

Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de

CORONAVIRUS:

SEGUNDO VOLUME

AUTORES:

Alana Stefanello Gonçalves
Alessia J. Magliacane
Alex Ian Psarski Cabral
Aloísio Cristovam dos Santos Júnior
Ana Paula da Silva Sotero
André Luiz Batista Neves
Antonio Sá da Silva
Bernardo Montalvão
Christine Mattos Albiani
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral
Edilton Meireles
Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Francesco Rubino
Grupo de pesquisa Vida/UFBa (Mônica Aguiar)
Hilda Ledoux Vargas
Josinaldo Leal de Oliveira
Leandro Fernandez
Leandro Reinaldo da Cunha
Lucas Faillace Castelo Branco
Luciano Martinez
Maria Elisa Villas-Bôas
Mario Jorge Lima
Marta Carolina Giménez Pereira
Mirtha Lorena Giménez Pereira
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Paulo Modesto
Ricardo Maurício Freire Soares
Rodolfo Pamplona Filho
Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Thais Bandeira



APRESENTAÇÃO:

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

PREFÁCIO:

Saulo José Casali Bahia

COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO:

**Saulo José Casali Bahia e
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**



**EDITORA
IASP**

Saulo José Casali Bahia
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
ORGANIZADORES

Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: Segundo Volume

AUTORES:

Alana Stefanello Gonçalves, Alessia J. Magliacane, Alex Ian Psarski Cabral,
Aloísio Cristovam dos Santos Júnior, Ana Paula da Silva Sotero,
André Luiz Batista Neves, Antonio Sá da Silva, Bernardo Montalvão,
Christine Mattos Albiani, Cristiane Helena de Paula Lima Cabral, Edilton Meireles,
Fábio Perianthro de Almeida Hirsch, Francesco Rubino,
Grupo de pesquisa Vida/UFBa, Hilda Ledoux Vargas, Josinaldo Leal de Oliveira,
Leandro Fernandez, Leandro Reinaldo da Cunha, Lucas Faillace Castelo Branco,
Luciano Martinez, Maria Elisa Villas-Bôas, Mario Jorge Lima,
Marta Carolina Giménez Pereira, Mirtha Lorena Giménez Pereira, Mônica Aguiar,
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza, Paulo Modesto,
Ricardo Maurício Freire Soares, Rodolfo Pamplona Filho,
Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Thais Bandeira

APRESENTAÇÃO:

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

PREFÁCIO:

Saulo José Casali Bahia



EDITORA
IASP

São Paulo - SP
Editora IASP
2020

ISBN 978-65-87082-01-1

**DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS
EM TEMPOS DE CORONAVIRUS: SEGUNDO VOLUME**

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica.
Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e diagramação: Girafo Consultoria

Livro Digital

Dados para catalogação

BAHIA, Saulo José Casali (Coord.)

Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / coordenação e organização de Saulo José Casali Bahia e Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. São Paulo: Editora Iasp, 2020. volume 2. 510p.

ISBN: 978-65-87082-01-1

1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais.
3. Coronavírus. I. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Coordenador). II. Autores. III. Título

CDDoris 341.27
Cutter B151d

Karina Borsari
CRB-8/4951

Uma publicação do Instituto de Direito Constitucional da Bahia, em associação com o Instituto dos Advogados da Bahia, a Academia de Letras Jurídicas da Bahia e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

REALIZAÇÃO:

IDCB
**INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA**



INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA



Academia de Letras Jurídicas da Bahia



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU**

Sumário

Apresentação

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS _____ 8

Prefácio

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA _____ 10

Participam Desta Obra _____ 13

COVID-19: Una Storia Italiana.(Parte I: Il Contagio)

ALESSIA J. MAGLIACANE E FRANCESCO RUBINO _____ 21

Um “NOVO” Propósito para a Inovação: a Pandemia que Reinventou o Estado

ALEX IAN PSARSKI CABRAL _____ 73

Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão

ANA PAULA DA SILVA SOTERO E RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES _____ 91

Direito Constitucional Econômico: Algumas Considerações Sobre o Princípio da Soberania Nacional e a Pandemia da COVID-19

ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES _____ 112

Enfermidade, Isolamento Social e Tragédia no Filoctetes de Sófocles: Por Que os Gregos Confiaram à Amizade e à Justiça o Cuidado com a Vulnerabilidade de Nossas Vidas?

ANTONIO SÁ DA SILVA E WELLITON DA SILVA SANTOS _____ 125

A Pandemia do Corona Vírus Observada a Partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: Breves Considerações

BERNARDO MONTALVÃO _____ 150

Os impactos do Coronavírus nas Relações Contratuais

CHRISTINE MATTOS ALBIANI _____ 164

Organização Mundial da Saúde e sua Atuação no Âmbito da Saúde Pública Internacional

CRISTIANE HELENA DE PAULA LIMA CABRAL _____ 182

Direitos Fundamentais Trabalhistas na Pandemia e o Não Retrocesso Social

EDILTON MEIRELES _____ 200

Respeito ao Corpo Morto e a Pandemia do COVID-19 no Brasil: Uma Análise à Luz dos Fundamentos do Candomblé e da Umbanda	
FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH _____	214
O Direito à Convivência Familiar e o Isolamento Social Imposto pela Pandemia de COVID-19	
HILDA LEDOUX VARGAS _____	240
Efeitos Jurídicos do Coronavírus (COVID-19) das Relações de Consumo: Um Olhar Voltado para a Necessária Harmonização de Interesses	
JOSINALDO LEAL DE OLIVEIRA _____	260
Breves Considerações Acerca das Relações Familiares em Tempos de COVID-19	
LEANDRO REINALDO DA CUNHA _____	279
Onerosidade Excessiva em Tempo de Coronavírus no Brasil e a Frustração do Propósito Contratual no Direito Inglês	
LUCAS FAILLACE CASTELO BRANCO _____	296
O Dever de Acomodação Razoável em Favor dos Empregados Imunodeficientes nos Tempos do Coronavírus	
LUCIANO MARTINEZ E ALOÍSIO CRISTOVAM DOS SANTOS JÚNIOR _____	314
A População Idosa e o Ageism na Atual Pandemia: O Desafio de uma Abordagem Humanista	
MARIA ELISA VILLAS-BÔAS _____	347
COVID-19 Human Social Drama and Economic Losses: The Opportunity to Reform the Fiscal Systems	
MARIO JORGE LIMA _____	368
La Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico en las Patentes Farmacéuticas: La Experiencia Mexicana y Argentina en un Repensar Pandémico	
MARTA CAROLINA GIMÉNEZ PEREIRA E MIRTHA LORENA GIMÉNEZ PEREIRA _____	389
Bioética, Psicologia e o Impacto da Pandemia do SARS-COV-2 no Meio Ambiente Social: Um Estudo de Caso	
ARTIGO ELABORADO PELO GRUPO DE PESQUISA VIDA/UFBA LIDERADO PELA PROFESSORA DOUTORA MÔNICA AGUIAR _____	415
Promoção da Confiança Pública e Paralisia Decisória Durante a Pandemia do COVID-19: Encontro Marcado com o RE 1.133.118 (nepotismo em cargos político-administrativos)	
PAULO MODESTO _____	429

A Crise do Coronavírus (COVID-19) à Luz dos Direitos Humanos e Seus Efeitos nas Contratações Públicas

PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA E
RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES _____ 442

Panorama das Alterações Trabalhistas Durante a Pandemia da COVID-19

RODOLFO PAMPLONA FILHO E LEANDRO FERNANDEZ _____ 471

COVID-19 e o Art. 268 do Código Penal: um Velho-Novo Crime de um Tempo Esquecido

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO E
ALANA STEFANELLO GONÇALVES _____ 488

Direito Penal e a Proteção às Mulheres: Conflitos entre os Direitos da Vítima, Funções do Direito Penal e as Leis Afirmativas

THAIS BANDEIRA _____ 500

Apresentação

Se a palavra união foi a palavra chave utilizada para a apresentação do primeiro livro, que contou com 18 (dezoito) artigos, inequivocamente, resiliência é a expressão que sintetiza esse histórico projeto acadêmico encampado por quatro Instituições baianas das ciências jurídicas (Instituto dos Advogados da Bahia, Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Instituto de Direito Constitucional da Bahia e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA) para publicar esse segundo livro com 24 (vinte e quatro) artigos.

Resiliência, pois ao longo de oito semanas (01, 08, 15, 22 e 29 de abril, e nos dias 06, 13 e 20 de maio), todos os 43 (quarenta e três) palestrantes demonstraram nas quartas-feiras pela noite, nos oito Seminários sobre Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus, que será através da união e da resiliência que ultrapassaremos com densidade jurídica e fundamentos socialmente aceitáveis, os entraves e obstáculos que estão sendo apresentados diariamente nestes tempos de pandemia.

Sem embargo, não faltou entusiasmo e dedicação por todos os palestrantes, para superar todas as dificuldades enfrentadas para elaborar suas apresentações orais e construir seus artigos científicos em benefício da coletividade. Nesse sentido, são oportunas as lições do Professor Catedrático da Universidade de Lisboa, António Pedro Barbas Homem, quando, num evento virtual sobre Universidade e a Crise Pandêmica: um diálogo transatlântico ^[1], elucidou que em tempos de pandemia, avulta-se a importância dos alicerces teóricos, estudando boas práticas do passado e

1. Evento realizado pelo Iuris – Instituto de Investigação Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, transmitido pela página “Iuris FDUL” (Facebook), no dia 13 de maio de 2020. (<https://facebook.com/IURISinstituto/videos/3184935511546381>)

analisando a produção científica de forma comparativa, para que venham a ser descobertas boas práticas diante das novas necessidades de um mundo que está em definição. Ou seja, somente através de uma consolidada teoria do direito é que será definida uma boa prática jurídica diante de tantos conhecimentos que se tornaram obsoletos em tempos de COVID-19.

Faz-se necessário mais uma vez destacar que esse segundo livro virtual não seria possível se, desde o início dos trabalhos desenvolvidos nos Seminários, não houvesse o imprescindível apoio do Instituto dos Advogados de São Paulo, nas pessoas do seu atual Presidente, o célebre Professor Doutor Renato de Mello Jorge Silveira e o grande líder da advocacia brasileira e ex-Presidente do IASP, o Professor José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, disponibilizando os serviços da conceituada Editora do Instituto dos Advogados de São Paulo, cujas publicações são utilizadas como referências pelos Tribunais em todo o país.

Desejamos mais uma vez que os artigos pontuais e informativos aqui apresentados por membros do IAB, ALJBA, IDCB e PPGDUFBA, além de convidados, auxiliem os diversos atores da administração da justiça, nas mais diversas áreas.

Até o terceiro volume.

Boa leitura!

Salvador, Bahia, aos 20 de maio de 2020.

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS

Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil

Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia - IAB

Presidente do Instituto de Direito Constitucional da Bahia – IDCB

Prefácio

O I Seminário Virtual *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus* foi realizado em 1o de abril de 2020, poucas semanas após a Organização Mundial de Saúde - OMS haver declarado situação de pandemia, em 11/03/2020, e o Brasil haver ingressado em estado de emergência de saúde pública, referido na Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com o início de medidas forçadas de isolamento social.

O Instituto dos Advogados da Bahia, a Academia de Letras Jurídicas da Bahia, o Instituto de Direito Constitucional da Bahia e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, perceberam a necessidade premente de proporcionar um ambiente de debates e reflexões jurídicas sobre a pandemia, na medida em que diversas relações intergovernamentais, entre o Poder Público e particulares, e mesmo entre particulares, passaram a ser intensamente afetadas pelas medidas adotadas.

Até o presente, oito seminários foram realizados (01, 08, 15, 22 e 29 de abril, e nos dias 06, 13 e 20 de maio), sempre às quartas-feiras, em uma série que deve contar com ao menos 14 (quatorze) eventos. Todos reuniram juristas integrantes das quatro instituições envolvidas, além de especialistas convidados.

O primeiro volume reuniu contribuições principalmente dos três primeiros Seminários. Este volume reúne contribuições de todos os seminários, mas principalmente dos cinco últimos. Algumas contribuições deverão integrar apenas o terceiro volume, a ser publicado em julho do corrente.

Como dissemos quanto ao primeiro volume, a finalidade da obra

é evitar a perda dos registros das discussões e do esforço intelectual desenvolvido, facilitando o acesso à informação e ao tema.

Esta obra reúne vinte e quatro ensaios, sobre diversos aspectos vinculados à pandemia relacionada ao Covid-19, nas mais variadas áreas do direito. Como dissemos no prefácio ao primeiro volume, alguns textos foram escritos com a urgência que o momento requer, por vezes mais objetivos ou curtos em relação a textos presentes em coletâneas mais tradicionais. Mas a emergência de saúde pública o requeria, e assim o fizemos, e espero que possa esta circunstância ser desculpada pelo leitor mais exigente.

Os ensaios perpassam por diversos temas, mostrando a experiência estrangeira no trato da pandemia, as restrições ocasionadas a direitos fundamentais, os impactos na sociedade e nos indivíduos, abarcando inclusive o âmbito penal, e as transformações que a covid-19 gerou nas relações cívicas, consumeristas, trabalhistas etc. Neste volume, um ensaio foi escrito em inglês, um em italiano e um em espanhol, o que mostra a dimensão internacional do problema relacionado à Covid-19.

Agradecemos a todos os autores que participaram deste volume, conscientes da importância de alimentar os debates sobre as implicações e efeitos jurídicos da pandemia: Alana Stefanello Gonçalves, Alessia J. Magliacane, Alex Ian Psarski Cabral, Aloísio Cristovam dos Santos Júnior, Ana Paula da Silva Sotero, André Luiz Batista Neves, Antonio Sá da Silva, Bernardo Montalvão, Christine Mattos Albiani, Cristiane Helena de Paula Lima Cabral, Edilton Meireles, Fábio Periandro de Almeida Hirsch, Francesco Rubino, Grupo de pesquisa Vida/UFBa, Hilda Ledoux Vargas, Josinaldo Leal de Oliveira, Leandro Fernandez, Leandro Reinaldo da Cunha, Lucas Faillace Castelo Branco, Luciano Martinez, Maria Elisa Villas-Bôas, Mario Jorge Lima, Marta Carolina Giménez Pereira, Mirtha

Lorena Giménez Pereira, Mônica Aguiar, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza, Paulo Modesto, Ricardo Maurício Freire Soares, Rodolfo Pamplona Filho, Sebastian Borges de Albuquerque Mello, Thais Bandeira e Welliton da Silva Santos.

Agradecemos ao Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB e do Instituto de Direito Constitucional da Bahia – IDCB, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, e ao Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Rodolfo Pamplona Filho. Ambos, inclusive, funcionaram como moderadores nos Seminários Virtuais. Por fim, um agradecimento especial à Editora do Instituto dos Advogados de São Paulo. Sem ela, e sem a generosidade de permitir a veiculação gratuita desta versão eletrônica, a obra não existiria.

Com a sensação de dever cumprido por ora, oferecemos os textos adiante.

Boa leitura!

Salvador, Bahia, aos 20 de maio de 2020

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA (ORGANIZADOR)

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

Participam desta obra:

ALANA STEFANELLO GONÇALVES

Pós-Graduada em Direito Público pela Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes (LFG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogada.

ALESSIA J. MAGLIACANE

Doutora em Direito e Ciências Sociais pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris e em Estética e Filosofia Política pela Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Pesquisadora junto ao Centro Georg Simmel da EHESS de Paris e Professora Visitante da UFBA.

ALEX IAN PSARSKI CABRAL

Doutor em Direito Público Internacional. Mestre em Ciências Jurídico Internacionais. Advogado, Membro da Comissão de Direito Para Startups da OAB-MG. Professor Universitário.

ALOÍSIO CRISTOVAM DOS SANTOS JÚNIOR

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pós-doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL). Cumpriu estágio de doutorado (Doutorado Sanduíche) na Universidade de Coimbra (UC) como bolsista do PDEE da CAPES/MEC. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Simões Filho - Bahia.

ANA PAULA DA SILVA SOTERO

Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasil de Ensino - IBRA. Especialista em Criminologia pela Faculdade de Paraíso do

Norte - FAPAN/UNIBF. Pós-graduanda em Direitos Fundamentais e Justiça, com ênfase na linha de Justiça Restaurativa e Teorias Contemporâneas do Direito Penal pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Professora de Direito Penal e Jurisdição Constitucional da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista – FASAVIC. Coordenadora do Núcleo de Investigação e Produção Científica da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista – FASAVIC. Membro do grupo de pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal (CNPq).

ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES

Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FDUFBA). Professor Assistente de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da FDUFBA. Procurador da República.

ANTONIO SÁ DA SILVA

Doutor em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Email antoniosa@antoniosa.com.br.

BERNARDO MONTALVÃO

Doutor em Direito pela UFBA. Doutorando em Sociologia pela UFBA. Professor adjunto nível III junto à Faculdade de Direito da UFBA. Analista do INSS lotado na Procuradoria Federal.

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS

Advogado. Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da UFBA e da UEFS. Autor do Livro *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. E-mail: carlosratis@behrmannratis.com.

CHRISTINE MATTOS ALBIANI

Advogada. Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - Ibmecc RJ - com Láurea Acadêmica Summa Cum Laude. Pós-graduada em Direito Tributário e em Direito Processual Civil pelo Curso Fórum. Autora do livro “Violação de direitos autorais e responsabilidade civil do provedor diante do Marco Civil da Internet”. Integrante do 3º Grupo de Pesquisa do Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS-Rio), que teve por objetivo explorar o impacto da Inteligência Artificial. Atualmente cursando MBA em Gestão Tributária pela USP.

CRISTIANE HELENA DE PAULA LIMA CABRAL

Doutora em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Ciências Jurídico Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Universitária. Empreendedora. Email: crishelenalima@gmail.com.

EDILTON MEIRELES

Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região). Email: edilton_meireles@uol.com.br.

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Membro do IDCB – Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Advogado e Árbitro. Email: academico@fabioperiandro.adv.br.

FRANCESCO RUBINO

CEO (FrInternational). Professor Visitante da UFRGS.

**GRUPO DE PESQUISA VIDA/UFBA LIDERADO PELA
PROFESSORA DOUTORA MÔNICA AGUIAR**

Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

HILDA LEDOUX VARGAS

Advogada, professora adjunta e pesquisadora da Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS. Doutora em Família na Sociedade Contemporânea, pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Mestre em Desenvolvimento Sustentável, pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estácio de Sá. Membro da Comissão de Direito e Arte do Instituto Brasileiro de Direito e Família – IBDFAM, da Bahia. Integrante da Comissão de Estudos Jurídicos da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, subseção de Feira de Santana.

JOSINALDO LEAL DE OLIVEIRA

Advogado militante na área do Direito do Consumidor. Professor da Universidade do Estado da Bahia - UNEB. Pós Doutor em Direito - UNIME; Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais – UMSA. Pós Graduado em Direito Civil e Direito do Consumidor. Especialista em Docência do Ensino Superior. Email: leal.mla@gmail.com.

LEANDRO FERNANDEZ

Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professor. Diretor de Prerrogativas da Amatra VI (gestão 2018/2020). Membro da Comissão Nacional de Prerrogativas da Anamatra (gestão 2019/2021). Coordenador Adjunto da Escola Judicial do TRT-6. Coordenador Adjunto da Revista de Direito Civil e Processual. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho.

LEANDRO REINALDO DA CUNHA

Pós-doutor e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor Titular-livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Sexualidade. E-mail: leandroreinaldodacunha@gmail.com.

LUCAS FAILLACE CASTELO BRANCO

Advogado. Sócio de Castelo e Dourado. Mestre em Direito pela King's College London. LLM em Direito Empresarial pela FGV-Rio. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Aluno Especial do Mestrado em Contabilidade da UFBA. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia. Email: lucasfaillace@me.com.

LUCIANO MARTINEZ

Professor Adjunto IV de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA. Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Salvador – Bahia

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS

Mestra e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora Associada de Ciência Política, Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito da UFBA. Professora Convidada no Eixo Ético-Humanístico da Faculdade de Medicina da UFBA. Defensora Pública Federal. Pesquisadora na área de Bioética e Direitos Humanos.

MARIO JORGE LIMA

Professor Associado (UFBA). Doutor (UFPE).

MARTA CAROLINA GIMÉNEZ PEREIRA

Doutora em Direito (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México). Pós-Doutora en Derecho (PNPD CAPES PPGD IMED, Brasil). Professora

Investigadora Visitante (UFBA), vinculada ao PPGDUFBA Email: magipe@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6905306640861147>>

MIRTHA LORENA GIMÉNEZ PEREIRA

Mestra em Ciências Veterinárias com ênfase em Saúde Pública Veterinária e Epidemiologia (Massey University, Nova Zelândia). Email: superoddie@hotmail.com.

MÔNICA AGUIAR

Professora Assistente da UFBA. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UCSal. Líder do Grupo Vida. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Palestrante. Autora.

PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA

Pós-doutora e Doutora em Direito Público (UFBA). Doutora em Educação e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal (UNIDERP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Líder do Grupo de Pesquisa – CNPQ- Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos. Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. E-mail: patncss@gmail.com.

PAULO MODESTO

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br.

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado). Pesquisador vinculado ao CNPQ. Membro da Academia de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia e do Instituto de Direito constitucional da Bahia.

RODOLFO PAMPLONA FILHO

Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Curso de Pós-Graduação on-line em Direito Contratual e em Direito e Processo do Trabalho da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho – ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Doutor em Direito (PUC-SP, 1999). Professor Associado de Direito Internacional Público na Universidade Federal da Bahia. Juiz Federal (Seção Judiciária da Bahia). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania (PPGD/UFBA). E-mail: saulo.bahia@trf1.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7398414546353246>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3768-3664>.

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Penal pela UFBA. Bacharel em Direito pela UFBA. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFBA. Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG – Alemanha. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do IBADPP, CONPEDI e Sócio Benemérito da Associação dos Advogados Criminalistas da Bahia. Advogado

THAIS BANDEIRA

Advogada Criminalista. Professora (UFBA). Doutora em Direito Público (UFBA).

WELLITON DA SILVA SANTOS

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB Jacobina. Advogado e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Teorias da Justiça, do Direito e da Decisão Judicial (PPGDUFBA). Email: wellitonsantosadv@gmail.com.

COVID-19: Una Storia Italiana. (Parte I: Il Contagio)

ALESSIA J. MAGLIACANE

FRANCESCO RUBINO

Sumário: *Introduzione; 1. Il livello politico; 1.1. Il distanziamento sociale; 1.2. Gli effetti del lockdown; 2. Il livello tecnico-medico; 2.1. Virologi, infettivologi, immunologi; 2.2. Governi e Regioni; 2.3. La Protezione civile; 2.3.1. L'ospedale da campo in Basilicata; 3. L'informazione; 3.1. I finanziamenti alle imprese; 3.2. Il MES e gli Eurobond; 3.3. Un piano Marshall per l'Europa; 3.4. Il lockdown; 3.5. L'origine del contagio e la zoonosi; 3.6. Non è una tempesta perfetta; 4. La contro-informazione; 4.1. I Dati; 4.2. Dati e para-informazione; 4.3. L'origine dolosa/colposa del virus; 4.4. I governatori regionali e i poteri locali; 4.5. Gli eccessi della polizia; 4.6. La "massoneria"; 4.7. Il 5G; 4.8. Il MES; 4.9. La cd. Italexit; 4.10. La sospensione delle libertà costituzionali e dei diritti civili; 4.11. Lo scioglimento delle Camere; 4.12. La pandemia di QAnon; 5. La mancanza degli intellettuali; Riferimenti.*

Staremo chiusi a casa almeno altri tre mesi, vedrai! (Anonimo)

Introduzione

La complessità delle recenti epidemie ^[1] di Sars-Cov-2 risiede

1. Preferiamo usare il plurale "epidemie", anziché il singolare, in ragione delle caratteristiche specifiche (e quasi "turistiche", diremmo) della diffusione dei contagi, che non possono essere ascritte unicamente alle differenti condotte e alle diverse reazioni dei singoli stati. Per lo stesso motivo, riteniamo fuorviante la definizione ufficiale di "Covid-19" per la malattia (dove il 19 sta per 2019, e dunque per segnalare l'origine unica dei casi a Wuhan), che tuttavia, proprio nella sua voluta "imprecisione" dichiara anche la sua effettiva portata (si tratta cioè della definizione generica di ogni *Corona Virus Disease* del 2019, Covid-19 appunto, incluso il raffreddore generico). Siamo comunque su una strada non battuta, come non si stancano di ripetere i governi e l'Organizzazione mondiale della sanità stessa. E dunque, pur nel rispetto di una sorta di pensiero unico della medicina che si è imposto 'sul campo' (e forse proprio per questo non riesce a raggiungere il livello dell'egemonia, ma si presenta più autoritario di quanto la scienza stessa non legittimi) ci permettiamo di testare le formule e le definizioni che ci sembrano più appropriate e di scartare invece quelle che ci sembrano non più valide o apertamente non corrette. Dopo avere dunque esaminato attentamente gli stessi documenti dell'Oms, ci sentiamo anche di *non* dovere usare (se non tra virgolette, e solo per citarla dove riportata in altri contesti) la definizione di "pandemia". Per la terminologia tecnica ci riferiamo al prestigiosissimo volume Enjuanes, *Coronavirus Replication and Reverse Genetics* [ed. 2005]. Quanto all'importanza del linguaggio per una corretta comprensione di questa epidemia, si veda l'interessante riflessione di Brandt – Botelho, *Not a Perfect Storm – Covid-19 and the Importance of Language* [2020].

soprattutto nel fatto che diversi e numerosi livelli decisionali si sono sovrapposti (semmai, l'elemento bizzarro di questa sovrapposizione è che i vari livelli hanno agito di concerto, o vi sono stati costretti, almeno per un lungo periodo iniziale di cd. "quarantena"). Tenteremo in questo breve saggio la tenuta di alcune possibili riflessioni su quattro livelli decisionali: quello politico, quello tecnico-medico, quello comunicativo-informativo-mediatico, e quello della contro-informazione.^[2]

Per cominciare, diremo che l'epidemia (qualunque ne sia la dimensione reale e l'effettiva gravità) si è abbattuta su *un* Paese, l'Italia, e al suo interno su *una* regione, la Lombardia. Quest'ultima è la regione più ricca di un Paese in crisi economica (o, meglio, crisi del debito e monetaria, ma all'epoca dei fatti non ancora d'impresa) e in fase di ristrutturazione politica (o, meglio, solo parlamentare, all'epoca) almeno dal 1992 (cioè dalla "annessione" italiana alla neonata Unione Europea con il Trattato di Maastricht, che era una tempestiva quanto confusa risposta continentale alla tragica e controllata "implosione" del Blocco Est).

Solo in questo contesto è possibile, a nostro parere, comprendere la reale dimensione e la portata epocale dell'epidemia e della risposta politica dello *shutdown* e quella del più neutro *lockdown*, come può esserlo già stata in passato nel caso dello *shutdown* greco del 2013-2015 (per motivi economici) o di quello statunitense del 2001 (per motivi di autodifesa del territorio nazionale da eventuali attacchi terroristici). Nel quadro di queste costanti e ripetute crisi di ristrutturazione e del debito, cioè, l'Italia ha fatto dell'epidemia una questione *epocale*, che già al momento in cui scriviamo ha provocato, a causa della "risposta" del governo (di certo

2. Ci concentreremo, per ogni livello, solo sul primo dei quattro nuclei tematici che hanno fortemente condizionato la recezione in Europa dell'epidemia chiamata di "Covid-19" (e poi, di una problematica "pandemia" della stessa malattia e dello stesso agente virale) come *fenomeno* sociale di massa e come fenomeno planetario, ovvero il contagio, la malattia, la morte e l'immunità (oggetto, quest'ultimi, dei rispettivi tre volumi di cui si compone la nostra ricerca in corso dal titolo: *Covid-19. Una storia italiana*).

eccessiva, se non del tutto *abusiva*, ma forte-mente sostenuta dall'opinione pubblica e da *tutte* le forze politiche e sindacali), la chiusura di un quarto dell'intero settore produttivo nazionale e un crollo del 10% del prodotto interno, senza considerare gli effetti sull'occupazione e sui redditi. Eppure, la sensazione è che questa "risposta", isterica e confusa a un tempo, del governo e del Paese sia 'solo' la prima fase di una ristrutturazione più profonda dell'economia e della società (attraverso una emergenza sanitaria che *nulla* ha di realmente emergenziale, se non perché la sanità italiana è stata progressivamente e irreversibilmente demolita negli ultimi trent'anni, complice un processo di unificazione europea che ha impedito le manovre di governo e i tanti provvedimenti che in passato avevano salvato intere economie nazionali dalle crisi del debito e della sovrapproduzione).

Ma non *una* sola parola è stata spesa dagli attori politici nazionali per spiegare che la crisi attuale non è dovuta a un mostro invisibile – come se fosse una nuova invasione di ultracorpi alieni – bensì a manager e ministri in carne e ossa, che non hanno esitato a sfidare il ridicolo e il grottesco pur di tranquillizzare l'opinione pubblica. Tranquillizzarla su cosa? Sul fatto che, alla fine, dopo tagli e sacrifici, anche a costo della stessa sopravvivenza del corpo del Paese, la malattia l'avremmo comunque vinta prima o poi, e soprattutto *poi!* Non *un* solo dubbio è sorto al riguardo di affidare ai medici (meglio, ai virologi) la gestione economica e politica di una fase storica che, a detta dello stesso primo ministro italiano e del suo presidente della Repubblica, è la più grave dal dopoguerra (e chissà perché poi dal dopoguerra che niente aveva a che fare con virus e batteri ma con bombe e carri armati). Perché mai, se c'è un governo (più o meno legittimato, ma non è questo il punto, o almeno non è un punto che sia mai stato in discussione, purtroppo) la decisione politica dovrebbe spettare ai virologi? Sembra fin troppo ovvio chiederselo, ma siamo davvero costretti a fidarci, quanto alla chiusura di un'attività industriale, del parere di uno studioso di RNA?

Senza considerare, poi, che sarebbe come fidarsi, a proposito di inquinamento da anidride carbonica nell'atmosfera, del parere dei costruttori di automobili e degli enti monopolisti o concessionari delle centrali elettriche a carbone! (E non che fidarsi di una ragazzina svedese intraprendente fosse una scelta molto più saggia al riguardo...) E, infine, siamo sicuri che, in un Paese come il nostro (in cui l'ex governatore della Lombardia è stato da pochissimo condannato per tangenti nelle forniture ospedaliere, e in cui il volto stesso della corruzione più schifosa non è mai stato Craxi ma il direttore della Centrale unica del Farmaco, il famigerato Poggiolini, e in cui il 75% di *tutti* i casi di corruzione riguarda proprio la sanità) sia la cosa più saggia da fare, quella di mettere in mano a chi si occupa di *questa* sanità e in *questo* modo le decisioni più drastiche e più delicate?

Ma in fondo l'Italia è così, direte giustamente voi, cari lettori. E d'altronde ci siamo ripresi da un'emergenza terremoto (quella del 1980 in Irpinia e non solo) affidata in massa alle mafie, e da un'emergenza corruzione (quella del 1992 a Milano e non solo), affidata interamente a Berlusconi e Dell'Utri, per non dire di un'emergenza terrorismo (quella delle stragi del 1992-1994), affidata interamente a una trattativa tra mafie, istituzioni e servizi segreti nuovi e vecchi: volete che ci vada peggio per un'epidemia di raffreddore che viene da fantomatici e anonimi cinesi golosi di serpenti e pipistrelli e che, da quello che sappiamo, colpisce in maniera letale solo gli ottantenni?

Può darsi che restare a casa e lavarsi le mani cento volte al giorno (e perdere 200 miliardi di euro a trimestre) sia la soluzione, come vuole il governo e l'opinione pubblica, guidati dagli intrepidi virologi. Vedremo. Ma quello che è certo fino ad ora è solo che il Covid-19 è una (un'altra, un'ennesima) *storia italiana*.

1. Il livello politico

Possiamo dire in apertura che si tratta, in primo luogo, di un'epidemia *politica*. Questa epidemia è un fenomeno *deciso* dagli attori politici, e forse *determinato* dagli stessi attori politici. Al di là delle polemiche sulle partite di calcio dei campionati nazionali o delle competizioni europee (citiamo quelle perché hanno ottenuta una vasta eco, e non perché non ci siano stati altri eventi sportivi o di spettacolo con un comparabile e forse maggiore livello di rischio o esposizione a un eventuale contagio), bisogna rilevare che il contenimento della diffusione del virus Sars-Cov-2 (e, benché in misura diversa, anche della patologia chiamata Covid-19, che è generalmente associata alla positività al virus) si è senza alcun dubbio rivelato problematico *in tutti i paesi europei*.^[3]

Senza volere entrare nel dettaglio – si sappia soltanto che (almeno al momento in cui scriviamo, agli inizi di aprile 2020, non esistono ancora dati *certi* sul contagio e sulla sua evoluzione) – possiamo comunque segnalare che i governi europei si sono mossi senza delineare alcuna strategia di contenimento del contagio, ma usando la tattica (che, almeno in astratto, sarebbe dovuta essere del tutto eccezionale e transitoria) dei gradualisti, ripetuti e successivi provvedimenti di ordine pubblico, al fine di applicare un cd. “distanziamento sociale” rivelatosi ben presto inutile e costosissimo.^[4]

3. Si pensi che addirittura, in Italia, non si è riusciti a circoscrivere il primo focolaio accertato, attorno a *un solo paziente*, il 21 febbraio 2020, a Codogno (un paesino di appena 15mila abitanti, della provincia di Lodi). Probabilmente, a parità di condizioni e di dimensioni dei primi focolai accertati, il paese europeo più efficace nel contenimento del contagio si è dimostrato la Francia.

4. In Italia l'ideologo del “distanziamento sociale” (orribile formula di origine biblica che si è sviluppata come strategia sanitaria in funzione anti-sindacale negli Stati Uniti d'America ai tempi dell'influenza “Spagnola” del 1918 e per sostenere gli ultimi spasmi del morente governo di Mobutu nello Zaire durante l'influenza da virus “Ebola” nel 1995, che nasconde, dietro un tecnicismo impreciso e quasi ossimorico, una visione oggettivamente aberrante e reazionaria dei rapporti sociali) è il virologo Walter Ricciardi, già fondatore assieme a Montezemolo del partito Italia Futura, poi presidente (dimissionario) dell'Istituto superiore di sanità e delegato italiano all'Organizzazione mondiale della sanità, e ora consulente principale del giovane e inesperto ministro della salute (giunto alla sua prima esperienza di governo dopo una breve e sfortunata parentesi come capogruppo del PD alla Camera e dopo una lunga attività politica svolta nella regione italiana più periferica e meno rilevante a ogni livello politico: la Lucania). L'operato del giovane ministro della salute Roberto Speranza è stato comunque salutato quasi unanimemente con grande favore, finanche da voci autorevoli quali Paolo Panerai su *Italia Oggi* (ad esempio nell'editoriale settimanale “Orsi&Tori” del 21 marzo 2020).

