante todas as tardes e madrugadas que passei me dedicando à demandas.

Por fim, gostaria de agradecer de coração a todos os meus amigos que conquisto por onde passo, em todos os grupos pelos quais passei ou ainda pertenço, o papel das boas amizades sempre é fundamental para uma conquista.

“Toda a nossa ciência, comparada com a realidade, é primitiva e infantil - e, no entanto, é a coisa mais preciosa que temos.”

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho é uma análise da colisão entre dois Direitos Fundamentais durante o período de Pandemia pelo qual passamos, sendo estes: Direito à Livre Iniciativa e Direito à Saúde. Com o enfoque em relatar a situação enfrentada pelo país e pelo mundo diante do cenário pandêmico, buscou-se reiterar a necessidade de medidas sanitárias eficazes no momento de forte propagação do vírus, embora por outro lado hajam previsões legais que estabeleçam ao cidadão o Direito à Livre Iniciativa comercial, visto que muito se questionou a respeito de medidas adotadas pelos chefes de governo. Em busca de solucionar e trazer uma resposta ao questionamento rotineiro, utilizou-se da Teoria da Proporcionalidade, sendo este o método desenvolvido por Robert Alexy para a colisão entre Direitos Fundamentais, e, portanto, foram avaliados os critérios de Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito das medidas adotadas para controle da situação. Ao final, conclui-se que embora assegurada pelo Ordenamento Jurídico, a Livre Iniciativa não deverá prevalecer sobre a Saúde brasileira, devendo esta continuar sendo garantida, mas de maneira controlada para que haja um controle efetivo da COVID-19 através de medidas sanitárias.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Livre Iniciativa. Direito à Saúde. Teoria da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work is an analysis of the collision between two Fundamental Rights during the period of COVID-19 Pandemic that we went through, being these: Right to Free Initiative and Right to Health. With the focus on reporting the situation faced by the country and the world in the face of the COVID-19 pandemic scenario, it was sought to reiterate the need for effective sanitary measures at the time of the strong spread of the virus, although, on the other hand, there are legal provisions that establish the citizen's Right to Free Trade Initiative, since much has been questioned about measures taken by heads of government. In order to solve and bring an answer to the routine questioning, the Proportionality Theory was used, this being the method developed by Robert Alexy for the collision between Fundamental Rights, and, therefore, the Adequacy, Necessity and Proportionality criteria were evaluated in strict sense of the measures adopted to control the situation. In the end, it is concluded that although guaranteed by the Legal System, the Free Initiative should not prevail over Brazilian Health, which should continue to be guaranteed, but in a controlled manner so that there is an effective control of COVID-19 through sanitary measures.

Keywords: Fundamental Rights. Free Initiative. Right to Health. Proportionality Theory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	NOÇÕES GERAIS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E TRANSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NO DIREITO EMPRESARIAL	14
2.1	Os atos de Comércio como pilar fundamental para o reconhecimento da figura do empresário através do antigo Direito Comercial e sua transição até a transformação no atual Direito Empresarial	17
2.1.1	Teoria da Empresa e a transição para o atual Direito Empresarial <i>versus</i> a figura do Empresário e suas garantias/limitações para desempenho da atividade	20
2.2	O Princípio da Livre Iniciativa de Comércio como garantia e/ou obstáculo do empresário no período de Pandemia Mundial da Covid-19	22
3	O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	24
3.1	Direito à Saúde como dever estatal <i>versus</i> a dificuldade enfrentada pelo Estado em garantir uma Saúde efetiva aos cidadãos	28
3.2	O Direito à Saúde, as medidas sanitárias necessárias no Período de Pandemia da Covid-19 e a responsabilidade popular como principal ponto para a proliferação do vírus	30
4	A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BUSCA PELA SOLUÇÃO	33
4.1	A Teoria da Proporcionalidade sob um olhar crítico ou complementar ao pensamento de Alexy	35
4.2	A necessidade e adequação como critérios imediatos para aplicação da teoria e a tomada de medidas sanitárias intensas durante a pandemia de Covid-19	37
4.3	A aplicação da teoria como método resolutivo para o conflito dos direitos fundamentais da Livre iniciativa e da Saúde no período pandêmico	40
5	CONCLUSÃO	44
	REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O Presente trabalho surge da necessidade de se compreender a aplicabilidade de medidas de Segurança pelos governos Federais e Estaduais durante o período da Pandemia do Covid-19, tendo em vista que muitos decretos e medidas foram adotadas visando o controle da doença, mas, por outro lado, o comércio brasileiro sofreu fortes impactos com a paralisação necessária durante o período pandêmico. Portanto, diante de muitos questionamentos, medidas e desespero pelo colapso gerado pelo vírus, busca-se aplicar a Teoria da Proporcionalidade desenvolvida por Roberto Alexy diante de dois Direitos garantidos ao cidadão: Direito à Livre Iniciativa de Comércio e o Direito à Saúde, sendo o último um dever estatal.

O comércio é, sem dúvidas, uma das grandes fontes de renda de grande parte da população, sendo uma atividade de fundamental importância para o sustento daquelas pessoas. Além disso, não se trata unicamente de uma fonte de renda, mas de uma atividade que tem relevância muito grande no cenário econômico mundial, ao passo que movimenta uma grande quantidade financeira e garante aos Estados uma renda sobre aquela atividade, pois há uma série de tributações que incidem sobre. Ocorre que, diante de um período de Pandemia, os Estados e o Governo Federal emitiram diversos decretos que limitaram significativamente a atividade comercial, causando um impacto financeiro nas empresas e na própria economia do país, pois muitos empresários não tiveram condições de continuar adimplentes com seus impostos, seus fornecedores e até com seus clientes, em muitas ocasiões, problemas que não afetam somente o bolso do empresário que chefia a empresa, mas a economia do país e de todo o mundo.

Nesse diapasão, surge a necessidade de discutir a “relevância” entre dois Direitos Fundamentais, uma vez que de um lado temos uma enorme quantidade de pessoas sem estabilidade pelas limitações que sofreram no desempenho de sua atividade comercial, sem poder funcionar as empresas de forma presencial por um período grande e os desafios enfrentados pelas mesmas para tentar sobreviver com uma renda drasticamente reduzida devido aos decretos emitidos pelos Estados que proibiam os funcionamentos de atividades “não-essenciais”. De outro lado, temos o Estado aplicando medidas necessárias para tentar evitar o contágio e o aumento de mortes por uma doença extremamente silenciosa e misteriosa, a qual há um

enfrentamento intenso por uma quantidade de dias consideráveis sem nenhum método de combate comprovado, ou seja, uma batalha contra um vírus extremamente poderoso ao qual não se sabe de muita coisa a respeito, exceto da necessidade de um cuidado redobrado para evitar a proliferação.

Assim, se por um lado tem-se um verdadeiro colapso na economia do país e no comércio em si, por outro lado tem-se um desmoronamento “nas costas” do Estado, tendo em vista que, como citado anteriormente, este tem o dever de garantir ao seu povo o acesso à Saúde, e nesse momento buscou controlar ao máximo a proliferação da doença através de decretos que estabeleciam distância considerável entre pessoas nos locais e até mesmo restou-se necessária a aplicação de um “*Lockdown*”, termo utilizado para uma medida radical que evita quase que 100%(cem por cento) o contato de pessoas fora de suas residências.

Sobre a metodologia utilizada, optou-se por realizar uma pesquisa bibliográfica pautada em obras e decretos emitidos durante a Pandemia, buscando aplicar a Teoria da Proporcionalidade como método resolutivo para o conflito existente entre Direitos Fundamentais.

O Trabalho foi estruturado em Três capítulos: O primeiro tem como título “Noções gerais da Atividade Empresarial e transição do Princípio da Livre Iniciativa no Direito Empresarial”, que traz justamente algumas noções básicas da Atividade comercial, desde o seu histórico até chegar no Princípio da Livre Iniciativa Comercial, destacando o mesmo como um Direito Fundamental e necessário ao cidadão.

Já o segundo capítulo é chamado de “O Direito a Saúde como dever fundamental do Estado”, que elenca justamente outro Direito Fundamental que é o da saúde, atentando-se ao fato de que este trata-se de um dever do Estado em proporcionar o mesmo, através de medidas, decretos, etc., como exemplo aos que foram e estão sendo feitos durante a Pandemia.

O terceiro capítulo é nomeado de “A colisão entre os direitos fundamentais e a busca pela solução”, fazendo jus ao objetivo do trabalho, que é justamente aplicar a teoria para resolução de um caso (O conflito entre Direitos). Portanto, esse é o capítulo que nos apresenta o “relatório final” do caso, através de métodos e critérios adotados pela teoria e que permitem pesar o Direito que terá maior relevância nesse conflito existente.

2 NOÇÕES GERAIS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E TRANSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NO DIREITO EMPRESARIAL

Preliminarmente, é cabível falar que a Atividade Empresarial é dotada de autonomia, notada através da disciplina própria existente da atividade, além das garantias e Direitos dados pelo ramo empresarial ao empresário. Neste diapasão, o Direito comercial surgiu por uma necessidade histórica e, atualmente, já se trata de um ramo introduzido ao regime jurídico e fortalecido pelo Código Civil de 2002, como veremos a seguir.

O Direito comercial surgiu de uma necessidade histórica, a necessidade de uma determinada classe, os comerciantes, e de uma disciplina própria da atividade de que lhes era peculiar. Esse Direito corporativo se desenvolveu profundamente, de modo que seus institutos passaram a dizer respeito não apenas aos comerciantes, mas também a outros cidadãos. Essa intromissão da matéria mercantil no dia a dia das pessoas põe em xeque sua própria autonomia em face do direito civil, o que se torna mais atual no Brasil com o advento do Código Civil de 2002, que no livro II da Parte Especial trata do chamado Direito de Empresa (TOMAZETTE, 2012).

Assim, para que tenhamos uma noção básica sobre o Direito Empresarial, é importante salientar sua autonomia no Direito e a sua inserção no Ordenamento Jurídico brasileiro, dado através do Código Civil de 2002.

Pois bem, um dos princípios que norteiam a atividade do empresário é justamente o da Livre Iniciativa, pautado em nosso Texto Constitucional, mais precisamente no Art.170, que estabelece:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] (BRASIL, 1988, não paginado).

