

MCP
PEIXINHO, CACAU & PIRES
CONSULTORES & ADVOGADOS ASSOCIADOS

Manoel Messias Peixinho
Carlos Alberto Cacao de Brito
Paulo Roberto Pires Ferreira
Adriano Barcelos Romeiro
Priscylla Inácio Colacino
Flavia Santos das Neves
Fernanda França da Silva
Luciana Brites
Rogerio Machado
Paula Schueler Paiva Ribeiro
Marcos Cesar Pimentel Junior
Paulo Cesar da Rocha Cavalcanti Junior
Suzana Souza
Matheus Holandino Mojon
Bianca Amancio Marinho
CONSULTORES
Wdson Martins de Castro
Marco Antonio Patrício

GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA

Luciana de Mattos Brites¹

O surgimento de um novo vírus letal e altamente contagioso deixou o mundo inteiro perplexo e sem saber como agir frente às diversas consequências nefastas por ele causadas. Em um importante aspecto das questões a serem analisadas, deparamo-nos com o direito à saúde e a indagação de como garanti-lo plenamente neste período.

Primeiramente, é importante estabelecer alguns conceitos que norteiam o objetivo da discussão aqui em voga. O direito à saúde é um direito social de segunda geração, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, redação dada pelas Emendas Constitucionais nºs. 26/2000 e 64/2010, caracterizado pela exigência de prestações positivas pelo Estado.

Os chamados direitos de segunda geração surgiram após evidenciar-se a necessidade de uma atuação mais ativa do Estado, consubstanciada na busca pela igualdade material em razão das consequências negativas decorrentes da Revolução Industrial e do Estado Liberal. A partir daquele momento, não bastava apenas a garantia das liberdades individuais da população, mas, sim, era necessário lançar o olhar às questões sociais, econômicas e culturais provenientes dos novos tempos.

Em sua natureza positiva, os direitos sociais pugnam pelo fomento de um Estado prestacionista, fornecedor de garantias materiais mínimas para o pleno desenvolvimento de uma vida digna. A materialização desses direitos é efetivada através de políticas públicas eficazes e que visem à redução das desigualdades.

¹ Advogada, Pós-Graduada em Direito Constitucional pela UCAM/RJ

Ultrapassado o ponto inicial, percebemos que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, direito fundamental imanente a todo ser humano. O nosso ordenamento jurídico previu sua proteção absoluta, na forma de cláusula pétrea, com vedação expressa quanto a sua extinção.

Chegamos a um questionamento extremamente relevante nos dias atuais, como garantir o efetivo acesso à saúde em tempos de pandemia?

1. Reserva do Possível x Mínimo Existencial

São conhecidos e amplamente vivenciados há muito, especialmente no nosso estado, os problemas da saúde pública. O fato é que, diante da gravidade do vírus e a grande quantidade de infectados que demandam extensivo tratamento hospitalar, não há como fugir de um “inchaço” no sistema, quiçá da inevitabilidade de um colapso.

Em uma grave crise mundial como essa, há que se analisar a situação como um todo. Não estamos diante apenas de uma questão de saúde pública, mas também de um sério problema econômico, que irá reverberar diretamente nas vidas que serão ou não salvas. O déficit nos cofres públicos, em razão da paralisação do país, irá impedir que os recursos públicos sejam manejados eficientemente para o enfrentamento do problema no setor mais crítico, a saúde.

A reserva do possível, tese amplamente defendida pelo Estado, assegura que a implementação de alguns direitos depende do preenchimento de requisitos, quais sejam: a possibilidade fática relacionada à disponibilidade de recursos; a possibilidade jurídica na forma da existência de autorização orçamentária; e a razoabilidade da exigência.

É possível que a aplicação dessa argumentação afaste a obrigatoriedade do fornecimento de alguns serviços e atendimentos de saúde? De pronto, não há uma resposta definitiva. No entanto, alguns precedentes judiciais referentes a outros direitos sociais, como no caso do RE 482611-SC julgado pelo STF², ministro relator Celso de Mello, trouxeram o entendimento de que o mínimo existencial não se submete a reserva do possível. Tendo em vista que todos os direitos sociais tem a mesma aplicabilidade e não há hierarquia entre eles, podemos pleitear a aplicação de igual entendimento ao direito à saúde.

O mínimo existencial, tema introduzido no Brasil pelo professor Ricardo Lobo Torres, garante que essa ideia deve ser utilizada como forma de garantir maior efetividade a determinados

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 482611 – SC. Relator: Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 março 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8548112/recurso-extraordinario-re-482611-sc-stf>>. Acesso em: 02 abril 2020.

direitos indispensáveis à vida humana. Embora a nossa Constituição tenha um extensivo rol de direitos sociais, incluído nesse o da saúde, sua efetividade deve ser assegurada sob pena de estarmos diante de normas meramente programáticas, sem qualquer correspondência com a realidade social.

Ocorre que enfrentamos outra grave questão. O sistema de saúde não foi planejado para atender milhares de doentes ao mesmo tempo, não há em qualquer sociedade a possibilidade de tal previsão, faltarão leitos, material humano e equipamentos. Sendo assim, o direito fundamental de qual indivíduo deve prevalecer?

2. A resolução de conflitos entre direitos humanos

Do ponto de vista da colisão de direitos em sentido estrito, o exercício de um determinado direito pode vir a mitigar ou até mesmo invalidar o exercício de um direito por outro titular. Na prática, o STF adotou em vários precedentes a teoria externa para solucionar choque de direitos.

A teoria externa adota a ideia da separação entre o conteúdo do direito e limites que lhe são impostos do exterior, oriundos de outros direitos. Há que identificar se o direito em questão é aplicado à situação fática e utilizar o critério da proporcionalidade e ponderação de valores para obter uma solução satisfativa ao caso concreto.

O princípio da proporcionalidade subdivide-se em três subprincípios. Da adequação, que busca entender se as medidas estatais estão atingindo os fins propostos, no caso em tela, a proteção da saúde; da necessidade, avaliando se as medidas são indispensáveis ou se existem outros meios de alcançar a finalidade precípua; e da proporcionalidade em sentido estrito que é a busca pela ponderação entre o fim almejado e os meios adotados para sua consecução.

Na jurisprudência nacional, tal critério foi realçado pelo ministro Gilmar Mendes, em seu voto no *Caso Ellwanger*: “(...) o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do **princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflito**” (Voto do Min. Gilmar Mendes, HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004).³

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424 – RS. Relator: Moreira Alves. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 setembro 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>> Acesso em: 02 abril 2020.

MCP
PEIXINHO, CACAU & PIRES
CONSULTORES & ADVOGADOS ASSOCIADOS

Importa destacar que a controvérsia em questão não é de fácil resolução e nem há uma solução acabada e perfeita, cabe aqui o bom senso a todos os envolvidos, ante a excepcionalidade do momento atual. Diante de um Estado Democrático de Direito como o nosso, confiamos a melhor solução às autoridades, através das mais amplas ações e estudos de viabilidade, capaz de minorar os danos e assegurar proteção aos bens jurídicos indispensáveis.