1.1. *Il distanziamento sociale*

È davvero inutile entrare nel merito dei provvedimenti dei governi, *tutti* inutili dal punto di vista sanitario, e spesso, purtroppo, anche controproducenti.^{5]} Peraltro non dovrebbe esservi alcun dubbio che provvedimenti adottati in contesti *molto* diversi portino a risultati anch'essi *molto* diversi. L'istituzione (o finanche la costruzione) dei cd. Lazzaretti, ad esempio, poteva essere un'utile soluzione per contenere le epidemie di peste nei secoli del Medio Evo: non per motivi ideologici naturalmente (certo, anch'essi importanti, ma non determinanti), quanto soprattutto per la tipica struttura urbanistica della grande città medioevale (come Milano o Verona) o per la città portuale (come Ancona, che era il primo porto sull'Adriatico per volume di traffici dopo Venezia). In questi casi, peraltro, la sola misura del confinamento e della quarantena sarebbe stata solo minimamente efficace se non fosse stata accompagnata da un intervento mirato sui casi di persone immuni o guarite, tramite ad esempio salassi o trasfusioni, con l'aiuto magari dell'acido acetico (vecchio rimedio alchemico che veniva usato anche dai medici tra il '300 e il '700). Per altri versi, venendo più ai giorni nostri, il cd. cordone sanitario come misura di distanziamento sociale può essere stato efficace nel 1995 per il contenimento della febbre emorragica (da virus Ebola) nello Zaire governato da Mobutu Sese Seko, a Kitwit, città di mezzo milione di anime con una densità di quasi 4500 abitanti per chilometro quadrato! Ma potrebbe rivelarsi del tutto inutile in una regione italiana come ad esempio la Toscana o la Basilicata o l'Umbria,

5. È peraltro noto anche agli ideologi del distanziamento sociale che i provvedimenti sono controproducenti se vengono imposti in maniera generale e non invece applicati specificamente per contenere i focolai. Anche perché un'imposizione generale (come quella decretata in Italia) rallenta la formazione della cd. immunità di gregge, differisce la comprensione delle tendenze del contagio (e dunque della sua reale gravità), impedisce di studiare la natura del virus, e neutralizza l'eventuale efficacia degli anticorpi dei soggetti immuni. Lo notano espressamente gli autori del volume collettivo a cura di Simona Ravizza (del *Corriere della sera*) e di Sergio Harari (dell'Ospedale "San Giuseppe" di Milano): RAVIZZA, *50 domande sul Corona Virus* [2020], in particolare Michele Riva [*Ivi*: 22], esperto di prevenzione e ricercatore dell'Università Bicocca di Milano, e di Alberto Mantovani [*Ivi*: 89-91]. Si legga ad esempio il recente studio, apparso nel numero di marzo scorso della prestigiosa rivista medica *The Lancet*, ANDERSON – HEESTERBEEK – KLINKENBERG, *How will country-based mitigation measures influence the course of the COVID-19 epidemic?* [2020].

e finanche invece controproducente in regioni montuose come il Trentino, l'Alto Adige o la Valle d'Aosta (tra le più colpite infatti dalla Covid-19, nonostante le misure molto drastiche imposte dal governo italiano e dai governatori locali).^[6]

Ma, al di là di questa prima considerazione di carattere metodologico, che sin da ora annuncia la visione molto negativa che abbiamo (nostro malgrado) riguardo alla grande inefficacia 'esibita' dal governo italiano e della *governance* sanitaria italiana, europea e globale – a cui attribuiamo per vari motivi la responsabilità, non solo della diffusione del contagio, ma anche dell'elevatissimo numero di morti, oltre che del tracollo economico purtroppo irreversibile del tessuto produttivo nazionale (complice un pavido silenzio delle associazioni di categoria e dei sindacati, ormai abituati entrambi alla più autolesionista docilità) – altre due brevi osservazioni generali possiamo serenamente proporle al riguardo.

1.2. *Gli effetti del lockdown*

La prima è che la tattica del distanziamento sociale (del tutto inutile, lo ripetiamo, sul piano sanitario del contenimento ma anche su quello di una eventuale immunizzazione, che è stata assurdamente anzi impedita e differita, salvo poi essere recuperata fuori tempo limite a metà aprile) si è rivelata in ogni caso utile almeno alla strategia di legittimare, per i paesi europei colpiti pesantemente dall'epidemia (cioè tutti, con l'eccezione importante della Polonia!), l'enorme scostamento dai parametri del Patto di stabilità dell'Unione Europea (soprattutto in relazione al debito pubblico

6. Anche a questo proposito bisogna rilevare che l'applicazione più razionale delle *mitigation measures* (definizione molto più corretta e meno aberrante ideologicamente) si è avuta in Francia, dove il contenimento è stato diretto principalmente ai focolai accertati, e in tempi rapidi. La letteratura medica, peraltro, si era espressa in tempi "non sospetti" in maniera quasi unanime nel ridimensionare l'efficacia delle misure di distanziamento sociale (anche perché sostanzialmente inadatte alle nostre società complesse, e finanche controproducenti). Va segnalato, infine, che, nel corso di un incontro alla prefettura di Lodi, il 28 aprile 2020, il primo ministro italiano ha evocato un generico "algoritmo" dei contagi ai fini di un ulteriore probabile prolungamento del *lockdown* (in base al quale algoritmo avrebbe deciso se aprire o chiudere "il rubinetto": probabilmente un tentativo di rivolgersi ad altri soggetti), ma non ha poi fornito alcuna indicazione utile per comprendere i criteri "matematici" su cui si basa la strategia del governo.

e, in misura minore, al deficit), senza per questo ricorrere al Meccanismo europeo di stabilità (quest'ultimo, anzi, accesamente rigettato dal governo italiano come se fosse la conseguenza peggiore di questa epidemia). La seconda è che la tattica del distanziamento sociale, unita a quelle (anche queste inutili sul piano di un preteso contenimento del contagio, e forse in alcuni casi finanche controproducenti) dello *shutdown* e del *lockdown* (le imprese, il commercio, la vendita al dettaglio, le attività produttive, i servizi alla persona, nei settori diversi dell'istruzione, dell'educazione, dello sport, del tempo libero, e dunque anche le attività ricreative, quelle di ristorazione, di collaborazione domestica o di credito alla persona e all'impresa, così come la consulenza finanziaria, la contabilità, e nella pratica l'assistenza e la consulenza legale, qui elencate in ordine sparso e non esaustivo, e senza dimenticare, per finire, finanche tutte le lotterie, di qualsiasi tipo!) ^[7], senza peraltro alcun controllo e alcuna limitazione alle attività economiche (ad ogni livello) della grande distribuzione, della finanza e della valuta (dalle acquisizioni di quote di società ai mercati valutari, dell'oro e dei beni preziosi e di lusso) ^[8], ha servito egregiamente gli scopi del capitale straniero e sovranazionale! ^[9]

È davvero difficile giustificare (e francamente anche solo comprendere)

7. Inutile rilevare le tante e profonde inesattezze e contraddizioni (tecnicamente finanche delle "antinomie") dei cd. Decreti Conte, sia tra di loro, sia nei confronti dei contestuali decreti legge, dei decreti dei singoli ministri, e dei decreti del governo. Questa oggettiva incertezza, ad esempio, ha prodotto uno *shutdown* anche di attività che non sono mai state oggetto di provvedimento, come quella di consulenza e assistenza legale. Non è 'solo' la sospensione delle udienze, infatti, ad avere provocato anche la sospensione dell'attività legale (che invece poteva perfetta-mente continuare ad essere svolta), ma anche la circostanza (non proprio irrilevante per un giurista) che la stessa attività di assistenza e consulenza legale fosse stata poi espressamente invece autorizzata (come se fosse dunque *ri*-autorizzata dopo una presunta sospensione, che non c'era invece mai stata) con il decreto del presidente del consiglio dei ministri del 26 marzo 2020!

8. Ad esempio su *La Stampa* del 15 aprile 2020 (p. 19), in una *manchette* che fa da contraltare al lungo articolo di Sandra Riccio sul tracollo della capacità delle aziende di far fronte ai propri impegni e di trovare altri capitali ("Nella spazzatura 120 miliardi di bond", *ivi*), leggiamo che "l'oro, il bene rifugio per eccellenza, si è spinto in giornata fino a 1.778,8 dollari l'oncia, che corrispondono al livello maggiore da quasi 8 anni".

9. È stato spesso notato, da più parti e opportunamente, che, ad esempio, ad Amazon non sono state mai vietate le consegne di prodotti e merci (come la cancelleria o l'abbigliamento) di cui invece era stata vietata la vendita al dettaglio presso gli esercizi commerciali. Ora, ferma restante l'illogicità e la parzialità incontestabile di un ennesimo illegittimo provvedimento governativo (illegittimo sia per assoluta incompetenza, sia per rischio di "sovragestione"), e di analoghi provvedimenti regionali o locali, rimane il fatto che *non* si è trattato di un vantaggio ingiustamente offerto ad Amazon (che ha semplicemente continuato il suo 'lavoro' di sempre, come sempre *senza* pagare i costi della propria distribuzione e i tributi derivanti dai profitti della propria attività), ma di uno svantaggio ingiustamente imposto agli esercizi commerciali nazionali (ai quali si è invece imposto di continuare a pagare i costi e le tasse di sempre!), peraltro senza grandi rimostranze delle associazioni di categoria o dei sindacati.

le eventuali ragioni di questa strategia apertamente anti-nazionale, particolarmente evidente soprattutto (ma non solo) nel caso dell'Italia, che registra una stima di perdita di circa 50 Mld di euro al mese, e una contrazione annua del Pil del 15%. Il primo ministro sembra poi essersi reso conto solo 30 giorni dopo la decisione del *lockdown* e dello *shutdown* del rischio di scalate straniere alle imprese italiane o di rapide acquisizioni di capitale (o societarie)!^[10]

Nello stesso tempo, sempre in Italia – cioè dalla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 (passando per il *memorandum* segreto di cui si è avuta “notizia” solo a metà aprile), ai primi decreti del primo ministro il 22 febbraio seguente, alla dichiarazione del passaggio alla cd. Fase 2, agli inizi di maggio 2020, passando per le timide decisioni interinali del 10 e del 26 aprile – *nessun* provvedimento è stato concretamente adottato che prevedesse o stanziasse contributi economici per le imprese in generale e le attività produttive.^[11]

Per completare, bisogna annotare in maniera altrettanto critica che, ai fini dell'applicazione di questi provvedimenti quasi “anti-nazionali” (qualunque ne sia stata la vera ragione, magari anche encomiabile e in perfetta buona fede), il governo non ha esitato a ricorrere finanche all'esercito, ai fini del controllo della loro applicazione, confermando una volta di più proprio la natura di ordine pubblico (e dunque non di

10. In effetti il problema del cd. *Golden power* – cioè il potere dello Stato di impedire che le proprie aziende siano acquisite dal capitale straniero – non è semplice da risolvere, neanche per menti brillanti come quelle che “governano” l'Italia al momento (anche perché il nostro Paese è stato già tre volte condannato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per i tentativi di *Golden power* relativi alle scalate straniere a Telecom). Nel commento di Sergio Luciano su *Italia Oggi* dell'11 aprile 2020, “la forza reale della nuova norma italiana si misurerà sul campo, con la prassi politica dei mesi a venire”. “Anche perché se qualcuno compra – continua il notista – c'è sempre qualcuno che vende. Prendiamo il caso di Autostrade. Se fosse vero che Allianz vuol comprarla dai Benetton, lo Stato italiano (impedendolo) non solo lederebbe il diritto dei tedeschi ad acquistare ma anche quello degli italiani a vendere. Facile a dirsi.”

11. Intendiamoci: non si tratta qui di criticare l'attitudine tutta politicista di promettere senza poi mantenere! Ma si tratta di comprendere quale effettiva strategia (al di là delle dichiarazioni o delle promesse) sia stata concretamente perseguita. E davvero sembra che la strategia perseguita non abbia risposto *in nulla* alle esigenze economiche o lavorative delle imprese e dei lavoratori italiani (ad eccezione di quelle già controllate da altre imprese straniere). Per motivi unicamente dilatori è stato unicamente “offerto un caffè” a circa 1 milione di cd. partite iva a bassissimo reddito. E anche in questo caso si tratta di capire quale sia l'effettiva strategia per il futuro: consentire a soggetti che dichiaravano al massimo 1.100 euro di entrate mensili di dichiararne ora 600? Nessuno è a favore di un miope e asfittico assistenzialismo, ma tra l'assistenzialismo di democristiana memoria e la povertà assistita di contiana attualità è di gran lunga preferibile il primo!

contenimento sanitario) attribuita a tutti i provvedimenti della/sulla fase del contagio.^[12]

Prima di passare ad una breve analisi della condotta del settore tecnico-sanitario (sì compatto, ma del tutto inefficace) e di quella del settore dell'informazione di massa (caotico e in trasformazione a causa del predominio del web) bisogna ancora menzionare una circostanza tipicamente italiana, purtroppo, cioè l'assoluta mancanza *per l'intera fase della propagazione della malattia*, delle dotazioni sanitarie e profilattiche più elementari, per i singoli e per gli operatori sanitari tutti.

Si potrebbe anzi quasi dire che l'aver da più parti denunciato la mancanza delle mascherine chirurgiche abbia in effetti coperto il ben più grave problema della mancanza di attrezzature mediche *negli ospedali!* Intendiamoci: l'uso delle mascherine avrebbe di certo rallentato il contagio, e avrebbe prodotto effetti favorevoli *fin dai primi contagi* nazionali (non c'è alcun dubbio su questo). Ed è davvero grave che il governo, le regioni e i manager della sanità non abbiano *in alcun modo* provveduto in maniera efficace al rifornimento necessario.^[13]

Ma ciò che è ben più grave è proprio la mancata previsione dell'epidemia. E, anche nel caso si potesse giustificare la mancata previsione, resterebbe comunque grave la tardiva e confusa reazione *dopo* i primi casi nazionali.^[14]

12. Non entriamo neanche sul perché i servizi di *intelligence* nazionali (di *tutti* i paesi europei) si siano fatti sorprendere dall'irruzione dell'epidemia! Diremo soltanto che, almeno in astratto (e senza richiamare la sterile quanto controproducente polemica sulle "origini" del virus in laboratorio o sul "salto di specie" prodottosi a Wuhan nel novembre 2019, peraltro entrambe compatibili tra di loro come posizioni, con la seconda semmai soltanto più difficile da dimostrare) la diffusione dell'epidemia poteva corrispondere ad un attacco terroristico o ad un attacco militare straniero. Ipotesi che, quanto meno, sarebbe toccato ai servizi di *intelligence* dei vari paesi colpiti indagare e, eventualmente, confermare o smentire. Inutile ribadire che, per legge e per prassi, i vari responsabili dei servizi di *intelligence* dovrebbero *tutti* (essere) dimessi in attesa di accertamento, anche giudiziario, delle loro tante responsabilità, soggettive e oggettive ("oggettive" significa che, anche senza colpa alcuna, ma solo in ragione del loro ruolo, i capi dei servizi dovrebbero essere considerati responsabili del disastro italiano). Sempre che, va da sé, si siano davvero fatti sorprendere.

13. Non vale neanche la pena di riportare le scuse (spesso davvero puerili) trovate di volta in volta dal Primo Ministro, dal Governatore della Lombardia, dal Ministro della Sanità, dal Ministro degli Interni (ed è una fortuna per loro che i tanti manager ospedalieri locali abbiano *tutti* avuto una scarsa visibilità).

14. Si pensi che lo stato di emergenza nazionale, sulla scia delle emergenze già dichiarate in Europa, è del 31 gennaio 2020,

Un'epidemia, proprio come le tante, dal semplice coronavirus del raffreddore alla meningite, è una circostanza del tutto 'naturale' nei sistemi sanitari occidentali e in Paesi come i nostri, che sono caratterizzati da turismo di massa, scambi commerciali e traffici economici internazionali. E dovrebbero dunque essere considerati 'naturali' almeno quanto le malattie cardiovascolari e i tumori, se non anche di più, se si pensa ad esempio all'interesse turistico di cui l'Italia gode nel mondo.^[15]

2. Il livello tecnico-medico

Quanto ad una pure breve ricostruzione delle condotte delle istituzioni e dei soggetti (a qualsiasi livello) medici e sanitari, la valutazione deve procedere a nostro avviso quasi in parallelo a quella sull'operato dei governi.

Stupisce dunque l'incontestabile inefficacia delle istituzioni e del management della salute in Italia, in primo luogo proprio delle *prime* azioni intraprese dalle tante e varie istituzioni mediche, e soprattutto del management e delle dirigenze ospedaliere, oltre che dei governatori regionali, nella *gestione* (non diciamo neanche nell'anticipazione) dell'epidemia. È ad esempio incomprensibile (e inaccettabile!) lo "stupore" dei governatori regionali^[16], e il silenzio dei dirigenti delle aziende

mentre l'istituzione del gruppo di ricerca dedicato all'emergenza presso l'Istituto superiore di sanità (responsabile cioè dei tamponi, dei dati ufficiali, dei report internazionali, delle misure precauzionali e profilattiche) da parte del Ministro della sanità risale a ben 24 giorni dopo (e tale ritardo non ha alcuna giustificazione, né politica né amministrativa o burocratica). A sua volta, poi, il *lockdown* (giusta o sbagliata che fosse la misura, e a nostro parere era sbagliata) è stato decretato ben 28 giorni dopo! Insomma, ogni passaggio governativo ha richiesto ben 4 settimane... E non risultano circostanze quali profonde divergenze d'opinione tra i membri del governo, o tra il governo e i consulenti scientifici. Si tratta, insomma, di pura e semplice incapacità e incompetenza, senza alcuna scusante (o almeno, nessuna è stata mai opposta).

15. Ad esempio, è davvero *troppo* ingenuo parlare in continuazione di criminalità organizzata ed economia sommersa, e non considerare che questa economia "nera" è soprattutto legata a costanti, intensi, strutturati, traffici internazionali, che aumentano di per sé le probabilità di contagio e di diffusione delle malattie nel mondo! (Certo, si può sempre credere alla favola che i cinesi mangiano i pipistrelli... dopo avere evidentemente già esaurito i miliardi di cani randagi a disposizione! E poi: favola per favola, che dire del reale contenuto "aviario" dei *McNuggets*?)

16. Ricordiamo che la competenza in materia sanitaria spetta in maniera esclusiva alle regioni, almeno a seguito della riforma costituzionale federale del 2001.

sanitarie^[17], davanti ai primi numeri del contagio (e a quelli dei primi decessi, peraltro di poco successivi). Infine, non merita neanche menzione la strategia di contenimento che si è a vari livelli (mediatico, sì, ma anche repressivo e penale!) concretizzata in prescrizioni di igiene personale quali lavarsi le mani e togliere le scarpe appena entrati a casa... Si tratta senza alcun dubbio di un vero e proprio “depistaggio”, a cui purtroppo molti si sono prestati (ci auguriamo in buona fede, ma non con minore responsabilità sulle loro spalle).^[18]

Dobbiamo rilevare due processi che a nostro parere hanno giocato negativamente nella gestione dell'emergenza.

2.1. Virologi, infettivologi, immunologi

Il primo è quello della rapida concentrazione del *sapere* medico

17. A rigor di logica (e anche di diritto!) i dirigenti delle asl e degli ospedali – almeno nella misura in cui si sono fatti trovare del tutto impreparati dinanzi ad una epidemia peraltro ampiamente annunciata con grande anticipo (come se, peraltro, le epidemie non facessero parte delle competenze sanitarie, e come se non si ripetessero ciclicamente o come *endemie* almeno dalla Spagnola in poi, passando proprio per l'epidemia di Sars del 2003-2004, per non parlare dell'Hiv, delle varie influenze aviarie, bovine, suine, ecc.) – dovrebbero essere *tutti* sottoposti a indagini penali e amministrative che ne accertino eventuali responsabilità! Noi non siamo certo fautori di un giustizialismo ingenuo e inadatto alle nostre società complesse quanto disarticolate... ma, dinanzi agli eserciti e alle pattuglie di carabinieri sguinzagliati per le strade a perseguire le coppie che camminano tenendosi per mano, ci permettiamo di suggerire che, forse, farebbero miglior lavoro se perseguissero i dirigenti e i governatori che si sono dimostrati (al di là delle sguaiate esibizioni, anche “in maschera”!) colpevolmente incapaci e incompetenti.

Senza nulla togliere al costantemente elogiato “eroismo” degli infermieri e dei medici (con un alto prezzo umano calcolato purtroppo in oltre 150 vittime), le voci di protesta o gli inviti alla presa di coscienza degli errori evidenti di gestione sono stati pochi e poco incisivi. Il tutto senza neanche volere qui considerare (lo faremo nel prosieguo con più argomenti) l'incidenza di un fattore realmente endemico in Italia quale la corruzione (nelle sue tante tipologie legali, politiche e sociali) che ha una particolare incidenza proprio nel settore sanitario (come già emerso nelle varie indagini giudiziarie aventi ad oggetto l'alto e forse ingiustificato numero di decessi nelle cd. “residenze sanitarie”). È appena il caso di ricordare che il più grande economista contemporaneo, Amartya K. Sen, premio Nobel nel 1998, si è più volte soffermato nel corso della sua straordinaria carriera proprio sull'analisi della possibile responsabilità dei governi nella produzione o nel mancato impedimento delle catastrofi. Si vedano ad esempio i classici Sen, *Risorse, valori e sviluppo* [1992], o *Etica ed economia* [2003], o il fondamentale *L'idea di giustizia* [2010].

18. Sarebbe come dire che un'ottima strategia di prevenzione e contrasto del riscaldamento globale è la buona abitudine di non gettare le cartacce per terra! Eppure, purtroppo, non sono neanche mancate, con questa ambigua modalità, alcune operazioni apertamente commerciali, come quella del noto immunologo Roberto Burioni, docente e ricercatore dell'università privata “Vita – Salute – San Raffaele”, di Segrate. Burioni si era segnalato all'opinione pubblica nel 2017 in quanto sostenitore dell'obbligo di previo vaccino per l'ingresso dei minori nelle scuole dell'obbligo (obbligo senza alcun dubbio incostituzionale, lo ricordiamo, oltre che razzista... ma non è colpa del povero Burioni averlo dimenticato: semmai è colpa del servizio pubblico della Rai, ad esempio, avere oggi fatto di una parte apertamente interessata e favorevole ai vaccini, quale appunto Burioni, un'autorità unica e *super partes* su questa “pandemia”). Due anni dopo Burioni diventa un eroe della lotta contro l'omeopatia (con pubblicazioni di successo), e oggi è autore di un tempestivo *instant-book*, uscito profeticamente proprio il 10 marzo 2020 (cioè il giorno stesso del primo decreto del primo ministro sullo *shutdown*) e venduto abilmente nelle edicole (autorizzate a restare aperte) e non nelle librerie (obbligate invece quello stesso giorno allo *shutdown*), il cui titolo è *Virus. La grande sfida*, pubblicato da Rizzoli. Non abbiamo nulla contro Burioni e i suoi colleghi, ma non è inutile sottolineare che ben altro sforzo di divulgazione e di informazione, e ben altra serietà, in Italia e altrove tra i paesi “colpiti”, avrebbe forse meritato una situazione come quella della prima “pandemia” moderna (come è noto, l'Aids, chissà per quali motivi “tecnici”, non venne considerata tale).

nelle sole mani dei virologi, degli infettivologi, degli immunologi. Il che è indubbiamente senza alcun senso: i virologi avrebbero potuto rivelarsi importanti (finanche indispensabili) nella fase della ricerca di una soluzione di medio e lungo periodo (ad esempio la messa a punto di eventuali vaccini, qualunque sia la posizione personale riguardo all'utilità dei vaccini nella società), ma *in nessun caso* avrebbero dovuto giocare un ruolo così determinante nella gestione dell'emergenza, per la quale non hanno alcuna predisposizione né alcun inquadramento strutturale nelle aziende ospedaliere e in altre strutture sanitarie.^[19] E sia inteso chiaramente che *nessuno* vuole qui ridurre l'encomiabile attività internazionale dei ricercatori italiani, né la professionalità di moltissimi medici e biologi impegnati nelle terapie anti-virali o nello sviluppo dei vaccini... Ma è incontestabile che l'aver appiattito l'esperienza medica alla sola virologia (neanche all'epidemiologia, si badi!) è stata o si è rivelata una scelta sconsiderata (almeno ai fini sanitari).^[20] Sarebbe stato più logico, e più corretto sul piano istituzionale, valorizzare le tante competenze sopite dell'Istituto superiore di sanità (anziché 'paralizzarlo' con l'analisi

19. D'altronde, la contraddizione qui è davvero lampante, e medici e politici non possono cavarsela agevolmente. Se, infatti, l'epidemia è davvero giunta in maniera improvvisa e senza preavviso, allora *nessun* vantaggio concreto poteva venire dall'esperienza infettivologica e immunologica (e infatti, se questa esperienza fosse stata realmente adatta ad anticipare la malattia, l'avrebbe forse fatto spontaneamente, cosa che invece *non* è accaduta). Se, d'altro canto, la migliore esperienza possibile a disposizione era quella degli infettivologi e dei virologi (evidentemente a causa del virus Sars-Cov-2 da cui deriva la malattia chiamata Covid-19), davvero non ci sarebbe stato alcun modo di conoscere *prima* e per tempo che tale esperienza si sarebbe rivelata rilevante e indispensabile, dal momento che (a quanto dice il governo e a quanto hanno *costantemente* riportato gli stessi virologi, niente lasciava prevedere l'effettiva portata dell'epidemia di Covid-19, né era conosciuto il patogeno e il suo modo di trasmissione). Delle due l'una, insomma: o i virologi e gli infettivologi si sono purtroppo rivelati incapaci (e infatti non hanno apportato alcuna misura di reale contenimento propria alla virologia, ma hanno 'solo' suggerito misure di buon senso e di ordine pubblico), o sono stati incompetenti nel caso specifico dell'epidemia italiana. Oppure, ovviamente, c'è stato un livello decisionale (occulto o istituzionale, o entrambe le cose) che ha punta-to unicamente sulla creazione di un vaccino come unica soluzione possibile (preferendo sacrificare a questa possibilità vite umane, lavoro, imprese, educazione, sviluppo, pil, ecc.).

20. E sia anche chiaro che non intendiamo affatto prestarci al gioco (tanto incontestabile quanto fin troppo semplice) di contestare ai virologi di non avere saputo trovare altre soluzioni se non quella di far lavare a milioni di italiani le mani cento volte al giorno (come se poi, secondo i virologi, non lo facessero già per i fatti loro!) e di mettersi in attesa di un vaccino. Le critiche sono almeno due: una è da riferire al governo e all'opinione pubblica, l'altra è da riferire ai virologi stessi. La responsabilità di una scelta tanto scellerata è naturalmente in primo luogo del governo, e in particolare del primo ministro e del ministro della sanità (ai quali si sono assurdamente accordati anche *tutti* gli altri ministri), soprattutto se si considera, lo ripetiamo, che *niente* poteva garantire che tale scelta fosse quella giusta (non siamo *mai* stati attaccati da epidemie di questa portata, come essi stessi affermano a più riprese, e, d'altro canto, quelle che ci hanno attaccati in maniera stagionale hanno sempre lasciato sul campo più morti di quanti fosse ragionevole attendersi, purtroppo). Ai virologi spetta invece la colpa oggettiva di non essere neanche riusciti a mettersi d'accordo sull'utilità o non delle mascherine! D'altronde troppi interessi concorrenti nella categoria hanno prodotto, come era facile desumere (ma forse non altrettanto facile per i ministri, se diamo per scontata la buona fede), una paralisi o uno stallo proprio sulle misure da adottare al di fuori della ricerca vaccinologica.

di decine di migliaia di tamponi di positività) e soprattutto del Consiglio superiore di sanità (che, ad esempio, si era tempestivamente espresso in favore della sola sospensione dei corsi scolastici e universitari, e per un periodo limitato di tempo).

Infine, dalla stessa parte degli infettivologi vi è una presa di posizione ‘realistica’ quanto alla propria incapacità di previsione. Su intervista di Simona Ravizza, del *Corriere della sera*, ecco la dichiarazione di Raffaele Bruno, direttore della Struttura Complessa di Malattie infettive del Policlinico “San Matteo”, di Pavia:

La medicina moderna definisce l’efficacia di un trattamento in base al confronto con quello che viene descritto come *standard of care*, cioè la terapia standard.

Ora,

dal momento che ci troviamo di fronte a un agente eziologico di nuovo riscontro, non esiste una terapia con cui confrontare nuovi regimi terapeutici e quindi l’approccio non può che basarsi sulle scarse osservazioni esistenti e sulle esperienze ricavate da situazioni analoghe.^[21]

Da un altro punto di vista, ecco la sintesi di Alberto Mantovani, immunologo e oncologo presso l’Università “Humanitas” di Rozzano.

Conosciamo molto poco delle risposte immunitarie nei confronti del nuovo Coronavirus. Come per tutti i virus e i patogeni in generale, non abbiamo dubbi sul fatto che il sistema immunitario sia efficace nella risposta contro il Coronavirus, e, in un certo senso, la riprova ci viene dalla clinica. I casi più gravi sono persone anziane o con altre patologie già presenti.

21. Ravizza (a cura di), *50 domande sul Corona Virus* [2020: 52].

Per chiarire,

è importante tenere presente che una parte del nostro sistema immunitario, che chiamiamo *immunità innata* (perché comparsa nell'evoluzione prima di quella cosiddetta *adattativa*), costituisce la prima linea di difesa nei confronti di tutti i patogeni. Si stima che più del 90 per cento degli incontri con virus e batteri vengano gestiti da questa linea di difesa, attraverso molecole che costituiscono un po' gli antenati degli anticorpi, senza che noi nemmeno ce ne accorgiamo.^[22]

2.2. Governi e Regioni

Il secondo processo che ha fatto di un'epidemia come tante una vera catastrofe umanitaria ed economica è l'accentramento decisionale in due poli politici concorrenti e di eguale potere: il governo (e al suo interno il cd. primo ministro) e le regioni (e al loro interno il cd. governatore).

Dal canto loro, le regioni italiane hanno dato prova di mancanza assoluta di coordinamento tra di loro, forse dovuta ai tempi ancora recenti della riforma costituzionale "federalista" del gennaio 2001 (che ha, appunto, fatto dell'Italia un paese a regionalismo spinto, anche se non ancora federale).^[23]

Un esempio negativo di tale mancanza di coordinamento applicata all'epidemia è la gestione dei posti letto nei reparti o servizi (o qualsiasi altra forma) di terapia intensiva (provvista dei ventilatori necessari a

22. In Ravizza (a cura di), *50 domande sul Corona Virus* [2020: 89].

23. Intendiamoci. Non vogliamo sottostimare il peso 'soggettivo' del governatore – il presidente della Regione Campania, Vincenzo De Luca, ad esempio, era già (con simpatia e con fastidio assieme) soprannominato "lo sceriffo" quando era ancora sindaco di Salerno, da metà anni '90 –, ma sottolineare che vi sono ragioni strutturali che hanno reso gioco facile ai governatori, e tra queste quella di un regionalismo 'di compromesso' che si è forse messo alla prova per la prima volta proprio in questa circostanza così impegnativa. D'altronde, la prova *a contrario* è in questo caso più difficile: non possiamo immaginare quali sarebbero state le dimensioni della tragedia umanitaria ed economica in Lombardia se la Regione avesse avuto un altro Presidente, anche se possiamo ricordare con serenità che il precedente presidente è stato indagato e poi condannato proprio per abusi e illeciti nel settore della sanità (mentre in Campania il precedente governatore era stato indagato, e *non* condannato, per atti illeciti nel settore, ben diverso, della gestione dei rifiuti). In Abruzzo, il governatore venne condannato in via definitiva nell'ottobre del 2018 per "induzione indebita" in favore della cd. sanità privata e in danno delle aziende sanitarie locali. Nel luglio del 2018 venne invece arrestato il governatore della Basilicata su accusa di concorsi illeciti e traffico di influenze nelle nomine della sanità pubblica regionale.

fare fronte alle gravi crisi respiratorie prodotte dalla Covid-19). Ebbene, all'ingestibile sovraffollamento ospedaliero nei reparti di terapia intensiva della Lombardia ha corrisposto una percentuale di ricoveri del solo 10% in Basilicata negli analoghi reparti.^[24]

Peraltro bisogna considerare un aspetto tanto ovvio quanto sottostimato, e cioè che la legittimazione di cui gode un governatore – che, lo si ricordi, *non* ha alcuna autorità sanitaria, al contrario ad esempio di un sindaco, che ce l'ha di prima e ultima istanza (si pensi ai trattamenti sanitari obbligatori, proprio come dovrebbero essere classificati i divieti e gli obblighi legati a questa epidemia) – è diversa da regione a regione, e rimonta a condizioni diverse da regione a regione. In ogni regione italiana è vario e differente, infatti, il peso dei diversi settori economici: il turismo in Campania è diverso da quello in Lombardia e Trentino, la produzione industriale molisana è diversa da quella piemontese e siciliana (pur avendo tutte queste regioni stabilimenti automobilistici e relativi indotti), il petrolio si estrae solo in Lucania (dove pure c'è uno stabilimento strategico della FCA e relativo indotto), e Venezia c'è solo in Veneto! È dunque naturale, non solo che ogni regione abbia come adattato alle proprie esigenze gli stretti (e spesso ingiustificati) obblighi imposti (in maniera peraltro incostituzionale) dal governo, dal solo presidente del consiglio, e dai singoli ministri, ma anche che ogni regione abbia dunque stabilito (benché in maniera non espressa all'inizio) una propria agenda tanto di *lockdown* quanto di "ripartenza".^[25]

24. L'intero Paese poteva contare, a inizio epidemia (21 febbraio, dopo 20 giorni dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale), su 5324 posti in terapia intensiva e 2974 nei reparti di malattie infettive. Al 16 marzo 2020, ad esempio, cioè dopo 3 settimane dai primi decessi, la Lombardia aveva 1067 posti attivi e ne stava allestendo un altro centinaio (cioè circa 300 in più di quanti ne avesse *prima* dell'epidemia), il Lazio aveva 540 posti attivati più un ospedale in costruzione (cioè circa un centinaio *in meno* di quanti ne avesse già a disposizione *prima* dell'epidemia), le Marche invece 400 (e ne avevano 'solo' 115 *prima* dell'epidemia), mentre la Campania aveva 320 posti già attivati e ben 590 in allestimento... Insomma, uno scenario frastagliato, come si vede, non solo ridisegnato in occasione della malattia, ma pericolosamente incoerente (quale difficoltà ci sarebbe stata a ricoverare ad esempio i pazienti delle Marche nelle strutture disponibili della Campania o del Lazio?), e soprattutto privo del necessario coordinamento orizzontale e gerarchico.

25. Il problema è semmai quello di comprendere la ragione per cui le uniche quattro regioni colpite dall'epidemia – cioè la Lombardia, l'Emilia-Romagna, il Veneto e il Piemonte – non si siano raccordate tra di loro, e abbiano dovuto subire l'imposizione irrazionale di un'agenda che il governo (e a volte il solo primo ministro!) ha stabilito per *tutte* le regioni d'Italia,

2.3. La Protezione civile

A margine, tra politica e salute, va almeno brevemente considerato il ruolo della Protezione civile, che è un'agenzia governativa strutturata nella forma gerarchica di un Dipartimento. È un organo cioè che *non* ha una competenza generale in *una* sola materia (come può essere invece, ad esempio, un ministero come quello della salute) ma si occupa delle attività che hanno a che fare con la cd. "difesa civile", cioè la prevenzione e il contenimento dei danni ai beni della Nazione (dalla vita dei cittadini al patrimonio culturale all'ambiente). È bene ricordare che questa agenzia del governo nacque nella forma che conosciamo oggi nel 1992, cioè dopo le trasformazioni globali del decennio precedente e la fine del bipolarismo Est/Ovest (come viene solitamente chiamato l'equilibrio tattico che aveva dominato la parte europea-nordatlantica, solo quella, del Pianeta dal dopoguerra in poi). Ma porta ancora con sé le tracce profonde della "guerra fredda", ed è spesso servita ad ospitare e coprire le attività di *intelligence* nazionali (che, a rigore di logica, fanno anch'esse parte della difesa nazionale, e non c'è da stupirsene).^[26]

Inutile entrare dunque nel merito delle attività della Protezione

e le altre regioni abbiano *tutte* dovuto subire l'imposizione irrazionale di un *lockdown* che poteva avere significato soltanto nelle quattro regioni colpite dall'epidemia! Da questo punto di vista ha perfettamente ragione – sul piano costituzionale e anche su quello politico – la presidente della Regione Calabria a volere stabilire, a fine aprile!, un'agenda di "riapertura" che sia specifica per la regione e non tenga necessariamente conto delle cautele (del tutto ingiustificate, almeno stando ai dati sulla carta, oltre che in palese conflitto di attribuzioni in base alla Costituzione) del governo.

26. L'attuale capo-dipartimento, Angelo Borrelli, è peraltro un uomo "interno" all'agenzia, della quale è entrato a fare parte, già come dirigente, nel 2002, attraversandone dunque tutte le delicate fasi del turbolento primo ventennio 2000, e riuscendo grazie a un errore di procedura ad evitare il procedimento d'accusa della Corte dei Conti che aveva invece colpito per "danno erariale" l'allora capo, Guido Bertolaso, nel 2009. Bisogna sapere in proposito che i procedimenti per "danno erariale", come è noto, coprono in effetti bruschi cambi al vertice dettati da esigenze politiche o, soprattutto, di *intelligence*, ed è dunque presumibile che Borrelli, a un certo punto della sua carriera, si sia trovato a dovere prendere il posto di "comando" per il quale non era più gradito il precedente capo. Il quale Bertolaso appunto – che è spesso considerato un "prodiano", essendo stato messo nella sua carica dall'allora primo ministro Prodi, e varie volte dallo stesso richiamato per gestire emergenze che avevano a che fare con delicate questioni di *intelligence*, continuando questa attività anche durante i governi Berlusconi, occupandosi di discariche nucleari e di emergenza Sars, di arsenali atomici dismessi e di gestione dei rifiuti – aveva più volte collaborato proprio con i servizi e con il Sismi in particolare fino a tutto il primo decennio 2000.