Portanto, podemos notar que a CF/88, no artigo supracitado, é bastante abrangente e atuante, e todos os incisos que compõem o artigo tem interligação com o Princípio da Livre Iniciativa, visto que não se trata apenas de uma liberdade para exercer atividade comercial em sentido estrito, mas a liberdade de estar exercendo a atividade sem intervenção estatal, além de estar regido por um regime jurídico que abrange os interesses do Empresário, salvo nos casos previstos em Lei.

Ademais, a nossa Constituição se preocupou ainda em equilibrar o poder de livre agir (Livre Iniciativa) com o dever de proteger os valores sociais do trabalho, senão vejamos:

A Constituição, contudo, propôs um equilíbrio, ou melhor, inaugurou um tempo de equilíbrio entre esse poder de livre agir e o dever de proteger os valores sociais do trabalho, igualmente preservados, como que a cumprir a função social de limites para abuso do capital. É uma relação dinâmica entre responsabilidades diversas. Abre-se, assim, um tempo raro, onde o equilíbrio (a *aequitas* latina) é recolocado como via para Justiça. (MAMEDE, 2015, p. 36).

Contudo, fica evidenciado que se trata de um Princípio com autonomia dentro do Ordenamento Jurídico e que é fruto do regime capitalista, pelo qual nós adotamos, ao passo que com o passar dos tempos, a concorrência foi crescendo nas atividades comerciais e a valorização da iniciativa privada começou a ter necessidade da proteção de um regime jurídico e, portanto, no Brasil, nossa Constituição, além de observar e incentivar a iniciativa privada, equilibrou essa “sede” em agir com os valores sociais da Empresa e do Empregado também. Por fim, destaca-se:

No final do II Milênio, duas grandes posições antagônicas extremaram a compreensão da atuação produtiva, embora registrando posições intermediárias, que combinaram elementos entre ambas. De um lado, a valorização da iniciativa privada em busca da vantagem econômica como algo legítimo e positivo; essa compreensão propõe ampla liberdade (liberalismo) para tais ações econômicas. (MAMEDE, 2015, p. 44).

Conforme supracitado, o autor vem para reforçar o pensamento de que o Princípio da Livre Iniciativa é aquele que primeiramente vem para nortear e incentivar a iniciativa privada, e no Brasil este é assegurado pela Constituição, que buscou tanto o incentivo à atividade do comerciante, quanto a proteção aos empregados e até as empresas de pequeno porte, pois, diante de um sistema capitalista, onde há a uma ampla liberdade para a busca de uma vantagem econômica, é necessário que se tenham fortes argumentos e determinações jurídicas que fortaleçam a Atividade e, sobretudo, a economia do país.

Assim sendo, com base no art. 1º da Constituição Federal, a livre iniciativa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. No seu artigo 170, conforme supracitado, está disposto, portanto, que “[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. (BRASIL, 1988, não paginado).

A livre iniciativa se relaciona com a autonomia de atuação que garante a qualquer indivíduo o direito de acesso ao mercado de produção de bens e serviços. Desse modo, todo aquele que desejar empreender, exercendo uma atividade econômica por sua própria iniciativa, terá seu direito preservado, observadas as demais normas gerais e específicas.

Por esse motivo é um princípio tão importante para o Direito Empresarial, pois permite a livre produção e circulação de bens e serviços, além de ser um Princípio norteador da Ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988 reserva papel primordial à regulação da livre iniciativa, considerando que o referido princípio, além de ser norteador da Ordem Econômica, também é fundamento da República Federativa do Brasil, segundo o disposto no artigo 1º, abaixo descrito:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, composta pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**; V - o pluralismo político (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

Destarte, faz-se necessário trazer à baila o pensamento de que o Princípio da Livre Iniciativa está atrelado a uma ideia de liberdade ao empresário em ingressar no mercado econômico e exercer sua atividade, mas este, em algumas ocasiões, poderá ser relativizado, assim como todos os outros Princípios previstos pelo nosso Ordenamento. De um ponto de vista histórico, cabe salientar que o Direito Empresarial é fruto de uma prática comum entre o povo da antiguidade: o comércio. Nos primórdios, tratava-se apenas de uma prática rotineira, os chamados atos de comércio, após isso, uma forte intensificação foi acontecendo até que surgiram as necessidades de uma Lei que vigorasse sobre a atividade, e o resultado é o vasto campo comercial que temos atualmente, possibilitando que pessoas de todo o mundo estejam conectadas por um motivo muito importante: o comércio.

2.1 Os atos de Comércio como pilar fundamental para o reconhecimento da figura do empresário através do antigo Direito Comercial e sua transição até a transformação no atual Direito Empresarial

Como mencionado anteriormente, é sabido que as práticas Comerciais foram originadas há bastante tempo, tendo seu início desde as atividades comerciais concentradas nas mãos apenas dos comerciantes, como, por exemplo, na época das índias, as antigas civilizações, etc., portanto, desde a Idade Antiga nós já podemos afirmar a presença de práticas comerciais, sendo comercializados diversos tipos de produtos, desde aqueles pra sustento próprio até outros produtos não essenciais.

Ao falarmos de Idade Média, as coisas já estavam mais modernas, pois passaram a aparecer o que nós podemos considerar as raízes do Direito Comercial, onde a prática passou a ser dotada de um regime jurídico específico para as relações de mercado, inclusive, nessa mesma época houve um fortalecimento do comércio marítimo, o que demonstra a expansão do Direito Comercial.

Porém, não havia uma forma robusta e rígida o suficiente para a aplicação das Leis de Comércio que estavam surgindo, ao passo que o poder era concentrado nas mãos dos senhores feudais, vejamos:

Ocorre que na Idade Média não havia ainda um poder político central forte, capaz de impor regras gerais e aplicá-las a todos. Vivia-se sob o modo de produção feudal, em que o poder político era altamente descentralizado nas mãos da nobreza fundiária, o que fez surgir uma série de 'direitos locais' nas diversas regiões da Europa. Em contrapartida, ganhava força o Direito Canônico, que repudiava o lucro e não atendia, portanto, aos interesses da classe burguesa que se formava. Essa classe burguesa, os chamados comerciantes ou mercadores, teve então que se organizar e construir o seu próprio 'direito', a ser aplicado nos diversos conflitos que passaram a eclodir com a efervescência da atividade mercantil que se observava, após décadas de estagnação do comércio. As regras do direito comercial foram surgindo, pois, da própria dinâmica da atividade negocial. (RAMOS, 2017, p. 28).

Foi a partir disso que o Direito Comercial ganhou forças para começar a ter as regras que guiavam as relações de comércio como forma de regulação naquela prática, pois com a força dos comerciantes e mercadores, passou-se a ter maior aplicabilidade e solidez nas "regras comerciais", e foi justamente a partir disso que surgiram as chamadas Corporações de Ofício. Ainda com base em Ramos (2017, p. 30):

Surgem nesse cenário as Corporações de Ofício, que logo assumiram relevante papel na sociedade da época, conseguindo obter, inclusive, certa autonomia em relação à nobreza feudal.

Nessa primeira fase do direito comercial, pois, ele compreende os usos e costumes mercantis observados na disciplina das relações jurídico-comerciais. E na elaboração desse 'direito' não havia ainda nenhuma participação 'estatal'. Cada Corporação tinha seus próprios usos e costumes, e os aplicava, por meio de cônsules eleitos pelos próprios associados, para reger as relações entre os seus membros. Daí porque se falar em normas 'pseudossistemizadas' e alguns autores usarem a expressão 'codificação privada' do direito comercial.

Com base nisso, podemos notar que as Corporações passaram a ter autonomia suficiente para aplicar usos e costumes que cercavam as relações de comércio, sendo isso marcado como a primeira fase do Direito Comercial, onde não havia nem participação do Estado nas relações, diferente do cenário que nós temos atualmente, visto que o Estado exerce um papel fundamental de controle das atividades.

Nessa altura, embora bastante diferente do que se tornou essa atividade, já era possível enxergar uma comunicação entre diversas culturas e povos através do Comércio, conforme:

Na Idade Média, o comércio já havia deixado de ser atividade característica só de algumas culturas ou povos. Difundiu-se por todo o mundo civilizado. Durante o Renascimento Comercial, na Europa, artesãos e comerciantes europeus reuniam-se em corporações de ofício, poderosas entidades burguesas (isto é, sediadas em burgos) que gozavam de significativa autonomia em face do poder real e dos senhores feudais. Nas corporações de ofício, como expressão dessa autonomia, foram paulatinamente surgindo normas destinadas a disciplinar as relações entre os seus filiados. Na Era Moderna, estas normas pseudossistemizadas serão chamadas de Direito Comercial. Nesta sua primeira fase de evolução, ele é o direito aplicável aos membros de determinada corporação dos comerciantes. Os usos e costumes de cada praça ou corporação tinham especial importância na sua aplicação. (COELHO, 2016, p. 45).

Sendo assim, as Corporações demonstravam a modernização do Direito Comercial, uma vez que a partir desta surgiram as chamadas "normas pseudossistemizadas", que mais tarde foram intituladas de Direito Comercial, e seu regimento eram justamente tais normas, o que passou a ser aplicado nos membros das corporações que detinham o poder comercial em mãos.

Posteriormente, na França de Napoleão, as relações que hoje chamamos de Direito Privado foram chamadas de Direito Privado em Cíveis e Comerciais, e ficaram estabelecidas, portanto, regras sobre os contratos, prerrogativas e até mesmo foro competente, o que era regularizado pelos atos de comércio (COELHO, 2016).

Toda essa evolução abria portas para novos segmentos que surgiam com a intensificação do Direito Comercial, vejamos:

Na lista dos atos de comércio não se encontravam algumas atividades econômicas que, com o tempo, passaram a ganhar importância equivalente às de comércio, banco, seguro e indústria. É o caso da prestação de serviços, cuja relevância é diretamente proporcional ao processo de urbanização. Também da lista não constavam atividades econômicas ligadas à terra, como a negociação de imóveis, agricultura ou extrativismo. Na Europa Continental, principalmente na França, a burguesia foi levada a travar uma acirrada luta de classes contra o feudalismo, e um dos reflexos disso na ideologia jurídica é a desconsideração das atividades econômicas típicas dos senhores feudais no conceito aglutinador do Direito Comercial do período. (COELHO, 2016, 46).