Comprensibilmente, dunque, dopo le dimissioni di Bertolaso a seguito (come dicevamo) di una procedura per "danno erariale" nel 2009, il posto di "capo" della Protezione civile è stato assunto direttamente dall'ex direttore del servizio di *Intelligence* della Polizia di Stato, il toscano Franco Gabrielli, con il quale la saldatura tra le attività della protezione civile e le operazioni di *intelligence* si è rafforzata e perfezionata (dalla gestione della "emergenza" migranti al naufragio nel gennaio 2012 della nave da crociera Costa Concordia). Per un quadro generale, si veda De Lutiis, *I servizi segreti in Italia. Dal fascismo all'intelligence del XXI secolo* [2010].

civile nella gestione della “emergenza Coronavirus” (come viene, in una maniera anche autoironica chiamata) ^[27]. È naturale, infatti, che le cifre fornite dalla Protezione civile, benché non false e non imprecise, siano però fornite in una maniera apertamente tendenziosa e tale da indurre un certo tipo di interpretazione anziché un altro. Non vogliamo, e non possiamo, entrare nel merito, ma non ci stupiamo del fatto che, come è stato più volte (certo, timidamente, ma chiaramente) ^[28] denunciato, le cifre sembrano costantemente poco affidabili, e le strategie appaiano spesso ‘sfuggenti’ o finanche ‘controproducenti’ (cosa che, appunto, non possiamo esaminare con maggiore dettaglio). Ci limitiamo a riportare alcune opinioni, delle quali apprezziamo l’intenzione (ma che non riteniamo sempre corrette, appunto perché, a nostro parere, non dovrebbe stupire nessuno che la Protezione civile si comporti da organo più *politico* e di *intelligence* che non *tecnico*, e dunque offra dati apertamente manipolati o variamente aggregati). ^[29] Ecco ad esempio la chiara rilevazione di Maria Rita Gismondo, virologa dell’ospedale “Sacco” di Milano, a proposito della (in)affidabilità dei dati e dell’inutilità (ai fini della migliore comprensione della dinamica

27. Diciamo “autoironica”, perché il coronavirus è il virus delle comuni forme di raffreddore e influenzali (tra le quali rientrano naturalmente anche i coronavirus responsabili delle epidemie del 2002-2004, e quello/quelli responsabile/i della malattia Covid-19, il/i Sars-CoV-2, che è/sono anch’esso/essi virus nella maggior parte dei casi *molto* poco pericoloso/i). E dunque sembra quasi che, denominando tanto genericamente la recente emergenza da “Coronavirus”, la Protezione civile abbia voluto evitare qualsiasi tipo di mascheramento della realtà (dal momento che il virus può essere tanto letale quanto innocuo, e, in quest’ultimo caso, lo è come un comune raffreddore, come uno dei tanti coronavirus endemici e stagionali).

28. Ad esempio, la responsabile di microbiologia clinica e virologia dell’Ospedale “Sacco” di Milano, Maria Rita Gismondo, ha più volte segnalato l’inaffidabilità dei dati quotidiani e dei “numeri sballati” forniti dal direttore Borrelli (forniti peraltro *volutamente* in maniera da confondere, e snocciolati “in differita”, secondo la studiosa), ribadendolo, tra gli altri, su *Il fatto quotidiano* del 16 aprile 2020 (pag. 5).

29. Così come, ad esempio, per capirci, non dovrebbe stupire che i responsabili delle cd. *Task forces* costituite dal governo per la gestione di “fasi” o aspetti specifici di questa emergenza, siano legati ad attività note, dichiarate e pubbliche, di *lobbying*, soprattutto europea (è il caso di Vittorio Colao, a “capo” della TF sulla Fase 2, o dei suoi collaboratori Giuseppe Falco e Enrico Giovannini). Il problema è semmai quello di assistere allo smembramento progressivo delle istituzioni e degli *assets* nazionali ai fini di una loro (ri)collocazione su un mercato di *governance* inter- e sovra-nazionale che *in nulla* garantisce una prestazione migliore per i cittadini (da un lato), e che peraltro è spesso nelle mani delle fazioni più reazionarie e ‘deliranti’ delle massonerie transnazionali in conflitto e concorrenza spietata tra di loro (dall’altro). Ci permettiamo di segnalare, da studiosi, che in questo contesto (e al netto della sua carica indubbiamente folclorica e anch’essa reazionaria) la reazione isterica e iper-repressiva del governatore della Campania *contro* la cd. Fase 2 rappresenti anche una risposta a questo dichiarato tentativo di “sovragestione” degli *assets* nazionali e regionali (ai quali, evidentemente senza alcuna intenzione da parte sua, il sindaco di Napoli sembra invece essere più “poroso”). La stessa osservazione, capovolta, può farsi per la Lombardia, in cui il tentativo di “sovragestione” è andato nel senso del *lockdown* prolungato, a cui ha cominciato ad opporsi il governo locale a proposito della cd. Fase 2 di “riapertura”. Ovviamente, né per la Lombardia né per la Campania può escludersi che nelle negoziazioni sulla tenuta e sulla fine del *lockdown* siano entrati gruppi mafiosi, da un lato, e massonici, dall’altro, a condizionare la scelta politica. Insomma, i poveri cittadini (almeno quelli che si mostrano interessati o i più colpiti dalla repressione e dalla recessione) si trovano (co)(ri)stretti tra tentativi “golpisti” dall’alto e reazioni “autoritarie” dal basso! E paura di ammalarsi, in mezzo.

dell'epidemia) della conferenza stampa quotidiana del direttore Angelo Borrelli.

Tutto è sdruciolevole. In questa situazione non vorremmo assistere a scandali, inchieste, vorremmo dimostrare a noi stessi che chi sta gestendo la nostra vita sta agendo solo per il nostro bene. Vorremmo che fossero credibili loro e le loro azioni. E invece scopriamo che la conferenza stampa borrelliana delle 18h è inutile per lo scopo dichiarato di darci un aggiornamento della situazione, anzi confonde le idee. Non solo i numeri, come abbiamo più volte affermato, non rispecchiano la realtà (i positivi non rappresentano la popolazione e variano al variare della capacità dei laboratori a eseguire i test), ma sono anche non contestualizzati.^[30]

2.3.1. *L'ospedale da campo in Basilicata*

A questo proposito, una vicenda davvero molto interessante – che non ha ancora ricevuto l'attenzione che a nostro parere merita – riguarda l'impianto di un ospedale da campo in Basilicata. Inutile ripercorrere le (nebbiose) fasi di questo “presente” fatto dal governo del Qatar all'Italia e destinato, su mediazione del Ministro della salute/sanità (originario di Potenza, capoluogo lucano), all'area jonica della piccola regione meridionale.^[31] Inutile anche tentare di sciogliere il nodo della destinazione più realistica e verosimile di questa struttura, dietro un

30. GISMONDO, “Nell'anarchia dei sistemi regionali almeno non raccontateci fandonie” (in *Il fatto quotidiano*, 16 aprile 2020, p. 5). Rileviamo *en passant* che, dal 20 aprile 2020 ha cominciato a circolare la voce sui “social” e sul web che la conferenza quotidiana del direttore Borrelli sarebbe nella fase 2, e in previsione, diventata bisettimanale (come i report dell'Istituto superiore di sanità). Segnaliamo un altro aspetto, questa volta legato alla sfera dell'immaginario collettivo, che ha come oggetto Borrelli, cioè “quella triglia quieta arrivata con la tempesta Covid” (Selvaggia Lucarelli, su *Il fatto quotidiano* del 23 aprile 2020, p. 6), “una brava persona secondo tutti, ma impreparata alla situazione che si è trovata di fronte, tra numeri poco scientifici e gaffe in diretta televisiva”. Ecco, in proposito (e vale la pena prendere posizione, visto lo spazio importante concesso dal giornale alla sua notissima opinionista) va detto che sono proprio queste asserite “impreparazioni”, questi “numeri poco scientifici” (che fa bene la Lucarelli a denunciare), e queste “gaffe”, a tradire il ruolo abilmente politico di Borrelli (comunque la si pensi sul direttore della Protezione Civile), a metà strada, lo ripetiamo, tra la gestione del quotidiano burocratico e la complessa e difficile operazione di *intelligence*.

31. In effetti sembra che i 500 posti letto della struttura verranno “spacchettati” tra la zona jonica e il capoluogo, e così anche i circa 100 medici e 400 infermieri previsti nel piano di assunzioni proposto al Ministero e alla Regione Basilicata. Secondo *La gazzetta del Mezzogiorno* (14 aprile 2020), che lo documenta con foto, si sarebbe già svolto a Potenza, sul sito presumibilmente opzionato e scelto, un sopralluogo congiunto della Protezione civile (a cui dovrebbe essere affidata la gestione amministrativa e sanitaria della struttura) e di entrambi gli eserciti di Italia e Qatar.

autentico groviglio di dichiarazioni (dai sindaci interessati agli esponenti dei partiti locali, al dirigente dell'asl, al ministro stesso, ai giornali locali e nazionali, ecc.) che sembrano avere proprio lo scopo di offuscare la reale portata dell'operazione. Ma ciò che è interessante è, ancora una volta, vedere all'opera la *governance* sanitaria che si ridisegna in *questa* specifica occasione e si candida a riproporsi per il futuro in altre occasioni (non necessariamente "emergenziali"), tentando evidentemente anche combinazioni diverse da quelle già sperimentate in altre occasioni o nei mesi precedenti.^[32]

Dalla Protezione civile all'Eni, e passando per le varie *task force* costituite in questi mesi, le *intelligence* interessate si dimostrano solerti e attive nel tessere legami internazionali (di cui ovviamente non possiamo scommettere sulla tenuta nel tempo o sul "successo" rispetto alle finalità auspiccate) e soprattutto nell'approfittare di *qualsiasi* opportunità aperta in questa caotica e convulsa fase di trattative, negoziazioni e 'mappature'.^[33]

E, infine, la vicenda conferma una volta di più che la Basilicata è ormai divenuta un territorio di rilevanza strategica (a causa essenzialmente delle risorse metanifere e petrolifere) e tattica (a causa probabilmente del suo, già risalente, ruolo geopolitico di "camera di compensazione" delle varie, vecchie e nuove, istanze governative, sottogovernative e para-governative, nazionali e internazionali).

32. La *governance* si ridisegna anche sul piano politico e delle alleanze, dal momento che, a fronte di questo enigmatico "cavallo di Troia", viene invece deciso dalla Regione di sopprimere l'ospedale della cittadina strategica di Venosa (che serve soprattutto dializzati e ammalati di Alzheimer) e di *non* finanziare il reparto specialistico di pneumologia presso l'ospedale di Pescopagano (situato in un'altra zona strategica, ai fini delle estrazioni petrolifere, della Regione).

33. È anche evidente che le finalità si sovrappongano e spesso si confondano, nel tentativo di soddisfare quanti più interessi possibile (nazionali, locali, sovranazionali, di categoria, politici, ecc.). E che i vari "protagonisti" si alter-nino alle "comparsate" (ora un ministro, ora un altro, ora un direttore generale, ora un medico, ora un opinionista al *prime time*, ora il primo ministro intervistato da un giornale straniero, ora di nuovo un medico, poi di nuovo un burocrate della sanità, ecc.) proprio per consentire un diffuso *spreading* delle occasioni.

3. L'informazione

Il capitolo sull'informazione è forse il più delicato, anche perché abbiamo qui a che fare con un nodo tematico in costante e problematica evoluzione, colto peraltro in una irreversibile fase di transizione dalla carta stampata ai supporti informatici (transizione che altera in maniera profonda e pervasiva le modalità e le finalità dell'informazione, assimilandole sempre più a quelle della semplice *comunicazione*). Le nostre osservazioni saranno qui di tipo eminentemente sociologico e formale, dunque, senza volere entrare nella sterminata casistica delle (spesso confuse, mutevoli, volubili e volatili) posizioni politiche e ideologiche.^[34]

La prima osservazione si afferma in una maniera quasi auto-evidente: ed è che *non* è stato possibile rilevare alcuna posizione che fosse realmente critica nei confronti della Politica, intesa nel suo insieme di governo nazionale, governo locale, singoli ministri e singoli governatori, e partiti (fatta eccezione per alcune estemporanee e spesso personalistiche prese di posizione, ora contro una presunta lassità delle norme emanate, ora contro la mancanza di una "regia" unica di gestione dell'emergenza, critiche peraltro fortemente 'interessate' e non *super partes*).^[35]

Le posizioni critiche sono 'esplose' solo dopo il prolungamento del *lockdown* (dal 14 aprile al 3 maggio), e in una maniera comunque rivolta ai 'soli' provvedimenti economici del governo, e peraltro rivolte in gran parte

34. Bisogna con grande onestà rendere merito a Maurizio Crozza e alla sua redazione di avere con grande competenza e lucidità, e con anticipo assoluto, impostato i termini delle questioni realmente più rilevanti già nella puntata (l'ultima prima dell'interruzione forzata del programma in onda su La9) del 6 marzo 2020 di *Fratelli di Crozza*, che ha riportato un ottimo 5,2% di *share* (con 1,5 milioni di spettatori). Dopo questo breve sussulto di indipendenza di giudizio e di completezza di informazione, le reti televisive hanno invece optato per soluzioni più conformiste e rassicuranti, che fossero soprattutto in linea di aderenza totale con le scelte governative (si veda l'esempio della pur vivace Luciana Litizzetto).

35. La mancanza di una regia unica, ad esempio, è una critica di certo incontestabile. Ma è stata portata in modo particolare dagli esponenti della ricerca virologica e vaccinologica (si pensi, per tutti, al notissimo Roberto Burioni, il quale l'ha ripetuta per almeno 4 settimane di seguito durante la comparsata settimanale al seguito programma domenicale di Rai2 *CheTempoCheFa*, condot-to da Fabio Fazio. Ora, è naturale e comprensibile che i ricercatori (anche quelli dipendenti o a contratto delle farmaceutiche straniere, nelle varie *sliding doors* di questo settore ad altissimo valore aggiunto) abbiano la necessità di stabilire e mantenere rapporti con una visibile e riconosciuta "cabina di regia" unica.

alle contrapposizioni tra regioni e governo sulla cd. Fase 2 (dal 4 maggio in poi). Vediamone rapidamente alcune.

3.1. I finanziamenti alle imprese

Secondo Paolo Panerai, come sempre efficace (questa volta nel suo *Orsi & Tori* settimanale dell'11 aprile 2020, prendendo le mosse dalle norme sui prestiti per le imprese contenute nel decreto-legge dell'8 aprile 2020),

lo stato generale della maggioranza delle aziende italiane, la cui spina dorsale sono le pmi, era assolutamente precaria già prima del virus. Varando provvedimenti di dimensione anche adeguata, ma inadeguati nei tempi e nei modi, non si fa altro che peggiorare le condizioni del sistema economico, specialmente in relazione alla concorrenza delle aziende di altri Paesi.^[36]

In effetti, il vero grande problema – almeno al momento in cui scriviamo, a fine aprile 2020 – è quello di non avere ancora sciolto la riserva su un dilemma di fondo. La tattica del governo è banalmente politicista e populista – seguendo la linea generale dei due partiti che formano la maggioranza di governo, cioè un Partito democratico (moderatamente “sbilanciato” alla sua sinistra, ma arricchito alla sua destra da una fazione “imprenditorialista”), e un partito-movimento chiamato, forse un po’ anacronisticamente, 5 Stelle (dichiaratamente populista e confusamente post-ideologico) – o è invece abilmente e rocambolescamente in cerca di massimizzare un consenso tanto impossibile e precario quanto insospettabilmente compatto e ‘leale’?

3.2. Il MES e gli Eurobond

Una delle mosse più azzeccate (senza alcun giudizio di valore da

36. In *Italia oggi* (11 aprile 2020, pp. 1-2).

parte nostra, né alcun apprezzamento, sia ben chiaro) in questo lungo e confuso periodo è stata la saldatura di un dibattito reale (quello sui finanziamenti europei all'Italia, condensati nella formula apparentemente tecnica di "Eurobond") con un dibattito invece del tutto fittizio (quello sul Meccanismo di stabilità, chiamato costantemente MES).^[37] Gli Eurobond sono un 'semplice' finanziamento dell'Unione europea all'Italia, motivato (secondo il governo italiano) dall'emergenza sanitaria nazionale. Il MES è invece finanziamento un po' più complicato, perché prevede che la sua restituzione (sia chiaro: anche gli Eurobond, come qualsiasi altra "obbligazione", vanno restituiti!) sia in un certo senso strettamente controllata dall'UE.

Ora, gli Eurobond rappresentano francamente una richiesta poco comprensibile: non soltanto l'Italia, infatti, è "vittima" dell'epidemia, ma tutti gli stati europei... e dunque davvero non si capisce quale base razionale potrebbe avere una emissione obbligazionaria giustificata da una emergenza che, almeno in astratto, colpisce in eguale maniera tutti i paesi europei, e che dunque *ogni Stato* potrebbe richiedere! È fin troppo evidente che la reale imposizione fatta all'Italia sia l'obbligo di accedere al MES (sul quale dunque *non* vi è una vera trattativa, ma solo un comprensibile temporeggiamento).^[38] Anche sulla scorta della precedente esperienza greca, nella quale le trattative sono proprio state appunto sul MES (pericolo tentato invano di scongiurare dal governo di Atene, e in particolare dal ministro dell'economia Varoufakis), gli Eurobond richiesti dall'Italia vorrebbero aprire una trattativa *sul* MES *tramite* gli Eurobond, ad esempio concentrando le obbligazioni economiche che si assumerebbe l'Italia in

37. Questa saldatura (del tutto inverosimile) ha tenuto i giornali impegnati per circa due mesi, attivando una sorta di creatività politica in altre occasioni sopita (fino all'ipotesi di un "Piano Marshall" per l'Italia e per l'Europa, del tutto al di là della realtà dei fatti, e finanche della stessa plausibilità delle proposte messe in campo).

38. Peraltro, anche su questo comprensibile temporeggiamento sembra esservi più di un dubbio: il MES, infatti, potrebbe già essere in corso di preparazione *di fatto* (ad esempio con il "suggerimento" al governo italiano di nomine per la cd. Fase 2 come quella di Vittorio Colao, su cui torneremo in seguito).

una forma “negoziata” di Eurobond (improprii), e lasciando invece all’UE mano libera sulle nomine degli enti pubblici e sul controllo della “ripresa” economica dell’Italia.

Ecco l’analisi critica di Marcello Gualtiero sul quotidiano economico *Italia Oggi* dell’11 aprile 2020.

Nessuno ha ancora capito in cosa concretamente consista la richiesta del Governo italiano (ed anche dell’opposizione) dell’emissione di eurobond, titoli di debito comune europeo, portata avanti con finta determinazione. Difatti, l’Italia non ha mai presentato una proposta concreta in cui si dica: chi emette i titoli, come si garantiscono e ripagano, come e chi usa i fondi raccolti. Mancando questi dati elementari, nessun ragionamento concreto può prendere corpo.

Secondo il notista politico,

la vaghezza della richiesta italiana degli eurobond (ripetuta come un mantra) è confermata dalla parallela affermazione che dovrebbe assicurare i nostri partner europei: non chiediamo di mutualizzare (cioè condividere) il debito. Ma allora, se non si mutualizza il debito e ognuno garantisce e paga la sua quota, qual è il vantaggio che l’Italia ricaverebbe dagli eurobond rispetto a una emissione di titoli di stato? Una contraddizione logica insanabile che mette a nudo la mancanza di visione.^[39]

Sempre che si tratti, appunto, di una vera “contraddizione logica” e che si vada “verso il fallimento della trattativa Ue dell’Italia” (questo il titolo dell’analisi).

Marco Travaglio sembra invece credere che la trattativa sugli eurobond sia fondata, benché si tratti di una “trattativa mortale”. Anche perché (come scrive nel suo editoriale su *Il fatto quotidiano* del 16 aprile 2020, dal titolo “Il

39. GUALTIERO, *Verso il fallimento della trattativa Ue dell’Italia* [2020].

silenzio è d'oro"), il nuovo Mes al momento è un ufo [e] dire poi che l'Italia lo userà è molto pericoloso, perché il Mes è roba per i Paesi alla canna del gas, in crisi di liquidità, e il solo evocarlo – per giunta durante l'emissione aggiuntiva di titoli di Stato – è una follia suicida; indebolisce l'immagine dell'Italia agli occhi dei fondi finanziari che dovrebbero acquistare quei bond (infatti lo spread è subito schizzato).

Insomma, secondo il direttore de *Il fatto quotidiano*, la questione è sia di merito sia di opportunità, dal momento che

spaccare il governo fra guelfi e ghibellini nel pieno di una trattativa mortale – quella sugli eurobond (o come li si vuole chiamare), per attivare strumenti finanziari infinitamente più poderosi dei 37 miliardi del Mes – è roba da fuori di testa.

Anche Mario Monti prende naturalmente (chi meglio di lui?) posizione sul Mes, intervistato da Francesco Manacorda su *la Repubblica* del 19 aprile 2020.

Il Mes non è mai stato una creatura malefica in sé, – specifica l'ex commissario UE ed ex primo ministro, forse il primo "terminator" di questo lungo, tormentatissimo, decennio post-berlusconiano – ma nella crisi dell'eurozona è stato utilizzato nei confronti di Paesi, che comunque avevano abbondato in malgoverno, con una serie di errori e durezza eccessive da parte della Ue e del Fmi. È il caso della troika per la Grecia. Dunque è giusto guardare con grande attenzione la questione delle condizionalità. Ma ho l'impressione che qualcuno, chiedendo condizionalità zero, cerchi in realtà un salvacondotto per poter fare in futuro qualsiasi disavanzo o debito pubblico. E questo il Mes, oserei dire per fortuna, non lo può dare.

Insomma, meglio un sì condizionato, secondo Monti, anziché un no condizionato... Ma, al di là della "follia" intrinseca di un tale argomento (non si può chiedere al senatore a vita che per primo ha gestito, e con quale

orgoglio, l'onere di dovere fare al governo addirittura *peggio* di Berlusconi), sono interessanti le motivazioni che Monti fornisce in favore di una scelta come quella di accettare le limitazioni di sovranità imposte dal Mes.

L'Italia che si presenta divisa e litigiosa sulla scena internazionale è come l'Italia dei comuni che poi andava a cercarsi il podestà straniero. Che oggi si chiama troika. I nostri sovranisti hanno demonizzato tutti gli altri partiti, per avere partecipato ad una maggioranza di unità nazionale che otto anni fa è riuscita, senza il loro appoggio, ad evitare l'arrivo della troika, allora imminente.^[40]

Monti analista di un'Italia e di un'Europa neo-feudale, nell'ottima intervista di Manacorda, merita attenzione! Ma certo, come abbiamo visto, la soluzione auspicata, proprio come ai tempi della cd. anarchia neo-feudale, è quella delle autocrazie. A sua volta l'evocazione delle autocratiche (più che non monocratiche) monarchie assolute implica un'evidenza, e cioè che *non* vi siano poteri tanto forti in campo da *dominare* gli avversari e i concorrenti, e dunque tutte le forze (economiche, tecnologiche, politiche, culturali, militari, della comunicazione, di ceto, ecc.) si accordano su una soluzione di compromesso. Che, appunto, qualche secolo fa fu quella dei monarchi illuminati. Anche nel dopoguerra la situazione era in qualche modo comparabile a una sorta di anarchia post-totalitaria (e, in quel caso, anche post-imperiale). E la soluzione fu ancora di compromesso, ma con due grandi fornitori di ultima istanza: gli Stati Uniti d'America e l'Unione Sovietica. All'Italia toccò il primo, e il nostro presidente del consiglio di allora si ingaggiò, proprio come oggi, in una difficile negoziazione. Il risultato fu un poderoso piano di investimenti.

40. Manacorda, Monti. "Conte dica la verità agli italiani. Il Mes ci può servire". Ne *La Repubblica* (19 aprile 2020, p. 3).

3.3. *Un piano Marshall per l'Europa*

Secondo *Il Manifesto*, infatti, la linea, moderatamente critica nei confronti del governo, è quella di un Piano Marshall, con luci e ombre. A proposito di un *Avanti Marshall* (ottimo titolo comunque!) si esprime così Roberto Ciccarelli, il 18 aprile 2020.

L'OMT [un piano che permetterebbe "l'acquisto illimitato di titoli sui mercati secondari da parte della BCE", *ndr*] potrebbe essere necessario a un paese che si avvia verso un debito pubblico del 170-180% del Pil per tenere basso lo spread, evitare che i costi esplodano, sventando un default.^[41]

Il problema è che

Si tratta di una macchinosa rete di protezione contro la possibilità di una crisi drammatica, sebbene presenti numerose incognite legate alla gestione del debito e della condizionalità che potrebbero essere imposte a paesi già stremati. Questa complicata, estenuante e traballante architettura sembra comunque inadeguata per affrontare la nuova crisi che avrebbe bisogno di un processo costituente europeo e di un cambio di missione della Bce trasformata in prestatrice di ultima istanza. Prospettive politica-mente irrealizzabili oggi.

Come si vede, il problema evidenziato è sia "soggettivo" (la volontà degli stati e delle istituzioni europee) sia "oggettivo" (le risorse realmente a disposizione). Ma, appunto, se si tratta di un "falso" problema (dal momento che il Piano Marshall non è al momento realizzabile, né può aprirsi oggi un vero processo costituente europeo), non sarebbe forse meglio concentrare l'attenzione e gli sforzi sulla *reale* posta in gioco, e cioè sul nodo del *who-gets-what-and-what-for?* Tradotto rozzamente: si favoriranno le imprese in crisi (violando il principio di concorrenza)? Si risanerà il debito pubblico

41. Ciccarelli, *Mes o Coronabond: il caos italiano sbarca all'europarlamento* [2020: 3].

(affossando invece le imprese in crisi)? O si tornerà finalmente a finanziare i servizi pubblici (ospedali inclusi), cogliendo questa prima occasione (fornita dall'epidemia), dopo oltre vent'anni, di potere fare una seria politica *anti-ciclica*?

Qualunque sia la "scelta", o qualunque "scelta" venga imposta (a qualsiasi titolo) al governo, non vi è alcun dubbio che l'unica politica da bandire sia quella del *lockdown*, che ha come *unica* base razionale la letalità dell'epidemia.^[42]

3.4. Il lockdown

In maniera davvero incomprensibile, la rapida chiusura delle attività produttive *in tutto il Paese* non è stata quasi in alcun modo stigmatizzata. Se non, in parte (e con argomenti spesso semplificati e rozzi), da alcuni quotidiani politicamente legati alla destra leghista e fascista, e (con argomenti ben più articolati e condivisibili) dal solo quotidiano economico *Italia Oggi*.

L'informazione di sinistra e progressista si è invece incomprensibilmente attestata su un sostegno spesso acritico ai provvedimenti di chiusura del governo (a volte, come nel caso de *Il Manifesto* o de *Il fatto quotidiano*, spesso affidandosi alla parte meno interessante e meno avanzata della critica ecologica, e a reporter poi divenuti celebri quali il David Quammen autore del best-seller *Spillover*, il fautore cioè della tesi del salto di specie e dell'attuale pandemia come *Big One* delle pandemie... ciò che non fa certo onore a un quotidiano che ama ancora definirsi "comunista" e un

42. Se, ad esempio, alcune fake news (ormai represses dalla speciale task force del governo) dovessero rivelarsi un po' meno fake, e dunque se venisse meno il presupposto della letalità della malattia, o cambiassero almeno i dati sulla morbilità del virus, ebbene davvero non rimarrebbe più alcuna base politica e giuridica su cui fondare le politiche di *lockdown* e di *shutdown*. Nel frattempo, a fine aprile, hanno cominciato a circolare su alcuni giornali e alcuni siti italiani i *rumors* su una non meglio specificata "risalita" del numero (e non del tasso, comunque, si badi) dei contagi in Germania, a causa di un non meglio definito ammorbidimento del *lockdown* da parte tedesca.

quotidiano di inchiesta come quello diretto da Travaglio).^[43]

Secondo Marco Bascetta (su *Il Manifesto*, 18 aprile 2020, p. 2), ad esempio, vi sarebbe una contraddizione tra un'Unione europea fondata sulla concorrenza e le esigenze locali e regionali delle imprese assetate invece di solo profitto.

Non vi è insomma dubbio che la crisi epidemica alteri radicalmente nella sostanza le sacre leggi della concorrenza, ma, al tempo stesso, le conservi o addirittura le inasprisca. Cosicché le strategie di riapertura dei diversi governi, i criteri più o meno accomodanti nella raccolta e nell'interpretazione dei dati, risulteranno fortemente condizionati dalla volontà di garantire competitività alle proprie economie. Con buona pace di quelle regole che nell'Unione europea ancora pretendevano di salvaguardare la purezza dei rapporti di mercato, stigmatizzando come la peggiore delle eresie l'intervento degli stati a sostegno delle imprese e dell'occupazione.^[44]

Il ragionamento è interessante e condivisibile. E bene fa Bascetta a

43. Il problema, chiariamoci, non è quello di considerare (a qualsiasi titolo) giustificata la posizione di maggioranza globale. Ma è quello degli argomenti e delle posizioni politiche che a loro volta giustificano questa opzione. Ora, nel caso della recente epidemia, ad esempio, la giustificazione era, da un lato, troppo vaga (le politiche sanitarie dei sistemi capitalistici hanno ridotto il livello e l'efficacia dei diritti alla cura), e, dall'altro, troppo specifica (visto che c'è un'epidemia, il primo imperativo è quello di proteggere la vita delle persone, e poi i loro diritti). Come si vede, dunque, nella prima versione l'epidemia quasi non ha alcuna colpa: è il capitalismo in sé che riduce progressivamente e in maniera criminale il livello e la generalità della prestazione sanitaria. Nella seconda, invece, il capitalismo quasi non c'entra più nulla: è il virus che attacca la vita delle persone (nei sistemi capitalisti, certo, ma anche in Cina e in Corea del Nord, nel Nord e nel Sud del mondo, nei Paesi guidati da governi di centro-sinistra e nei Paesi con presidenti come Bolsonaro o come Trump...). E peraltro, anche se sostenessimo che la Cina è in effetti un Paese di capitalismo avanzato (al massimo con qualche correttivo sociale, che, appunto dovrebbe però implicare una migliore e più generale prestazione sanitaria e assistenziale), non si esce comunque dal *loop* logico: il capitalismo riduce il livello della cura ma (per chissà quale senso del pudore) *non* crea il virus... cioè la malattia per la quale servirebbe la cura stessa! Comprendiamo bene che giornali seri come *Il Manifesto* o *Il fatto quotidiano*, o come il settimanale *L'Espresso*, non possano inseguire le fasce più 'estreme' dell'attuale governo "giallo" in Italia (su una posizione *no-vax* o "complotista" in sé, ad esempio). Ma questo non implica che *non* sia più possibile svolgere un compito di contro-informazione o di contro-verità che poggi su inchieste serie, informate, approfondite, coraggiose, e anche magari documentate o fondate su riscontri inattaccabili. Non si dimentichi che fu il settimanale comunista *Rinascita* a svolgere l'inchiesta più seria sull'attentato di Ustica, che seguiva quelle (tante) degli anni precedenti, ad esempio, quelle di Valentino Parlato sulle partecipazioni azionarie della Fiat (4 ottobre 1968), o sulla Montedison (11 ottobre 1968), di Mario Mazzarino sull'insufficienza delle politiche keynesiane in Italia (17 gennaio 1969), di Laura Conti sulle malattie e la lotta di classe e anti-sistema (8 agosto 1969), di Giovanni Favilli sul pericolo di una guerra chimica e di una guerra batteriologica (3 ottobre 1969), di Luciano Lusvardi sulla costituzione di monopoli privati nelle regioni italiane (18 dicembre 1970), di Ottavio Cecchi sulla ricerca scientifica nelle università italiane ormai dominate dal grande capitale o al suo servizio (18 dicembre 1970), o le prese di posizione di scienziati e ricercatori come Alessandro Natta sulle colpe politiche delle calamità "naturali" (16 ottobre 1970) o come Lucio Lombardo Radice sul rapporto tra scienza e politica (25 dicembre 1970). Articoli, inchieste, e, certo, anche opinioni, di mezzo secolo fa, che hanno cambiato a volte la storia del nostro Paese (si pensi alla riforma psichiatrica e della assistenza medica di base, o alla nascita dell'ecologia politica e delle controculture urbane), e altre volte hanno posto i problemi che dovremmo porci ancora oggi (come nel caso di Natta, di Lombardo Radice o di Alexandre Grothendieck sopra brevemente citati in generale su quella contraddizione insanabile tra la logica della scienza e la logica del profitto), e rispetto alle quali la pochezza di temi e contenuti di questi drammatici giorni sembra invece quasi dare voce ad una petulante e noiosissima farsa di livello infimo (neanche una parodia).

44. Bascetta, *L'UE nella trappola delle priorità nazionali* [2020: 2].

stigmatizzare poco più avanti l'atteggiamento verso "chi ci guadagna" da questa epidemia.^[45] Ma è il presupposto che è infondato (o che dovrebbe in ogni caso essere indagato meglio). Vediamo.

Non serve troppa perspicacia per vedere come l'andamento diseguale dell'infezione, le risorse accumulate in precedenza, i tempi sfasati della diffusione virale, pongano gli attori economici in posizioni molto differenziate. Di qui la propensione a correre rischi per compensare gli svantaggi. L'impresa non è forse il regno del rischio? Ma in questo caso non tanto quello degli imprenditori quanto quello della vita dei loro dipendenti e in conseguenza di molti altri.

Insomma, come si vede, la critica alla logica del profitto si sgancia da una visione di "struttura" o di "sistema", e si pone invece su un terreno di pura contingenza, o di emergenza (e il rischio, come attitudine dell'impresa, si sposta dal fallimento dell'imprenditore alla vita dei "suoi" dipendenti). Lo stesso atteggiamento che abbiamo rilevato già altrove e spesso in questa fase: da un lato la crisi come prodotto di un'epidemia che è a sua volta prodotto delle scellerate dinamiche capitalistiche di disuguaglianza e devastazione ambientale (non ecologica, si badi, ché sarebbe un controsenso)^[46]; dall'altro, invece, la pericolosità dell'epidemia come prodotto dell'egoismo e della miopia (e dunque delle scelte di

45. "Fino ad oggi si è ampiamente ragionato su chi e quanti l'epidemia condurrà alla rovina. Su quello che si perderà in termini di redditi e risorse. Ma, come è noto, nelle catastrofi c'è sempre qualcuno che ci guadagna (i fabbricanti di armi in tempo di guerra, per fare l'esempio più banale, o i costruttori in caso di terremoti) ed è anche su questo che converrebbe cominciare a ragionare (piattaforme di commercio on line? Industria farmaceutica? Settore delle telecomunicazioni? Grande distribuzione alimentare? Settori finanziari più solidi e potenti?), non certo per gettare la croce addosso a qualcuno, o per fare del moralismo vendicativo. Piuttosto per capire come si distribuiranno le risorse di cui abbiamo bisogno e da chi bisogna pretendere che faccia qualche rinuncia a favore di una collettività ferita." [Ibidem].

46. È un controsenso, perché tanto l'impresa quanto gli ecosistemi rispondono alle stesse leggi di complessità e agli stessi equilibri dettati dalla teoria delle catastrofi. Se così non fosse – e in questo seguiamo una delle meno seguite e più mistificate intuizioni marxiane sulla caduta tendenziale del saggio di profitto –, e se ammettessimo dunque la sola validità della legge dell'entropia crescente, ne avremmo che solo due conclusioni sono possibili: *a)* la prima è che *unicamente* le catastrofi planetarie sono da considerarsi come catastrofi ecologiche o economiche (ad esempio la sola alterazione irreversibile dell'equilibrio salino degli oceani, magari a causa dello scioglimento dei ghiacciai e dell'immissione di acqua "dolce"); *b)* la seconda è che *ogni* micro-catastrofe è in effetti propedeutica e preliminare alla catastrofe su scala planetaria di cui *sub a)*, il che è naturalmente inammissibile sotto ogni punto di vista (le cartacce gettate in terra non hanno nulla a che fare con i cambiamenti climatici, per capirci) tranne che in una versione 'estrema' e molto problematica delle teorie del caos e della complessità, nota anche, e impropriamente, come "*the butterfly effect*". Ne ha parlato ad esempio davvero molto bene il noto geografo e antropologo Jared Diamond nel primo studio del suo *DIAMOND, Collasso* [2004, 2005], dedicato alla complessa devastazione ambientale del Montana.

piccolo cabotaggio e di mera sopravvivenza) dell'impresa italiana, in particolare della piccola impresa locale, braccio spietato del grande capitale internazionale (di cui è essa stessa, evidentemente, vittima).

3.5. *L'origine del contagio e la zoonosi*

Vediamo allora più da vicino alcune di queste posizioni scientifiche, spesso animate dalle migliori intenzioni, e altrettanto spesso viziate da un'inguaribile ingenuità.

Il noto filosofo della scienza di Padova, Telmo Pievani, ricostruisce ad esempio “una fiaba evoluzionistica non a lieto fine sul rapporto tra la nostra specie e i virus” su *Le scienze* di aprile 2020. In questa ricostruzione interessante, la specie umana è presentata come funzionale ai virus nella loro “lotta” per il dominio del Pianeta che dura da 3 miliardi e mezzo di anni.