Ante o exposto, paulatinamente, a Atividade de Comércio foi ganhando forma, o que passou a ser fator fundamental para o processo de urbanização das cidades e na economia local, atualmente mundial, pois se pegarmos o cenário mundial, toda a economia depende diretamente das atividades comerciais desenvolvidas em todo o mundo, e no Brasil não é diferente, sendo necessária cada vez mais a criação de setores que aperfeiçoem a relação comercial das empresas.

Neste sentido, estamos diante da segunda fase dessa disciplina, onde ela não é mais vigente apenas sobre a relação comercial exclusiva dos comerciantes, mas tem vigência sobre os atos de comércio em si. Porém, havia um problema:

Uma vez ultrapassados os condicionantes econômicos, políticos e históricos que ambientaram a teoria dos atos de comércio, ela acabou revelando suas insuficiências como critério para delimitar o objeto do Direito Comercial. Na maioria dos países em que foi adotada, a teoria experimentou ajustes que, em certo sentido, a desnaturaram. Na Alemanha, em 1897, o Código Comercial definiu os atos de comércio como todos os que o comerciante, em sua atividade, pratica, alargando enormemente o conceito. Mesmo onde havia sido concebida, não se distinguem mais os atos de comércio dos civis segundo os parâmetros desta teoria: no direito francês, hoje, qualquer atividade econômica, independentemente de sua classificação, é regida pelo Direito Comercial se explorada uma sociedade. (COELHO, 2016, p. 46).

Após superar algumas barreiras, notava-se que o Direito Comercial não poderia ser regido somente pelos atos de comércio, ao passo que o aprimoramento nessa prática também exigia algo mais abrangente, o que levou à desnaturação desses atos, e isso forçou a criação de outro fator incidente sobre o comércio: a Teoria da Empresa.

2.1.1 Teoria da Empresa e a transição para o atual Direito Empresarial *versus* a figura do Empresário e suas garantias/limitações para desempenho da atividade

A teoria da Empresa representa uma nova fase no então Direito Comercial, sendo o que podemos chamar de terceira fase. Aqui, eram adotados critérios mais aprofundados e o que antes era chamado de Direito Comercial passa a ter uma nomenclatura mais técnica, mais abrangente e mais reguladora, sendo uma forma de complemento dos atos de comércio anteriormente mencionados.

Com o passar da Revolução Industrial e uma noção ultrapassada no que tangiam os atos comerciais, era necessário algo mais completo e mais técnico que abarcasse as relações comerciais, diante do crescimento exacerbado. Com isso, diante do surgimento de diversas atividades comerciais:

Diante do que se expôs nos tópicos antecedentes, percebe-se que a noção do direito comercial fundada exclusiva ou preponderantemente na figura dos atos de comércio, com o passar do tempo, mostrou-se uma noção totalmente ultrapassada, já que a efervescência do mercado, sobretudo após a Revolução Industrial, acarretou o surgimento de diversas outras atividades econômicas relevantes, e muitas delas não estavam compreendidas no conceito de 'ato de comércio' ou de 'mercancia'.

Em 1942, ou seja, mais de um século após a edição da codificação napoleônica, a Itália edita um novo Código Civil, trazendo enfim um novo sistema delimitador da incidência do regime jurídico comercial: a teoria da empresa. (RAMOS, 2017)

Contudo, embora estivesse sendo almejado um desenvolvimento, ainda haviam muitas lacunas. O Código Italiano de 1942, por exemplo, adotou a teoria da Empresa, mas não definiu o conceito jurídico da Empresa. Para isso, Alberto Asquini, um jusnaturalista italiano, conceituou a Empresa como um fenômeno de diversos perfis, sendo estes: perfil subjetivo, perfil funcional, perfil objetivo e perfil corporativo (RAMOS, 2017).

No Brasil não foi diferente, visto que passaram-se muitos anos para chegar-se ao regimento que temos hoje sobre a Atividade Empresarial. Atualmente, nosso Código Civil está totalmente atrelado à Teoria da Empresa e desvirtuado aos antigos atos de comércios, como visto em:

O Código Civil promulgado em 2002 adotou a chamada Teoria da Empresa em substituição a ultrapassada teoria dos atos de comércio de origem francesa, que adotava como forma de distinção entre as sociedades civis e

comerciais unicamente a natureza da atividade desenvolvida pelo empreendedor. (FARIAS, 2013, não paginado).

Embora atualmente nossa legislação adote um pensamento mais atual e mais elaborado, nem sempre foi assim:

Na antiga teoria dos atos de comércio, base do Código Comercial Brasileiro de 1850, era necessário verificar se a atividade explorada pelo comerciante era um ato comercial ou um ato civil, para, assim, defini-lo. Como exemplo, uma sociedade agrícola, mesmo possuindo organização dos fatores de produção, não era considerada sociedade comercial por ser, a agricultura, uma atividade civil. Eram considerados atos de comércio as operações de câmbio, banco, corretagem, os seguros, fretamentos, espetáculos públicos, entre outras. (FARIAS, 2013, não paginado).

Percebe-se que no entendimento passado, havia uma distinção entre a atividade explorada pelo comerciante para definir aquele ato, o que atualmente é considerado ultrapassado, ao passo que a partir da Teoria da Empresa criou-se uma noção mais completa da atividade e foi inserida a figura do empresário e da empresa como fator preponderante, sendo possível ter a figura do empresário e da empresa na atividade comercial, inclusive com características e perfis de cada um deles.

Sobre a figura do empresário, nosso Código Civil traz conceitos que caracterizam o empresário e também nos estabelece outras características que não conceituam esta figura, vejamos:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (BRASIL, 2002, p. 58).

Ante o exposto, podemos notar que o empresário é aquele que vem a exercer a atividade comercial com profissionalismo, uma vez que deve ser regular e habitual em sua atividade, além de organizar o desempenho de sua empresa para a produção e circulação de seus produtos e bens. Quanto à atividade, nosso ordenamento jurídico estabelece princípios que a norteiam, e aqui cabe destaque ao Princípio da Livre Iniciativa Comercial, ao passo que, embora se trate de um caso de Pandemia, as garantias adquiridas pelas empresas através dos princípios norteadores da atividade foram limitadas, principalmente no que se refere à liberdade que o empresário tem em tomar a iniciativa para exercer sua atividade.

2.2 O Princípio da Livre Iniciativa de Comércio como garantia e/ou obstáculo do empresário no período de Pandemia Mundial da Covid-19

Em busca de uma atividade dotada de segurança e estabilidade, desde 1776 nós podemos observar que os Textos Constitucionais brasileiros preveem a Livre Iniciativa de Comércio, ao passo que esta vem sempre interligada a um direito fundamental para a Ordem Econômica do país. Sendo assim, trata-se de um Princípio norteador da atividade empresarial e fortemente inserido na Ordem Econômica Brasileira, o que demonstra a importância de sua segurança.

Portanto, trata-se de um Princípio conferido aos particulares e ao Estado apenas por exceção, onde o Estado poderá intervir nos casos de abuso de poder, dominação de mercado, aumento dos lucros ou eliminação de mercado, pois aqui se parte de uma ideia de liberdade para o desempenho da atividade econômica, sob a luz do liberalismo econômico (GUESSE, 2019).

Ademais, no que diz respeito ao Princípio:

Este artigo da norma constitucional introduz um modelo econômico baseado na liberdade de iniciativa, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sem exclusões nem discriminações. Daí entende-se que, independentemente de sua natureza, se pública ou privada, toda a empresa para desenvolver atividade econômica, seja esta indústria ou comércio, ou ainda, prestação de serviços, regem-se pelos princípios contidos neste artigo. (OLIVEIRA, 2005, não paginado).

Trata-se de um Princípio que tem finalidade de assegurar aos cidadãos uma liberdade de empreender, ou melhor, uma liberdade em sua atividade comercial, sem excluir ninguém. Contudo, embora se busque a liberdade ao empresário em explorar a atividade, não foi o que aconteceu no caso aqui discutido, visto que durante o período pandêmico houveram diversos decretos estaduais e até federais que taxaram a Atividade Empresarial, uma vez que muitos empresários se viram condicionados às determinações de funcionamento dos decretos, pois muitas atividades foram consideradas não essenciais com base em senso comum, e isso foi usado como embasamento para determinar a possibilidade ou impossibilidade do funcionamento comercial.

Tomando por base a seleção entre o que era ou não essencial durante a Pandemia, um dos serviços descartados de funcionamento foram as unidades lotéricas, vejamos:

No entanto, segundo o juiz federal Márcio Santoro Rocha, um decreto do presidente não pode extrapolar o rol de atividades essenciais já estabelecido por lei federal de 1989 que regula o exercício do direito de greve. E atividades religiosas e funcionamento de unidades lotéricas não estão nesta lei. (CRUZ, 2020, não paginado).

Isto posto, nos mostra que diante do período de desespero e contágio em massa da doença, o Princípio da Livre Iniciativa de comércio, previsto em nossa Constituição de 1988, foi agredido e muitas vezes ignorado, pois, embora haja o enfrentamento de uma doença agressiva e que exige atenção redobrada, a classe empresarial e o comércio brasileiro não podem esquecer alguns setores e taxar algumas atividades, como as unidades lotéricas, que têm um papel fundamental na sociedade, uma vez que muitas pessoas, pela falta de acesso à internet ou outras plataformas digitais que possibilitam o pagamento de contas, precisam se dirigir a uma dessas unidades, até porque, ao mesmo tempo em que a maioria da população permaneceu em casa e o comércio estava fechado quase em sua maioria, algumas companhias até negociaram as cobranças ou as reduziram, mas nunca deixaram de cobrar, portanto, algumas cobranças como água, luz, telefone, etc., precisavam ser pagas e isso foi dificultado com essa impossibilidade de abertura das casas lotéricas, por exemplo.

Nesse sentido, o Princípio da Livre Iniciativa não é unicamente ligado a um modelo econômico ideológico adotado, mas ao contexto empresarial em que o indivíduo, nesse caso o empresário, desempenha sua atividade de maneira organizada, e caberá ao Estado assegurar as condições necessárias para que isso seja possível (CERVO, 2014).

Por fim, nessa linha de raciocínio, é sempre necessário reforçar o dever do Estado em garantir ao empresário brasileiro o seu Direito de exercer sua atividade, uma vez que, como demasiadamente supracitado, não se trata de uma faculdade estatal, mas de um Direito Fundamental do cidadão, devendo o Estado garantir.

3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com base em nossa Constituição Federal vigente, seu art. 196 preceitua que: a saúde é dever estatal, garantindo através de medidas econômicas e sociais a diminuição do contágio de doenças e demais complicações, além do acesso à todos os cidadãos para utilização de meios que preservem a saúde do sujeito (BRASIL, 1988).

A saúde consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XXV, que define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Ou seja, o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem por inspiração o valor de igualdade entre as pessoas.

Dessa forma, o direito à saúde, no contexto brasileiro, foi uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, refletindo na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, o direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas. Embora o acesso a estes serviços tenha relevância, como direito fundamental, o direito à saúde implica também na garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

A criação do SUS está diretamente relacionada à tomada de responsabilidade por parte do Estado. A ideia do SUS é maior do que simplesmente disponibilizar postos de saúde e hospitais para que as pessoas possam acessar quando precisem, a proposta é que seja possível atuar antes disso, através dos agentes de saúde que visitam frequentemente as famílias para se antecipar aos problemas e conhecer a realidade de cada uma, encaminhando as pessoas para os equipamentos públicos de saúde quando necessário.

Os direitos sociais constam do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e no Título VIII (Da Ordem social) da Carta Magna de 1988. Dessa forma, no art. 6º do mencionado diploma, são estabelecidos os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação¹, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à

¹ Introduzida pela Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010.

previdência social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados, bem como do art. 7º ao 11º foram sistematizados os direitos sociais do trabalhador, seja em suas relações isoladas ou coletivas.

A prestação de serviços públicos inerentes à saúde, a partir da atual Carta Política, foi estendida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, segundo o que ensina Barroso (2009), derrubando-se a restrição até então existente de assistência a apenas parcelas da população: “Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do ‘movimento sanitário’ foi a Assembleia Constituinte, e que se deu a criação do Sistema Único de Saúde.” (BARROSO, 2009, p. 14).

Após a CF/88, o serviço de saúde público deixou de ser apenas uma garantia dos trabalhadores formais e passou a ser um dever de prestação à todos os brasileiros, não devendo atenção à regularidade empregatícia ou demais fatores, mas sim algo que teve sua titularidade estendida à todos (BARROSO, 2009).

Na realidade, nenhum texto antecedente à CF/88 tinha previsão explícita e evidente voltada para a saúde, sendo este Direito efetivado e positivado somente após se passarem 40 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (SOUZA, 2010).

O Direito à Saúde resta consagrado pelo art. 6º da Constituição, *verba legis*: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988, não paginado).

Paralelo à isso, a Carta Magna de 88 trouxe mais avanços constitucionais, à exemplo do Art.196, que além de consolidar a Saúde como dever do Estado e Direito Fundamental do cidadão, ampliou os meios de acesso à este, trazendo o dever atrelado à uma ideia de acesso igualitário para todos os cidadãos (SCHWARTZ, 2001).

Em sequência, no Art.197 trouxe à baila a relevância desse Direito por estar atrelado à garantia do Direito à Vida, sendo este complementar ao outro. Já no Art.198, II, determinou-se a integralidade dos Serviços e ações públicas referentes ao tema, sendo priorizada à prevenção sem que sejam geradas baixas no serviço assistencial (ACHOCHE, 2008).

No que se refere à parte recursal ligada à efetivação do Direito à Saúde brasileira, a EC nº 29, de 13 de setembro de 2000 aponta: “[...] acrescentando o § 2º ao art. 198, estabeleceu a obrigatoriedade da aplicação, anualmente, de recursos mínimos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em ações e serviços públicos de saúde [...]” (BONTEMPO, 2005, não paginado).

Diante disso, podemos dizer que o Direito à Saúde é de cunho social devido pelo Estado e que tem como principal foco trazer estabilidade e garantia do bem-estar social e evitar contágio e proliferação das doenças (LADEIRA, 2009).

No mesmo raciocínio, podemos dizer à respeito do Art.1, III da CF/88 que a dignidade da pessoa humana é ponto importantíssimo para nosso Ordenamento, motivo pelo qual não pode ser negado o fato que a garantia desta é atrelada à Saúde, pois há uma complementação entre elas, sendo a Saúde sinônimo da dignidade prevista Constitucionalmente (PARANHOS, 2007).

Dessa forma, o valor desse Direito é devido ao fato de sua função primordial na vida humana, partindo do ponto que a saúde é de fundamental importância para a garantia da Vida humana, sendo indispensável para que haja tal garantia, funcionando como qualificador e mantendo total ligação (SCHWARTZ, 2001).

Por ser diretamente ligada à vida, a saúde também está interligada à dignidade da pessoa humana, sendo o Direito à Vida e à Saúde uma consequência da dignidade e, portanto, um dever estatal, ao passo que o Estado é agente fornecedor desse Direito (SOUZA, 2010).

Nesse diapasão, cabe destaque à ligação existente entre a vida e a saúde, em que um acaba por complementar o outro, e caso um direito não esteja sendo garantido de forma regular, o outro também decairá, pois sem saúde não há vida, ou seja, a inexistência de um leva, na maioria dos casos, ao fim do outro (PARANHOS, 2007).

No entendimento de Bulos (2003, p. 1291) a “[...] saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem e, não apenas, a ausência de afecções e doenças [...]”, razão pela qual se compreende a especial ênfase estabelecida a essa na Constituição de 1988.

Nesse contexto, entende-se que o direito à saúde pode ser dotado de dupla função:

Tanto como um direito de defesa (proteção do Estado à integridade corporal das pessoas contra agressões de terceiros, por exemplo), quanto como um

direito positivo (impondo ao Estado a realização de políticas públicas buscando sua efetivação, tais como atendimento médico e hospitalar, por exemplo), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia. (OHLAND, 2010, p. 31).

Diante da relevância dada à preservação da vida em nossa atual Constituição, alguns autores defendem que o direito à saúde estaria amparado pelo disposto no art. 60, § 4º, IV, da Carta Política de 1988, atribuindo-lhe caráter de cláusula pétrea, ao passo que esse Direito deverá ser garantido com a mesma efetividade, pois a não garantia da Saúde pode ocasionar até mesmo a morte.

O Direito à Saúde, nesse diapasão, possui caráter de Direito Fundamental, o que necessita de aplicação eficaz e imediata, sendo isso até mesmo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal(STF). (SCHWARTZ, 2001).

Para o Ministro (Min.) Celso de Mello (BRASIL, 2014), o direito social à saúde se caracteriza como direito subjetivo inalienável, tornando-se indispensável para a vida humana:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, 'caput', e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que as razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (BRASIL, 2014, não paginado).

O assunto já foi inclusive discutido em sede de Agravo (393175-0/RS) pela Segunda Turma do STF, sendo relator o Ministro Celso de Mello. Assim, restou-se entendido que se trata de um Direito Público subjetivo à Saúde e uma prerrogativa assegurada à generalidade das pessoas, onde o poder público deve formular e implementar políticas que garantam aos cidadãos um acesso igualitário ao Sistema de assistência hospitalar.

E mais, de acordo com Canotilho e Moreira (2000) *apud* Silva (2007), podemos dizer que este Direito possui duas vertentes, vejamos:

[...] uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas (SILVA, 2007, p. 309).

Desse modo, podemos dizer que a saúde veio a ser algo essencial para o ser humano, sendo dever do Estado a garantia desta e um Direito de todo cidadão em

usufruir, e para isso o autor posiciona duas vertentes.

Na realidade, “[...] a efetivação do direito à saúde encontra vários obstáculos, quais sejam, de ausência de recursos, bem como de ausência de políticas públicas ou de descumprimento das existentes [...]” (SOUZA, 2010, p. 24). Dessa forma, tendo em vista que se trata de um Direito com aplicação direta e fundamental importância, a própria população tem que cobrar sua efetividade e aplicabilidade.

3.1 Direito à Saúde como dever estatal *versus* a dificuldade enfrentada pelo Estado em garantir uma Saúde efetiva aos cidadãos

De forma direta, se analisarmos nosso Ordenamento, mais precisamente na Constituição de 1988, veremos que são assegurados tanto Direitos sociais quanto Direitos de Liberdade. Pois bem, ao falarmos da Saúde, trata-se de um Direito social, que são aqueles que o Estado tem o dever de garantir à população e representam um interesse de todos.

Segundo consolidado em Ohland (2010), o Direito à Saúde apresenta uma dupla função, tanto como um Direito de defesa onde o Estado protege a Integridade Física de seus subordinados, quanto Direito Positivo, sendo este positivado através dos atos praticados pelo Estado em prol de garantir a Saúde ao cidadão.

Nesse sentido, há ainda autores que entendem que tal Direito pode até ser tratado como uma Cláusula Pétrea, o que nos leva a entender a importância desse Direito para o cidadão e o dever do Estado em assegurá-lo, pois, além de representar um interesse social coletivo, uma vez destutelado, pode vir a colidir com outros Direitos Fundamentais, como o Direito à Vida, conforme supracitado. Segundo lecionado em:

No exame sistêmico do texto constitucional, incompreensível seria garantir-se como cláusulas pétreas, a vida e a integridade física do homem e não se garantir com a mesma eficácia de cláusula intocável por emendas constitucionais, visto que a saúde, destutelada, pode levar inclusive à morte. A proteção estatal da saúde decorre dos princípios adotados pela Carta, e, como resultado, é limitação material implícita a obstar sua abolição, ou redução, por emenda constitucional. (NASCIMENTO, 1997, p. 89).

Ocorre que no Brasil ainda existem obstáculos quando se trata de disponibilização de medicamentos e tratamentos ao povo brasileiro, sendo os principais problemas não só o simples fornecimento, mas também a quantidade

adequada a cada necessitado, uma vez que muitas pessoas não têm condições de arcar com um tratamento na rede privada, o que acaba escoando uma grande quantidade de pacientes para as filas em busca de um remédio ou um procedimento, e isso foi intensificado bruscamente no momento de Pandemia pelo qual o mundo inteiro enfrenta e, apesar da implementação periódica de políticas que estejam voltadas para a Saúde do brasileiro, ainda há um *déficit* na Saúde do país (VIEIRA, 2010).