A lungo andare i virus si stavano annoiando di questo gioco in cui alla fine vincevano sempre loro. Fu così che il cielo mandò loro una seconda [la prima era stata quella degli organismi pluricellulari, ndr] manna: un primate africano di grossa taglia che in poche decine di migliaia di anni si diffuse su tutto il pianeta, si moltiplicò fino a sette miliardi e mezzo di individui, costruì metropoli, navi, treni, aerei, e inventò la povertà e la disegualianza. Era l'ospite perfetto a cui chiedere un passaggio!^[47]

Fin qui una bella ricostruzione, interessante e illuminante sul rapporto tra virus e Pianeta. Ma la “fiaba evoluzionistica” (così la chiamano con efficacia l'autore e la redazione) continua, e le cose si complicano un po'.

I virus ringraziarono e ricominciarono di gran lena i loro traffici. (...) Una grande ricercatrice, Rosalind Franklin, analizzò le strutture molecolari del virus. I genetisti si resero conto che il 20 per cento del

47. PIEVANI, *E si chiamano sapiens* [2020: 15].

DNA umano era di origine virale. Ma con gran sollievo dei virus, gli umani continuarono a deva-stare gli ecosistemi, favorendo il contatto con scimmie, roditori, pipistrelli e altri ospiti-serbatoio che nascondeva-no i virus in sé. Infischiosene di leggi e biodiversità, continuarono a cacciare e a commerciare animali selvatici. Poi li ammassarono in luridi mercati, dove le bestie in gabbia convivevano con le carcasse, i liquidi corporei si mescolavano, sangue dappertutto, e umani a torso nudo.^[48]

La colpa è dunque degli umani. Cioè, rileviamo incidentalmente, di quella stessa specie che dovrebbe poi farsi carico delle risposte politiche e scientifiche alle zoonosi stesse. E i virus?

I virus, entusiasti, fecero un bel po' di *spillover*, cioè di salti di specie, diventando spesso più cattivi e contagiosi. Era già successo con la rabbia, con l'AIDS, con Ebola, Marburg, febbre gialla, influenze aviaria e suina, SARS e molti altri. Certi umani, detti scienziati, lo avevano previsto, era scritto sui libri di testo: si chiama zoonosi. Ma non servì a nulla. Successe ancora. Succederà. Perché c'è il solito miope tran tran da mandare avanti.

Ora, chiariamoci. Pievani ha indubbiamente ragione quando attacca gli umani per la stupida devastazione degli ecosistemi e per la altrettanto stupida caccia e commercializzazione degli animali (e, aggiungerei noi, per la somma-mente stupida ricerca scientifica fatta sugli schiavi animali e altre geniali invenzioni del "*sapiens*"). Ma – a parte il fatto incontestabile che anche gli "scienziati" sono dei *sapiens*, e anzi sono spesso più *sapient(on)es* degli altri – dare la colpa alla specie umana delle zoonosi e della mancanza di prevenzione o di reazione è come dare la colpa agli dei. E non perché avidi, dispettosi e capricciosi... Ma perché somma di *tutte* le virtù e di tutti i difetti messi assieme, e dunque inservibili ai fini della decisione.

Pensiamo al meccanismo dello *spillover*, ad esempio. Avrebbe senso criticare duramente i mercati all'aperto degli animali selvatici (come li

48. *Ibidem*.

chiama Pievani) e *non* criticare invece lo sfruttamento intensivo di altri animali (evidentemente non selvatici: sarà questo il punto?) a scopo di ricerca scientifica? In fondo, benché Pievani non lo ricordi in quest'occasione, l'AIDS sembra proprio "fuggito" da un laboratorio di ricerca, africano, e avente come cavie proprio altri "primati africani di grossa taglia". Il che non significa 'solo' fornire (ben) più di una ragione all'animalismo o all'omeopatia – magari fosse così semplice! – ma denunciare soprattutto che la posizione dominante, ufficiale e tendenzialmente unitaria, della ricerca scientifica è di certo parziale e insufficiente. Come lo sono i suoi criteri di verifica e di convalida. E che abbiamo dunque bisogno, come ad esempio per la cosmologia del secolo scorso, di nuovi paradigmi e nuovi "materiali". E abbiamo bisogno di riprendere, ripetiamolo ancora una volta, un dibattito necessario e indifferibile su scienza e potere. ^[49]

3.6. *Non è una tempesta perfetta*

Un esempio di come si dovrebbe correttamente informare (al di là di qualunque cosa si pensi nel merito dell'epidemia, sull'operato dei governi, ecc.) ci viene da una nota pubblicata il 16 aprile 2020 sul *New England Journal of Medicine* a firma di Allan M. Brandt e Alyssa Botelho, dal titolo "Not a Perfect Storm – Covid-19 and the Importance of Language".

Davanti al livello sempre più alto raggiunto dalla diffusione e dalla mortalità di Covid-19 nel mondo, molti osservatori hanno descritto la pandemia come una "tempesta perfetta", cioè ricorrendo ad una abusata rappresentazione che vorrebbe evocare come un senso di anomalia e di imprevedibilità. ^[50]

Una "tempesta perfetta" nasce da una rara combinazione di fattori meteorologici avversi, numerosi, coincidenti, e in genere imprevedibili.

49. Almeno su scienza e potere, o su ricerca e profitto, o su salute e profitto, se proprio non vogliamo più comprendere la composizione di classe della ricerca scientifica, della ricerca di base e di quella applicata e avanzata, e poi della logica della scoperta scientifica, dell'insegnamento, dell'innovazione tecnologica, e anche del principio pacifista come base di *tutta* la scienza del Novecento (e dei suoi tradimenti), ecc. Sembra quasi ridicolo ricordarlo, o dovrebbe esserlo, ma la scienza non è (qualunque sia il loro profitto e il loro successo) Amazon e non è Facebook: quelli si chiamano più scientificamente "vendita porta a porta" e "gossip".

50. BRANDT – BOTELHO, *Not a Perfect Storm – Covid-19 and the Importance of Language* [2020], nostra traduzione.

Ora, secondo gli autori,

è vero che alcune delle cause dell'elevata trasmissione della Covid-19 e del suo tasso di mortalità sfuggono al nostro controllo (ad esempio, le particolari caratteristiche biologiche che attribuiscono alla Covid-19 la sua virulenza). Ma sono in effetti numerosissime le forze, tanto biologiche quanto ambientali, sociali e politiche, che stanno plasmando la Covid-19 nel mondo, e anche il modo in cui riusciamo concretamente a raffigurarci e concettualizzare il gioco reciproco di queste tante forze.

Come si vede, una malattia – anche sul piano medico e sanitario – è sempre il prodotto di una combinazione di fattori, inclusi quelli che con la medicina e la biologia non hanno nulla a che fare (ma dipendono magari dalle contingenti scelte politiche o dall'atteggiamento culturale che predomina in quel momento, e che ora favorisce magari il terrore e la paralisi ora invece induce una reazione rapida e decisa). E dunque, dovremmo chiederci

Se le epidemie siano il risultato di una combinazione di forze insolite e imprevedibili, come tenderebbe a suggerire il concetto di "tempesta perfetta", o se non siano in buona sostanza determinate da precise e concrete, e ben riconoscibili e valutabili, attività (o mancate attività) umane.

Affinché sia più chiara la posizione degli autori, il passo che segue è molto interessante.

Come ha correttamente scritto Susan Sontag, le metafore che usiamo per descrivere la malattia influiscono profondamente sulla nostra stessa esperienza della malattia, e le danno forma. Il nostro discorso culturale su malattie come il cancro e l'AIDS, ad esempio, produce paura e repulsione, stigmatizzando la malattia, rendendo più difficile la cura e marginalizzando il paziente. Allo stesso modo, la metafora

della tempesta perfetta rischia di mettere fuori strada, non solo la nostra concettualizzazione, ma anche il nostro approccio e i nostri riferimenti all'emergente pandemia.

Questo linguaggio crea un vero e proprio *discorso* della sanità pubblica che sembra essere – osservano correttamente gli autori – più *reattivo* che non *proattivo*, più riduzionista che non olistico, e insomma “*disempowering rather than empowering*”:

benché la concretezza del dramma possa richiamare proprio una “tempesta perfetta”, il termine implica concetti legati al caso e all'imprevedibilità che rischiano di rallentare la nostra capacità di comprendere la pandemia di Covid-19 e di prevedere realmente le sue possibili evoluzioni.

Insomma, un conto è la drammaticità della situazione, un altro conto è la capacità di prevedere le interazioni sociali e ambientali che *fanno* in realtà le malattie.

E dunque, se Covid-19 non è il risultato di una tempesta perfetta – e non lo è –, questo implica che anche quest'epidemia poteva essere senza alcun dubbio prevista, anticipata, contenuta... e accompagnata.^[51]

51. A meno che, naturalmente, non si voglia pensare che la pandemia è stata davvero prevista e accompagnata, per essere proprio così com'è (qualsiasi ne sia il motivo). Oppure, che non si voglia intendere, interpretando alla lettera, che la vera tempesta perfetta fosse la coincidenza di un governo di basso profilo, di un ceto medico diviso all'interno e logorato da competizioni e corse al profitto, di una concorrenza tra multinazionali del farmaco in lotta tra di loro, di una crisi economica endemica (e pandemica) degli stati europei e degli Usa, di un presidente degli Stati Uniti osteggiato duramente ma non “contenibile” dagli altri poteri, di un'esercitazione militare congiunta “vicino” Wuhan nell'autunno del 2019, di un disinvestimento finanziario negli ospedali italiani, di una corruzione diffusa nella sanità dei Paesi occidentali, di un ceto politico italiano ed europeo scadente e pigro, di una tragica sotto-rappresentazione parlamentare dei partiti di sinistra e ambientalisti, di una crescita delle massonerie affariste in Europa e nel mondo, di una crescita delle massonerie arabe, di un rafforzamento dei gruppi terroristi informali, di un'autonomizzazione ormai completa dei servizi segreti e delle *intelligence* dai governi e dagli interessi nazionali, di una disinformazione ecologica che punta sulle energie dette rinnovabili o “pulite”, di un allungamento dell'età media in Europa che tende a comportare il rischio di una più rapida saturazione dei reparti di rianimazione, di un disinvestimento finanziario e aziendale dai reparti ospedalieri di pronto soccorso, di un crescente investimento finanziario e aziendale sulle cd. eccellenze sanitarie (ad esempio il settore oncologico) a detrimento dell'intervento di base e dell'assistenza medica di famiglia, di uno spostamento quasi definitivo dell'informazione verso agenzie come MSN che dominano i sistemi windows, di una crisi irreversibile dei giornali e del giornalismo critico e di inchiesta, di un tramonto dell'opinione pubblica come pungolo e stimolo del governo, di un'involuzione della centralità parlamentare, di un'ideologia governamentalista, di una perdita simbolica delle costituzioni, di una fragilità delle corti supreme nazionali e sovranazionali ormai avviate verso una sclerotizzazione delle loro funzioni (per quanto ammantata illusoriamente, nel bene e nel male, di “politicismo”), di una contro-informazione dominata dalle stesse agenzie informatiche che dominano l'informazione generalista sul web, di una contro-informazione che si è lasciata sedurre dalla scaltra disinformazione attuata con meticolosa attenzione dai servizi di *intelligence* nazionali e transnazionali, di un equilibrio geopolitico precario ma allo stesso tempo rigido e sclerotizzato attorno a una sempre più anacronistica centralità degli Usa, di una totale destabilizzazione del Medio-Oriente e del Mediterraneo da oltre un decennio, di un'ideologia ritrazione e della fuga come soluzione alle catastrofi, della mancanza di un ceto intellettuale all'altezza dei tempi, della inaccettabile pigrizia dei partiti e dei movimenti socialisti e di

4. La contro-informazione

sinistra nel mondo, dello screditamento sistematico e inflessibile delle esperienze socialiste e comuniste nel mondo, dell'abbassamento del livello della ricerca scientifica in tutti i settori, di una diffusa incompetenza e cialtronnaggine tra i politici e gli amministratori, di uno smantellamento dei servizi pubblici e dei diritti sociali cominciato con la nascita dell'Unione europea nel 1992, della crescita costante da oltre un ventennio dell'economia cinese, del decentramento incontrollato del capitale finanziario sovranazionale, dell'implosione dei sistemi di capitale monopolistico a causa dell'irreversibile crisi fiscale degli stati negli ultimi 50 anni almeno, della devastazione sistematica e spietata degli ecosistemi nei Paesi asiatici e americani, della tragica inservibilità dei paradigmi della medicina contemporanea, del disprezzo che la medicina e le aziende ospedaliere hanno manifestato negli ultimi 60 anni almeno nei confronti dei pazienti geriatrici e psicogeriatrici, della contrazione della funzione pubblica, dell'insufficienza ormai insanabile dei processi educativi e formativi della scuola e delle università, della spietata competizione tra le università, dell'immissione massiccia di capitale privato nelle università e negli istituti di ricerca, di lungaggini burocratiche che hanno paralizzato le imprese e gli investimenti, di uno spietato attacco alle garanzie del lavoro, di uno smantellamento progressivo e auto-lesionista delle organizzazioni sindacali, di un'accettazione masochista del pensiero unico neoliberale, di una sottovalutazione irresponsabile dei moniti della migliore scienza e della migliore politica, del fallimento dei summit internazionali sul clima da Kyoto in poi, della scelta incomprensibile di avere affidato a una bambina di dodici anni (proprio come in un romanzo di Philip K. Dick) il destino dell'ecologia 'politica' e delle rivendicazioni ambientaliste, dei processi di urbanizzazione "selvaggia" giunti ormai alla sovracriticità, di un'oltrepassamento dei "limiti dello sviluppo", di una mancata redistribuzione demografica, di un ventennio di berlusconismo in Italia, dell'affossamento del Partito socialista francese, della Grexit mancata e della Brexit riuscita, del *golpe* giudiziario in Brasile (comunque la si pensi sulle responsabilità dei partiti di governo), di un logoramento del nazionalismo putiniano e dell'espansione in Europa delle oligarchie russe, di uno scardinamento dei principi etici della medicina e dell'assistenza sanitaria, delle teorie della decrescita (felice o infelice), di un assalto riuscito ai canali televisivi e alle testate giornalistiche pubbliche e statali, di un'infiltrazione riuscita delle logge massoniche e mafiose ai vertici dei maggiori giornali italiani ed europei, della disponibilità sul mercato degli arsenali militari della guerra fredda, della ristrutturazione delle agenzie nazionali di informazione e sicurezza, della presenza nelle compagini governative europee del 2018-2020 di ministri di basso livello politico e incompetenti, di una paralisi governativa degli Stati Uniti a causa dei *checks-and-balances* delle istituzioni federali e di quelle degli stati, del rilancio deciso e incontenibile della "nuova via della seta" cinese, di un rinato interesse nei confronti dell'Italia come Paese da colonizzare, della mancanza di potere negoziale dell'Italia in caso di attacco terroristico a causa della svendita e della privatizzazione avvenuta di gran parte del demanio e degli assets produttivi, di una fragilità del sistema bancario italiano ed europeo, di una insostenibile rigidità dell'euro sul piano monetario inter-nazionale, di una debolezza dei governi dei paesi produttori di petrolio, di un sovra-investimento militare nella lotta al presunto "Stato islamico", della mancanza in Italia di intellettuali come Pasolini e Sciascia, dell'imbevagliamento dal 2001 della satira televisiva in Italia, del rafforzamento dei partiti fascisti e di destra in Europa, del crollo elettorale dei partiti comunisti in Italia fin dal 2008, di una presidente della Corte costituzionale italiana troppo cauta e timida, di giudici della Corte costituzionale italiana troppo pigri o troppo ottimisti, di governatori regionali tutti simili a showmen, della mancanza di una massoneria realmente progressista o 'illuminata', del cambiamento delle dirigenze mafiose in Italia e nel mondo, della liqui-dazione degli assets delle grandi aziende nazionali, della subdola onda di ritorno della crisi del debito del 2008, della nuova fase della nuova guerra fredda culturale, dell'impoverimento del giornalismo d'inchiesta nel mondo, dell'esaurimento della spinta progressista della Costituzione italiana, della dimenticanza delle epidemie del 2003 e seguenti, dello strapotere economico e culturale di Google e Facebook, dell'espansione planetaria di una multinazionale come Amazon, di un modello di sviluppo come quello dei telefoni cellulari, di una crescita incontrollabile degli investimenti nella ricerca sui vaccini, di una sottovalutazione degli allarmi del 2017 sulla riproduzione del virus del vaiolo e sul possibile sfruttamento politico e commerciale dello stesso virus e di altri, di una concentrazione nei governi di un'ideologia genericamente e ingenuamente "tecnicista" e innamorata di tecnologie a bassa innovazione come i telefoni cellulari, del fatto che il direttore attuale dell'Organizzazione mondiale della sanità è etiope e quando era ministro degli esteri del suo Paese ha avuto rapporti di proficua collaborazione con il governo cinese, del fatto di avere ingenuamente ridotto l'ecologia politica alla 'sola' protezione della biosfera senza considerare le questioni immunologiche e quelle della concorrenza tra le specie, di una filosofia politica che ha parlato di guerra batteriologiche e biologiche unicamente negli anni '60 e '70 e unicamente sulle colonne di giornali e riviste comuniste (e del fatto che quei giornali e quelle riviste, come *L'Unità* e *Rinascita*, non esistono più), di una divulgazione scientifica che ha sempre messo in secondo piano i volumi e gli articoli sull'immunologia (e non solo in Italia), di un sistema dell'informazione che ha relegato le ricerche più serie sulle origini "autoimmunitarie" del terrorismo nella nicchia protetta del complottismo su internet, di una "Commissione d'inchiesta sul rapimento e sulla morte di Aldo Moro" nella XVII legislatura (2013-2018) che ha per la prima volta dal 1978 puntato il dito sulla presenza di servizi e governi stranieri nel *golpe* contro il compromesso storico tentato per tutti gli anni '70 dalla Democrazia Cristiana e dal Partito Comunista Italiano, di una coincidenza acritica di plausi e consensi che dura da un quarto di secolo in favore di trasmissioni televisive come *Report* (e in favore della puntata del 6 aprile 2020 intitolata "Wuhan città aperta?"), di avere voluto dimenticare ingenuamente che la gran parte delle notizie politiche sono in realtà "veline" del governo e dei servizi di informazione e sicurezza, di avere compagnie aeree di bandiera in crisi di concorrenza sulle rotte interne europee a causa dell'espansione sul mercato delle compagnie dette "low cost", di una gara tra Bezos e Musk sui viaggi turistici nello spazio, di un rialzo incontrollato dei prezzi dei dispositivi elementari di prevenzione come le mascherine chirurgiche, della mancanza di una visione del futuro all'altezza delle sfide tanto della cosmologia quanto delle nanotecnologie, della spocchiosa colpevole sottovalutazione degli innumerevoli avvertimenti provenienti dalla cultura popolare come il cinema e la letteratura di fantasy e fantascienza, della mancanza di avanguardie capaci di interpretare e analizzare la realtà e le sue evoluzioni... Ecco, la coincidenza di tutti questi fattori, questa sì che sarebbe una tempesta perfetta!

In primo luogo un necessario chiarimento: a nostro parere non esiste una “contro-informazione” in sé. Né ovviamente ha senso riportare ancora la definizione stigmatizzante di “complotto” per designare *tutte* le posizioni (spesso in conflitto anche tra di loro, come è facile verificare) alternative alla versione dominante dei *fatti* e in nome di una *verità* che sarebbe magari in accordo con altri *fatti* (supposti come non conosciuti dall’opinione pubblica).^[52] Chiamiamo qui “contro-informazione” un fenomeno essenzialmente politico, e cioè un livello dell’opinione pubblica che è *strutturalmente* opposto al governo^[53] ma non alle istituzioni o alla Repubblica (nel caso italiano).^[54]

Soffermiamoci rapidamente solo su alcuni temi, seguendo un ordine di ‘presenza’ (soprattutto sul web, ma non solo, come verrà di volta in volta indicato).^[55] Rileviamo sin d’ora che il dibattito economico (fatte salve alcune eccezioni, peraltro consuete ormai, come quella del bravo giornalista economico Fabio Frabetti, autore e conduttore di web radio e tv, e, tra gli altri, dell’ottimo approfondimento notturno del martedì *Border Nights*) ha sostanzialmente eluso le reali ragioni della trattativa sul MES, assumendo una posizione pericolosamente allineata a quella dei canali ufficiali d’informazione, e dunque scaricando sull’Unione Europea (anzi, sull’*Europa*) l’intera responsabilità della crisi economica a venire.^[56] Altri

52. Il problema sarebbe semmai di sapere che cosa farebbe l’opinione pubblica *se* conoscesse *quei* fatti: probabilmente nulla, ma la prova è indimostrabile. Ne abbiamo una conferma storica recente, ma ‘solo’ storica, appunto, nella tolleranza dell’opinione pubblica nazionale nei confronti dei processi contro il presidente Berlusconi e contro l’uomo politico più importante del ventennio 1992-2012, Marcello Dell’Utri, il fondatore di Forza Italia. È molto probabile, insomma, che l’opinione pubblica italiana, se pure fosse messa in condizione di conoscere una sorta di *verità nascosta* (molto spesso, in effetti, non è neanche nascosta) non ne trarrebbe alcuna conseguenza per l’azione politica, ma, forse, al massimo, per una sterile *indignazione* (sterile sul piano dell’azione politica, va da sé).

53. “Strutturalmente” significa che ogni governo genera un suo antagonista “interno”, che non è necessariamente anti-sistema.

54. Per capirci, non si tratta di una contro-informazione come quella di *Lotta continua* o di *Potere operaio!* Più di recente (e senza alcun paragone possibile, ovviamente!) possiamo pensare al vasto movimento di protesta dei *Gilets jaunes* a Parigi, nato nel 2018.

55. Chiariamo che *non* considereremo come “contro-informazione” il *battage* religioso su eventuali castighi divini, ecc. (se non, appunto, dove ciò possa rivelarsi interessante per fare chiarezza su altri aspetti).

56. Rileviamo in proposito il solito vizio della cd. contro-informazione via web, cioè l’allineamento inconsapevole sulle posizioni ufficiali, e spesso governative (fatta salva naturalmente la presumibile buona fede). Questo allineamento è a volte davvero sorprendente, e lascia agevolmente dedurre che sia in corso una circolazione diffusa di *veline* governative e dei servizi, che poi vengono ripresentate come scoperte di contro-informazione. Oltre al caso del MES o della ‘diabolica’ Europa (chiunque o qualunque cosa essa sia), rileviamo il caso, altrettanto grave, della supposta operazione di omissione dei dati reali del contagio

aspetti hanno invece ricevuto una costante attenzione, non necessariamente arricchita da riflessioni coerenti e documentate, ma importante e dovuta, anche per coprire le carenze e le incoerenze che hanno caratterizzato quasi senza eccezioni i canali maggioritari di informazione.

4.1. I Dati

Il primo oggetto di una costante attività di contro-informazione è naturalmente costituito dai *dati* del contagio. Come spesso accade, purtroppo, le voci si sono spesso contrapposte tra di loro, soprattutto in relazione alla tendenza della “curva” dei contagi (contrapposizioni poi proseguite anche a proposito del numero dei decessi, delle modalità con cui venivano fornite le informazioni dalla Protezione civile, e altri ‘numeri’ dell’epidemia). Si è spesso denunciato che i dati (dei decessi soprattutto, ma naturalmente anche quelli relativi ai “casi”) siano stati costantemente riportati “per difetto”.^[57] Ora, va detto che il problema è reale e l’osservazione è senz’altro fondata, soprattutto in relazione ai contagi (la difficoltà “tecnica” di effettuare i tamponi e analizzare la positività al virus non è infatti un argomento per alterare l’evidente realtà dei numeri).^[58]

Quanto ai decessi, invece, i dati sembrano avere seguito una sorte opposta, e sembrano infatti palesemente (e anche grossolanamente)

da parte dei governi: nel senso che (ferma restante, appunto, la già contestata falsità, o meglio: la tendenziosità, dei dati forniti dal governo e dalle agenzie come la Protezione civile) i dati forniti sarebbero ben più “rassicuranti” di quelli reali! I decessi sarebbero più numerosi di quelli ufficiali, l’epidemia sarebbe più grave di quanto si mostra, e la malattia stessa sarebbe ben più subdola e letale di quanto non si dica... Ecco, è davvero assurdo che non ci si renda conto che questa è esattamente la posizione (meglio: una delle posizioni) del governo, qualunque ne sia il motivo. Magari in perfetta buona fede, infatti, e allo scopo di mantenere alta l’attenzione, il governo italiano e i governi europei hanno scelto di diffondere notizie (vere o false che siano) su una *realtà* della malattia di gran lunga più insidiosa e pericolosa di quella che emergerebbe dai dati ufficiali (già di per sé, lo ricordiamo, esibiti in maniera falsata o *misleading*), facendosi peraltro aiutare da testimonials eccellenti come la notissima protagonista della seguitissima serie tv spagnola (coprodotta da Netflix) *Casa de papel*, Itziar Ituño, pronti a testimoniare davvero l’ovvio, e cioè che la malattia... “non è un semplice raffreddore”. (La dichiarazione dell’attrice è riportata dal sito *Rumors.it* collegato all’informata agenzia di moda milanese To.Biz, il 19 aprile 2020).

57. Ad esempio nel programma web *Carpeoro racconta* (5 aprile 2020).

58. Lo aveva con grande anticipo già sottolineato ad esempio il giornalista e regista Massimo Mazzucco nella sua diretta web del sabato mattina condotta da Fabio Frabetti (*Mazzucco live*, 7 marzo 2020). Naturalmente, stiamo parlando del *numero* in valore assoluto dei contagi, su scala nazionale, e *non* della percentuale di “positivi” rispetto alla popolazione italiana, che è invece sicuramente *molto* più bassa rispetto a quella erroneamente (e implicitamente) propagandata!

esagerati per eccesso, gonfiati artificialmente in ogni modo possibile (non necessariamente in mala fede), circostanza che è stata rilevata spesso in una prima fase dell'epidemia, e poi accantonata in favore di altri argomenti e temi.

Quanto al genere sessuale dei “positivi” al virus, per un po’ è circolata la notizia del tutto infondata – ma asserita e ripetuta quasi ovunque, inclusi gli onnipresenti Burioni e Capua – che il virus colpisse più i maschi che non le femmine. Nonostante l’evidente falsità della notizia – il dato reale è di una sostanziale parità di contagi tra i due sessi anagrafici (con un più recente slittamento in “favore” del contagio femminile) – i canali di CI non hanno approfittato della ghiotta occasione, ciò che come spiegazione rimonta, a nostro parere, in una predominanza davvero netta dei maschi tra i protagonisti dei canali stessi di CI (una sorta di *self-restraint* di difesa, ampiamente comprensibile, benché di certo ingiustificato).

4.2. *Dati e para-informazione*

Vi è un altro aspetto da riportare, e cioè che su questa “inaffidabilità” dei dati forniti dal governo e dalle istituzioni politiche e sanitarie si è in ogni caso costruita rapidamente una sorta di *para-informazione*.

Il 13 marzo 2020, ad esempio, nella puntata n. 145 di *Carpeoro racconta* (il canale YouTube è *Border Nights*), il noto commentatore politico ed esperto di simbolismo (nonché già gran maestro e direttore di *Hera*), Gianfranco Pecoraro ritorna sulla questione dei dati per contestualizzare quanto affermato dai medici e ricercatori Bassetti, Gismondi, Tarro, secondo i quali (con argomenti diversi) “non si muore di Coronavirus”.

La situazione lombarda è comunque una situazione delicata. Da un punto di vista economico e produttivo è *molto* delicata. Dal punto di vista sanitario, se si ammalassero altre 20 persone, poi, saremmo nei guai. (...) Un’amica americana mi ha detto che anche lì si vedono

immagini devastanti. (...) Insomma, il problema è sapere che cosa è questa *cosa*. E noi non lo sappiamo, non lo sappiamo ancora!

Paradossalmente, dunque, il fatto stesso di *non* conoscere la dinamica dell'epidemia, e di non avere ancora compreso la natura e la capacità dell'agente patogeno, finisce per "giustificare" (benché in maniera indiretta) la stessa linea "prudenziale" adottata da quanti invece pensino di conoscere tanto la natura dell'agente patogeno quanto la reale gravità dell'epidemia! E dunque, come ulteriore effetto 'negativo', la critica ai provvedimenti di *lockdown* è spesso risultata immotivata.

4.3. *L'origine dolosa/colposa del virus*

Vastissima e ricchissima eco ha avuto la notizia di una possibile origine "dolosa" del virus (in Cina o altrove). Ripercorriamo alcune posizioni, tra le tante. "Per quanto è successo dopo, l'origine dolosa del virus è irrilevante", secondo Gianfranco Pecoraro.^[59] Il quale chiarisce anche, su domanda del conduttore Frabetti, che

Se è l'origine del virus è dolosa, è perché una sperimentazione che doveva andare in un certo senso è andata in un altro... e quindi direi che è più *colposa* che dolosa!

Anche nel caso dell'origine *colposa* si apre un ventaglio di ipotesi e suggestioni.^[60] Da quella dello "scienziato sbadato" a quella dello "scienziato prepotente", a quella – immortalata da Topolino (quando la Disney faceva propaganda anti-sovietica, ma serviva anche lo scopo di una

59. In *Carpeoro racconta* (13 marzo 2020), diffusa in podcast su YouTube.

60. La differenza tra una condotta *dolosa* e una *colposa* è che nella prima il risultato che si vuole ottenere è proprio quello previsto (se prendo la pistola ad acqua e miro ai capelli di mia zia "Jennifer Aniston", freschi di parrucchiere, il risultato che voglio ottenere è proprio quello di farmi inseguire con la scopa e con una pistola vera da mia zia Jennifer tutt'intorno a un set di Studio City), mentre nella seconda non è quello il risultato che si vuole ottenere (se prendo la pistola ad acqua e miro ai capelli di zia Jennifer, ma lei si volta e io inciampo rovinosamente e faccio cadere una cinepresa digitale da 30mila dollari, con una card che conteneva l'intero girato della settimana, e nessuno aveva fatto il back up, posso sempre gridare che io volevo solo fare un dispetto a zia Jennifer, mentre il regista e tutti mi inseguono con una pistola vera per tutto Studio City e fino alla Freeway di San Diego).

propaganda anti-atômica in generale) – degli “apprendisti stregoni”.^[61]

In effetti, vi sono due elementi che andrebbero studiati (o, almeno, osservati) con attenzione. Il primo è che i provvedimenti adottati sono da “stato di guerra” (ed è stato peraltro più volte ricordato, anche dallo stesso primo ministro)^[62]. Il che è dunque, almeno in astratto, compatibile con una “dichiarazione di guerra” (che potrebbe essere costituita, sempre in astratto, da un attacco terrorista, magari concretizzatosi in una nuova modalità “batteriologica” o “virologica”). In fondo, lo dicevamo, anche il primo attacco nucleare, che era sicuramente *inatteso e improvviso*, dovette sembrare “nuovo” nelle forme e nel risultato. E anche in quel caso la dichiarazione di guerra arrivò (ad esempio proprio dal governo italiano) circa un anno dopo l’attacco nucleare contro il Giappone.^[63]

Il secondo elemento è il “silenzio attivo” dei servizi di *intelligence*, visibile ad esempio nei costanti tentennamenti del governo e nella condotta francamente autolesionista dei medici (a meno che non si ritenga davvero che, come hanno testimoniato alcuni stessi medici lombardi, “nessuno ci ha capito niente”). I tentennamenti e i bruschi campi di posizione – ora un virus da raffreddore ora un vero angelo sterminatore, un giorno “basta lavarsi bene le mani” e un altro invece “chiudiamo tutto!”, a volte basterebbe avere i ventilatori nelle terapie intensive e altre volte si arriva

61. È finanche inutile ricordare gli innumerevoli “errori” commessi nel corso del Progetto Manhattan per la fabbricazione delle bombe atomiche. E, almeno sulla carta, la stessa prima bomba sul Giappone era ‘solo’ un test!

Un libro davvero molto bello e interessante lo ha scritto anni fa un noto giornalista svizzero, Robert Jungk, ed era un’inchiesta sugli scienziati (non sulle sperimentazioni, si badi) impegnati nei programmi nucleari, e sui loro oppositori (anch’essi scienziati, e non tra i minori, dal momento che annoveravano nelle loro fila anche Gödel e Einstein). Il libro è Jungk, *Gli apprendisti stregoni. Storia degli scienziati atomici* [1976].

62. Nel momento in cui, ad esempio, ha ammesso il 26 marzo 2020 (presentando la proroga e l’inasprimento del *lockdown*) che “questa è la crisi più difficile *dal dopoguerra in poi*” (noi sottolineiamo). Dunque, o si riferiva alle cd. Grandi Guerre d’Italia, che durarono nel Regno di Napoli e nel Ducato di Milano fino agli inizi del ‘600, e alla successiva peste di Milano del 1630, o si riferiva proprio alla cd. Seconda guerra mondiale, che per il Regno d’Italia durò ufficialmente fino al 1945.

63. In effetti, uno scenario come questo – per quanto la “fantapolitica” abbia fatto molta strada dal 1945 ad oggi, e si sia concretizzata prima in un equilibrio tattico nucleare su scala planetaria, e poi invece nella rinascita del terrorismo come forma di guerra, o almeno come dichiarazione di guerra (dopo gli “attacchi” a New York del settembre 2001) – è al momento poco probabile, o quanto meno meriterebbe di essere approfondito in maniera diversa, magari inserendolo in una eventuale scia di guerre a bassa intensità che potrebbero avere riguardato il nostro Paese “dal dopoguerra in poi”, con episodi quali, ad esempio, Ustica e Bologna (e oggi, diremo, Bergamo e Milano). Ma, appunto, al momento si tratta di “fantapolitica”, e uguale sarebbe dire che Sars-Cov-2 è un virus alieno!

in rianimazione già condannati a morire dopo al massimo 4 giorni, per non dire delle scarpe e degli occhiali che sono un insidioso veicolo di contagio mentre non lo sono i cani e i gatti che girano dappertutto tra strade, balconi, pozzanghere, erba, terra, ecc. – sono spiegabili con “veline” che si succedono e si sovrappongono in maniera apparentemente (ma solo apparentemente) disordinata e caotica, che nella realtà hanno proprio lo scopo (magari al fine di assicurare il migliore governo possibile in questa fase) di propagare il disordine e la sensazione di terrore (che favorisce, come è noto, la centralizzazione del controllo).^[64] Ecco, questo atteggiamento (che in apparenza è) incerto e ondivago, si spiegherebbe solo in due modi possibili: o i servizi sono in lotta tra di loro e magari anche al loro interno (magari perché si stanno riorganizzando in maniera “locale” o magari perché il capo non è gradito ad altri livelli della gerarchia, o magari ancora perché c’è un dominio dell’esercito a discapito dell’*intelligence* commerciale, ecc.), oppure stanno reagendo a un attacco e stanno dunque calibrando progressivamente la risposta, secondo il metodo che si chiama della “tempra moderata” (che è un classico delle teorie della complessità, e che consiste nello “sbagliare” intenzionalmente varie volte al fine di trovare la soluzione giusta... proprio come il fabbro batte e forgia il ferro caldo cento volte prima di riuscire a “trovare” la forma giusta).^[65]

64. Ripetiamo: niente di illecito e niente di scandaloso. Questo è il ruolo dei servizi e della polizia, e dei vari consulenti tecnici del governo (che poi finiscono nelle varie agenzie, commissioni, unità d’attenzione, gruppi di lavoro, che ormai si chiamano genericamente e imprecisamente *task force*). Semmai ci si potrebbe chiedere perché la stessa attività non possa essere svolta dalle commissioni parlamentari (e in effetti niente vieta che il Parlamento si organizzi e lavori in commissioni tecniche anche in questa fase, anziché magari vivere la politica solo sui “social” e ridurla alla ‘sola’ manifestazione del “pensiero” dei singoli).

65. Sia chiaro: l’attacco può anche venire da un virus ospitato dai pipistrelli. Bisogna però almeno sapere che questa tesi potrebbe ragionevolmente essa stessa far parte proprio della strategia di depistaggio intenzionale che si è dispiegata negli scorsi due mesi (“potrebbe”, si badi, così come potrebbe farne parte invece quella dell’origine del virus in laboratorio, che è tuttavia più in linea, lo vedremo, con la maniera in cui si lavora nei laboratori di ricerca farmacologica, e peraltro si allinea anche alle varie riuscite riproduzioni dal 2017 del virus del vaiolo, tra gli altri).