Reforçando a situação de dificuldade enfrentada pelo Brasil em garantir tal Direito, é necessário trazer à baila:

Ora, o atendimento digno nos hospitais públicos é serviço essencial, o que faz restar incontroverso que sua prestação deve ser contínua, ou seja, não pode ser interrompida. Isso significa dizer que a inexistência de leitos e de hospitais capazes de atender à demanda do consumidor configura conduta omissa do Estado e viola frontalmente os direitos do consumidor e o direito constitucional à vida digna, que deve exigir a tomada de todas as medidas necessárias para a garantia do seu direito. (REBELO, 2018, não paginado).

Frente a uma precariedade do Sistema público de saúde no Brasil, marcado pelo insuficiente fornecimento de medicações gratuitas e que muitas vezes são de valor elevado até para as classes de maior poder aquisitivo, muitas pessoas têm apelado, de forma exitosa, inclusive, para as tutelas de saúde para tratamento médico, que tem efetivação através de provimentos judiciais liminares, o que veio a ser denominado “judicialização da saúde” (ORDACGY, 2007).

Portanto, resta comprovada a obrigação estatal em promover a saúde, e a chamada “judicialização da saúde” vem sendo um meio muito utilizado para que os cidadãos obtenham tal direito. O destaque dessa via vem sendo tão expressivo que ultimamente o STF vem reconhecendo este celeuma, ao passo que em nove casos o Plenário da Corte manteve, por unanimidade, liminares concedidas a diversos pacientes para o fornecimento de remédios e/ou tratamentos especiais (PRETEL, 2010).

Sendo uma peça fundamental para a possibilidade de uma vida digna, podemos dizer que a Saúde é um Direito de todos que deve ser fornecido pelo Estado, que tem autonomia para cobrar impostos do cidadão para isso, sendo até uma espécie de troca, onde o cidadão paga impostos para que tenha assegurada uma saúde digna fornecida pelo Estado, e para que isso se torne realidade, é necessário o investimento estatal em medicamentos, programas de prevenção, etc., de forma universal e integral (REBELO, 2018).

Em um pensamento congruente a este e em busca de executar seu dever, é de conhecimento geral que o Estado dispõe do SUS, vejamos:

Também não há dúvidas de que o SUS foi criado pela lei 8.080/90 com o objetivo de fazer valer o disposto na CF, dispondo em diversos artigos as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços de saúde. Ocorre que a realidade vivenciada pelos cidadãos brasileiros que necessitam de atendimento em hospitais públicos não corresponde ao que determinou o legislador (REBELO, 2018, não paginado).

Embora criado em 1990, o Estado ainda tem dificuldades de encontrar uma linha eficaz para a condução do SUS e, atrelado a este fato existe, uma gigantesca demanda que espera de forma angustiante por um tratamento ou remédio. Diante disso, o Estado vem tentando, através de programas e sistemas, garantir ao seu povo o dever a ele encarregado, mas é nítido o enfrentamento de problemas para abranger toda a demanda solicitante, motivo pelo qual o povo vem sofrendo cada vez mais, não somente no período pandêmico.

3.2 O Direito à Saúde, as medidas sanitárias necessárias no Período de Pandemia da Covid-19 e a responsabilidade popular como principal ponto para a proliferação do vírus

Em busca de conter o forte crescimento que a doença vinha apresentando, o Governo Estadual maranhense, por exemplo, através do Decreto nº 35784 de 03/05/2020, determinou a proibição de aglomeração de pessoas em local público ou privado, atitude necessária no momento, com vistas a reduzir ou pelo menos controlar a epidemia. Posteriormente, no mesmo estado e em outros estados brasileiros, foram emitidos Decretos que determinavam o “*lockdown*”, que é conceituado por Aquino *et al.* (2020) como intervenção rigorosa aplicada a uma população de uma só cidade ou toda região através da proibição de que as pessoas saiam dos seus domicílios, sendo uma medida bastante restritiva, mas com intuito de reduzir drasticamente o contágio social para tentar combater a proliferação.

Diante do cenário pandêmico pelo qual passamos, e pelo dever estadual em garantir a saúde de seus “subordinados”, há uma necessidade em promover políticas que protejam a população do contágio exacerbado do Covid-19 e as mortes causadas por ele. Dessa forma, buscando trazer uma maneira de controlar o

crescimento do coronavírus, tanto o Governo Federal quanto os Estaduais apelaram para Decretos que garantissem a segurança do povo, como o Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010, que reconhece o estado de calamidade pública, e que foi novamente decretado em Fevereiro de 2020, perante o contágio em massa da doença. Podemos conceituar a Calamidade como “[...] situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido [...]” (BRASIL, 2010, não paginado).

Em um pensamento perpendicular a este, que traz como necessidade a adoção de medidas sanitárias, uma boa parte da população que depende diretamente dos meios de produção resistem, ao tentar assimilar a gravidade da situação ou até mesmo a obedecer as medidas tomadas para proteção, senão vejamos:

A pandemia do Coronavírus, assim como o gato, é comumente tratada com pânico ou negação. Assembleias acontecem a fim de encontrar respostas e sugestões diante deste mal invisível. Se os mais precavidos resolvem seguir as orientações de órgãos competentes como a OMS, há os que entendem que a economia e o funcionamento dos meios de produção não podem parar, ainda que custe caro aos trabalhadores. Não é pelo pânico e, tampouco pela negação, que vamos deter a curvatura, mas por valores como cuidado e solidariedade com aqueles que mais são prejudicados com esta situação: os pobres e os trabalhadores que dependem da venda de sua força de trabalho. (CASTRO; DAL SENO; POCHMANN, 2020, p. 15).

O capitalismo, sem dúvidas, é um sistema bastante competitivo e intenso, fazendo com que as pessoas estejam sempre ligadas no mercado e nas atividades que garantem o sustento próprio, esquecendo até mesmo da própria saúde. Em casos como estes, é necessário não apenas ter fé, mas o incentivo popular ao estado no que diz respeito a investimentos e desburocratização nos sistemas de saúde já existentes, que muitas vezes acabam por aterrorizar a população (CASTRO; DAL SENO; POCHMANN, 2020).

Em busca de maior celeridade e eficiência contra o contágio em massa da doença, a própria Lei assegura dispensa de processos como licitações para que haja a aquisição de bens, serviços e insumos de saúde, além do dever encarregado aos cidadãos em colaborar com as autoridades sanitárias que atuam em áreas de possíveis contágios, buscando sempre o controle da disseminação do vírus (ABRÃO, 2020).

Outras expressões bastante comuns no vocabulário mundial e que se fez necessário a adoção são: quarentena e Isolamento. Dessa forma, estas são, nada

mais, nada menos, que formas de controle da propagação da doença. Fora isso, em prol da garantia ao cidadão de uma saúde qualificada, o estado buscou disponibilizar exames laboratoriais e leitos de tratamento, chegando até mesmo a importar produtos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para que o tratamento pudesse ser fornecido ao paciente o mais rápido possível, o que mostra a necessidade de celeridade no caso e a mobilidade estatal para desempenhar seu dever (ABRÃO, 2020).

Falando exclusivamente de Brasil, embora nós, brasileiros, tenhamos uma grande cultura de afeto, abraços e contato direto com conhecidos e demais pessoas próximas de nosso convívio, o momento não é propício a isso, visto que uma das práticas de maior prevenção que devemos adotar é evitar o contato físico com outras pessoas, cabendo, portanto, ao povo, a conscientização de que o momento não é nada fácil e um simples deslize pode ser bastante prejudicial ou até mesmo fatal. Por parte do estado, diversas campanhas também foram levantadas para incentivar o povo a higienizar bem as mãos e todas as partes do corpo, incentivar também o uso de máscaras e, conforme supracitado, evitar ao máximo ter contatos físicos com as pessoas, principalmente quem não conhecemos.

Por fim, é necessário expor a responsabilidade que o estado carrega no atual momento, mas não podemos esquecer que, embora este tenha dever em garantir ao povo uma saúde digna, nós precisamos de consciência em nosso cotidiano. A começar, podemos até mesmo citar nosso Código Penal, através do Art. 268, que trata justamente da infração de determinação do poder público, pois diversas determinações e orientações vêm sendo dadas pelos governos estaduais e pelo governo federal e muitas vezes não há eficácia por conta do descumprimento da sociedade. Portanto, além de obediência ao que vem sendo determinado, a adoção de práticas que aprimoram a higiene pessoal e a diminuição do contágio, precisa-se de um pensamento solidário e de compaixão com o próximo, porque muitas pessoas vêm apenas observando o sustento financeiro e descumprindo orientações, mas no mesmo plano e em situação totalmente oposta, outras pessoas vêm lutando bravamente entre a vida e a morte em um leito de hospital ou muitas vezes a espera de um local desse para início de tratamento contra esse poderoso vírus.

4 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BUSCA PELA SOLUÇÃO

No que se refere ao conflito entre dois Direitos Fundamentais, o filósofo Robert Alexy desenvolveu uma teoria justamente para solucionar essa colisão, se valendo de alguns critérios que são utilizados para a resolução da demanda, e este foi o método selecionado para aplicação na presente discussão. Pois bem, o autor da teoria estabelece uma diferença entre regras e princípios, acreditando que assim fica mais claro o entendimento e, conseqüentemente, a resolução da colisão existente.

Para a distinção, a metodologia jurídica utilizava de critérios como generalidade e abstração, para diferenciar o que é considerado regra e o que seria considerado princípio, sendo este, inclusive, o modo de distinção adotado por Bobbio, que definiu os princípios como “[...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais [...]” (BOBBIO, 2003, p. 158).

Buscando clarear a distinção entre o que seria regra e o que seriam princípios, o filósofo Alexy também se inspirou em outros autores que desenvolveram sobre o referido tema, como Ronald Dworking. Para ele, o conflito entre Princípios se torna mais complicado, ao passo que, diferente das regras, quando estamos diante de uma colisão, temos que solucionar sem excluir o Princípio do Ordenamento Jurídico, visto que estes possuem uma dimensão maior que as regras: A dimensão de peso ou importância. Por isso, enquanto o conflito de regras é dado pela hierarquia ou especialidade, onde se declara a invalidade de uma, nos princípios é dado enfoque no caso concreto a partir da importância ou força relativa destes (DWORKING, 2007 *apud* FERREIRA, 2010).