4.4. I governatori regionali e i poteri locali

Le decisioni dei poteri locali sono state criticate costantemente e per i motivi più disparati, ma sono state spesso ricondotte al vuoto di potere creato dall'inefficacia del governo centrale. ^[66]

4.5. Gli eccessi della polizia

Spesso riportati con fastidio o con rabbia, più che con argomenti giuridici o legali, almeno nella prima fase del *lockdown* (fino al 13 aprile 2020), gli eccessi della polizia sono stati in gran parte sottovalutati e tollerati. Nonostante un diffuso atteggiamento paziente e soprattutto passivo (che a nostro avviso ha forse sorpreso la polizia stessa) ^[67] i numeri delle attività repressive sono stati comunque alti, e non solo a fini di propaganda. In effetti, una certa attenzione l'ha riportata anche la proposta di uno "scudo penale" per i politici, i governanti, i medici (e i tecnici in generale) e la polizia (in generale), che è stata sì criticata ma non unanimemente.

A nostro avviso, comunque, la plausibilità di un tentativo autoritario tramite la polizia o l'esercito – anche nell'eventualità (non all'ordine del giorno) di rivolte della popolazione contro le ulteriori norme restrittive che dovessero essere emanate ^[68] – è bassa. Più credibile, invece, è un processo (in corso già da tempo) che potremmo chiamare di *decentramento autoritario*,

66. Se ne è parlato ad esempio nel programma in diretta streaming web e podcast *Carpeoro racconta*, condotto da Fabio Frabetti e Gianfranco Pecoraro (5 aprile 2020).

67. Parliamo in generale di "polizia" per due motivi. Sia perché ormai tutti i corpi di "attuazione" rientrano nella definizione generale di *polizia giudiziaria* (inclusi i "vigili urbani" e i "forestali"), che dovrebbe cioè agire solo su delega della Procura della Repubblica (e dunque solo quando vi sia una notizia di reato e il procuratore ritenga di dovere svolgere accertamenti o indagini, e non vi è dubbio che nei moduli di cd. "autocertificazione" per potere spostarsi si fa riferimento espresso al codice penale, e dunque all'ipotetica commissione di un reato). Sia perché il concetto politico di polizia (come si deduce dal nome stesso, derivato di *polis*, cioè di città e di cittadinanza) dovrebbe essere più compatibile con le attività (pur dubbie e di certo incostituzionali) che il governo ha previsto per il controllo delle strade e dell'applicazione del *lockdown*. Opposto al concetto politico di polizia è quello di esercito o di armata (e infatti i carabinieri stessi, che pure sono polizia giudiziaria, ma che hanno struttura militare gerarchica, e non funzionale, e che dipendono dal Ministero della difesa, sono sempre e ancora chiamati Arma).

68. La deriva autoritaria è stata paventata da molti e diversi osservatori, con maggiore o minore ponderatezza.

che tende a indurre una *reazione repressiva* in capo al singolo “cittadino”, il quale *sente* quasi il diritto/dovere di reprimere una condotta contraria a quella prevista dalla norma (la quale ha a sua volta ormai un contenuto “immunitario” nei confronti della società).

È come se la società della *disciplina* e la società del *controllo* – di cui discutevano dagli inizi degli anni '70 Deleuze e Foucault, ad esempio – riuscissero finalmente a trovare una saldatura con la tecnica dello *scambio simbolico* di cui discuteva invece Baudrillard a metà anni '70 (cioè, schematizzando, il baratto tra la vita come desiderio e le norme come potere, a prezzo della repressione del corpo), proprio grazie a una sorta di repressione ‘suprema’, che è la morte.^[69]

4.6.La “massoneria”

Riportiamo in maniera generica e imprecisa la formula “massoneria”, ma al solo scopo di unificare in maniera didattica una sorta di potere occulto (cioè che agisce con modalità non clandestine ma ‘discrete’) che avrebbe anche nel caso della “pandemia” condizionato fortemente i

69. In fondo è proprio a Jean Baudrillard – uno dei filosofi che più ha parlato di virus, detto incidentalmente – che possiamo chiedere in prestito la nozione di *valore simbolico* e applicarla all’*oggetto* virus. Se il valore d’uso del virus è la produzione di quel determinato oggetto sociale che si chiama *malattia*, e se il valore di scambio del virus è quell’altro oggetto sociale che si chiama *cura* (o terapia, o guarigione, o immunizzazione, e prevede altri oggetti come mascherine, respiratori, tamponi, test, ecc.), possiamo dire che il valore *simbolico* del virus è costituito da tutta la serie di norme, prescrizioni, divieti, interdetti, che genera, induce, suggerisce, evoca. E, sempre seguendo Baudrillard – questa volta ad esempio ne *Lo scambio simbolico e la morte* (del 1976) possiamo ancora dire che il virus è un *bene* ed è un *segno*, un *simulacro* (all’epoca della sua riproduzione tecnica, direbbe Walter Benjamin) e un *contro dono* (in cambio della “restituzione” dell’ambiente alla Terra, sottratto alle mani degli uomini grazie alla morte per autodistruzione della specie). Infine, seguendo ancora un po’ i passi eleganti e generosi di Baudrillard – ora con *Oublier Foucault* (del 1977) e *De la séduction* (del 1979) – comprendiamo che il virus, nella sua circolazione impersonale e universale, è la generalizzazione della *seduzione* (come *simulazione* del desiderio, e cioè del desiderio di morte). Le città vuote e le case piene, la fine del lavoro e dei rapporti umani, sono il *Crimine perfetto* (il libro è del 1995), a cui si reagisce con la clonazione, che è però una pura metastasi. E anzi una metastasi illimitata, dice Baudrillard ne *La transparence du mal* (del 1990), in cui il valore è entrato “nello stadio del frattale o nello stadio virale”, “irradiato in ogni direzione”, grazie “all’epidemia del segno”... e così “tutto assume una forma virale”! La post-modernità è il tempo dell’implosione: “siamo diventati un mondo in cui c’è sempre più informazione e sempre meno senso [e in cui] i media sono una poderosa forza di neutralizzazione e di annullamento del senso [e] la stessa informazione, contrariamente a quanto si possa credere, è un vero buco nero che assorbe e cancella l’evento”. Sono, insomma, quelle *strategie fatali* di cui aveva parlato nel suo libro (con questo titolo) del 1983. Che, se studiate oggi, ci porterebbero a dire che il Sars-Cov-2 è più reale del virus stesso, è *iper-reale*, e cioè pornografico (più che non sessuale), terrorista (più che non violento), seduttivo (più che non manipolativo), osceno (più che non visibile). Si tratta, come scriverà Baudrillard in uno dei suoi ultimi testi, un articolo su *Le Monde* dopo l’11 settembre, di “un oscuro oggetto del desiderio, che ha radicalizzato il rapporto dell’immagine con la realtà”. Le due torri si sono accasciate allora per rispondere con il loro suicidio al suicidio dei due aerei-suicidi, proprio come oggi le società occidentali si autodistruggono per rispondere con il loro suicidio al suicidio aggressivo del virus dentro i loro corpi sociali. Insomma, come scrisse già il nostro in un articolo contro i suoi detrattori nel 1997, una congiura di imbecilli, o “la congiura degli imbecilli”.

governi nazionali e sovranazionali. A questo proposito, si è spesso dedotto da più parti che alcune logge massoniche statunitensi abbiano indotto il presidente Trump a mitigare la linea ‘liberista’ della presidenza e del governo.^[70]

Un punto che *non* è stato toccato, e che invece a nostro parere avrebbe meritato una pur breve riflessione, è che le tornate massoniche sono state sospese (a causa del divieto di riunione fin dai primi decreti del presidente del consiglio dei ministri). Dunque, dal momento che *non* possono tenersi tornate massoniche online (almeno statutariamente), bisogna desumere o che le attività delle logge sono rimaste sospese per oltre due mesi (davvero poco probabile), o che le tornate hanno seguito canali ristretti (molto probabile), o che la sospensione ha avuto l’effetto (voluto o non) di ridisegnare gli equilibri *delle* logge (tanto all’interno quanto all’esterno) e i loro rapporti “esterni”.

4.7.II 5G

“Va di moda dare la colpa al 5G”, sostiene Gianfranco Pecoraro, “ma la verità è che non ne sappiamo niente, se non che il 5G l’hanno messo ovunque e il virus è anch’esso ovunque.” (*Carpeoro racconta*, 5 aprile 2020). In effetti, la critica al 5G è più articolata di quanto non appaia a prima vista, e tende (se pure spesso implicitamente) a legare il virus alla crisi ecologica.^[71] Come che sia, una levata di scudi (soprattutto dagli inizi di aprile, cioè in

70. E bisogna desumere che lo abbiano fatto *a dispetto* delle costanti prese di posizione pubbliche di Trump, che si sono mantenute invece nel tempo su una costante linea anti-lockdown!

71. Non è naturalmente la sola teoria che tende a legare l’inquinamento diffuso (in questo caso da campi elettromagnetici) in alcune regioni del mondo e d’Italia con un elevato numero di casi di Covid-19: lo stesso si è fatto ad esempio per la concentrazione di “polveri sottili” e particolato nell’aria nel caso delle regioni italiane. Bisogna dire al riguardo che i dati sono peraltro incontestabili in sé, ma diventano contestabili ‘solo’ in ragione della maniera con cui si sono “aggregati”. E sia chiaro che, d’accordo o non che siamo sulla maniera scelta, anche il governo e l’Istat aggregano i dati, benché ad esempio, in passato e per altri oggetti, i ministeri avevano l’ottima abitudine di non aggregare i dati, così che ogni ricercatore interessato potesse studiarli grezzi, trattarli e usarli autonomamente per le proprie ricerche (mentre noi non sappiamo ancora quale sia il numero di decessi dovuto al Covid-19). Un argomento per Napalm51 di Maurizio Crozza: tutte le infografiche sulla “Sorveglianza integrata Covid-19 in Italia”, dell’Istituto superiore di Sanità, riportano in nota scritta a piè di pagina in corpo minuscolo (ma leggibile) che “i dati forniti potrebbero differire da quelli forniti dal Ministero della Salute e dalla Protezione Civile che raccolgono dati aggregati”.

occasione della prima proroga del *lockdown*) dell'informazione *mainstream* ha risospinto l'ipotesi nel campo del solo complottismo (in questo caso, peraltro, anti-cinese). Un peccato, perché l'interesse sulla questione della tecnologia a banda larga 5G (già risalente almeno al 2017) è interessante a causa della guerra commerciale degli Usa e dei loro partner contro la Cina (con arresti da ambo le parti di dirigenti d'azienda e agenti segreti del "nuovo" spionaggio commerciale e del "nuovo" traffico di *intelligence*).

4.8.II MES

Citato sempre nell'acronimo, il meccanismo europeo di stabilità è stato spesso invocato in maniera 'inversa', cioè come strumento infido per controllare il Paese (si tratta di un prestito, ma con contropartite politiche in favore delle istituzioni europee, come nel caso della Grecia nel 2014). In grande maggioranza, la CI ha denunciato che, al di là delle posizioni ufficiali, il governo avrebbe comunque finito per accettare il MES.^[72] Non è stato invece adeguatamente rilevato il legame "negoziale" tra la richiesta di emissione di eurobond all'UE da parte del governo italiano (per quanto realmente "campata in aria") e la trattativa sul differimento della sottoscrizione del MES.^[73]

4.9.La *cd. italexit*

L'uscita dell'Italia dall'Unione Europea (o, più correttamente, dalla "zona Euro") è un tema che ha incontrato poco interesse, ma con unanime posizionamento politico, in favore.^[74]

72. Una posizione peraltro denunciata con grande anticipo anche da giornali molto diversi tra di loro come *Italia Oggi* e *Il fatto quotidiano* (mentre *Il Manifesto* ha mantenuto una sorta di 'morbida' neutralità al riguardo, davvero incomprensibile stanti il posizionamento di classe del quotidiano comunista).

73. A volte il tira-e-molla del governo italiano è stato ricondotto piuttosto all'indole da "azzeccagarbugli" del presidente del consiglio, Giuseppe Conte (la definizione è venuta fuori, ad esempio, in varie occasioni, da Gianfranco Pecoraro).

74. Se ne è parlato ad esempio nel programma in diretta streaming web e podcast *Carpeoro racconta*, condotto da Fabio Frabetti e Gianfranco Pecoraro (5 aprile 2020).

Allo stesso modo, è stato rilevato che il Patto di stabilità europeo sarebbe “saltato” in favore dell’Italia – il che corrisponde a un primo passo di cd. Italexit (nonostante non vi sia implicata necessariamente l’uscita dall’area Euro, che, a rigor di logica, non era implicata neanche nella Brexit, ma lo era nell’ipotesi della Grexit prima dell’accettazione del MES) – e anche che l’UE ha effettivamente aiutato economicamente il nostro Paese, ma che il vero problema riguarda le modalità con cui sono stati poi spesi in Italia i soldi degli aiuti.^[75]

4.10. *La sospensione delle libertà costituzionali e dei diritti civili*

Due elementi hanno rafforzato la percezione negativa dei provvedimenti di *lockdown* del governo, soprattutto nella controinformazione (e purtroppo *non* invece nell’informazione che potremo dire *mainstream*).

1. Il primo è il mancato adempimento da parte del governo delle promesse economiche fatte nella prima fase, soprattutto in favore delle imprese del Nord. Il giorno 1 maggio 2020 alcune centinaia di piccoli imprenditori padani hanno tentato di recarsi a Roma per una manifestazione nazionale convocata da Forza Italia e da Forza Nuova.^[76]
2. Il secondo è invece, a nostro parere, il timore da parte delle forze

75. Ad esempio in *Carpeoro racconta* (15 marzo 2020). “Se tu gli dai la Mercedes a Di Maio, lo vinci il Gran premio?” (Si domanda Pecoraro).

76. Si veda il podcast di *Border Nights*, condotta da Fabio Frabetti (1 maggio 2020) che ha ospiti gli organizzatori di una manifestazione anti-governativa a Roma, poi vietata dalla Questura. Tra gli ospiti, il direttore di *Nuova Padania*. Tra i temi, il reddito garantito dallo stato negli Usa, a differenza di quanto successo invece in Italia a causa del *lockdown* (in cui i costi della crisi sono stati scaricati sul reddito privato, chiedendo ai cittadini e alle imprese di sostenere i costi della pandemia sanitaria di Covid-19). È stato segnalato, tra gli “eccessi” della polizia, il fatto che la Polizia ferroviaria abbia costretto con la forza i manifestanti pervenuti in treno a ritornare indietro, e il fatto che gli organizzatori leghisti della manifestazione siano stati arrestati e trattenuti in Questura. Sia chiaro: non abbiamo alcuna simpatia per i fascisti della Lega e per le destre ingenue e razziste che purtroppo siamo abituati a conoscere da anni e che hanno condiviso il governo con mafiosi e corrotti! Ma, al di là delle strumentalizzazioni (la destra fascista, e ora leghista e sovranista, è da sempre “il braccio violento della legge”, come è noto), è importante rilevare che gli “scontri” tra la destra “politica” e i carabinieri e la polizia (che sono in grandissima parte razzisti, fascisti e di destra) rivela, se si confermasse *nel tempo*, che è forse in corso uno scontro molto pericoloso tra governo e “forze dell’ordine”. Peraltro, l’organizzatore leghista della manifestazione romana (Gianni Musetti, già di Alleanza Nazionale e ora di Forza Italia) rivela che, a suo parere, la polizia e i carabinieri simpatizzavano con i manifestanti e con gli organizzatori, pur essendo costretti a procedere ai fermi o agli arresti contro di loro.

politiche di destra (che hanno governato fino ad agosto 2019) di perdere una porzione consistente del loro elettorato. Non a caso, infatti, i partiti di centro-sinistra e “populisti” al governo *non* avvertono la stessa pressione sulle libertà fondamentali.

La destra politica peraltro sostiene – e a ragione, senza alcun dubbio – che i tanti e vari provvedimenti di sospensione delle libertà costituzionali siano illegittimi anche nel metodo oltre che nel merito, trattandosi di decreti del solo presidente del consiglio (DPCM) che non avrebbero dunque il potere di limitare (e tanto meno dunque di sospendere) le libertà e i diritti fondamentali.

4.11. *Lo scioglimento delle Camere*

È stato a volte notato – soprattutto come pericolo per la democrazia – che, a ‘fine’ epidemia, le Camere sarebbero state sciolte. Ed è stato anche argutamente ribattuto al riguardo che in effetti le Camere sono già di fatto sciolte (non riunendosi ormai da mesi a causa dell’epidemia).^[77]

4.12. *La pandemia di QAnon*

Alterne fortune ha incontrato la tesi delle pandemie “controllate” e somministrate in funzione anti-socialista e anti-governativa (in questo caso la pandemia sarebbe diretta contro il presidente Trump, accusato di essere una sorta di “infiltrato” socialista e di lavorare in favore di un potere popolare diffuso).^[78]

77. Lo ha osservato Gianfranco Pecoraro (*Carpeoro racconta*, 5 aprile 2020). In effetti, l’osservazione non è del tutto corretta, e andrebbe riferita con maggiore precisione alla funzione legislativa delle Camere, che è di fatto sospesa (ha ragione Pecoraro), in favore della sola (benché importante, in questa fase) funzione di controllo sull’operato del governo (ad esempio tramite i *question time* con i ministri, che, non si può escludere, hanno intenzionalmente assecondato e rilanciato in maniera “ufficiale” la stessa propaganda governativa).

78. La base (e la pretesa prova) documentale sarebbe articolata in numerosi post sul web degli inizi di marzo 2020 sul tema unitario di “*Nothing can stop what is coming*”. Diciamo sin d’ora che – al di là di un inaccettabile “foto di famiglia” che ritrarrebbe l’anonimo Q (di estrema destra e autore dei messaggi contro Trump) assieme al collettivo bolognese Wu Ming (autore del libro *Q*, e di estrema sinistra) – si tratta a nostro parere naturalmente di un depistaggio da parte dei servizi di *intelligence* degli Usa. L’operazione non è da sottovalutare, per vari motivi (come si vedrà in seguito).

In proposito Gianfranco Pecoraro ha dichiarato di non volere “perdere tempo con le seghe degli appassionati del web e con le mode del web” (*Carpeoro racconta*, 5 aprile 2020).

È un peccato, notiamo invece noi, che si sia persa l’opportunità di analizzare con maggiore attenzione un’interessante operazione di depistaggio “post-moderno” da parte di una fazione di servizi segreti che sembra decisamente messa all’angolo (e che cerca dunque di rinegoziare le posizioni perdute).

5. La mancanza degli intellettuali

Peccato che siano rari e pochi i riferimenti allo Sciascia de *La colonna infame* (1988) o de *La strega e il capitano* (1986) o già di *Todo modo* (1974). Con il suo consueto vaticinio elegante e disperato a un tempo (guidato dall’intelligenza inflessibile come metodo unico della politica), il grande scrittore e parlamentare siciliano coglie nella crisi della Politica un punto di equilibrio della Storia, in cui gli *uomini* delle istituzioni – siano essi poliziotti, magistrati, agenti o collaboratori dei servizi segreti, e anche spie straniere – devono scegliere se *servire il popolo* (e tradire lo stato) o *tradire il popolo* (per continuare a servire lo stato). Da questa scelta, dal punto cioè in cui questa scelta del *singolo* si compie (in un maniera dunque che rimane essenzialmente “tragica”) la Storia prende una certa direzione o una cert’altra.

Capita, a un dato momento della vita di un uomo dello stato, che sta dall’altra parte della barricata sociale (perché è un poliziotto o un procuratore, o un prete investigatore come in *Todo modo*, in cui c’è anche un pittore che si trova nella posizione di chi indaga per risolvere un omicidio, cioè a favore dell’accusa) di trovarsi nella posizione e con il potere per

salvare un innocente (o *due* innocenti, forse più, nel caso della rilettura de *La colonna infame* manzoniana).

E, in genere, non riuscendo a sciogliere il nodo della propria appartenenza (se al mondo della legge oppure a quello senza legge o fuori della legge), il protagonista dei romanzi di Sciascia si troverà costretto a sacrificare la propria vita.

Condannare una strega o condannare un untore al fine di servire lo stato (tramite la *ripetizione* del proprio ruolo di burocrate sulla tendenza all'infinito della curva della Storia), non solo priva gli innocenti della loro giustizia, umana e sociale a un tempo, ma priva anche lo stato del suo ruolo storico di emancipatore delle classi sfruttate e schiacciate (ed è questo quel tipico umanesimo marxista di Sciascia che ancora riesce ad affascinare negli anni).

Ma perché il comandante dei carabinieri non agisce per tempo? Perché il procuratore si fida dell'infiltrato dei servizi segreti che lo ucciderà? Perché il giudice vuol credere alle streghe e non vedere la povertà e lo squallore che le circonda? Perché il professore che indaga su un intreccio mafioso-massonico s'innamora proprio della donna attorno alla quale è nato quell'intreccio? E perché il prete che gestisce l'eremo-bordello per i democristiani e i loro sgherri dei servizi e della mafia non chiude a chiave la porta della sua stanza e si lascia defenestrare come un Pinelli qualunque? E perché i brigatisti rossi, che agiscono per uno stato che ancora non c'è, non si rendono conto che oggettivamente, sequestrando Moro, finiranno per fare un favore allo stato che invece purtroppo c'è?

Forse la *paura* del simbolo, oppure l'incapacità di fare *metafora* del segreto di quelle affinità elettive tra il bene e il male, che i tanti consigli, le mille controversie, gli innumeri complotti, non potranno che aggrovigliare ancora di più, anziché sciogliere (come se la mano invisibile

del “pugnalatore” nascondesse per sempre la Luna puntata dal dito del Presidente, e la sua identità fosse diventata ormai più che una *ossessione*, una sorta di *allucinazione* isterica, collettiva e di massa). Ecco perché la ricerca della verità – di una verità non estranea alla bellezza e non sua oppositrice irriducibile sul piano del diritto e del potere – possono farla realmente solo i “cretini” come il professore comunista protagonista di una storia di mafia nell’Italia del boom, che alla fine avrà semplicemente quello che gli spetta: perché alla fine, la giustizia dello stato è questa, che dà *a ciascuno il suo*. (Già, sorride Sciascia, ma “suo” di chi?)

Come sarebbe stato importante rileggere oggi – in pieno “Consiglio d’Egitto”, o nel bel mezzo di una “controversia liparitana” (come in questa fase di virus che ci dominano la vita, perché hanno dato loro una corona) – la doppia lezione del *contesto* (cioè l’ingiustizia sociale) e della *parodia* (cioè la giustizia dello stato).

Riferimenti

Anderson, Roy M. – Heesterbeek, Hans – Klinkenberg, Don. *How will country-based mitigation measures influence the course of the COVID-19 epidemimc?*, in “The Lancet”, march 2020

Bascetta, Marco. “Pandemia. L’UE nella trappola delle priorità nazionali.” In *Il Manifesto* (18 aprile 2020, pp. 1-2)

Brandt, Allan M. – Botelho, Alyssa. “Not a Perfect Storm – Covid-19 and the Importance of Language”, in *The New England Journal of Medicine* (16 aprile 2020, n. 382, pp. 1493-1495)

De Lutiis, Giuseppe. *I servizi segreti in Italia. Dal fascismo all’intelligence del XXI secolo*. Milano: Sperling & Kupfer, 2010

Diamond, Jared. *Crisi. Come rinascono le nazioni*. Torino: Einaudi, 2020

_____. *Collasso. Come le società scelgono di morire o vivere*, trad. F. Leardini e L. Civalleri. Torino: Einaudi, 2005

Enjuanes, Luis. *Coronavirus Replication and Reverse Genetics*. Berlin – Heidelberg:

Springer, 2005

Gualtieri, Marcello. "Verso il fallimento della trattativa Ue dell'Italia", in *Italia Oggi* (11 aprile 2020, p. 4)

Jungk, Robert. *Gli apprendisti stregoni. Storia degli scienziati atomici*, trad. P. Bernardini Marzolla. Torino: Einaudi, 1976

Manacorda, Francesco. "Monti. 'Conte dica la verità agli italiani. Il Mes ci può servire'". Ne *La Repubblica* (19 aprile 2020, p. 3)

Panerai, Paolo. "Orsi & Tori", in *Italia Oggi* (21 marzo 2020, pp. 1-2)

Ravizza, Simona. *50 domande sul Corona Virus. Gli esperti rispondono*, coord. S. Harari. Milano: Rizzoli, 2020

Sen, Amartya K. *La diseguaglianza. Un riesame critico*. Bologna: Il Mulino, 1994

_____. *Corruzione e regole di condotta*, Bologna, Mediagraf, 1993

Travaglio, Marco. "Il silenzio è d'oro", ne *Il fatto quotidiano* (16 aprile 2020, p. 1)

Um “NOVO” Propósito para a Inovação: a Pandemia que Reinventou o Estado

ALEX IAN PSARSKI CABRAL

Sumário: 1. Introdução; 2. Saga e emergência do desenvolvimento; 3. Sobre ferramentas, processos e ideias; 4. Conclusão; 5. Referências.

“(…) Por ser estreita a senda - eu não declino. Nem por pesada a mão que o mundo espalma; Eu sou dono e senhor de meu destino; Eu sou o comandante de minha alma”. (Invictus. Henley, William E.)

1. Introdução

“Como é maravilhoso que ninguém precise esperar um minuto sequer antes de começar a melhorar o mundo”. A frase no diário de Anne Frank, a garota judia de 13 anos cuja vida foi bruscamente interrompida durante o Holocausto em 1947 tem grande relação com os dias atuais.

A incapacidade de mudança no panorama dos direitos mais essenciais historicamente relegados pelos Estados e seus sucessivos ciclos pode ter um novo capítulo na humanidade com a pandemia do COVID-19. Nesse momento, a emergência do desenvolvimento, sobretudo em áreas como a saúde, a ciência e a tecnologia parece cada vez mais evidente.

Será que a inovação adquiriu um novo propósito no Estado Pós-Pandemia? Ou será que, na Revolução 4.0, o próprio Estado é que se reinventará? Inspirado por novas ferramentas, novos processos e novas

idéias, o que este novo ciclo reservará à humanidade? Se iniciará, finalmente, na tragédia o processo de reconstrução do Estado?

Esses são os insights que compartilhamos nesse artigo. Sem praticar futurismo, confessamos toda a nossa realidade, o nosso otimismo e a nossa esperança.

2. Saga e emergência do desenvolvimento

No sistema da ONU, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, nenhum documento jurídico é tão importante quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Aprovado pela Assembleia da ONU em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trouxe ao ambiente internacional uma importante discussão em torno dos direitos relativos à relação de trabalho, à saúde, previdência social, à educação e à cultura^[1].

Não era a pretensão original da Carta das Nações Unidas fazer uma abordagem social a respeito do desenvolvimento. Essa referência se inicia na década de 60, com a menção à educação, saúde, trabalho, moradia, serviços sociais e previdência social à avaliação do funcionamento geral das sociedades.

No Sistema da ONU, o mais importante órgão responsável pela coordenação das atividades ligadas aos direitos econômicos e sociais é o Conselho Econômico e Social (ECOSOC). Previsto no capítulo X da Carta das Nações Unidas, a partir do artigo 61, o Conselho Econômico e Social compõe-se de Membros das Nações Unidas, eleitos pela Assembleia Geral

1. O Brasil ratificou o PIDESC em 24 de janeiro de 1992, obrigando-se a promover e garantir todos os direitos promovidos no Pacto, tanto para adoção de políticas públicas e programas, quanto para promover ações compatíveis com sua efetivação para todos os seus cidadãos. BRASIL. Procuradoria Regional da República 4a Região. **Pacto dos Direitos Civis, Econômicos e Sociais**. Disponível em <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=PIDESC>.

(conforme artigo 61, no 1)^[2].

Na década de 70, a ONU continuou a estipular metas, na forma de Resoluções, aprovadas pela Assembleia Geral, a exemplo da Resolução no 2.626, que previa ações coordenadas voltadas ao desenvolvimento.

Naquele momento, a corrente liberal-democrática contestava o modelo industrial da América Latina, alertando para a necessidade de uma aliança entre desenvolvidos e subdesenvolvidos como alternativa à concentração de renda desse regime.

Contudo, naqueles anos 70, uma nova crise econômica travaria o ritmo de crescimentos dos países industrializados, caracterizando-se pela desvalorização do dólar americano, pela disparada no preço do petróleo nos países árabes e pela estagflação na Europa.

Nesse momento é que as diretrizes aventadas em Bretton Woods são definitivamente substituídas por um novo regime, o *Dólar Wall Street*. Nesse período, a disponibilização de crédito barato criou uma verdadeira armadilha para as nações subdesenvolvidas, que afundariam em dívidas após o novo choque do petróleo dar início uma nova crise econômica que marcaria a década de 80.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 escancarou a polarização entre os países-membros da ONU, divididos entre os subdesenvolvidos do Sul e os vizinhos ricos do Norte. Os primeiros reivindicavam o desenvolvimento como um direito, enquanto os outros negavam-lhe esse provimento, eximindo-se de qualquer responsabilidade.

2. Cfr. art. 61, 2. Conforme disposto no artigo 61, 3, “na primeira eleição a realizar-se depois de elevado de vinte e sete para cinquenta e quatro o número de Membros do Conselho Econômico e Social, além dos Membros que forem eleitos para substituir os nove Membros, cujo mandato expira no fim desse ano, serão eleitos outros vinte e sete Membros. O mandato de nove destes vinte e sete Membros suplementares assim eleitos expirará no fim de um ano e o de nove outros no fim de dois anos, de acordo com o que for determinado pela Assembleia Geral”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta da ONU**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm.

Uma nova realidade vai se apresentar na década de 90, após a dissolução da URSS. Potências emergentes como o Japão irão compor, juntamente com os Estados Unidos e os Estados do Mercado Comum Europeu, uma ordem mundial multipolar, marcada pela influência de várias potências emergentes na economia mundial.

Na década de 1990, na Conferência Mundial Sobre os Direitos Humanos, Arjun Sengupta, especialista junto à Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, ressuscitou ideias da Filosofia Humanista de Direito Econômico. Uma delas baseava-se na cooperação entre a comunidade internacional, as instituições financeiras internacionais e os Estados em desenvolvimento ^[3].

Com o intuito de debater as questões ligadas ao desenvolvimento social e ao bem-estar humano, no ano de 1995 foi realizada, em Copenhague, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social. Efetivamente, foi o primeiro grande encontro internacional a respeito o tema do desenvolvimento social.

A Cúpula de Copenhague se desenha perante a realidade das desigualdades globais, especialmente sob a chaga da pobreza, do desemprego e da exclusão social que afetam todos os países no mundo. A ideia da Cúpula partiu do Chile, no ano de 1991, no âmbito do Conselho Econômico e Social da ONU. No ano seguinte, a anuência pela Assembleia Geral deu início ao processo preparatório para o evento.

Segundo J. A. Lindgren Alves (1997), a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social foi cercada de contradições e circunstâncias paradoxais.

A primeira contradição reside no próprio momento de sua realização, em 1995, quando o neoliberalismo figurava como ideologia dominante

3. SENGUPTA, Arjun. "Fourth Report of the Independent Expert on the Right to Development". E/CN.4/2002/WG.18/2. 20 dez. 2001. Disponível em <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/Opendocument>>.

ao redor do mundo. Tomado numa perspectiva social, o debate sobre o desenvolvimento se realizou quando, historicamente, se contestava o Estado Social em face do livre mercado.

A segunda contradição diz respeito à receptividade da ideia pelos Estados menos desenvolvidos. Isso porque a aceitação por parte dos países menos atingidos por problemas sociais foi mais célere do que pelos países menos desenvolvidos.

Conforme justifica J. A. Lindgren Alves, a nova ordem internacional, inaugurada no período pós-Guerra Fria, trouxe à tona conceitos polêmicos como “direito de ingerência”, atribuído às grandes potências, e “boa governança”, utilizado contra como o desperdício de recursos e a corrupção, formulado na forma de uma crítica exclusivamente dirigida aos países do Terceiro Mundo.

Apenas após a superação dessas adversidades é que o chamado do Embaixador Juan Somavía para a realização da Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social foi aprovado, através da Resolução 47/92 da Assembleia Geral da ONU.

Como reconhecimento do pífio desempenho histórico das questões ligadas ao desenvolvimento durante a década de 90, numa verdadeira confissão de culpa, 124 Chefes de Estado e de Governo, reuniram-se, em 08 de setembro do ano 2000, na cidade Nova Iorque, para lançar as “Oito Metas do Milênio”.

Adotada pelos Estados Membros através da Resolução 55/2 da Assembleia Geral da ONU, a difícil missão de promoção e realização dos *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio* foi atribuída ao Conselho Econômico e Social.

Resgatando antigas metas estipuladas no âmbito do desenvolvimento internacional, a Declaração definiu um conjunto de novos objetivos, concretos, mensuráveis e interdependentes que os dirigentes dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento se comprometeram a atingir até 2015.

Ligados à agenda de desenvolvimento da ONU, os Objetivos do Milênio representaram uma síntese de Convenções anteriores, ligadas ao desenvolvimento sustentável, educação, proteção das crianças, alimentação, e desenvolvimento social.

Ali os objetivos foram listados em números e prazos definidos, para a luta contra a pobreza extrema, a fome e a doença e para a promoção da igualdade de gênero, da educação e da sustentabilidade.

No ano de 2010, o então Secretário Geral da ONU Ban Ki-moon apresentou um Relatório, conforme a Resolução 64/184 da Assembleia Geral, contendo informações sobre os progressos e desafios em matéria de realização dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio ^[4].

No documento, o Secretário Geral fez uma análise minuciosa dos êxitos e lições aprendidas durante o primeiro decênio pós-Declaração. Visando a elaboração de um plano estratégico de ações concretas, Ban Ki-moon também indicou as oportunidades, obstáculos e desafios na concretização desses objetivos ^[5].

Após os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), nomeadamente em setembro de 2015, durante a Cúpula de Desenvolvimento

4. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Cumprir a promessa: um balanço prospectivo tendo em vista promover um programa de ação concertado para a realização dos Objectivos de Desenvolvimento do Milênio até 2015.** Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/images/stories/keeping-the-promise-pt.pdf>>

5. Como pontos positivos, o Secretário Geral listou compromissos e parcerias inéditas, a exemplo da Conferência Internacional sobre Financiamento do Desenvolvimento, de 2002, em Monterrey, no México, a Convenção Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, de 2002, em Joanesburgo, na África do Sul, e a Cimeira Mundial de 2005, em Nova Iorque.

Sustentável de Nova York, as Nações Unidas definiram para os próximos quinze anos os chamados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Como parte de uma nova agenda para o desenvolvimento, os ODS foram elaborados a partir de contribuições de um grupo de trabalho da Assembleia Geral, de um relatório do comitê intergovernamental de especialistas em financiamento para o desenvolvimento sustentável, de diálogos da Assembleia Geral sobre facilitação tecnológica, entre outras contribuições^[6].

Os novos Objetivos e metas da ONU entraram em vigor no dia 1o de janeiro de 2016 e, desde então, devem orientar as decisões dos Estados parte ao longo dos próximos quinze anos.

A Agenda 2030, como ficaram conhecidas essas novas metas da ONU, contempla um catálogo de dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável e cento e 169 metas de alcance universal e interesse de toda a humanidade^[7].

Ironicamente, o que testemunhamos nesse momento de pandemia, não deixa de figurar como uma espécie de ajuste de contas do sistema internacional com o seu próprio passado. Apesar de toda novidade que a pandemia representa, pouca coisa mudou na arquitetura das relações internacionais.

Ao contrário, enquanto os Estados regurgitam velhas práticas, as desigualdades ficam ainda mais evidentes entre nações desenvolvidas e nações em desenvolvimento. E, sob a chaga de um vírus devastador como o

6. Cfr. em ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Momentos de ação global para as pessoas e o planeta**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>

7. Cfr. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>

que hoje se apresenta, o sentido de desenvolvimento pautado na proteção a direitos fundamentais como o direito à saúde parece cada vez mais distante.

Tantas décadas depois, poucas das questões humanas mais relevantes foram efetivamente abordadas, nem mesmo pelos Estados mais desenvolvidos. É preciso admitir que, mesmo em temas mais sensíveis como a ciência e a tecnologia, a Agenda 2030 contempla objetivos cada vez mais complexos e audaciosos, devendo figurar como objetivo da ONU ainda durante muito tempo.

Se na sociedade internacional ainda remanescem inúmeras questões relacionadas ao desenvolvimento humano, por outro lado, a pandemia contribuiu para que algumas soluções se tornassem ainda mais evidentes ao Estado.

Quando se trata de direitos essenciais, tais como saúde, por exemplo, um novo modelo de desenvolvimento estatal se assenta necessariamente em pilares como a ciência e tecnologia. Ou seja, precisamos falar de inovação.

3. Sobre ferramentas, processos e ideias

Inovação é criar uma solução nova para um problema pré-existente. Diz respeito ao uso de novas ferramentas, novos processos ou novas ideias, diferentes daquilo que ordinariamente costumam ser utilizados.