Diante disso, surge a seguinte problemática:

A partir do momento em que os princípios, assim como as regras, são aceitos como espécies do gênero norma, surge um novo problema: o que fazer quando dois princípios constitucionais (e, portanto, de mesma hierarquia) representarem interesses contraditórios? Se, por exemplo, face a um caso concreto, o direito à intimidade conflitar com a liberdade de expressão, deve o juiz realizar uma escolha binária? Ou será que a colisão de princípios transcende os critérios clássicos de resolução de antinomias entre regras? (FERREIRA, 2010, não paginado).

A título de resposta para o questionamento, Alexy desenvolveu a Teoria da Proporcionalidade, que traz a ponderação como guia para a solução de colisão entre Direitos Fundamentais, atentando-se ao fato de que, no caso dos princípios, temos

um método resolutivo que não exclui o princípio do Ordenamento Jurídico, diferente do conflito entre regras, conforme supracitado.

Dito isso, em um pensamento pessoal do Filósofo Robert Alexy, podemos afirmar que a Ponderação é o método utilizado exclusivamente para a colisão de princípios, vejamos:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação. (ALEXY, 2007, p. 64)

Para explicar a afirmação, o autor da teoria faz alusão ao Princípio da Proporcionalidade, que funciona como uma espécie de estrutura da teoria por ele desenvolvida, ao passo que, segundo ele, o Princípio é norteado por três outros parciais princípios, sendo estes os pilares utilizados para sua teoria, são eles: a adequação ou Princípio da idoneidade; a necessidade; a proporcionalidade em sentido estrito, sendo o último correspondente à ponderação.

Basicamente, ao trazer referência à adequação, há a exclusão da utilização de meios que levem um princípio a prejudicar o outro, sem fomentar o princípio ao qual eles devam servir. Na necessidade, há uma espécie de opção entre os caminhos que possibilitariam a realização de um determinado princípio, e, por fim, ao falar da proporcionalidade em sentido estrito, esta é, nada mais que a ponderação entre vantagens e desvantagens que virão a surgir com a adoção de uma medida, e o autor elenca o último como a ponderação. (ALEXY, 1994 *apud* FERREIRA, 2010)

Assim sendo, a ponderação como Princípio básico e norteador da Teoria da Proporcionalidade consiste em mesclar as consequências do cumprimento/não cumprimento de um determinado princípio, sendo necessário, nessa fase, a identificação de todos os elementos fundamentais que compõem cada princípio, para que não haja distorções no momento da ponderação, sendo esta sua primeira fase (ALEXY, 1999).

Na segunda fase, podemos dizer que o intérprete do conflito deverá analisar as circunstâncias do caso concreto e sua repercussão, vejamos:

Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias do fato que caracterizam a hipótese, aquelas que ele considera relevantes [...] Em segundo lugar, e as duas questões estão interligadas, os fatos relevantes terão influência sobre o peso ou a

importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e as normas por eles propugnadas. (BARCELLOS, 2005, p. 116).

Portanto, nessa fase ocorre uma tarefa fundamental para a aplicação da teoria e, inclusive, para a aplicação no nosso caso específico, ao passo que, ao tratarmos do conflito entre Direito à Saúde e o Direito à Livre Iniciativa, nessa fase, teremos que indicar a primazia entre cada princípio.

Na última fase, também há uma difícil tarefa, que seria justificar o motivo pelo qual um deve prevalecer sobre o outro, conforme:

Essa fase implica na formulação de regras, inclusive de primazia, entre os princípios que estão sendo analisados. Não é por outra razão que se mostra a fase mais complexa da ponderação, pois enseja várias questões como a de justificar porque uma solução indicada por determinado elemento deve prevalecer sobre outra. A despeito do exposto, é importante destacar que a decisão obtida através do processo de ponderação, sempre que possível, terá como objetivo, alcançar a concordância prática, que, em última análise, pode ser vista como a finalidade da ponderação. (FERREIRA, 2010, não paginado).

Dessa forma, podemos concluir que a Teoria é estruturada em três fases, e que as duas últimas são fundamentais para o resultado final do processo, sendo a terceira fase aquela em que será buscada uma concordância prática, mas haverá a necessidade de se tomar uma decisão para a colisão entre os conflitos, utilizando-se da ponderação. Com isso, nessa fase tem-se a missão de formular as regras de cada princípio e avaliar cada um deles para decidir qual terá maior relevância para o caso aplicado.

4.1 A Teoria da Proporcionalidade sob um olhar crítico ou complementar ao pensamento de Alexy

Como dito em um popular ditado “nem tudo sempre são flores”, e isso também pode se estender à Teoria da Proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy para solucionar a colisão entre Direitos Fundamentais, muitos outros autores e até filósofos não têm um pensamento congruente à este, principalmente no que tange ao critério da Proporcionalidade em sentido estrito.

Um forte crítico a essa Teoria é Habermas, que traz uma outra visão sobre o poder normativo dos Direitos Fundamentais e a proporcionalidade aplicada na teoria. Segundo ele, ao aplicar o critério, os Direitos Fundamentais perderiam sua

prioridade estrita em relação a outras argumentações. Portanto, ao usarmos da Ponderação, estaríamos ignorando a prioridade absoluta carregada pelos Direitos Fundamentais, ao passo que para o pensamento Habermasiano, estaríamos “abrindo espaços” para discussões éticas, morais, etc., que são carregadas por outros argumentos jurídicos, mas que não têm a mesma força de um Direito Fundamental (SALOMÃO, 2012).

A crítica supracitada representa o Primeiro plano do pensamento Habermasiano sobre a Teoria de Alexy. Referente ao segundo plano, podemos dizer que:

No segundo plano de análise, destaca-se a crítica, segundo a qual a ponderação produziria um juízo em relação ao seu resultado, sem contudo, ser capaz de justificá-lo. Da aplicação gradual dos direitos fundamentais não permitiria se extrair que uma decisão fora correta ou incorreta, colocando a prática da ponderação fora do domínio da justificação. (COURA, 2009, p. 128-129).

Nesse pensamento, a segunda crítica vem decorrente de uma certa dúvida causada pela aplicabilidade da ponderação, visto que os autores destacam a dificuldade em saber se a decisão pode ser considerada correta ou incorreta.

Embora tenha-se uma certa crítica/dúvida a respeito das certezas geradas pelo resultado da aplicação da Teoria de Alexy, podemos dizer que essa é dotada de um certo poder de decisionismo, que utiliza critérios próprios de aplicabilidade e permite que seja solucionada a colisão entre Direitos Fundamentais e, portanto, merece reconhecimento, sem falar da vasta aplicação que esta teoria carrega por diversos campos jurídicos, não merecendo ser “banalizada” ou inteiramente criticada.

Nesse pensamento, se por um lado a Teoria coleciona críticas em relação aos critérios utilizados para aplicação, por outro lado há autores que a complementam e inclusive trazem um pensamento mais amplo em relação ao do filósofo Alexy, como Canotilho aduz:

O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens. (CANOTILHO, 1999, p. 1162).

Portanto, diferente do pensamento levantado por Habermas, aqui, para Canotilho, podemos dizer que se trata de um pensamento muito mais amplo, que põe a ponderação como um critério avaliativo totalmente racional, sem que restem

dúvidas sobre o resultado obtido com a teoria e sem que se confunda com uma mera interpretação jurídica.

Fica claro que trata-se de um método colecionador de discussões e opiniões inerentes à sua eficácia e aplicabilidade, visto que por um lado temos um discurso duvidoso em relação à assertividade desse critério, mas por outro lado, e que inclusive é o pensamento adotado no presente trabalho, temos a ponderação atrelada a um discurso racional e avaliativo na colisão de Princípios Constitucionais, totalmente capaz de produzir um resultado final após a aplicabilidade, não sendo à toa que a sua aplicação, na teoria de Alexy, só é dada após as etapas de adequação e necessidade, que são seguidos da então ponderação, para que seja possível se chegar a uma conclusão a respeito dos Direitos Fundamentais.

4.2 A necessidade e adequação como critérios imediatos para aplicação da teoria e a tomada de medidas sanitárias intensas durante a pandemia de Covid-19

Como é sabido, diante do período em que vivemos, houve a necessidade da aplicação de medidas sanitárias intensas que buscassem controlar o contágio excessivo pela pandemia da Covid-19, o que, por trás de tudo, acarretou numa série de discussões e uma certa dualidade no ordenamento jurídico, ao passo que, conforme já mencionado, nossa Constituição assegura ao cidadão o direito à Livre Iniciativa, que vem como uma espécie de liberdade e garantia em que o cidadão terá a liberdade de ingressar no mercado e desempenhar sua atividade de maneira regular. Por outro lado, também é previsto como dever do Estado a garantia à Saúde de toda a população, e é justamente esse o objetivo do presente trabalho.

Frente a uma colisão entre Direitos Fundamentais elencados na Constituição, há a necessidade de trazer à baila qual direito deverá prevalecer no caso estudado e, para isso, utilizou-se da Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy, que traz como critérios a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, falaremos especificamente da necessidade e adequação para justificar as medidas sanitárias adotadas pelo Estado.

No que se refere às medidas adotadas pelos governos, o fato de estarmos diante de uma doença silenciosa e misteriosa fez com que muitas medidas não-

farmacológicas fossem adotadas, como o “*Lockdown*”, que é um confinamento social utilizado para controle da doença e adotado em quase todo o país durante a pandemia, como dito em:

O lockdown é o nível mais alto de segurança e pode ser necessário em situação de grave ameaça ao sistema de saúde. Durante um bloqueio total, todas as entradas do perímetro são bloqueadas por profissionais de segurança e ninguém tem permissão de entrar ou sair do perímetro isolado. Difere das demais medidas de distanciamento social, tais como o distanciamento social ampliado, conhecido como quarentena, e o distanciamento social seletivo, conhecido como isolamento vertical. (NAKAMURA, 2020, p. 3).

Muito se questionou sobre a necessidade de tais medidas, visto que muitas pessoas, de diversas gerações diferentes, nunca estiveram diante de uma doença mundialmente mortal e assustadora, razão que abriu portas para muitas opiniões naquele momento, uns de acordo, mas outros não.

Como já mencionado, e agora diante da colisão entre dois Direitos Fundamentais, faz-se necessário resolver qual destes prevalecerá, e, para isso, a Teoria adotada é composta pelos critérios de adequação e necessidade. Assim, ao falarmos de adequação, podemos dizer que nesse critério será buscado o meio mais adequado para que o fim desejado seja alcançado, ou seja, aquele meio em que o fim seja alcançado mas que não sejam infringidos outros Princípios (JUDICE, 2007).

Nesse diapasão, entende-se por adequação aquele critério utilizado para que haja a promoção de um fim desejado, e nesse caso é o controle da doença e da taxa de mortalidade gerada por ela. Assim sendo, é necessário que haja a adoção de medidas sanitárias restritivas e rigorosas para que o resultado almejado seja alcançado o mais rápido possível.

Em busca disso, no dia 3 de fevereiro a pandemia foi declarada no país, onde houve um reforço na ideia de emergência diante do cenário atual, e em menos de 2 (dois) dias houve a sanção de uma Lei que determinou medidas de enfrentamento para o referido período, incluindo estratégias que reforçassem a ideia principal para a não adoção de medidas não-farmacológicas, conforme citado acima (GARCIA; DUARTE, 2020).

Dito isso, podemos dizer que tratam-se de medidas em prol do Direito à Saúde e que, segundo a teoria nos leciona, encaixam no critério de adequação daquele Direito Fundamental, ao passo que a adequação é um critério que visa trazer, na colisão entre os Direitos Fundamentais, aquele que mais for adequado para o caso

concreto, e nesse caso podemos dizer que é o Direito à Saúde, que, além de ser de extrema importância, tem ligação direta com o Direito que muitos consideram de maior importância do ordenamento: o direito à vida.

Outro ponto necessário de se abordar é a questão do critério de necessidade, que, como dito anteriormente, tem sua adoção nesse caso em prol da saúde brasileira, pois se analisarmos todo o contexto ao qual estamos passando, podemos dizer com absoluta certeza que há a necessidade de atitudes que evitem ou pelo menos controlem a disseminação do vírus, vejamos:

Nessa via, a saúde dos brasileiros é garantida por meio das políticas públicas sociais e econômicas, não se pode aqui distinguir ou segregar tais políticas no que tange a efetivação do direito à saúde dos brasileiros, de outro modo, os gestores públicos devem por meio das políticas públicas econômicas e sociais garantir, concretizar, efetivar o direito à saúde, nesse intuito o legislador retratou no diploma legal acima exposto que ambas políticas públicas devem garantir, sustentar a efetivação do direito à saúde do brasileiro. Espera-se que de fato tal diploma legal seja posto em prática, tendo em vista que tanto as políticas econômicas quanto as sociais possuem grande relevância no cenário da saúde brasileira. (SARAIVA, 2020, não paginado).

Nesta linha de raciocínio, e a par aos critérios de necessidade aduzidos pela teoria da proporcionalidade de Robert Alexy, estamos diante de um período pandêmico bastante complicado, onde há a forte necessidade da aplicação de medidas sanitárias preventivas do vírus Covid-19, o que acaba por gerar uma grande discussão a respeito do conflito existente entre o direito da livre iniciativa e o direito à saúde.

Ante o exposto, podemos dizer que nesse conflito os critérios de adequação e necessidade para julgamento da colisão entre direitos está devidamente aflorado no presente caso, pois, conforme supracitado, os critérios carregam a ideia de escolher o princípio com maior adequação ao caso em questão e maior necessidade para resolução daquela colisão e, nesse caso, temos a saúde como necessária para proteção do bem maior de cada ser humano: a vida. Portanto, não se trata de um simples dever do Estado, mas de algo que está sendo feito para a proteção de um outro Direito Fundamental considerado como o de maior importância dentre aqueles previstos no ordenamento jurídico, motivo pelo qual a necessidade e adequação de medidas sanitárias para enfrentamento da pandemia se sobressaem e acabam demonstrando necessidade frente à livre iniciativa. Além disso, não se trata de uma restrição completa ao empreendedorismo brasileiro, mas uma restrição parcial e necessária para o controle epidêmico.

4.3 A aplicação da teoria como método resolutivo para o conflito dos direitos fundamentais da Livre iniciativa e da Saúde no período pandêmico

Diante de toda a problemática envolvendo a colisão entre os dois princípios previstos no ordenamento jurídico, o método escolhido para a solução e conclusão do presente trabalho foi a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy. Esta teoria utiliza-se de três critérios avaliativos e é dividida em três fases, o que já foi mencionado anteriormente. Portanto, aqui começaremos pela proporcionalidade em sentido estrito, que representa um dos critérios mais significantes para a teoria e até “polêmico”, ao passo que muitos autores têm opiniões distintas a respeito do Princípio da Proporcionalidade, a base desse critério.

Pois bem, a grosso modo, podemos dizer que a proporcionalidade é aquele critério que visa “trazer mais benefícios do que malefícios”, ou seja, em outras palavras, o significado da expressão é de que na aplicação deste critério haverá uma análise do fim aonde se deseja chegar e os meios utilizados para que seja possível essa trajetória, sendo primordial o não ferimento a um “conteúdo essencial”, que nesse caso representaria o outro Princípio conflitante.

Nesse diapasão, o critério deverá ser utilizado no sentido de que, diante da colisão entre saúde e livre iniciativa, deverá ser avaliado o meio em que se almeja chegar, que nesse caso é o controle do vírus ou até mesmo seu domínio total, mas nesse caso o caminho colide com outro princípio constitucional e, portanto, deverão ser utilizados meios que permitam a garantia, embora reduzida, da livre iniciativa, o que foi feito, ao passo que foi possibilitada a modalidade “*delivery*” para as empresas, outras puderam funcionar por se tratar de serviços essenciais, etc. Então, aqui nós podemos dizer que o critério teve uma certa eficácia na colisão, pois buscou-se alcançar um resultado final e, ao longo da trajetória, foram garantidos, na medida do possível, o exercício dos direitos conflitantes, sendo feita uma espécie de ponderação.

Em relação aos demais critérios, a necessidade e adequação também desempenham um papel fundamental para complementar a aplicação do método, pois se seguirmos a ordem dos critérios dispostos pela teoria, podemos afirmar que estes dois antecedem a proporcionalidade em sentido estrito, de forma que só será utilizado este critério após superadas a adequação e necessidade, nessa sequência (SILVA, 2002).

No tocante ao primeiro critério sobre a ordem estabelecida, é cabível falar que a adequação exige uma certa aptidão para que seja escolhido um determinado meio que busca promover um determinado fim e, nesse caso, o meio utilizado foi a emissão de decretos e Leis Federais e Estaduais para o controle da doença.

Após isso, vem o critério de necessidade, onde haverá um juízo comparativo, que diz respeito a quando houverem outros meios de se chegar ao resultado sem que sejam utilizados caminhos restritivos para outros direitos fundamentais, deverá ser seguida esta opção, ou seja, nesse caso deverá optar por um meio “menos gravoso”, que não restrinja nenhum direito em conflito com outro. Em busca de exemplificar o raciocínio, Alexy estabeleceu que:

Em busca de clarear o raciocínio, Alexy exemplificou um caso em que existem dois meios para se chegar a um determinado fim, tendo em vista um determinado princípio, porém um dos meios afetará menos aquilo que a norma estabelece, enquanto o outro meio afetará mais. Dessa forma, um princípio poderá ter os dois meios como insignificantes no tocante ao grau de intensidade sobre a norma, mas o outro princípio pode estar sendo fomentado de forma maior caso seja escolhido um dos dois meios possíveis, e por isso este meio mais benéfico será o escolhido por garantir aquele Princípio, enquanto o meio mais prejudicial estará proibido (ALEXY, 1993).

Nesta comparação, o filósofo se baseou em um exemplo que se encaixa perfeitamente com o caso estudado, pois utilizou-se de uma relação entre estado e sujeito, como feito na presente demanda, pois de um lado temos o cidadão interessado e do outro o dever estatal em regular aquilo previsto no ordenamento. Pois bem, se um determinado meio possibilita a garantia dos dois princípios, este deverá ser o meio utilizado e necessário naquele caso e, trazendo o pensamento para o nosso estudo, é mister frisar que o meio que possibilita a criação de condutas que tenham como objetivo sanar o vírus e, ao mesmo tempo, possibilitem a garantia e o exercício da livre iniciativa deverá ser o adotado, pois trata-se daquele meio necessário para o caso concreto.

Superados os dois primeiros critérios para a aplicação da teoria, temos o mais complexo: o critério de proporcionalidade em sentido estrito. Visando clarear este critério, Lima (2014, não paginado) aduz que:

O elemento apto a resolver esta colisão é a proporcionalidade em sentido estrito, que, para Robert Alexy, corresponde ao mandado de ponderação.

Deve-se analisar se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente grande para justificar a intensidade da restrição ao princípio contraposto. O autor propõe que a ponderação seja feita com base na atribuição escalonada de grau à intensidade da intervenção no princípio contraposto. Da mesma maneira, deve-se atribuir grau de importância ao fomento do fim almejado pelo princípio. Por causa disso, estará justificada a intervenção que tiver grau menor que o grau de importância atribuído. Por outro lado, será desproporcional a restrição que tem um grau de intervenção superior ao grau de importância.

Aqui, podemos notar que se trata de um critério que carrega uma grande responsabilidade, funcionando como uma espécie de “resultado final” do processo. Nesse critério, será desempenhada uma difícil missão, sendo justamente encarregada ao intérprete, sendo ele a figura que irá avaliar a intensidade de um princípio sobre o outro conflitante, que, nesse caso, o procedimento será feito entre o direito à saúde e a livre iniciativa.

Em busca de fechar o raciocínio e concluir a aplicação da teoria da proporcionalidade, na proporcionalidade em sentido estrito cabe dizer que ocorrerá a sobreposição de um princípio sobre o outro, devendo tal fato ser procedido após uma análise da importância daquele sobre o outro. Seguindo este passo da teoria, o direito à saúde, em total ligação com o direito à vida, tem importância indiscutivelmente superior no período pelo qual passamos, senão vejamos:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, 2010, 441).

Sendo assim, o fato de o direito à saúde ter interligação direta com o direito à vida, que inclusive está em jogo no caso estudado, podemos afirmar que este tem um destaque sobre a livre iniciativa, ao passo que, sem a vida, ou até mesmo sem a saúde, não faria sentido falar em outros direitos, inclusive os direitos fundamentais.