A inovação não está necessariamente associada ao emprego de tecnologia. A Singularity, uma parceria da Nasa com a Google na área da educação, refere-se, no módulo 5 do seu currículo do futuro, à expressão “exposição à tecnologia”. A tecnologia é, assim, apenas a *ferramenta* e a questão é que a ferramenta pode ser uma solução, mas também pode ser “o problema”.

Um exemplo para ilustrar. No Brasil, o cidadão deve registrar-se, fazendo jus a um número próprio de Registro Geral, o RG. Sucede que, cada unidade federativa – Estado Membros e Distrito Federal – possui um registro diferente. Por exemplo, no Estado de Minas Gerais, a sigla do Estado (MG) antecede o número do Registro Geral (RG), mas no Estado da Bahia não. Ou seja, isso cada indivíduo pode ter acesso a vinte e sete combinações de números de registro geral (RG) diferentes! Esse é um problema de *ferramenta*!

Tão importante quanto a ferramenta são os processos. Quando nos referimos ao “processo”, não aludimos ao processo judicial, especificamente. Fazemos referência aos procedimentos que realizamos para resolver a maioria dos problemas do cotidiano, semelhante às etapas de um projeto, como denominam os ambientes corporativos mais modernos.

Ilustremos. Após a suspensão dos prazos processuais, restrição de atendimento em razão do COVID-19, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entrou em recesso de Páscoa. O cartório distribuidor de protestos informou que o encaminhamento dos documentos ocorreria apenas através dos Correios. Quando solicitado, o próprio cartório confirmou que os documentos deixados pelos Correios seriam recebidos na portaria, tal como ocorreria se o próprio advogado os deixasse lá. Ora, então não há porque restringir as entregas aos Correios! Esse é um problema de processo.

Aqui é preciso ressuscitar um dispositivo constitucional que, aparentemente, foi tomado pela obsolescência. Obsolescência, vale dizer, é a condição de algo que, mesmo estando em perfeito estado, simplesmente deixou de ser útil, tendo sido superado por algo mais moderno ou tecnologicamente mais avançado.

Muito pelo contrário. O aprendizado no período da pandemia demonstrou que o art. 37 da Constituição de 1988^[8] é cada vez mais atual. O caput do dispositivo traz a eficiência como um valor constitucional que deve, necessariamente, orientar a administração pública, impondo a presteza, agilidade e economia na atuação do Estado.

Presteza é atuar com o que há de melhor, mais moderno e com o máximo de habilidade possível. Daí que, no campo do desenvolvimento, um novo olhar para as pequenas e médias empresas, por exemplo, sobretudo aquelas de inovação e base tecnológica, deve deixar ser uma questão exclusivamente econômica, tornando-se verdadeira questão de natureza social.

Afinal, cotidianamente, essas empresas têm demonstrado imensa criatividade e resiliência para resolver os problemas humanos. Em termos qualitativos, não há, no Brasil, segmento que tenha apresentado melhores resultados, nomeadamente nas condições às quais têm sido ordinariamente submetidas essas pequenas e médias empresas.

Uma segunda condição de eficiência é a agilidade. Agilidade é otimizar o tempo, o que significa, na interpretação do artigo 37, caput, da Constituição de 1988 a necessidade de seu aproveitamento máximo em proveito do interesse público.

Na Revolução 4.0, CPF, RG e CNH e outras tantas siglas, poderiam ser reduzidos a um único número. Até mesmo nas questões mais simples do Estado como a vacinação, por exemplo, são imensas as dificuldades no cruzamento das informações relativas a tantas siglas e tantos documentos, sobretudo quando remetem a bases de dados tão diversas.

8. Segundo a constituição de 1988, "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (...)" (Vide Artigo 37, caput da Constituição de 1988)

E não é só isso. Um novo olhar sobre ciência de dados pelos poderes públicos é garantir o acesso à informação no seu sentido mais amplo, na exata forma prescrita pelo artigo 5º, inciso e, medir melhor as características de cada um, é devolver ao indivíduo, a sua cidadania.

O acesso à informação, vale lembrar, compreende o direito subjetivo que pode ser exercido judicial ou administrativamente, de informar, informar-se e ser informado. Ou seja, não se restringe apenas a transmitir informações pelos meios de comunicação (art. 220, caput da Constituição de 1988^[9]), inclui também o direito de receber informações completas (art. 5, inciso XXXIII CF/88^[10]) e sem obstáculos (art. 5, inciso XIV CF/88^[11]).

Muito interessante, nesse sentido o art. 5º da Lei de acesso à Informação nº 12.527/2011, segundo o qual é *“dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”*.

A ausência de um banco de dados seguro e unificado que gera insegurança nas informações sobre a pandemia, eleva a ciência de dados no setor público à condição de verdadeira garantia ao exercício dos direitos fundamentais.

Finalmente, o conceito de eficiência também tem o significado de economia. E economia é gastar o mínimo necessário. Aqui, a resposta estatal não pode ser a insegurança jurídica com a qual nos acostumamos no Estado Pré-Pandemia. Tampouco o que tanto se tem evidenciado quanto ao imenso poder dos gestores estaduais e municipais no processo de compras já durante o período pandêmico.

9. Segundo o disposto no art. 220, caput da CR/88, “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

10. Assim dispõe o art. 5º inciso XXXIII da CR/88 “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”;

11. XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

Já existem diplomas legais suficientes para garantir a responsabilidade econômica do gestor público, a exemplo da conhecida Lei Complementar nº 101, a Lei de Responsabilidade Fiscal, de maio de 2004.

A solução, nesse caso, passa necessariamente pelo fortalecimento das instituições e mecanismos de controle, no âmbito consultivo e fiscalizatório. O momento de crise só demonstra que o alinhamento entre os órgãos de controle é imprescindível para tomada de decisões dos gestores municipais e estaduais.

Nada que já não exista nas melhores práticas da iniciativa privada, como por exemplo, nas metodologias ágeis. Surgidas na indústria de Tecnologia da Informação para solucionar questões comuns a quase toda organização, as metodologias ágeis podem se aplicar a quaisquer projetos. Porque tratam de problemas comuns a qualquer organização: administração do tempo e falta de comunicação entre os times.

A tecnologia do processo judicial eletrônico foi eficiente na digitalização das ações, reduzindo significativamente o uso do papel no Judiciário. Contudo, não resolveu o seu principal desafio, que sempre foi garantir a duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII).

Esse é um problema de ideia.

4. Conclusão

Não há um “novo propósito” para a inovação na Era Pós-COVID-19. A inovação mantém o seu propósito de enfrentar os grandes desafios do mundo para criar um futuro abundante para todos. Por outro lado, devemos assistir – isso sim – ao nascimento de um novo modelo de Estado, Pós-Pandemia.

Conforme já apontaram Strauss e Howe^[12] história se move em “estações”. Nas teorias da mudança geracional, a história é marcada por períodos de crise que levam a novas ordens sociais. O medo faz a sociedade aperfeiçoar o seu senso de comunidade e um outro ciclo geracional se inicia, estabelecendo uma nova ordem cívica.

Assim como o carvão e o vapor inauguraram a Primeira Revolução Industrial, o petróleo e a telefonia deram início à Segunda Revolução Industrial e a tecnologia marcou a Terceira Revolução Industrial. Mas são as energias renováveis e a inteligência artificial que definirão os novos padrões do Estado na chamada Revolução 4.0.

Nas relações internacionais, a invisibilidade do inimigo e face à ascensão do perigo que reconhece fronteiras estatais, assistimos a um fenômeno inverso ao da globalização, o fechamento das fronteiras pareceram até indicar o renascimento da soberania nacional.

Desde 1920, Hans Kelsen acreditava que o conceito de soberania deveria ser radicalmente mudado. Dizia ele, “é esta a revolução da consciência cultural da qual *necessitamos em primeiro*”^[13]. Esse modelo era diferente do modelo de poder, nascido e inspirado no século XII, que até pode ter sido útil nos tempos medievais, quando a soberania do monarca era pressuposto da lei e da ordem.

No entanto, é preciso registrar que, levado ao extremo, tal conceito ensejou as duas maiores catástrofes bélicas que o mundo conheceu. E apenas após o massacre das duas Grandes Guerras mundiais é que a Europa resignou-se, aceitando rediscutir a soberania nacional e considerar um modelo de poderes supranacionais.

12. Estep, James Riley. *The Fourth Turning: An American Prophecy*, William Strauss, Neil Howe. Leaven: Vol. 7: Iss. 2, Article 17. 1999. Disponível em: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/leaven/vol7/iss2/17>

13. KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e La teoria Del diritto Internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (O problema da soberania e a teoria do direito internacional. Contribuição para uma doutrina pura do direito), 1920, trad. Italiana de A. Carrino, Giuffrè, Milão, 1989, p.469.

Nesse momento, é emblemática a sugestão do italiano Luigi Ferrajoli em torno de um movimento que propõe uma Constituição global para toda a raça humana. Em um mundo que reproduz cada vez mais a desigualdade nacional na distribuição das riquezas entre Estados pobres e ricos, é natural que haja uma crescente de questionamentos a respeito da interdependência dos Estados.

Embora as soluções para todos os problemas globais dependam, essencialmente, da sobrevivência da humanidade, a pandemia demonstrou que eles não se incluem na agenda política dos governos nacionais. Por isso, Ferrajoli defende que esse é o momento certo para estabelecer um referencial de proteção em temas como a igualdade e a saúde, tendo como sujeito constituinte os habitantes do mundo^[14].

As primeiras remissões à ideia de igualdade entre os indivíduos remetem à Igreja, especificamente ao Cristianismo. Com grande destaque na civilização Ocidental a partir do Século IV, a igreja concebia a assembleia como a comunidade de todos os cristãos. Além disso, a convergência dos princípios cristãos em torno da unidade da Igreja conduzia igualmente à unidade política, ao *Estado Universal* – o Império da Cristandade.

Ao disseminar a ideia de igualdade entre os homens, foi também o cristianismo que trouxe a aspiração à universalidade. Na Carta Encíclica do Papa João XXIII "*Pacem in Terris*", de abril de 1963, todos os seres humanos têm direito: à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida: tais são especialmente o alimento, o vestuário, a moradia, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis".

14. FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018.

Por outro lado, como obstáculo a esse dimensionamento jusnaturalista universalista de direitos, os mais céticos invocam o histórico funcionalista da integração europeia, lembrando a tentativa frustrada de uma constituição europeia, através do tratado assinado em Roma, em 29 de Novembro de 2004, estabelecendo uma Constituição para a Europa.

A Convenção sobre o futuro da Europa resultou, após dezesseis meses de trabalho, na primeira versão do "*Tratado Constitucional*", que chegou a ser adotado pelo consenso de cento e cinco membros, no dia 13 de junho de 2003.

O tratado Constitucional do ano de 2004 proporcionaria a fusão dos tratados comunitários num texto único e a transformação das Comunidades numa única entidade, dotada de personalidade jurídica, a União Europeia. Além disso, definiria maior transparência na repartição de competências entre a União e os Estados; promovia a inclusão da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, tornando-a vinculativa; além de ampliar o sistema de voto por maioria qualificada a quarenta e quatro novos domínios.

Sucedeu que, para que entrasse em vigor em 01 de novembro de 2006 o Tratado ainda dependeria da ratificação de todos os Estados Membros da União Europeia. E, esbarrando na resistência da França e dos Países Baixos, que temiam perda da soberania, o Tratado Constitucional não prosperou.

Contudo, mesmo com toda a experiência e a prudência, o projeto europeu acabou resultando, anos mais tarde, na grandiosa União Europeia. Assinado em Portugal, em 13 de Dezembro de 2007, o Tratado de Lisboa trouxe centenas de inovações tanto ao Tratado da União Europeia quanto ao Tratado sobre o funcionamento da União Europeia.

O fato é que, seja no viés integracionista mais cético ou entusiasta, a pandemia demonstrou que o Estado precisa evoluir, como bem defende

Wagner Menezes, para além da perspectiva de um Estado de “bem-estar”, rumo a um Estado de “responsabilidade social” ^[15].

E isso não significa pensar num Estado Mundial, como simplificam alguns. Mas aprender com a tragédia que existem valores comuns à raça humana, insuscetíveis às discricionariedades dos governos e que podem, e devem, constituir o *core* essencial de todas as políticas públicas.

É inadmissível que ciência continue a prestar mais serviço à guerra do que à saúde humana. O desenvolvimento económico deve continuar a ser um dos pilares do Estado, mas as políticas públicas devem demonstrar outras prioridades para ao capital privado.

Na reconstrução do Estado Pós-crise, o governos provavelmente assumirão um novo nacionalismo, pautado na eficiência energética e automatizado pelo uso de softwares e tecnologias regulatórias ^[16].

Nesse novo Estado, a internet das coisas serve cada vez mais ao big data, que substituiu sistemas tradicionais na coleta e análise de dados exponenciais. E esses dados, por sua vez, são cada vez mais convertidos pela Inteligência Artificial, chegando a todos os cantos da sociedade.

No contexto de uma reconstrução pós-crise, os cidadãos poderão expandir a sociedade digital criativa, liberados da escravidão económica pela automação e pela garantia dos bens jurídicos fundamentais universais.

Além da modernização da infra-estrutura, o renascimento digital encontrará o Estado transformado pela inteligência artificial e aprendizado das máquinas, definindo novos processos de gerenciamento de decisões e incorporando-se, definitivamente, a ciência de dados ao cotidiano governamental.

15. MENEZES, Wagner. *Scientia Vincit Omnia*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/scientia-vincit-omnia/>

16. ARAYA, Daniel. **O que vem após a pandemia? Especialistas apostam no Renascimento Digital**. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2020/04/o-que-vem-apos-a-pandemia-especialistas-apostam-no-renascimento-digital/>

Em economias desenvolvidas, dados médicos e de saúde já servem efetivamente a um sistema universal de saúde. Estados como o Japão, por exemplo, desenvolveram um ambiente extremamente rico em dados brutos reais, o que é extremamente útil para a atual economia de mercado e para a indústria^[17].

Esqueçam as distopias das sociedades imaginárias controladas pelo Estado ou pelas máquinas. Ao contrário dos filmes, o futuro não favorecerá a políticas públicas totalitárias, conduzidas por uma minoria.

Ao contrário, no novo modelo de organização social da Sociedade 5.0, como no caso japonês, a vida das pessoas deve se tornar cada vez mais confortável e sustentável. Com a inteligência artificial, a ascensão das máquinas lutará contra a privação extrema e a corrupção, oferecendo soluções tecnológicas com foco no bem estar humano, na qualidade de vida e resolução dos problemas sociais^[18].

E o desafio do “novo Estado” é reinventar-se, a partir da disrupção dos modelos mentais do passado na construção novas estruturas sociais. É preciso repensar a “globalização desenfreada” sem, contudo, ceder à tentação do isolacionismo em torno da construção de um novo multilateralismo.

5. Referências

ARAYA, Daniel. **O que vem após a pandemia? Especialistas apostam no Renascimento Digital.** Disponível em: <<https://forbes.com.br/colunas/2020/04/o-que-vem-apos-a-pandemia-especialistas-apostam-no-renascimento-digital/>>.

17. FUKUYAMA, Mayumi. **Society 5.0: Aiming for a New Human-Centered Society.** Disponível em: https://www.jef.or.jp/journal/pdf/220th_Special_Article_02.pdf

18. Disponível em: https://www.japan.go.jp/abonomics/_userdata/abonomics/pdf/society_5.0.pdf

BRASIL. Procuradoria Regional da República 4a Região. **Pacto dos Direitos Civis, Econômicos e Sociais**. Disponível em <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=PIDESC>.

ESTEP, James Riley. *The Fourth Turning: An American Prophecy*, William Strauss, Neil Howe. Leaven: Vol. 7: Iss. 2, Article 17. 1999. Disponível em: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/leaven/vol7/iss2/17>

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018.

FUKUYAMA, Mayumi. **Society 5.0: Aiming for a New Human-Centered Society**. Disponível em: https://www.jef.or.jp/journal/pdf/220th_Special_Article_02.pdf

_____. *Dicionário de termos europeus*. Lisboa: Alêtheia Editores, 2005.

KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e La teoria Del diritto Internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (O problema da soberania e a teoria do direito internacional. Contribuição para uma doutrina pura do direito), 1920, trad. Italiana de A. Carrino, Giuffrè, Milão, 1989.

MENEZES, Wagner. *Scientia Vincit Omnia*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/scientia-vincit-omnia/>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Cumprir a promessa: um balanço prospectivo tendo em vista promover um programa de acção concertado para a realização dos Objectivos de Desenvolvimento do Milénio até 2015**. Disponível em: <https://www.unric.org/pt/images/stories/keeping-the-promise-pt.pdf>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta da ONU**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Momentos de ação global para as pessoas e o planeta**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>

SENGUPTA, Arjun. "Fourth Report of the Independent Expert on the Right to Development". E/CN.4/2002/WG.18/2. 20 dez. 2001. Disponível em <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/42fb12931fb5b561c1256b60004abd37?Opendocument>.

Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do *lockdown* no Estado do Maranhão

ANA PAULA DA SILVA SOTERO

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *O retrato atual da pandemia do covid-19*; 3. *Direitos humanos e direitos fundamentais no estado democrático*; 4. *A restrição aos direitos fundamentais em tempos de pandemia de covid-19 no Brasil*; 5. *Um breve estudo de caso: o controverso precedente do implemento do lockdown no estado do Maranhão*; 6. *Considerações finais*; 7. *Referências*.

1. Introdução

A crise global da pandemia do coronavírus levou os países a adotarem uma série de mecanismos de contenção da contaminação da COVID-19. Diante da ausência de vacina e de tratamentos efetivos, a recomendação da Organização Mundial de Saúde apontou para o isolamento social, para evitar o aumento potencial do número de casos confirmados e de mortes decorrentes do coronavírus.

Com efeito, o Brasil passou a adotar medidas emergenciais pelos prefeitos e governadores, em estrito cumprimento às recomendações internacionais, relativizando os direitos fundamentais individuais em prol da saúde pública.

Nessa linha de raciocínio, a presente incursão teórica tomará como ponto de partida a análise da pandemia do COVID-19 no Brasil e seus

efeitos na criação de mecanismos de contenção da propagação do vírus, com a intenção de desmistificar os riscos da extrapolação da afetação dos direitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para alcance das finalidades expostas, será necessário o exame dos documentos oficiais em matéria de saúde pública, bem como a análise de obras doutrinárias que tratam dos direitos fundamentais e dos sistemas constitucionais de crises, mediante abordagem reflexiva e interdisciplinar.

2. O retrato atual da pandemia do covid-19

O cenário global foi marcado, nos últimos meses, pelos efeitos da pandemia do coronavírus. O novo vírus de alto poder de contágio e de contaminação agressiva teve sua primeira identificação na cidade de Wuhan, uma província chinesa, em dezembro de 2019. Conhecido cientificamente por SARS-CoV-2 ou COVID-19, o novo vírus tem se manifestado com o potencial de desenvolvimento de síndromes respiratórias agudas, podendo levar à morte dos indivíduos.

Segundo os estudos da Organização Mundial de Saúde - OMS^[1], o vírus possui poder de adaptação geográfica e de mutação para se adequar às peculiaridades de cada espaço terrestre, o que tem dificultado a contenção de sua contaminação. Ademais, o COVID-19 tem se manifestado como um processo silencioso, com período de incubação do vírus, sem sintomas aparentes, que varia de 7 a 15 dias, o que tem prejudicado a fácil identificação da doença e tratamento da população.

Nessa linha de intelecção, desde janeiro de 2020^[2], o contágio rápido

1. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease (COVID-19) outbreak**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em 13.04.2020.

2. Gobalenya AE, Baker SC, Baric RS, et al. (março de 2020). **The species Severe acute respiratory syndrome-related coronavirus: classifying 2019-nCoV and naming it SARS-CoV-2**. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41564-020-0695-z>. Acesso em 25.04.2020.

e agressivo do novo vírus, tem desafiado as fronteiras dos países e tem se alastrado pelos continentes, com explosão de epicentros de contaminação espalhados por todas as localidades globais, com aumento desenfreado do número de mortos. Por esse aspecto, a Organização Mundial da Saúde – OMS, em 11 de Março de 2020, classificou o SARS-CoV-2 como uma pandemia, reconhecendo o vírus como um problema sanitário internacional.

Com efeito, os dados de pessoas contaminadas, a nível global, até 30 de abril de 2020 ^[3], chegaram a 3,2 milhões e, com registro de, pelo menos 227 mil mortes decorrentes da pandemia da COVID-19. Destaca-se que, os países que mais apresentam número de casos confirmados e de mortes são os Estados Unidos, seguido do Reino Unido, Espanha e França.

Diante dessa realidade, a pandemia do coronavírus tem levado os países à adoção de medidas de isolamento sanitário para tentar conter a propagação do vírus, que, até então, é a forma mais eficiente para combater o COVID-19, uma vez que ainda não se tem o registro de vacinas ou tratamentos preventivos eficazes contra o SARS-CoV-2.

Assistimos ao fechamento das fronteiras dos países e observamos a adoção de medidas de restrições de direitos fundamentais, com o intuito de evitar o contágio comunitário. Ainda seguindo os dados da OMS ^[4] temos que mais de 1/3 (um terço) da população mundial está em quarentena ou sofreu algum tipo de restrição de locomoção.

Diante deste cenário, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Resolução nº 01/2020 ^[5], em 10 de Abril de 2020, com recomendações de isolamento social e medidas protetivas para o combate

3. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease (COVID-19) outbreak**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em 13.04.2020.

4. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease (COVID-19) outbreak**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em 13.04.2020.

5. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pandemia y Derechos Humanos em las Américas. Resolución 1/2020**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 02/05/2020.

à pandemia para os países signatários. Dentre as proposições da Resolução nº 01/2020, encontra-se a necessidade de ponderação entre as restrições dos direitos fundamentais, tendo como objetivo, claro e temporário, a luta contra a calamidade pública de saúde nos países.

Dentro do panorama brasileiro, a pandemia da SARS-CoV-2 teve sua origem de forma importada. Conforme enuncia o relatório do Ministério da Saúde ^[6], o primeiro caso que se tem registro no país aconteceu em 26 de fevereiro de 2020, no estado de São Paulo. O paciente de 61 anos foi diagnosticado com o coronavírus, logo após retornar de viagem da Itália.

No transcurso do mês de fevereiro, o Ministério da Saúde ^[7] passou a registrar o aumento do número de casos confirmados no Brasil, ainda importados dos países da Europa. A partir de então, a propagação do vírus se deu em larga escala, sendo constatada a transmissão comunitária, em que não é mais possível identificar a origem da doença nas diversas partes do país.

Os Estados brasileiros que concentram a maior quantidade de casos confirmados e de mortes ocasionadas pelo COVID-19 são Rio de Janeiro, São Paulo, Ceará, Pernambuco e Manaus, mas com potencial registro de aumento de casos nas demais regiões de todo o país. Com contágio silencioso e a dificuldade de notificação dos casos, o Brasil enfrenta uma luta sanitária para controlar o coronavírus. Nesta seara, o país apresentou, até 30 de abril de 2020, o número de 78.162 casos e 5.466 óbitos ^[8].

Quando se depara com a situação da pandemia em solo brasileiro, os estudiosos da Universidade de São Paulo ^[9] alertam que o nível da curva

6. BRASIL, Ministério da Saúde. **Dados atualizados de Coronavírus no Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 29.04.2020.

7. BRASIL, Ministério da Saúde. **Dados atualizados de Coronavírus no Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 29.04.2020.

8. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavírus disease (COVID-19) outbreak**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em 13.04.2020.

9. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. **Casos de Coronavírus no Brasil**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/03/22/usp-cria-rede-colaborativa-de-laboratorios-para-diagnosticar-coronavirus.htm>. Acesso

de crescimento do coronavírus já é superior aos casos de H1N1, dengue e sarampo, que representam as principais epidemias que o país enfrentou no ano de 2019. Nesse desiderato, os cientistas brasileiros e o Ministério da Saúde informam que o grande problema da pandemia no Brasil será a carência de espaços públicos de saúde para identificação e tratamento de todos os cidadãos.

O sistema público de saúde do país não se afigura preparado para enfrentar uma crise sanitária de proporções nacionais, em que não teremos leitos de hospitais suficientes para assistir a toda a população. Sob essa égide, os estudiosos da Universidade de Brasília ^[10] apontam que, as deficiências já presentes na efetividade do direito fundamental à saúde vivenciadas no Brasil, potencializarão os efeitos da pandemia no país.

Neste sentido, os governadores e os prefeitos vem seguindo as recomendações internacionais da Organização Mundial da Saúde, bem como a Resolução nº 01/2020 ^[11], oriunda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criando, mecanismos de contenção do vírus, por meio do isolamento social dos cidadãos, com restrições ao direito de locomoção e a suspensão de diversas atividades, v.g., educacionais, comerciais. Nessa linha de intelecção, o governo federal editou a Lei 13.979/2020 ^[12], que estabelece medidas de emergência durante a pandemia.

Destaca-se que o fundamento para a relativização dos direitos fundamentais no período da pandemia tem o intuito evitar o contágio desenfreado e diminuir o número de mortes. Ademais, outro ponto relevante

em 25.04.2020.

10. **Nota técnica da Universidade de Brasília – UNB.** Disponível em: <https://noticias.unb.br/117-pesquisa/4030-coronavirus-pesquisadores-da-unb-ufrj-e-usp-emitem-nota-tecnica>. Acesso em 25.04.2020.

11. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pandemia y Derechos Humanos em las Américas. Resolución 1/2020.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 02/05/2020.

12. BRASIL, **Lei nº 13979/2020** editada em 06.02.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 02.05.2020.

que se destaca no cenário da pandemia da SARS-CoV-2 é a deficiência de leitos de hospitais para toda a população global, o que oportuniza um verdadeiro colapso sanitário.

3. Direitos humanos e direitos fundamentais no estado democrático

Os direitos fundamentais se consubstanciam na positivação dos direitos humanos, decorrentes do processo histórico de formação das sociedades. Nesse sentido, devemos salientar que o campo de estudo da história dos direitos humanos revela o arcabouço normativo necessário para a compreensão da positivação dos direitos essenciais à sobrevivência humana dentro dos ordenamentos jurídicos.

Nas lições de Dirley da Cunha Júnior ^[13], pode-se afirmar que os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem uma linha de distinção, mas que se complementam. Nesse contexto, os direitos humanos são dotados de caráter universal, a partir da luta e conquista dos povos de garantias e direitos essenciais para fortalecer e reconhecer a existência humana. Trata-se, portanto, de dimensões históricas que foram sendo alicerçadas nas formações sociais.

Nesta perspectiva, as dimensões dos direitos humanos são frutos das transformações sociais, econômicas, políticas, culturais que os indivíduos foram vivenciando. Além disso, o arcabouço histórico de tais direitos revela o reconhecimento dos valores essenciais para a convivência e sobrevivência humana.

Conforme enuncia Norberto Bobbio ^[14] os direitos humanos são naturais e são definidos como um conjunto de regras universais basilares para a construção social.

13. CUNHA JUNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

14. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Sem a intenção de esgotar os aportes teóricos de definição dos direitos humanos, apresentamos as perspectivas conceituais de Piovesan^[15], ao considerar como direito humano tudo aquilo que dignifica o homem e o permite sobreviver em sociedade.

Nessa mesma linha de raciocínio, Paula Spieler, Carolina Melo e José Cunha^[16] asseveram que os direitos humanos representam a força das lutas e conquistas de cada geração. Tais conquistas se complementam e solidificam os elementos para a garantia da dignidade humana.

Em decorrência de seu valor histórico, salientamos que a gênese dos direitos humanos se confunde com a própria formação dos Estados. Desta feita, podemos destacar, como marco de reconhecimento dos direitos humanos, a consagração dos direitos da primeira geração, a partir da laicização do Estado, em que a dignidade humana passa a ser o fundamento das organizações sociais.

Ressalte-se, por oportuno, que os direitos humanos ganharam notoriedade no direito internacional, quando as nações vivenciaram as duas guerras mundiais. As consequências devastadoras das guerras e a capacidade bélica dos países colocaram em perigo a própria existência do homem. A partir disso, os países começaram a se reunir com o intuito de evitar conflitos armados que colocassem a dignidade humana em risco, estabelecendo com meta do século XXI, a cooperação dos povos para a promoção da paz mundial, em respeito aos direitos humanos.

Como resultado desse novo pensamento de construção social, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945, que traçou, como um dos objetivos instituidores, zelar pela garantia da dignidade

15. PIOVESAN, Fátima. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

16. SPIELER, Paula; MELO, Carolina de Campos; CUNHA, José Ricardo. **Direitos Humanos**. Roteiro de Curso. Fundação Getúlio Vargas, 2010.

dos povos e buscar dirimir as desigualdades mundiais, trazendo à baila o caráter universal e histórico dos direitos humanos.

Por outro lado, os direitos fundamentais representam a materialidade dos direitos humanos, positivando o conteúdo enunciativo de tais direitos nas legislações dos países. No entanto, insta consignar que, a positivação dos direitos não retira o seu caráter essencial para a existência humana. Na verdade, a externalização formalizada dos direitos humanos em direitos fundamentais solidifica a sua força normativa e expõe o dever legal de cumprimento aos seus mandamentos.

Nesse sentido convém destacar que os direitos fundamentais deram início ao processo de constitucionalismo, em que as nações passaram a redigir, de maneira formal, os direitos e garantias essenciais para orientação da formação de todo o ordenamento jurídico, mas também de elemento basilar para a cooperação dos homens na convivência social.

Com efeito, o constitucionalismo representou o movimento de limitação dos poderes estatais, a partir da consideração de regras e princípios mandamentais para a instauração do Estado de Direito, pautado na positivação das leis que regem a formação social.

Segundo Flávia Piovesan^[17], a doutrina positivista reconhece o marco da positivação dos direitos fundamentais com a Constituição Americana de 1787 e as constituições escritas que decorreram da Revolução Francesa, em 1791.

Na atual fase do neoconstitucionalismo ocidental, o reconhecimento da força normativa dos princípios que trazem, em seu bojo, a materialização dos direitos humanos se afigura como instrumentos constitucionais, que servem de parâmetro para a composição do ordenamento jurídico. Trata-se

17. PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

da admissão da primazia axiológica dos direitos humanos e fundamentais, cujo cumprimento se torna a base para a realização da justiça.

Nessa linha de intelecção, os direitos fundamentais devem ser vistos como a categoria de proteção da dignidade humana e de todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Na visão de Ingo Sarlet ^[18], a expressão fundamental, aliada ao direito, denota o status de imprescindibilidade daquela norma para a condição humana e para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Na perspectiva do direito brasileiro, os direitos humanos foram erigidos à ordem constitucional de 1988, sob o status de norma fundamental e de reprodução obrigatória pelos demais instrumentos legais nacionais. Os direitos e garantias fundamentais estabelecem o sistema principiológico de construção do Estado Democrático, elevando a categoria de superioridade da ordem jurídica, o respeito aos direitos essenciais à sobrevivência humana. Sobre essa singularidade constitucional, Ricardo Soares ^[19] estabelece que os direitos fundamentais expressam valores que irradiam por todo o ordenamento jurídico.

Deveras, os direitos fundamentais são classificados em dimensões ou gerações históricas dos direitos.

Os direitos da primeira geração tutelam as garantias individuais, civis e políticos, preconizados como institutos de defesa de limitação do poder estatal e a obrigação de garantia das prestações sociais.

Já os direitos da segunda geração trazem o conteúdo das garantias sociais, decorrentes das lutas por igualdade material, que se consubstanciam

18. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

19. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

no direito à saúde, educação, previdência, dentro outros, colocados como prestações positivas do Estado por concretizarem as liberdades abstratas aos cidadãos.

Por sua vez, os direitos da terceira geração representam os direitos da coletividade, conhecidos como direitos difusos e transindividuais, decorrentes da solidariedade, cooperação e convívio social.

Saliente-se ainda que a falta concretização de direitos fundamentais implica o desrespeito à própria supremacia da Constituição, que se fragiliza e coloca em risco às instituições democráticas.

A partir destas reflexões, o presente estudo busca compreender o cenário dos direitos fundamentais no contexto da pandemia do coronavírus e das medidas emergenciais que estão sendo tomadas pelo Brasil.

4. A restrição aos direitos fundamentais em tempos de pandemia de covid-19 no Brasil

A pandemia do COVID-19 tem se manifestado de forma devastadora no cenário mundial. As facilidades de contágio e o período de incubação silenciosa do novo vírus tem representado uma crise sanitária a nível internacional de difícil controle.

Ainda sem previsões de vacinas ou tratamentos preventivos para evitar a contaminação da população, tem levado aos países a adotarem medidas emergências de isolamento social e de restrição a direitos fundamentais, de forma temporária.

Neste contexto, a Organização Mundial da Saúde^[20] tem estimulado a adoção do isolamento e das restrições aos direitos fundamentais, como medidas mais eficazes durante esse momento de crise sanitária.

20. BRASIL, Ministério da Saúde. **Dados atualizados de Coronavírus no Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 29.04.2020.

Por esse aspecto, cabe a reflexão das implicações constitucionais das medidas de emergência aplicadas no Brasil para o combate do COVID-19, com estruturação e balizamento sobre os riscos da extrapolação das relativizações dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O sistema constitucional das crises é composto de uma série de mecanismos e regras procedimentais constitucionais de exceção, que devem ser analisadas para a sua decretação, bem como devem ser mensurados, sob o prisma legal, os pressupostos e o marco temporal para sua aplicação dentro do Estado de Direito brasileiro.

O sistema constitucional de crises encontra amparo nos artigos 136 a 141 da Constituição da República de 1988^[21], que contemplam os seguintes regimes jurídicos excepcionais: o estado de defesa e o estado de sítio.

Com efeito, o mencionado sistema constitucional de crises consiste no conjunto de requisitos constitucionais que tem como objetivo identificar as situações de crise, bem como assegurar o Estado de Direito em tempos emergenciais. Trata-se, portanto, de medidas excepcionais, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro é revestido de uma Constituição rígida, em que não se admite restrições às garantias constitucionais, apresentando, portanto, hipóteses taxativas de ordenação das crises.

No que se refere ao estado de defesa, com base no art. 136, o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Para tanto, o decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará,

21. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 2013.

nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, tais como restrições aos direitos de: reunião, ainda que exercida no seio das associações; sigilo de correspondência; sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

No tocante ao estado de sítio, com base no art. 137, o Presidente República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

O decreto do estado de sítio, a teor do que prescreve o art. 138, indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

Conforme estabelecido no art.139, na vigência do estado de sítio, ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas de restrição aos direitos individuais, a saber, obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; e requisição de bens.

Conforme enuncia Silva ^[22], os institutos do estado de sítio e do estado de defesa. Possibilitam a adoção de medidas temporárias buscam a solução da crise vivenciada, que não é possível de se resolver pelos meios ordinários.

Sobreleva-se do texto constitucional que o estado de sítio consiste na suspensão temporária das atuações dos poderes legislativos e judiciário, diante da declaração de estado de guerra ou comoção grave de repercussão nacional. Enquanto que o estado de defesa se configura diante da ameaça a grave e iminente instabilidade institucional e calamidades de grande proporção.

Neste diapasão, Sarlet ^[23] assevera que, para a instauração do Estado de Defesa ou sistema emergencial faz-se necessário se investigar os pressupostos fáticos que validam a emergência instaurada. Ademais, é necessário que seja expresso o caráter temporário do estado de defesa, sob o risco de instauração definitiva da exceção evidenciada, transformando a democracia em golpe de Estado e regimes autoritários.

As situações de anormalidade constitucional podem ser compreendidas como mecanismos de superação do estado temporário de crise, mas também possuem o objetivo de preservar a democracia e os direitos fundamentais elencados na Constituição da República de 1988, garantindo aos cidadãos que as instituições democráticas serão restabelecidas assim que cessarem os efeitos da emergência.

Neste panorama, a pandemia do SARS-CoV-2 enquadra-se na situação de calamidade pública, diante da crise sanitária global, que legitima a instauração de mecanismos emergenciais para contenção da contaminação pelo novo vírus. No intuito de estimular os países democráticos a se organizarem para conter os avanços da pandemia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Resolução nº

22. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

23. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

01/2020^[24], elencando medidas de restrição de direitos fundamentais para manter o isolamento da população.

Com efeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressalva as hipóteses de aplicação de regimes jurídicos de emergência apenas quando ficar constatada a contaminação do coronavírus e reforçam, de forma expressa, que as restrições de isolamento devem ser pautadas na temporariedade, devendo todos os países-membros restaurarem a efetividade plena dos direitos fundamentais quando cessar os efeitos da pandemia.

Afora outros importantes marcos legais, o Brasil editou a Lei 13.979/2020^[25], que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública provocada pela pandemia do coronavírus, trazendo, como recomendações, o isolamento das pessoas infectadas em quarentena, o estímulo às atividades remotas de trabalho e aprendizagem, bem como a adequação das leis comerciais.