Nossa constituição também é breve e direta ao falar da inviolabilidade do direito à vida:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]. (BRASIL, 1988, não paginado).

Dessa forma, a vida, para o ordenamento jurídico, é um direito inviolável, que não poderá, em hipótese alguma, ser subestimado e muito menos menosprezado,

fazendo com que, nesse caso específico, haja uma sobreposição do direito à saúde, interligado diretamente à vida, sobre o direito à livre iniciativa, ao passo que, sem o primeiro, nem mesmo a livre iniciativa seria possível.

Por fim, nos resta concluir que os meios utilizados para que seja alcançado um controle da taxa de mortalidade e diminuição do contágio da doença são meios que possibilitam a garantia de um direito inviolável previsto na constituição e também possibilitam o exercício da livre iniciativa, logicamente de forma reduzida, mas sem deixar de garantir ao cidadão este direito, devendo este meio ser adotado na aplicação da teoria, que, em fase final, tem o direito à saúde sobreposto ao da livre iniciativa de comércio.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, a prática de atividade comerciais era dada sem nenhum tipo de regulamentação, onde as pessoas praticavam o comércio como forma de sobrevivência através daquela prática, porém, ninguém imaginaria que muitos anos depois chegaríamos em um direito calcificado e previsto no ordenamento jurídico de todos os países, motivo pelo qual restou-se necessária a implementação de medidas que viessem a regular o comércio.

Dito isso, é mister frisar que no Brasil não foi diferente, pois a prática foi se intensificando e atualmente somos dotados de um sistema robusto no que se refere ao atual direito empresarial, trazendo garantias e direitos ao empresário brasileiro. Ocorre que, no caso em tela, estamos diante de uma colisão entre direitos fundamentais, ao passo que diante do período pandêmico pelo qual passamos, muitas críticas surgiram devido aos chefes de governo adotarem medidas sanitárias intensivas que acabaram por limitar a atividade comercial, sendo tal fato um motivo para discussão e revolta na população brasileira, que tem uma porcentagem significativa inserida no comércio, principalmente nas grandes metrópoles brasileiras.

Por outro lado, tem-se o direito à saúde como dever estatal, e o objetivo do trabalho é frisar a importância das medidas adotadas pelos governos na batalha pela qual passamos frente a um vírus misterioso e ainda pouco conhecido, e que requer um grande cuidado. Por isso, faz-se necessária a adoção de medidas restritivas à população de forma geral, o que acaba por refletir na atividade comercial brasileira, que, embora seja muito importante para cada um que a desempenha, também tem papel fundamental na economia do país.

Assim, o presente trabalho utilizou da teoria da proporcionalidade desenvolvida pelo filósofo Robert Alexy em prol de trazer uma solução para o conflito entre o direito fundamental à saúde e o da livre iniciativa, além de funcionar para trazer uma espécie de “resposta” ao questionamento levantado há meses por uma grande maioria de brasileiros, que é justamente a necessidade de medidas restritivas para contenção da Covid-19.

A teoria, portanto, é estruturada em três critérios perfeitamente aplicáveis ao caso, sendo o primeiro o da adequação, que avalia, nesse caso, a adequação das medidas tomadas pelos governos ao caso comento, buscando-se a utilização de

meios que possibilitem a chegada ao fim desejado, que nesse caso é o controle ou até mesmo a cura da doença.

O critério subsequente é o da necessidade, que vem para avaliar a necessidade dos meios que serão utilizados para aquele resultado, onde é feito um juízo comparativo, buscando seguir a conduta menos gravosa, que, nesse caso, restou evidente que é a adoção de medidas controladoras da doença.

O critério final é o da proporcionalidade em sentido estrito, que carrega “nas costas” uma série de pensamentos a favor e contra a sua aplicação, pois segue uma linha de ponderação. Aqui, é feita a sobreposição de um princípio sobre o outro, avaliando de maneira racional os meios utilizados em cada um e, no caso específico, serão avaliadas as medidas adotadas pelos governos, mas sem que seja observada a livre iniciativa, que também constitui um direito fundamental.

Ante o exposto, podemos concluir que a teoria é um método bastante eficaz principalmente para o caso em si, pois, ao contrário do que muitos pensam e até alguns escritores pontuam, não se trata de critérios que no final simplesmente excluirão um direito fundamental e o esquecerão, mas será buscada a forma mais adequada para se chegar ao resultado final desejado sem que haja restrições totais ao outro direito, mas, logicamente, para que se obtenha um resultado, haverá a necessidade da sobreposição de um perante o outro e, nesse caso, temos a conclusão de que o direito à saúde prevalecerá sobre o da livre iniciativa, por estar atrelado ao direito de maior importância do ordenamento jurídico, que, através dele, há a possibilidade do exercício dos demais, que é o direito à vida.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Felipe Guimarães. A importância da lei 13.979/20, a Lei Nacional da Quarentena, no combate à proliferação do coronavírus. **Mgalhas**, [S. l.], mar. 2020. Disponível em: <https://mgalhas.uol.com.br/depeso/322180/a-importancia-da-lei-13-979-20--a-lei-nacional-da-quarentena--no-combate-a-proliferao-do-coronavirus>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 2102, ano 14, abr. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12578>. Acesso em: 26 fev. 2012.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], n. 217, 1999.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alexy. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, Serro, v. 2, n. 117-142, p. 1-26, set. 2010.
- AQUINO, Estela Maria Motta Lima Leão *et al.* Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 25, sup. 1, p. 2423-2446, jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10502020>. Acesso em: 22 jun. 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010**. Regulamenta a Medida

Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864 Paraná. Custeio, pelo estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do sus atendidos pelo samu nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública. Relator: Min. Celso de Mello, 9 de setembro de 2014. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO FILHO, Sérgio de Freitas. O direito à saúde e os parâmetros traçados pelas decisões dos tribunais. **Consultor Jurídico**, [S. l.], jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/sergio-freitas-direito-saude-parametros-tribunais>. Acesso em: 31 ago. 2020.

CASTRO, Daniel; DAL SENO, Danilo; POCHMANN, Marcio. **Capitalismo e a COVID- 19: um debate urgente**. São Paulo: [s. n.], 2020. Disponível em: <http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2020/05/LIVRO.CapitalismoxCovid19.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. A livre iniciativa como princípio da ordem constitucional econômica: análise do conteúdo e das limitações impostas pelo ordenamento jurídico. **JUS**, fev. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26778/a-livre-iniciativa-como-principio-da-ordem-constitucional-economica#:~:text=A%20liberdade%20de%20iniciativa%20envolve,al%C3%A9m%20da%20liberdade%20de%20contrato>. Acesso em: 20 out. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

COURA, Alexandre De Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**. São Paulo: Editora Mandamentos, 2009.

CRUZ, Isabela. As disputas sobre o que é atividade essencial durante a quarentena. **Nexo Jornal**, [S. l.], mar. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/29/As-disputas-sobre-o-que-%C3%A9-atividade-essencial-durante-a-quarentena>. Acesso em: 18 out. 2020. en&nrm=iso. Acesso em: 26 jun. 2020.

FARIAS, Ricardo Rodrigues. A teoria da empresa e o empresário individual. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, mar. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-112/a-teoria-da-empresa-e-o-empresario-individual/#:~:text=J%C3%A1%20a%20teoria%20da%20empresa,circula%C3%A7%C3%A3o%20de%20bens%20ou%20servi%C3%A7os>. Acesso em: 20 out. 2020.

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a teoria dos princípios de Robert

GARCIA, Leila Posenato; DUARTE, Elisete. Intervenções não farmacológicas para o enfrentamento à epidemia da COVID-19 no Brasil. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, Brasília, DF, v. 29, n. 2, 2020. Disponível em: <http://www.>

GUESSE, Juliana. Regime jurídico da livre iniciativa. **Mgalhas**, [S. l.], out. 2019. Disponível em: <https://mgalhas.uol.com.br/depeso/313799/regime-juridico-da-livre-iniciativa>. Acesso em: 19 out. 2020.

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. **Consultor Jurídico**, [S. l.], mar. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=2. Acesso em: 28 ago. 2020.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105-127, maio/ago. 2009.

LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **JUS**, [S. l.], ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey/3>. Acesso em: 3 set. 2020.

MALLMANN, Eduarda. Direito à saúde e a responsabilidade do estado. **DireitoNet**, [S. l.], out. 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>. Acesso em: 5 set. 2020.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. São Paulo: Atlas, 2015.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. A possibilidade de decretação do “lockdown” pelos Estados em razão da Covid-19. **SciELO Preprints**, São Paulo, maio 2020. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/551/723>. Acesso em: 27 nov. 2020.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à constituição federal: direitos e garantias fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OHLAND, Luciana. Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, 2010.

OLIVEIRA, Sônia dos Santos. O princípio da livre iniciativa. *Boletim Jurídico*, [S. l.], out. 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/826/o-principio-livre-iniciativa>. Acesso em: 17 out. 2020.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como direito fundamental do cidadão**. 2007. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

PARANHOS, Vinícius Lucas. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo estado. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, 2007.

PRETEL, Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos**. Portal Conteúdo Jurídico, [S. l.], mar. 2010. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>. Acesso em: 22 nov. 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. São Paulo: Método, 2017.

REBELO, Tertius. A saúde é direito de todos e dever do estado. **JUS**, [S. l.], fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64285/a-saude-e-direito-de-todos-e-dever-do-estado>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SALOMÃO, Saulo Salvador. A proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroadando o decisionismo. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 27-48, p. 27-48, dez. 2012.

SARAIVA, Rodrigo Pereira Costa. O direito à saúde em tempos de Pandemia. Das possíveis soluções para a Calamidade Pública provocada pelo vírus Covid19. **JUS**, [S. l.], abr. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81195/o-direito-a-saude-em-tempos-de-pandemia-das-possiveis-solucoes-para-a-calamidade-publica-provocada-pelo-virus-covid-19>. Acesso em: 27 nov. 2020.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222020000200100&lng=

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. A intervenção judicial na garantia da efetivação do Direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, 2010. Disponível em:

<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8844>. Acesso em: 16 mar. 2020.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Assistência farmacêutica no sistema público de saúde no Brasil. **Revista Panam Salud Pública**, [S. l.], v. 27, p. 149-156, 2010.