Neste diapasão, sucederam-se leis, atos administrativos e decisões judiciais, diante do quadro de calamidade pública, que começaram a restringir os direitos fundamentais diante de aglomerações públicas, tais como a liberdade de locomoção, a livre iniciativa e a propriedade privada, impondo inclusive sanções (civis, administrativas e penais), muitas vezes sem o respaldo na legalidade vigente.

Ressalte-se, por oportuno, que não se pode questionar a correção da grande maioria das medidas de isolamento implantadas pelos governantes, diante da crise da pandemia do COVID-19, tendo em vista a preservação da vida e da saúde dos cidadãos, mormente daqueles que se encontram em situação de maior vulnerabilidade.

24. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pandemia y Derechos Humanos em las Américas. Resolución 1/2020**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 02/05/2020.

25. BRASIL, **Lei nº 13979/2020** editada em 06.02.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 02.05.2020.

Ocorre, todavia, que a conjuntura desta crise sanitária do coronavírus não pode oportunizar a construção de uma narrativa segundo a qual os tempos atuais exigiriam a adoção de uma “ Constituição de Emergência”, através de uma “ Jurisprudência de Crise”, a justificar a suspensão ou a restrição desproporcional dos direitos individuais, bem como a normalização de abusos por parte das autoridades públicas, como se a Constituição Federal de 1988 tivesse cessado a sua vigência e eficácia.

A título exemplificativo, convém examinar a controversa medida do *lockdown* e o risco de desarrazoado comprometimento das liberdades fundamentais, ainda que em nome da legítima proteção da vida e da saúde pública no Brasil.

5. Um breve estudo de caso: o controverso precedente do implemento do *lockdown* no estado do Maranhão

Inicialmente, para o estudo de caso ora proposto, cumpre diferenciar as medidas de quarentena, distanciamento social **ampliado**, distanciamento social seletivo e *lockdown*, enquanto alternativas **para a prevenção e enfrentamento da pandemia do COVID-19**^[26].

A quarentena é uma das formas pelas quais podemos chamar o período de **isolamento social**. A medida objetiva garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado. Para adoção da quarentena, é necessária a publicação de ato jurídico formal e ampla divulgação pelos meios de comunicação.

Por sua vez, o **distanciamento social ampliado** figura como uma estratégia de isolamento que **restringe ao máximo o contato entre pessoas**, sem se circunscrever a grupos específicos. A determinação é para que os

26. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Disponível em: <https://www.who.int/>. Acesso em 02.05.2020.

cidadãos permaneçam em suas residências, seguindo as recomendações das **autoridades locais**. O principal escopo consiste em **evitar a concorrência por leitos e respiradores**. A medida revela-se essencial para evitar uma aceleração descontrolada da doença, o que pode provocar um **colapso no sistema de saúde**.

A seu turno, o distanciamento social seletivo acarreta o isolamento apenas dos **grupos que apresentam mais riscos** de desenvolver a doença ou aqueles que podem apresentar um quadro mais grave, como **idosos** e pessoas com **doenças crônicas** ou condições de risco. Busca-se promover o retorno gradual às atividades laborais, evitando uma explosão de casos. Nesse tipo de isolamento, como a **circulação de pessoas afigura-se maior**, os grupos vulneráveis permanecem, todavia, tendo **contato com pessoas infectadas, sintomáticas ou assintomáticas**, dificultando, portanto, o controle pelos órgãos de saúde.

De outro lado, o *lockdown* desponta como uma das **medidas não farmacológicas**, diante da indisponibilidade, até o momento, de medicamentos e vacinas específicas que curem e impeçam a transmissão do coronavírus. Não se trata de uma mera recomendação, decorrendo, em verdade, de uma imposição determinada por lei ou por decisão judicial.

Trata-se, pois, de alternativa necessária em situação de grave ameaça ao sistema de saúde. Uma vez adotado o *lockdown*, todas as entradas do perímetro determinado são **bloqueadas** e ninguém tem permissão de entrar ou sair. Além da proibição de circulação, todas as atividades econômicas ficam interrompidas, por curto período de tempo. O *lockdown* é tido como eficaz para reduzir da curva de casos e reorganizar o sistema em situação de aceleração descontrolada de casos da doença e de óbitos.

Por força de determinação judicial ^[27], o *lockdown* deve ser adotado pela primeira vez, desde o início da pandemia de **COVID-19**, em 5 de maio do corrente ano, nos Municípios Maranhenses de São Luís, Raposa, Paço do Lumiar e São José de Ribamar.

Em sua decisão, o eminente juiz do feito refere que as medidas de distanciamento social estão se mostrando ineficazes para contenção da propagação do vírus causador da COVID-19, demandando do Poder Público a adoção de medidas mais intensas para evitar um colapso do sistema público de saúde, que, na Capital, já se evidencia, com a lotação máxima dos leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19.

Com a prolatação da sentença, obriga-se o Estado a editar decretos que suspendam todas as atividades não essenciais à manutenção da vida e da saúde, tais como alimentação, medicamentos e serviços obrigatoriamente ininterruptos. Veda-se ainda a circulação de veículos particulares, salvo para compra de alimentos ou medicamentos, para transporte de pessoas para atendimento de saúde ou desempenho de atividades de segurança ou no itinerário de serviços essenciais.

O magistrado determina ainda que o governo estadual vede a entrada e saída de veículos da Ilha de São Luís, salvo caminhões, ambulâncias, veículos transportando pessoas para atendimento de saúde, veículos no desempenho de atividades de segurança ou no itinerário de serviços considerados essenciais.

Para os Municípios alcançados, o magistrado ordena também que os governos municipais se abstenham de disciplinar regras de distanciamento social de modo contrário ao Estado do Maranhão, no que toca à adoção do bloqueio total, fiscalizando o cumprimento dos Decretos Estaduais

27. Cf. MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Processo nº 0813507-41.2020.8.10.0001**. Ação Civil Pública Cível. **Publicada em 30.04.2020**.

referentes ao mencionado *lockdown*, por suas equipes de vigilância em saúde, guarda municipal, agentes municipais de trânsito e de fiscalização.

Sem entrar no mérito do debate sobre a competência do Poder Judiciário neste tema e sobre os limites do ativismo judicial em matéria de saúde pública, o caso gera, no mínimo, salvo melhor juízo, a necessidade de uma reflexão acerca dos riscos da normalização da restrição desproporcional de direitos individuais no atual contexto brasileiro, ainda que pretenda tutelar, legitimamente, a vida e a saúde dos jurisdicionados.

Considerando a inexistência de decreto de estado de sítio em solo pátrio – o que aqui não se sugere, nem tampouco se deseja - e a constatação de que apenas a eventual decretação deste regime excepcional admitiria uma restrição tão severa à liberdade dos cidadãos, algo inclusive vedado na hipótese de implemento de um eventual estado de defesa, a adoção da medida de *lockdown* revela-se *flagrantemente inconstitucional*.

Com efeito, fazendo-se uma necessária ponderação de bens e interesses, iluminada pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, seria possível indagar: será que as políticas públicas de educação e de profilaxia não poderiam ser esgotadas? Será que tais políticas públicas, combinadas com outras medidas de isolamento, v.g., quarentena e distanciamento social – não poderiam ser, gradativamente, reforçadas e ampliadas, com base num planejamento público calcado em critérios científicos? Se, por derradeiro, o lockdown tornar-se regra doravante no Brasil, fundado numa suposta “ Constituição de Emergência” ou “ Jurisprudência de Crise”, a restrição desproporcional direitos fundamentais não poderá “normalizar” a exceção? Será que, posteriormente, mesmo após a pandemia, tal precedente de lockdown não poderá servir a outros projetos inconfessáveis do autoritarismo político, a fim de justificar a limitação de liberdades fundamentais dos cidadãos ?

Eis algumas indagações que somente o porvir oferecerá respostas ...

6. Considerações finais

A realidade internacional vivencia uma crise de saúde decorrente dos efeitos da pandemia do COVID-19, que tem se alastrado de forma acelerada entre os países e tem se adaptado a todos os espaços geográficos. Desde janeiro de 2020, as nações apresentam um alto índice de contaminação do vírus, que se manifesta de forma inicialmente silenciosa, o que prejudicou a identificação e isolamento inicial dos contaminados.

Diante dessa realidade, assistimos ao aumento do número de mortes decorrentes da intensificação do vírus, que tem a potencialidade de provocar a síndrome respiratória aguda agressiva e, muitas vezes, letal.

A situação da pandemia no Brasil não se deu de forma diferente. O aumento do número de casos e de mortes apresenta uma curva crescente. Dentro do cenário brasileiro, outra grande preocupação é o colapso do sistema de saúde que não comporta quantidade de vagas nos hospitais para tratamento de toda a população.

Neste compasso, as medidas propostas pela Organização Mundial da Saúde e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos fornecem alternativas para conter a contaminação do vírus. Elas implicam o isolamento público, comercial, empresarial e escolar, com o intuito de reduzir aglomerações humanas, relativizando, contudo, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Ocorre, contudo, que a conjuntura da crise do coronavírus não pode oportunizar a construção do perigoso discurso segundo o qual os tempos atuais exigiriam o reconhecimento de uma “Constituição de Emergência”, mediante uma “Jurisprudência de Crise”, embasando a suspensão

ou a restrição desproporcional dos direitos individuais, bem como a normalização de eventuais abusos de poder por parte dos governantes, como se a Constituição Federal de 1988 tivesse sido suspensa.

Por fim, a polêmica medida do *lockdown* no Estado do Maranhão traz o risco de uma desarrazoada harmonização das liberdades fundamentais, ainda que em nome da tutela da vida e da saúde pública no Brasil.

7. Referências

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSELLI, André. **Decisão do STF sobre MP 936 gera divergências**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/advogados-decisao-stf-mp-936-traz-seguranca-juridica>. Acesso em 02.05.2020

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2013.

BRASIL, **Lei nº 13979/2020** editada em 06.02.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 02.05.2020.

BRASIL, **Medida Provisória 936**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em 02.05.2020

BRASIL, Ministério da Saúde. **Confirmado 1º Caso de Coronavírus no Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 11.04.2020

BRASIL, Ministério da Saúde. **Dados atualizados de Coronavírus no Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 29.04.2020.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pandemia y Derechos Humanos em las Américas. Resolución 1/2020**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 02/05/2020

CUNHA JUNIOR, Dirley Da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Processo nº 0813507-**

41.2020.8.10.0001. Ação Civil Pública Cível. Publicada em 30.04.2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease (COVID-19) outbreak.** Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em 13.04.2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Disponível em: <https://www.who.int/>. Acesso em 02.05.2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SPIELER, Paula; MELO, Carolina de Campos; CUNHA, José Ricardo. **Direitos Humanos.** Roteiro de Curso. Fundação Getúlio Vargas, 2010.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. **Casos de Coronavírus no Brasil.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/03/22/usp-cria-rede-colaborativa-de-laboratorios-para-diagnosticar-coronavirus.htm>. Acesso em 25.04.2020

Direito Constitucional Econômico: Algumas Considerações Sobre o Princípio da Soberania Nacional e a Pandemia da COVID-19

ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES

Sumário: 1. *Considerações iniciais*; 2. *O significado da soberania nacional como princípio da ordem constitucional econômica*; 3. *Conclusão*; 4. *Referências*.

1. Considerações iniciais

Existem dispositivos constitucionais que a alguns parecem supérfluos, relíquias de eras passadas, até que *sua excelência, o fato*^[1], retira-os do umbral em que aparentemente se encontravam. De certo modo, isso ocorreu com o princípio da soberania econômica nacional, em face da escassez de ventiladores mecânicos^[2] originada pela pandemia da COVID19^[3].

A enfermidade provoca uma severa síndrome respiratória aguda^[4], cuja superação, nos casos mais graves, exige respiradores artificiais. A

1. Expressão atribuída ao Deputado Federal Ulysses Guimarães, para enfatizar a importância crucial da realidade no domínio da política (PEREIRA, Merval. *Sua Excelência*. Disponível em: <http://www.academia.org.br/artigos/sua-excelencia>. Acesso em: 07 mar. 2020).

2. Em termos muito aligeirados, os ventiladores ou respiradores mecânicos são máquinas aptas a substituir “integralmente ou parcialmente o trabalho dos músculos que asseguram a ventilação espontânea dos pulmões” (MARTELO, Paulo Jorge Morais Pereira. *Ventiladores pulmonares: definição do método de calibração/ensaio, aplicação regulamentar e estudo da situação atual*. 2015. 183 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Instrumentação e Metrologia). Instituto Superior de Engenharia do Porto (ISEP), Porto, 2015. Disponível em: <https://recipp.ipp.pt/handle/10400.22/8062>. Acesso em: 08 mar. 2020).

3. A pandemia fez com que praticamente todos os habitantes deste planeta tenham alguma noção do que vem a ser a COVID-19, mas não custa lembrar: cuida-se de uma doença infecciosa causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda SARS-CoV-2, cujos principais sintomas são febre, tosse e dificuldade para respirar (BRASIL. Ministério da Saúde. *O que é coronavírus?* Disponível em: <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-de-a-a-z/46490-novo-coronavirus-o-que-e-causas-sintomas-tratamento-e-prevencao-3>. Acesso em: 28 mar. 2020).

4. Cf., por exemplo, LAI, Chih-Cheng, SHIH, Tzu-Ping, KO, Wen-Chien, TANG, Hung-Jen, HSUEH, Po-Ren. Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) and coronavirus disease-2019 (COVID-19): The epidemic and the challenges. *International Journal of Antimicrobial Agents*, fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7127800/>. Acesso em: 08 mai. 2020.

demanda maior por tais equipamentos – que, apesar de não deterem tanta complexidade compreensivelmente devem atender a rigorosos padrões sanitários^[5] – causou um estrangulamento da oferta. A inevitável elevação dos custos de aquisição já traria consequências nefastas, especialmente para os mais pobres, mas o quadro ficou ainda pior com a acirrada disputa internacional para a importação das máquinas, que descambou, no Brasil, para a prática de atos administrativos suspeitos de irregularidades^[6].

Esse panorama deixa claro o preço a ser pago ao se olvidar o cumprimento do princípio constitucional da soberania, estruturante da nossa ordem econômica. Não há dúvida que a situação seria menos crítica se os esforços para o enfrentamento da pandemia tivessem, desde o início, mobilizado a indústria nacional. Entretanto, para que se chegue a essa conclusão, faz-se necessário recordar, ainda que brevemente, o teor dessa norma.

2. O significado da soberania nacional como princípio da ordem constitucional econômica

A estruturação jurídica da economia é um atributo do Estado desde sua gênese, não tendo sido diferente na época liberal^[7]. Contudo, a ideia de dedicar um capítulo constitucional ao tema, na tentativa de empregar a mais alta hierarquia normativa a fim de articular expressamente uma *ordem econômica*^[8], somente foi adotada com o constitucionalismo social.

5. CORONAVIRUS: How easy is for the UK to make more ventilators? BBC, 17 março 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-51909812>. Acesso em: 09 mai. 2020.

6. Vide, e. g., SEABRA, Catia, NOGUEIRA, Italo. Importação de respiradores gera prisões e queda de secretários. *Folha de São Paulo*, 7 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/importacao-de-respiradores-gera-prisoas-e-queda-de-secretarios.shtml>. Acesso em: 09 mai. 2020.

7. Por todos, AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito nacional ao Direito supranacional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 11 e ss.

8. Com todos os equívocos conceituais inerentes ao termo, explicados com precisão em GRAU, Roberto Eros. Comentário ao art. 170. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1786.

Para tanto, usou-se normas estatutárias ou de garantia e normas diretivas ou programáticas^[9], que alinham os papéis econômicos a serem desempenhados pelo Estado, entes transnacionais e particulares, de acordo com os valores adotados pela sociedade^[10].

Dentre essas normas diretivas, a Constituição da República Federativa do Brasil guindou a soberania nacional a um dos princípios gerais da ordem econômica (art. 170, I).

Correlata ao direito de autodeterminação econômica dos povos, positivada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos^[11] e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais^[12], a soberania econômica, que não constava expressamente do anteprojeto Afonso Arinos^[13], foi incorporada como princípio da ordem constitucional econômica, após intensos debates na Comissão da Ordem Econômica da Assembleia Nacional Constituinte^[14].

Na lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca^[15], cuida-se de complementação, de uma particularização para o campo econômico, do fundamento da República Federativa do Brasil previsto no art. 1º, inciso I,

9. SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 37.

10. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. **Derecho Constitucional Económico**. T. II: regulación, tributos y propiedad. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2014, p. 28. Manoel Jorge e Silva Neto assim define ordem econômica: é “plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Económico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 135).

11. Promulgado mediante o Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 (BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 09 mai. 2020).

12. cuja promulgação ocorreu com o Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 (BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 09 mai. 2020).

13. BRASIL. **Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/arquivos-1/AfonsoArinos.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.

14. Ao se pesquisar na base de anteprojetos, projetos e emendas (base APEM) do Portal das Constituições, usando-se a chave de pesquisa “soberania nacional”, podem ser vistas vinte emendas parlamentares, mormente quanto à exploração dos recursos minerários (BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte – Emendas oferecidas à VI- Comissão da Ordem Econômica**. Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-160.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020).

15. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Económico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico, p. 94. No mesmo sentido, BENSOUSSAN, Fabio Guimarães, GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de Direito Económico**. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 154.

da Constituição brasileira ^[16].

Carregada de controvérsia desde o nascedouro ^[17] – em que foi vista por alguns como absoluto, malgrado de fato nunca o tenha sido ^[18] –, a ideia de soberania viu-se progressivamente confrontada com uma realidade cambiante, marcada pela progressiva integração transnacional ^[19]. Para adaptar o conceito aos novos tempos, uma estratégia comumente adotada foi a de separar a chamada soberania *jurídica* da *fática* ^[20] e da *econômica*, como se fosse possível apartar o Direito da realidade ou da economia ^[21].

Todavia, não é esse sentido fragmentário (e algo artificial) que anima o art. 170, inciso I. Um estudo mais aprofundado aponta essencialmente para dois significados distintos.

16. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada 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” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09 mai. 2020).

17. Georg Jellinek já dizia que “nenhum dos conceitos fundamentais do direito político está tão necessitado de uma investigação acerca de sua evolução histórica como o de soberania” (JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 401 – tradução livre).

18. Zippelius lembra, no entanto, que o próprio Bodin não a via assim: “Esta soberania deveria ser independente (‘absoluta’) sob dois aspectos: a independência perante os poderes internos deveria residir no fato de a regulação jurídica se tornar efetiva sem consentimento dos súditos (‘sans leur consentment’), sobretudo sem a participação dos estamentos. A faculdade de regulação do soberano deveria também ser independente de poderes externos. Deveria apenas ser delimitada por mandamentos divinos, pelas leis naturais e por determinados princípios de direito (‘plusieurs loix humaines communes à tous peuples’); a soberania também não deveria ser tão ampla a ponto de excluir uma vinculação a contratos” (ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 75).

19. Armin von Bogdandy explica que “a abertura e a globalização socavam a famosa premissa do princípio clássico da soberania segundo a qual os Estados são ‘comunidades independentes’”. E, para ilustrar seu pensamento, recorre a uma imagem de Eyal Benvenisti: “a velha soberania se assemelhava à propriedade sobre uma casa isolada em um grande terreno, ao passo que a nova soberania se assemelha à propriedade sobre um apartamento em um edifício com duzentas unidades” (BOGDANDY, Armin von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von, FIX-FIERRO, Héctor, ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos**. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 6.). Confira-se, outrossim, STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 169.

20. Exemplificativo desse pensar é o seguinte trecho: “Em que pesem, portanto, os múltiplos usos que se deu ao longo do tempo ao termo ‘soberania’, o seu núcleo central permaneceu inalterado. Por mais que alguns queiram atenuar sua importância ou diminuir-lhe a abrangência, continua a ser o poder incondicionado de decidir em última instância sobre tudo que diga respeito aos interesses fundamentais de uma comunidade. Nunca é demais recordar, contudo, que se trata de uma autonomia jurídica e não real, pois jamais algum Estado logrou subtrair-se integralmente aos condicionamentos do mundo fático” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 295).

21. João Bosco Leopoldino da Fonseca deixa isso claro ao ressaltar que “a soberania política dificilmente sobrevive se não se completar com a soberania do ponto de vista econômico” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico, p. 94). No mesmo sentido, GRAU, Eros Roberto. Comentário ao art. 170, I. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1796.

A invocação à soberania nas emendas e nos debates da Constituinte visava, em regra, à proteção dos empresários brasileiros em face do capital estrangeiro ^[22], com vistas ao estabelecimento de reservas de mercado, especialmente na exploração de recursos minerais ^[23].

Há, porém, uma outra compreensão, externada por constitucionalistas que também integraram o processo constituinte. Alinhando-se com a visão nacional-desenvolvimentista endógena, formulada por Celso Furtado ^[24], José Afonso da Silva ^[25] associa o princípio da soberania nacional à superação da dependência “aos centros capitalistas desenvolvidos”. Para o professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,

Essa é uma tarefa a que a Constituinte, em última análise, confiou à burguesia nacional, na medida em que constitucionalizou uma ordem econômica de base capitalista. Vale dizer: o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um Capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente. Com isso, a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenha o

22. Fernando Muniz Santos informa que “apesar de ricos e multifacetados, os debates, emendas e pareceres da Assembleia Constituinte acabaram por costurar uma ordem econômica onde a livre-iniciativa referiu-se primordialmente aos empresários brasileiros, ou seja, cujo capital tivesse origem no Brasil, opção essa cristalizada na inserção, entre os princípios gerais da ordem econômica, da soberania nacional” (SANTOS, Fernando Muniz. 6- Princípios gerais da ordem econômica na Constituição Federal de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.). **Direito Constitucional Brasileiro: Constituições Econômica e Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico não paginado).

23. Gilberto Bercovici fala, outrossim, da política nacional de informática e da reserva de mercado estabelecida com base nela (BERVOVICI, Gilberto. Soberania econômica e regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan./mar. 2011. Disponível em: https://portal.mpf.mp.br/bidforum/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=74188&p=14. Acesso em: 10 mai. 2020).

24. “Fundado nas ideias de Keynes, de quem assimilou a centralidade do mercado interno como dinamizador da produção e renda, Furtado e seu grupo de ‘nacionalistas’ somaram às suas teses as ideias de Prebisch e Paul Singer sobre a deterioração dos termos de troca e do papel geopolítico das nações subdesenvolvidas como exportadoras de *commodities* às economias centrais. O modelo desenvolvimentista nacionalista se foca prioritariamente na ideia de desenvolvimento a partir de dentro, ou seja, primeiramente pela constituição de um forte mercado interno. À época de sua formulação, o projeto descrevia a industrialização nacional para a substituição de importações, forte ponto de estrangulamento ao desenvolvimento nacional e condição para a implementação de que Prebisch e os economistas cepalinos convencionaram chamar de *desenvolvimento para dentro*” (SALGADO, Rodrigo Oliveira. **Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 77-78).

25. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Assessor Especial da Comissão de Redação da Assembleia Nacional Constituinte (LIMA, João Alberto de Oliveira, PASSOS, Edilenice, NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013, p. XI e 30).

domínio da reprodução da força do trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado, e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia^[26].

Eros Roberto Grau^[27] também defende que o princípio demanda a “ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas”, conectando-se com o inciso II do art. 3º da Constituição^[28], com o escopo de transformar estruturas socioeconômicas. Desta maneira, tornar-se-iam possíveis “a integração democrática de toda a população ao processo de desenvolvimento” e a internalização dos “centros de decisão econômica”^[29].

Especificamente quanto à dependência, Eros Grau sustenta que

Um dos sintomas mais pronunciados dessa dependência encontra-se, nos nossos dias, na dissociação entre a tecnologia usada e a pobreza da tecnologia concebida ou concebível pelas sociedades dependentes. No nosso caso, o processo de industrialização nos legou um capitalismo tardio – ou seja, instalado em um momento em que, como observa João Manuel Cardoso de Mello, ‘o capitalismo monopolista se torna dominante em escala mundial, isto é, em que a economia mundial capitalista já está constituída’ – produziu, entre outras sequelas, a da institucionalização de nossos agentes econômicos como meros intermediários entre produtores industriais estrangeiros e o mercado. Deles se fez agentes comerciais de repasse de tecnologia importada ao consumidor – cuida-se não de produtores industriais, mas de fabricantes. Os anos sessenta, com a consolidação das corporações multinacionais no mercado internacional, definiram, nitidamente, o nosso papel de consumidores de tecnologia externa. Neste sentido, o art. 170, I está vinculado diretamente a outro

26. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 711.

27. Assessor da bancada constituinte paulista (FONTAINHA, Fernando de Castro, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo, ACCA, Tiago dos Santos (org.)). **História oral do Supremo (1988-2013)**. Vol. 10: Eros Grau. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2013, p. 51).

28. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09 mai. 2020).

29. GRAU, Eros Roberto. Comentário ao art. 170, I. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1796.

preceito da CB [Constituição Brasileira], o art. 219, que define o mercado interno como patrimônio nacional, afirmando-o como expressão da soberania econômica nacional^[30].

Com efeito, além dos já citados arts. 3º, II e 219, a soberania econômica articula-se com diversos outros dispositivos constitucionais, aí incluídos alguns que foram posteriormente alterados pela Emenda Constitucional n. 6/95^[31], a exemplo do art. 218, *caput* e §§ 2º e 3º^[32], que nunca foram devidamente concretizados.

Tampouco houve maior preocupação com a efetivação da soberania econômica, apesar de já se terem passado mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição. É certo, pelo menos até a presente pandemia, parecia esgotado o modelo desenvolvimentista. Mas, ainda que em outras bases ideológicas, poderia existir algum empenho do Estado e da sociedade em não abdicar da tomada das decisões necessárias ao desenvolvimento nacional. O que não deveria ocorrer era o desrespeito à Constituição.

Chama atenção a escassa jurisprudência formada sobre o tema. Em pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que, descontadas as menções em que serviu apenas de reforço retórico, o princípio só foi efetivamente discutido, e mesmo assim apenas como

30. *Idem, ibidem.*

31. “A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995 modificou a orientação nacionalista do texto original da Constituição de 1988” (BERVOVICI, Gilberto. Soberania econômica e regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan./mar. 2011. Disponível em: https://portal.mpf.mp.br/bidforum/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=74188&p=14. Acesso em: 10 mai. 2020).

32. “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).

§ 1º (...).

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)”. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09 mai. 2020).

eventual limite negativo, em duas ocasiões^[33].

Talvez uma parcela da culpa recaia na doutrina. Conquanto ressaltem a importância do princípio, os autores normalmente limitam-se a repetir a necessidade de garanti-lo, sem contrastar o comando emanado da norma programática com o que ocorria no mundo dos fatos, a exemplo da forte desindustrialização sofrida pelo Brasil nas últimas décadas^[34]. Por qualquer ângulo em que se mirasse, o texto parecia relegado à condição de letra morta.

Sobreveio a pandemia da COVID-19 e o crescimento exponencial do número de vítimas fez explodir a demanda por ventiladores mecânicos, que não são produzidos em quantidade suficiente no país. Pior: além de não ter capacidade instalada bastante, a indústria nacional sequer dispõe localmente de insumos essenciais, como válvulas e sensores^[35]. Por isso, ainda que fossem aprovados os Projetos de Lei n. 1759/2020^[36] e

33. Em 2005, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.273-9/DF (relator Min. Eros Grau), que afirmou a constitucionalidade de dispositivos da Lei n. 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, e em 2018, na ADI n. 5.472/GO (relator Min. Edson Facchin), que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 18.755, de 30-12-2014, e do Decreto n. 8.476, de 12-11-2015, do Estado de Goiás, que estabeleciam “reserva de mercado a prestadores domiciliados em determinado Estado-membro como requisito para a fruição de regime tributário favorecido e de acesso a investimentos públicos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.472/GO**. Requerente: Confederação Nacional do Transporte – CNT. Interessados: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás e Governador do Estado de Goiás. Relator: Ministro Edson Facchin. Brasília, 1º de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747927920>. Acesso em: 10 mai. 2020).

34. Relatório elaborado em 2016 pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) destacou o “processo de desindustrialização precoce do Brasil e de outros países emergentes nas últimas décadas. Segundo o documento, a participação da manufatura na economia e geração de emprego brasileira caiu de cerca de 27% na década de 1970 para em torno de 11% em 2014. O mesmo ocorreu na África do Sul, cuja fatia da indústria manufatureira passou de 23% para 13,3% no mesmo período. ‘Esse processo acontecer em países desenvolvidos é inevitável, mas nos países em desenvolvimento, parece um pouco precoce abandonar a estratégia de promoção da industrialização, já que o *catching up* (processo em que as economias em desenvolvimento se aproximam do nível de riqueza acumulada das economias mais desenvolvidas) ainda passa pela industrialização’, declarou oficial de assuntos econômicos da UNCTAD. Entre as causas desse processo de desindustrialização precoce nos emergentes, segundo o relatório, está o abandono das políticas desenvolvimentistas em alguns países, a sobrevalorização cambial, a abertura comercial abrupta e muitas vezes unilateral, além da própria ‘financeirização’ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da ONU mostra tendência de “financeirização” de empresas brasileiras**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-mostra-tendencia-de-financeirizacao-de-empresas-brasileiras/>. Acesso em: 10 mai. 2020).

35. “O Brasil tem enfrentado dificuldades para aumentar rapidamente a fabricação de respiradores mecânicos usados para salvar vidas de pacientes com quadros mais agudos de covid-19. Um dos problemas centrais é a falta de componentes essenciais usados na produção desses respiradores. Entre os componentes estão sensores e válvulas, cuja produção está nas mãos de um pequeno número de fornecedores” (MOURA E SOUZA, Marcos de, MACHADO, Ana Paula. Insumo do exterior limita montagem de respiradores. **Valor Econômico**. São Paulo, 28 abr. 2020. Disponível em: Acesso em: 10 mai. 2020).

36. Apresentado pela bancada do Partido Socialista e Liberdade (PSOL) na Câmara dos Deputados (BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1759/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2247329>. Acesso em: 10 mai. 2020).

2224/2020^[37], que pretendem reordenar os setores “produtivo, alimentício e econômico com o objetivo de gerar insumos essenciais” em um plano de reconversão produtiva, seria escassa a chance de êxito, ao menos no que diz respeito aos respiradores.

A situação seria diferente, se o Estado brasileiro tivesse atentado para a preservação da soberania nacional como elemento fundador da sua ordenação econômica. Com antecedência, ele lançaria mão das funções de fiscalização, incentivo e, sobretudo, de planejamento (art. 174, CF8), para minimizar a dependência tecnológica e organizar um plano de contingência, de que, na presente quadra, não se dispunha^[38]. Nada disso ocorreu. E desta feita a não efetivação da Constituição foi cobrada em vidas humanas.

3. Conclusão

Toda tragédia ensina. Os mais de onze mil brasileiros falecidos em decorrência da COVID-19^[39] mostraram a necessidade de preservar a soberania econômica nacional e, mediante ampla discussão, aprovar legislação definidora das atividades que lhe são essenciais, a fim de que elas sejam fiscalizadas, incentivadas e, principalmente, planejadas. Tomara que para isso não se tenha que aguardar a próxima catástrofe.

4. Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito nacional ao Direito supranacional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães, GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de Direito Econômico**. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019.

37. Ofertado pelo Deputado Federal Alexandre Padilha (BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 2224/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2250708>. Acesso em: 10 mai. 2020).

38. VALENTE, Rubens. **Brasil não tinha um Plano de Contingência para um novo coronavírus**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/05/02/brasil-nao-tinha-um-plano-de-contingencia-para-um-novo-coronavirus.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

39. Até o momento em que este artigo foi finalizado.

BERVOVICI, Gilberto. Soberania econômica e regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan./mar. 2011. Disponível em: https://portal.mpf.mp.br/bidforum/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=74188&p=14. Acesso em: 10 mai. 2020.

BOGDANDY, Armin von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von, FIX-FIERRO, Héctor, ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 3-23.

BRASIL. **Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/arquivos-1/AfonsoArinos.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Assembleia Nacional Constituinte – Emendas oferecidas à VI- Comissão da Ordem Econômica**. Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-160.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09 mai. 2020.

_____. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 09 mai. 2020).

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 09 mai. 2020

_____. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1759/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2247329>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 2224/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2250708>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.472/GO**. Requerente: Confederação Nacional do Transporte – CNT. Interessados: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás e Governador do

Estado de Goiás. Relator: Ministro Edson Facchin. Brasília, 1º de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747927920>. Acesso em: 10 mai. 2020

CORONAVIRUS: How easy is for the UK to make more ventilators? BBC, 17 março 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-51909812>. Acesso em: 09 mai. 2020.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. **Derecho Constitucional Económico**. T. II: regulación, tributos y propiedad. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2014.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Livro eletrônico.

FONTAINHA, Fernando de Castro, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo, ACCA, Tiago dos Santos (org.). **História oral do Supremo (1988-2013)**. Vol. 10: Eros Grau. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2013.

GRAU, Roberto Eros. Comentário ao art. 170. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1785-1794.

_____. Comentário ao art. 170, I. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1794-1797.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LAI, Chih-Cheng, SHIH, Tzu-Ping, KO, Wen-Chien, TANG, Hung-Jen, HSUEH, Po-Ren. Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) and coronavirus disease-2019 (COVID-19): The epidemic and the challenges. **International Journal of Antimicrobial Agents**, fevereiro de 2020. Disponível

em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7127800/>. Acesso em: 08 mai. 2020.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, João Alberto de Oliveira, PASSOS, Edilenice, NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013.

MARTELO, Paulo Jorge Morais Pereira. **Ventiladores pulmonares: definição do método de calibração/ensaio, aplicação regulamentar e estudo da situação atual**. 2015. 183 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Instrumentação e Metrologia). Instituto Superior de Engenharia do Porto (ISEP), Porto, 2015. Disponível em: <https://recipp.ipp.pt/handle/10400.22/8062>. Acesso em: 08 mar. 2020.

MOURA E SOUZA, Marcos de, MACHADO, Ana Paula. Insumo do exterior limita montagem de respiradores. **Valor Econômico**. São Paulo, 28 abr. 2020. Disponível em: Acesso em: 10 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da ONU mostra tendência de “financeirização” de empresas brasileiras**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-mostra-tendencia-de-financeirizacao-de-empresas-brasileiras/>. Acesso em: 10 mai. 2020.

PEREIRA, Merval. **Sua Excelência**. Disponível em: <http://www.academia.org.br/artigos/sua-excelencia> . Acesso em: 07 mar. 2020.

SALGADO, Rodrigo Oliveira. **Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 2018.

SANTOS, Fernando Muniz. 6- Princípios gerais da ordem econômica na Constituição Federal de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.). **Direito Constitucional Brasileiro: Constituições Econômica e Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico não paginado.

SEABRA, Catia, NOGUEIRA, Italo. Importação de respiradores gera prisões e queda de secretários. **Folha de São Paulo**, 7 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/importacao-de-respiradores-gera-prisoas-e-queda-de-secretarios.shtml>. Acesso em: 09 mai. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VALENTE, Rubens. **Brasil não tinha um Plano de Contingência para um novo coronavírus**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/05/02/brasil-nao-tinha-um-plano-de-contingencia-para-um-novo-coronavirus.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

Enfermidade, Isolamento Social e Tragédia no *Filoctetes* de Sófocles: Por Que os Gregos Confiaram à Amizade e à Justiça o Cuidado com a Vulnerabilidade de Nossas Vidas?

ANTONIO SÁ DA SILVA

WELLITON DA SILVA SANTOS

Sumário: 1 Introdução; 2 *Filoctetes*: um testemunho (entre outros) da fugacidade da vida humana e da precariedade de nossos projetos de felicidade; 3 A denúncia de Platão contra o alarmismo dos poetas: o conhecimento e a justiça eliminam a imprevisibilidade da natureza e do futuro; 4 Amizade, comunidade e seus bálsamos contra as desditas humanas: o que Aristóteles tem a dizer sobre pandemias e outras incertezas?; 5 Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Os cânones constitucionais dos países filiados à Organização das Nações Unidas (ONU), via de regra, reconhecem o direito do cidadão à saúde e estabelecem o dever do Estado de tutelá-lo; a nossa Carta Fundadora, por exemplo, tem um seção inteira sobre a matéria (artigos 196 a 200); a legislação infraconstitucional, de outro modo, especifica como esse direito é exercido, inclusive estabelecendo sanções ao descumprimento desse mandamento constitucional. Entretanto, uma questão que está sempre em aberto é a seguinte: de onde vem o primeiro mandamento, isto é, os fundamentos dessa determinação constitucional que impedem que

tudo não passe de uma *voluntas* legislativa, contingencialmente invocável e sujeita, inclusive, à circunstância de que em outro momento, diante de um *quorum* adequado ou até mesmo de outra Assembleia Constituinte, a ordem simplesmente desapareça?

Ninguém ignora que a nossa vocação liberal, temperada com o espírito do pensamento social pós-liberalismo europeu ^[1], determina como habitualmente fundamentamos nossa estrutura político-social-constitucional: como um contrato social onde direitos e deveres, de outorgantes e outorgados, estão previamente determinados, nos limites de nossa igualdade e responsabilidade ^[2]. Apesar disto, atrevemo-nos a considerar frágeis fundamentos desta natureza atualmente, mesmo porque nem mesmo os arautos do liberalismo moderno-iluminista se mostraram convencidos de que a liberdade de contratar é a última *ratio* da comunidade política. De fato, se olharmos com atenção apenas para dois importantes teóricos do contratualismo, Locke e Rousseau, já teremos o bastante para colocarmos sob suspeita dois pressupostos sem os quais o Estado moderno desmoronaria: a autossuficiência humana e a mútua vantagem dos contratantes ^[3], – no autor inglês, porque sugere que a razão do contrato

1. Para esta questão da origem do Estado liberal e da passagem para o Estado social, ver BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, *passim*.

2. Neste sentido, diferente do que já fora aventado no pensamento pré-moderno onde o direito é um pressuposto de uma ordem que antecede a própria vontade, no contratualismo moderno o legislador assume o lugar do demiurgo, a partir do qual todas as coisas partem e no qual todas elas encontram seu sentido: em HOBBS onde o contrato social é um derivativo daquela lei da razão que impõe a todos o dever de procurar a paz, resultando na concordância de cada um com cada outro em abdicar de seu direito a todas as coisas, bem como na superação do estado de guerra permanente que existia entre eles (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 112 e segs.); em LOCKE onde esse contrato é um expediente por meio do qual o cidadão, privando a si mesmo de sua liberdade natural, institui uma liberdade civil, à medida em que se une a outros cidadãos para com eles viver confortavelmente, usufruindo de suas propriedades e protegendo-se contra os não signatários desse pacto (LOCKE, John. Do governo civil. In: *Dois tratados do governo civil*. Tradução Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 296 e segs.); em ROUSSEAU onde o pacto social é um meio de resistir a tudo aquilo que prejudica nossa conservação no estado de natureza, constituindo-se num corpo moral onde cada um, unindo-se a todos os outros, preserva a liberdade original que possuía (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução Edson Bini. Baurú: Edipro, 2000, p. 35 e segs.); em KANT onde tal contrato é pressuposto de “uma vontade universalmente legisladora” que, somente por causa disto, obriga os cidadãos dentro do Estado (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 187 e segs.).

3. NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: The Belknap press of Harvard University Press, 2007, p. 14 e segs. Nossa adesão aqui à autora não inclui outro pressuposto que enumera, a igualdade, isto por entendermos que o mesmo não é específico do direito moderno, tendo sido determinante inclusive para o surgimento do direito enquanto tal na jurisprudência romana.

é a fraqueza do indivíduo no estado de natureza ^[4]; e, no filósofo francês, porque denuncia nossas misérias no estado de natureza ^[5].

A reserva constitucional do direito à saúde, na crise humanitária pela qual estamos passando em razão de uma pandemia com consequências ainda não conhecidas o bastante, é fundamental deveras; gostaríamos aqui, face ao amplo debate que o assunto tem causado e diante da hipótese (bastante plausível) já suscitada faz algum tempo, que o direito precisa se reaproximar-se das humanidades, e ensaiar ainda que brevemente, um ponto de discussão. Talvez recorrendo a Hipócrates inicialmente, já que em seus escritos médicos, aventou essa possível relação entre conhecimento e tragédia: de acordo com o patrono da medicina, o conhecimento científico não pode ser subestimado, pois sem ele “o tratamento dos doentes seria dirigido ao acaso” ^[6]; e isso, para depois aprofundar a discussão, partindo de um dos mais bem-sucedidos tragediógrafos gregos, Sófocles, cuja peça discutida oferece importante material de reflexão, inclusive para dialogar com Aristóteles e Platão, interlocutores importantes para este debate.

Com efeito, no momento em que Filoctetes, um guerreiro promissor dentre os gregos que embarcaram para Troia contra o rapto de Helena, desavisadamente tocou o altar da deusa Crise, foi traiçoeiramente picado pela serpente que o guardava, contraindo assim uma doença incurável ^[7]; o infortúnio que lhe sobreveio (*ανανγκαια*, *anangkaia*) embarçou o direito que julgava ter a uma vida bem-sucedida, mesmo sendo ele o herdeiro de uma flecha poderosa, por Sorte destinada a ele pelo deus Heracles para

4. LOCKE, John. Do governo civil, cit., p. 241.

5. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da educação*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 306 e seg.

6. HIPÓCRATES. A medicina antiga. In: PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Helade*: antologia da cultura grega. 7. ed. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1990, p. 226.

7. Os classistas trabalham com algumas variações desta personagem da mitologia; sem prejuízo de alguma referência importante a ser apontada na *Iliada* de Homero, texto fundador de nossa tradição ocidental, a versão que adotaremos aqui é aquela dada por Sófocles e representada provavelmente no ano 409 a.C: SÓFOCLES. *Filoctetes*. Tradução Josiane T. Martínez. Campinas: Programa de Pós-Graduação em Linguística do Instituto de Estudos da Linguagem da Universidade de Campinas, 2003.

derrotar o inimigo: incomodados com os gemidos do companheiro, o que dificultava tanto o culto como o repouso da tropa, os gregos abandonaram-no em Lemnos, na solidão de uma ilha desabitada.

A narrativa nos desafia a pensar sobre as diferentes (e até certo ponto inevitáveis) vicissitudes humanas, considerando que a vulnerabilidade de nossas vidas, um tema denunciado de modo recorrente pelos tragediógrafos, expõe nossos projetos de felicidade às surpresas que nos ocorrem ao longo da vida, ao Destino ou acontecimentos que ocorrem e que não controlamos (τύχη, *tyche*). O maior exemplo disto no momento é o fato de que talvez, depois da Segunda Guerra Mundial, nenhum episódio tenha afetado tão comoventemente a humanidade como a *pandemia* de um vírus cuja letalidade, como declarado pelas organizações médico-sanitárias, entidades de pesquisas, agências internacionais e governos, será de grandes proporções pelo modo insidioso como atinge os serviços de saúde.

Acredita-se que a aproximação entre os horrores da tragédia, como mais adiante elucidaremos, e a aflição provocada pelo *coronavírus*, é de todo muito plausível: seja quanto à ausência de conhecimento científico que determine suficientemente as condições de origem, propagação e controle; seja quanto à inexistência de serviços de saúde acessíveis a toda população para reagir ao contágio em massa; seja ainda quanto à falta de planejamento político, econômico e social que ofereça tranquilidade às pessoas em tempos de crises humanitárias... o modo até certo ponto imprevisível – de resto o que característico do mundo natural, com suas substâncias e leis sempre por conhecer, sempre imprevisível, sempre a nos apanhar em ciladas... – como o agente patológico entrou nas nossas vidas denuncia a mortalidade que nos iguala enquanto humanos e que por vezes desconsideramos.

O texto a seguir, cuja generosidade da organização se tem muito a agradecer pela aceitação, oferece apenas algumas pistas sobre essa relação entre a tragédia, amplamente discutida na literatura e filosofia clássicas, e a efetivação de nosso projeto de felicidade, de resto potencializado pela amizade genuína, pelo planejamento político e pela tutela da justiça. O primeiro tópico explora brevemente o conceito de tragédia na vida social e privada, algo que a peça escolhida testemunha com exemplaridade indiscutível; o segundo nos introduz rapidamente o complexo e ambicioso projeto cientificista de Platão, quando antes de todos denunciou a suposta resignação dos poetas com a amoralidade dos deuses e com o determinismo que preside o mundo natural; o terceiro tentará mostrar como Aristóteles, sem renunciar à aposta de que o conhecimento e a ação política podem, pelo menos, reduzir o poder que a Moira (μοῖρα, *moira*) tem de distribuir arbitrariamente a cada um a *parte* que lhe convém, reconhece que uma vida plenamente feliz depende de um pouco do Acaso (καῖρός, *kairos*), de não sermos surpreendidos por nenhum mal ou de termos amigos que nos ajudem nos momentos de infortúnio.

2. *Filoctetes*: um testemunho (entre outros) da fugacidade da vida humana e da precariedade de nossos projetos de felicidade

O que a tragédia mostra, comparada a outros gêneros literários, é que existe uma diferença considerável entre ser excelente e ser verdadeiramente feliz ^[8]; se há uma coisa que o fenômeno do *coronavirus* tem lembrado é a advertência do poeta Horácio de que a Desgraça não faz acepção de pessoas ^[9]: do nosso próprio Fado, já percebemos que o novo vírus não

8. ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução Ana Maria Valente. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 1453a13-25; 1453b14-1454a2-3.

9. HORACE. Odes. In: _____. *Odes et Épodes*. Traduction François Villeneuve. Paris: Société d'Édition «Les Belles Lettres», 2002, livro segundo, III.

poupa médicos, atletas, crentes, jovens ou adinheirados. Deste modo, a peça de Sófocles é bastante exemplar, expondo claramente esta fragilidade da vida humana: depois de Filoctetes ter seu futuro arruinado por uma criatura aparentemente insignificante, considerando o poder de suas armas e as habilidades que tinha para se defender, o herói adverte ao amigo Neoptólemo sobre a fugacidade desse poder:

Agora, recorro a ti, a um só tempo guia e mensageiro, salva-me, apieda-te de mim, considerando que tudo é terrível e repousa em risco para os mortais, no que concerne à boa experiência e a seu inverso. Estando fora da penúria, não se deve perder de vista a adversidade, e quando alguém vive bem, deve, nesse momento sobretudo, examinar a própria vida, para que ela não seja destruída inadvertidamente^[10].

A peça se desenvolve em torno de três personagens principais: Filoctetes, um guerreiro experimentado, agraciado pelo deus Hércules com uma de suas flechas poderosas; Ulisses, rei de Ítaca, que na guerra se impôs pela bravura e sagacidade; e Neoptólemo, um entre muitos jovens ambiciosos por glória (*δόξα, doxa*), mas que recebeu os desígnios por servir melhor à estratégia dos gregos de se apoderarem da flecha. Inicia-se quando a expedição ainda estava a caminho e Filoctetes, picado pela cobra, torna-se um estorvo e é proscrito socialmente; sendo despojado dos seus bens, inclusive os que permitiriam sua volta para casa, restou-lhe apenas a flecha que garantiu (miseravelmente) sua subsistência material, no mais sendo privado de tudo que uma vida humana feliz não prescindia: saúde, linguagem, família, pátria e amigos.

Mas, dez anos depois, face à revelação de que a fortaleza de Príamo não seria destruída sem a flecha de Hércules, de novo o astuto (o utilitarista,

10. SÓFOCLES. *Filoctetes*, cit., 500.

talvez) Ulisses, de resto sem nenhum escrúpulo, engendra um plano para enganar Filoctetes, despojá-lo de suas armas e deixá-lo à míngua onde estava. Nesse plano Neoptólemo, filho de Aquiles, um grande amigo de nosso herói, tornou-se a pessoa mais indicada para o embuste, pois obteria deste com mais facilidade a confiança. Diante da resistência inicial do rapaz (parecia a ele pouco virtuoso mentir), o rei de Ítaca o convence de seu plano, antecipando a máxima de que os fins justificam os meios^[11], de que a mentira não é um mal, desde que seu resultado seja útil à concretização de um projeto^[12]. Assim é que Neoptólemo segue viagem, e, encontrando Filoctetes, inicia a cilada ao dizer-lhe que regressou para reconduzi-lo à sua terra e curar suas feridas.

Ocorre que ao refletir sobre a confiança que obteve e sobre a esperança que despertou no amigo (mesmo depois de dez anos de injustiça e solidão), sobre a condição humano-destinal de um mortal, Neoptólemo devolve a flecha ao seu dono^[13]; nem mesmo a fúria de Ulisses, ameaçando severamente o emissário da punição aplicável aos crimes de guerra, demove o rapaz de voltar atrás na decisão de participar da emboscada. Depois de salvar o seu rei de uma seta venenosa que Filoctetes dispararia contra ele, depois ainda de acatarem os conselhos de Hércules, Neoptólemo cumpre a promessa que lhe parecia apropriada naquela situação de grave infortúnio: conduz o amigo à sua pátria, não sem antes providenciar a cura de suas chagas e protagonizar, junto com ele, o combate final onde os gregos foram vencedores^[14].

A comoção social do coro ouvida hoje por causa da *pandemia* é de escala planetária, mas a aproximação desta narrativa com aquela encenada

11. Neste sentido, ver WHITE, James Boyd. *Heracles' bow: persuasion and community in Sophocles' Philoctetes*. In: *Heracles' bow: essays on the rhetoric and poetics of the law*. London: The University of Wisconsin Press, 1985, p. 26.

12. SÓFOCLES. *Filoctetes*, cit., 109.

13. *Ibid.*, 1286.

14. *Ibid.*, 1409.

no teatro clássico exige, antes de tudo, respondermos à questão: podemos dizer que estamos diante de um acontecimento trágico? De acordo com Jaeger, inexistiu um conceito universal para o termo “tragédia”, sendo possível, entretanto e de acordo com as fontes originais, destacar seus traços fundamentais: “a representação clara e vívida do sofrimento nos êxtases do coro, expressos por meio do canto e da dança, e que pela introdução de vários locutores se convertia na representação integral de um destino humano, encarnava do modo mais vivo o problema religioso há muito candente, do mistério da dor enviada pelos deuses à vida dos homens”^[15]. Neste sentido, acreditamos que não somente Filoctetes, ao ser surpreendido pela dor e pelo fracasso de seu projeto de felicidade, experimenta o horror de uma cena onde Aristóteles enxerga as características da tragédia como veremos abaixo, mas também as muitas vítimas de *coronavírus* – **até o dia de ontem esbanjando muita saúde e fazendo muitos planos para o futuro – merecem o conhecido desagravo de Aquiles contra o que nos torna impotentes diante do que não podemos prever nem evitar: os deuses, por mero capricho, deixam que o medo do futuro nos atormente e que surpresas desagradáveis nos ocorram, enquanto eles próprios vivem uma vida folgada**^[16].

De fato, a inexorabilidade de um Destino humano e a precariedade de nossos projetos de uma vida bem-sucedida são a matéria prima que os tragediógrafos utilizam, pois, para os gregos e depois deles os romanos, o sucesso ou insucesso do agente moral não depende totalmente do que ele faz ou deixou de fazer: depende antes de tudo do lugar em que os fios, urdidos na roda da Fortuna, estejam no momento que nasce esse agente^[17]; assim é que Pereira destaca, na tragédia, a lição de que a humildade, reconhecida

15. JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 206.

16. HOMERO. *Iliada de Homero*. Tradução Haroldo de Campos. 2. ed. São Paulo: Arx, 2002, v. II, 2002, canto XXIV, 525-526.

17. HOMERO. *Odisseia*. Tradução Trajano Vieira. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2014, canto VII, 196-198.

no gesto de quem conhece seu lugar no mundo, é fundamental para uma vida feliz, ao passo que a soberba (ὕβρις, *hybris*) deve ser sempre evitada, já que o insolente é confrontado com um poder exterior que se opõe à nossa vontade^[18]. Como Aristóteles acentuaria, magnificamente, o que distingue um fato natural de um evento humano é que aquele é presidido segundo uma ordem de Necessidade (φύσις, *physis*), ao passo que este é organizado por uma ordem de quase-Necessidade (πράξις, *praxis*), já que aqui impera, apenas, certa margem de liberdade e de escolha para o agente^[19].

Mas isto bastaria para qualificar o fenômeno da pandemia como uma tragédia, considerando os efeitos sociais, econômicos, jurídicos, administrativos e jurídicos em discussão? Acreditamos ser precipitado dizer à partida, antes de analisar outras questões. Consideremos antes de tudo que segundo Aristóteles – aquele que formulou entre nós este conceito – um acontecimento trágico é aquele que ocorre com um humano e este não tem culpa pelo que sucede, daí que ao pensar na possibilidade de acontecer também com ele que também é um humano, o espectador é afetado pelo terror e pela compaixão com o agente que sofreu (sem merecer) uma desdita^[20].

Não basta também que aceitemos resignados os caprichos de uma Moira que trabalha, sem descansar, tecendo o Destino atroz de nossas vidas; foi em grande parte contra isso que o edifício acadêmico de Platão foi erguido, sendo por ele que devemos iniciar nossa indagação.

18. PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de história da cultura clássica: cultura grega*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, v. I, p. 339.

19. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Traducción Maria Araujo y Julian Marias. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970, 1103a-b.

20. ARISTÓTELES. *Poética*, cit., 2004, 1449b24-28, assim como 1453a5-7.

3. A denúncia de Platão contra o alarmismo dos poetas: o conhecimento e a justiça eliminam a imprevisibilidade da natureza e do futuro.

Uma questão nossa que tem chamado a atenção neste momento, no Brasil e fora dele, é a guerra que uma parcela da sociedade declarou à imprensa, sob o argumento de ser a única responsável pelo desespero dos brasileiros com o *coronavirus*; não haveria motivos para tanta aflição, ora dizendo que a doença é uma invenção, ora que o *hidroxicloroquina* pode curá-la, mesmo sem qualquer evidência científica de seus efeitos. Não se pode comprovar os reais motivos dessa cruzada anticientífica, especialmente porque vai na contramão do que dizem as autoridades médico-sanitárias, pesquisadores e agências internacionais; o que se pode dizer com acerto é que ao indignar-se com a narrativa de uma tragédia humanitária, de resto empiricamente verificada, nenhum argumento minimamente plausível é oferecido: enquanto aqui se desqualifica a narrativa jornalística e se debocha da ciência, o que Platão fez em Atenas foi desdenhar dos poetas, mas confrontando-os com um discurso científico^[21].

Já é de todo sabido que o intelectualismo socrático se enfraqueceu ao longo dos séculos, na medida em que a história comprovou que o progresso científico não implica necessariamente em melhores condições de vida como Platão acreditava^[22]; o próprio Aristóteles, seu discípulo mais importante, levantou fortes suspeitas sobre a relação entre conhecer e fazer a coisa certa^[23]; entretanto, insurgindo contra o senso comum dos poetas que dignificava as paixões (*πάθος*, *pathos*), o filósofo prestigiou a razão intelectual e universalizou o conhecimento científico (*ἐπιστήμη*, *episteme*), o que fez na boa-fé de eliminar ou pelo menos reduzir a esfera

21. PLATÃO. *Íon*. Tradução Frederico Lourenço. Lisboa: Colibri, 1994, 531a-534.

22. Para esse *continuum* entre ética (*ἔθος*, *ethos*) e educação (*παιδεία*, *paideia*) em Platão, bem como sobre os paradoxos que enfrenta, ver JAEGER, Werner. *Paidéia*, cit., p. 371 e segs.

23. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, cit., 1970, 1146b-1147b.

do imprevisível e os danos que provoca. No todo de sua obra, encontra-se a mais rigorosa de todas as tentativas de enfrentar o problema da contingência e da incerteza, respondendo à questão grega original: como é possível encontrar a felicidade (ευδαιμονία, *eudaimonia*) em um mundo que nós de fato não controlamos^[24].

Com efeito, a academia de Platão procurou recuperar a unidade metafísico-racional da Natureza (φύσις, *physis*) que a sofística dissolveu^[25], bem como encontrar uma resposta satisfatória ao problema do conflito prático suscitado pela tragédia^[26]; o libelo acusatório proferido contra os poetas, desenvolvido na sua *República* e que resultaria na expulsão de todos eles da cidade ideal^[27], mirava o cumprimento de um extenso e rigoroso programa de estudos pelos aspirantes a qualquer tipo de magistratura. O teatro antitrágico (*anti-tragic theater*) que esboça (usando aqui uma expressão de Nussbaum para designar o modo como o filósofo grego aproxima do estilo filosófico que critica^[28], conduzindo o leitor do plano emocional para o intelectual), decorre de uma convicção sincera: a de que as emoções, cultivadas pela educação (παιδεία, *paideia*) tradicional e que tinha os poetas como mestres, perturbam o intelecto do aluno, impedindo que tenha acesso à verdade e o bem em si; em outras palavras, pela poesia (ποιησία, *poesia*) somos “arrastados pelo movimento de simpatia dos nossos sentimentos”^[29], daí que ela, estimulando o que em nós há de pior, não possa fornecer um guia moral para a Cidade (πόλις, *polis*). Como Sócrates disse a Íon, o poeta não é uma pessoa séria: ele é incapaz de dizer qualquer

24. WILLIAMS, Bernard. *Shame and necessity*. Berkeley: University of California Press, 2008, p. 130 e segs.

25. NEVES, António Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 493.

26. NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy and philosophy*. New York: Cambridge University Press, 2001, p. 87.

27. PLATÃO. *A República*. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 398a-b.

28. NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness*, cit., p. 122 e segs.

29. JAEGER, Werner. *Paideia*, cit., p. 675.

coisa por meio de uma arte ou ciência, sujeitando-se, irresistivelmente, ao delírio que os deuses lhe incutem^[30].

A ambição científica de Platão, culminando na prerrogativa do rei-filósofo de conduzir os negócios públicos, ocorre em um tempo de forte otimismo em relação ao poder do homem para edificar seu projeto de felicidade no mundo: o fascínio humano ou o seu engenho inventivo (*δαίμων*, *daimon*) constituiu uma espécie “Illuminismo Greco” como disse Reale^[31]; o espetáculo da criação e do progresso da humanidade, narrado entusiástico e eloquentemente por Protágoras no diálogo platônico que leva o seu nome^[32], assim como a discussão que se segue, mostra não somente que pela primeira vez na tradição ocidental a possibilidade de uma razão pública é defendida de maneira sistemática^[33], mas mostra ainda o objetivo que o filósofo grego tem em mente: o *Protágoras* visa encorajar a juventude ateniense, sementeira de futuros dirigentes da polis, a não se curvar diante do senso comum das pessoas, do testemunho dos poetas de que a vida se sujeita à arbitrariedade do Destino e à contingência de nossas vidas; enfrenta desse modo o problema prático-deliberativo, onde este é defendido como um saber calculativo ou como ciência da numeração^[34]; como disse Jaeger, tal conhecimento “eliminará esta fonte de erros e assentará a nossa vida sobre fundamentos firmes”^[35]. Uma confiança demasiada, talvez, na autossuficiência humana, algo que Aristóteles iria ponderar, como falaremos a seguir.

30. PLATÃO. *Íon*, cit., 531a-534.

31. [...] “qualcosa di totalmente nuovo e che in qualche modo hanno operato una rivoluzione rispetto ai filosofi della *physis*” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Storia della filosofia*. Milano: Bompiani, 2010, v. I, p. 220).

32. PLATÃO. *Protágoras*. Tradução Eleazar Magalhães Teixeira. Fortaleza: EUFC, 1986, 316-328.

33. NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness*, cit., p. 89 e segs.

34. PLATÃO. *Protágoras*, cit., 356-357c.

35. JAEGER, Werner. *Paidéia*, cit., p. 440-441.

4. Justiça, amizade e comunidade: o que Aristóteles tem a dizer sobre pandemias e outras incertezas?

Se olhássemos para Platão, sem o contraponto dos poetas, provavelmente acreditaríamos que somos mesmo invulneráveis, despachando para casa aqueles agoirentos, inclusive um dos melhores, Sófocles, que no seu *Filoctetes* denuncia nossas fraquezas e dependência de amigos. Coube a Aristóteles, o mais bem-sucedido de seus discípulos, mostrar que se bem intencionada, a vida boa ambicionada pelo seu mestre não tem nada de evidente, já que a vida de um humano se diferencia, claramente, daquela vivida por um deus ^[36]. As faculdades morais e intelectuais de que dispomos, adverte, permitem ambicionar uma vida feliz, sem as surpresas que se deram com Filoctetes, e por que não dizer, com milhares de infectados em poucos dias pelo *coronavírus*; todavia, somente os deuses podem desfrutar dessa estabilidade o tempo inteiro ^[37], restando a um mortal, na vida pública e privada, trabalhar todos os dias para administrar essa contingência.

O ponto de partida do Estagirita, visível na sua *Ética a Nicômaco* e em outras obras morais, é o de que não somos autossuficientes, de modo que uma vida plenamente feliz depende, além do estudo, do planejamento político e da adequada atuação dos magistrados, de um pouco de Sorte (τύχη, *tyche*) ^[38]. Dizendo isto, distancia-se do idealismo de Platão, dialogando com a sua tradição moral, cujos integrantes compartilham o sentimento de miserabilidade humana e da obrigação de não flertarmos com o perigo; nesse sentido, não apenas os poetas (além dos trágicos, os

36. “La intuición fundamental de Aristóteles es la de la *separación*, la distancia inconmensurable entre el hombre y Dios” (AUBENQUE, Pierre. *La prudencia en Aristóteles*. Traducción M^a José Torres Gómez Pallete. Barcelona: Crítica, 1999, p. 95).

37. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, cit., 1178a-1178b.

38. *Ibid.*, 1099b.

da lírica como Arquíloco quando mostra a efemeridade do poder^[39], os da epopeia como Homero ao sugerir que o decreto da Moira é irrevogável^[40], etc.), mas também historiadores como Heródoto ao relatar a inutilidade da opulência de Cresos^[41] e Plutarco ao dizer que o fracasso de Fócion adveio de desastres ocorridos durante o seu governo^[42], políticos como Demóstenes quando alude ao Acaso (καιρός, *kairos*) para mostrar a oportunidade (no espaço e no tempo) que mesmo no infortúnio nos é dado para fazermos nossas escolhas políticas^[43], etc., ofereceram importante material de pesquisa para Aristóteles; sua missão, entretanto, foi a de encontrar um ponto de equilíbrio entre a resignação do Destino em uns e a soberba intelectual em outros.

Segue disto tudo que para o Estagirita, considerando que não dispondo de uma boa-sorte a felicidade nos escapa por entre os dedos, diga expressamente que uma pessoa absolutamente feia, mal nascida, sem filhos e amigos, não pode de fato ser feliz, situação equivalente à de quem os tenha, mas que não prestem para nada ou já tenham morrido^[44]. Afinal, do confinamento em que nos encontramos no momento, tanto quanto do isolamento social de Filoctetes em Lemnos, nossa vida se tornaria insuportável se não fossem os amigos com quem falamos e podemos contar. Deste modo a amizade (φιλία, *philia*), por um lado, seja superior à própria justiça (ainda que ela seja para o autor a maior das virtudes^[45]), pois ao passo que entre amigos verdadeiros a justiça é dispensável, até as pessoas justas precisam de amigos^[46]; por outro lado, a amizade e o cuidado são os esteios que sustentam a teoria política e a concepção de justiça do filósofo

39. “Muitas vezes a divindade eleva subitamente o homem esmagado pelo infortúnio ou atira de escantilhão o que está firmemente em pé” (*apud* JAEGER, Werner. *Paidéia*, cit., p. 108)

40. HOMERO. *Iliada*, cit., XVI, 439-449.

41. HERÓDOTO. *Histórias*. Tradução José Ribeiro Ferreira e Maria de Fátima Silva. Lisboa: Edições 70, 2002, livro I, 1.6-94.

42. PLUTARCO. Foción. In: _____. *Foción y Catón El Menor*. Traducción Antonio Ranz Romanillos. Barcelona: Editorial Iberia, 1959, especialmente o nº I.

43. DEMÓSTENES. Primeira Orintíaca. In: DEMÓSTENES; ESQUINES. *Discursos completos*. Traducción Francisco de P. Samaranch y Julio Pollí Bonet. Madrid: Aguilar, 1969, p. 123-137.

44. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, cit., 1099b.

45. *Ibid.*, 1129b.

46. *Ibid.*, 1155a.

grego: foram as necessidades que não podiam ser providas individualmente que impuseram a fundação da comunidade política^[47]; é esta carência de bens externos, diferentemente da autossuficiência intelectual defendida por Platão em seu projeto de felicidade, que inspira a concórdia e unifica os cidadãos em torno de um projeto político^[48].

Se na vida pessoal os gregos estiveram atentos à instabilidade da *Fortuna*, isto suscitou as melhores cautelas, inclusive na vida pública, evitando que uma *tyche* política arruíne a Cidade: os magistrados e os cidadãos têm obrigação de neutralizar tanto os desastres naturais com as outras arbitrariedades construídas pela desídia, egoísmo e perversidade humana^[49]. Neste ponto é que concordamos que o *coronavírus*, enquanto agente patológico, encontra equivalência na arbitrariedade denunciada pelos tragediógrafos; entretanto, a pandemia, enquanto fenômeno de propagação descontrolada desse agente, não encontra respaldo no conceito aristotélico de tragédia: falta-lhe a ausência de culpa, já que as medidas de contenção do vírus podem reduzir a disseminação, assim como o planejamento administrativo e político podem minorar os malefícios causados.

Nunca é demais reforçar que a razão do Estado e da justiça, para Aristóteles, não é outra coisa que não a providência de uma vida melhor para todos; dessa precaução é que vem sua afirmação de que a atividade política é uma espécie de segunda vida que devemos experimentar (*βίος πρακτικός*, *bios praktikos*): o homem que vive só é um deus ou uma besta^[50], diz o Estagirita, pois ninguém em sã consciência quereria para si tudo o que há de bom no mundo, se o preço a pagar por isso fosse o de viver sozinho;

47. ARISTÓTELES. *Política*. Traducción Julian Marias y Maria Araújo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951, 1252a, assim como 1253a.

48. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, cit., 1169a-b.

49. NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness*, cit., p. xxx e segs.

50. ARISTÓTELES. *Política*, cit., 1253a.

como um animal político (ζῶων πολιτικόν, *zoon politikon*)^[51], somente na polis é que nosso projeto de felicidade realiza integralmente. A justiça aqui exerce um papel determinante quando preside a Cidade... seja reparando com rigor as ofensas dos cidadãos entre si e restabelecendo a ordem estabelecida; seja distribuindo entre esses cidadãos a parte que lhes cabe entre os bens disponíveis na comunidade, proporcionalmente ao poder e à necessidade de cada um; seja ainda exigindo (proporcionalmente às suas capacidades) dos cidadãos suas obrigações para com a comunidade^[52].

5. CONCLUSÃO

E agora devemos concluir... Vimos que o desastre humanitário atual, por causa do COVID-19, aproxima-se daquele que é narrado no *Filoctetes* de Sófocles: neste, o herói é afetado, por mero capricho de seu Destino, por uma doença incurável, resultando na sua proscrição social; naquele, muitos milhares de pessoas têm sido (e outros ainda serão!) vítimas de um agente natural, talvez morfológicamente desprezível, mas patologicamente devastador, a ponto de as autoridades médico-sanitárias aconselharem o isolamento radical da população. As duas narrativas têm algo em comum: a forma insidiosa como o mal se apropria de suas vítimas.

Com efeito, refletir sobre o *Filoctetes* é uma oportunidade de perceber como que antes mesmo do direito, da filosofia, das ciências em geral, etc., os poetas desafiaram seu auditório a pensar até que ponto temos a liberdade de planejar a nossa vida e reduzir a chance do Azar (τύχη, *tyche*) em nossa vida; a tragédia denuncia a amoralidade dos deuses antropomórficos, no dizer de Aquiles como vimos, desprovidos de qualquer sensibilidade com os nossos problemas. Foi possível ver que o séc. V a.C. na Grécia, marcado

51. Ibid., 1253a.

52. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, cit., 1129a.

pela pulsão da filosofia, iluminado pela discussão pública dos problemas do cotidiano dos cidadãos, fortaleceu as apostas no domínio humano sobre a adversidade da Natureza; o fascínio pela sua criação, mesmo visto por Sófocles em outra peça com alguma reserva ^[53], proporcionou avanços significativos em todas as áreas do conhecimento, entre elas a da vida pública. O que vimos de Platão, insurgindo especialmente contra o que sugere ser a acomodação diante dos horrores da tragédia, retrata bem o que talvez possamos reconhecer como uma temeridade intelectual.

A profunda divergência de Platão com os democratas atenienses, assim como a eloquência com que se contrapõe à educação poética, não impediram que seu principal discípulo, Aristóteles, oferecesse uma resposta conciliatória entre as escolas. De fato, ante a preocupação com uma vida bem-sucedida e sem surpresas, o que este autor diz sobre a felicidade tem que ver com o mergulho que realiza no interior de sua tradição, ouvindo todos os que se ocuparam da discussão sobre a possibilidade de nossos projetos se sujeitarem à irracionalidade do Destino ^[54]. Suas lições de resto ajudam a compreender um pouco o momento atual, primeiro, porque ao estender a mão aos poetas, admite que há de fato uma diferença significativa entre ser bom e escapar de algum sinistro ao longo da vida; depois, porque ao mostrar que o fracasso de quem aparenta estar invulnerável é ainda mais espantoso, expõe a falta de predileção da Fortuna; ver Filoctetes ser retirado de combate e isolado socialmente, bem como testemunhar médicos sendo afetados pelo *coronavírus*, aproxima as duas narrativas.

Acreditamos que Aristóteles realiza uma síntese interessante do pensamento prático dos gregos, nada irrelevante como a *pandemia* atual

53. SOPHOCLES. *The Antigone of Sophocles*. American Translation R. C. Jebb. New York: Cornell University Library, 1893, 232-375.

54. Sobre essa questão da Sorte em ARISTÓTELES, conferir NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness*, cit., p. 320 e segs.

ajudou a compreender, sobre as condições de uma vida bem-sucedida; deste modo, creio que duas conclusões finais podem aqui ser extraídas. A primeira delas é a de que envolvidos numa crise humanitária de proporções ainda bastante imprevisíveis, estamos desafiados a reconhecer nossos limites, os contornos e o risco ao qual estamos expostos durante todo o tempo; sabe-se que o herói grego vive o tempo inteiro a tensão de atingir a excelência (*αρετή*, *arete*) em um mundo que lhe é adverso, mas se há uma coisa que o aflige é o risco de praticar uma insolência (*ὕβρις*, *hybris*), o risco da soberbia de querer ser como os deuses; os percalços vividos por Ulisses durante dez anos, tentando voltar para casa depois de insultar Poseidon, é de todo paradigmático: ainda que se pudesse justificar sua afronta pela situação de estresse a que estava submetido, numa guerra onde se chegou a duvidar de qual lado os deuses estavam, sua expiação independe de alguma culpa. Não parece razoável, ontem ou hoje, apostarmos em nossa autossuficiência física, intelectual, política, etc.

A segunda conclusão é um corolário da primeira e possui alguns desdobramentos... Consideremos inicialmente que para Aristóteles uma vida estável e sem sobressaltos é a mais desejável de todas, mas somente os deuses estão em condições de desfrutá-la^[55]; deste modo, dependentes de bens exteriores à alma e muitas vezes longe do alcance de nossas mãos, podemos almejar alguma segurança, mas nossas bem-aventuranças são apenas bem-aventuranças humanas^[56]. Consideremos ainda que levar a sério as lições da tragédia, o que parece inevitável porque o próprio Estagirita reconheceu a dimensão filosófica da poesia^[57], exige considerar pelo menos controvertida a afirmação extraída do senso comum de que ela sugere uma espécie de determinismo natural e social; estamos do lado dos

55. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, cit., 1178.

56. *Ibid.*, 1101a.

57. ARISTÓTELES. *Poética*, cit., 1431a39 - 1431b6.

que acreditam que é possível ter uma visão positiva desse gênero narrativo, já que no comum das coisas, o herói grego reconhece os limites de sua atuação, mas persegue o ideal de vida que acredita valer a pena buscar^[58].

Com efeito, na *Iliada* – Aquiles, ao saber de sua mãe, a deusa Tétis, que também era vulnerável e que a morte o aguardava na residência de Príamo – optou por seguir adiante, pois sabia que aquilo lhe traria a glória, enquanto a volta para casa o mergulharia no esquecimento ainda que alcançando a velhice. A censura que o coro do *Agamênon*, de Ésquilo, faz ao atrida, não é propriamente por ele ter sacrificando a própria filha, Efigênia, mas por não ter resistido o suficiente a uma ordem arbitrária que Ártemis lhe impôs^[59]. O gesto mais autêntico que se tem visto nestes dias, a partir das varandas e vivendas mundo afora, é os aplausos aos profissionais de saúde pela forma destemida como têm encarado a pandemia de *coronavírus*; as vítimas e os profissionais envolvidos, se assemelham verdadeiramente àqueles que conhecemos no teatro clássico que mesmo na adversidade, lutam perigosa e corajosamente para vencê-la^[60]; deste modo, devemos mais que testemunhar o Destino e a sua irracionalidade, como dito por aquela personagem no *Satyricon* de Petrônio: “Não possuindo tochas para iluminar-nos o caminho, erramos ao acaso”^[61].

A visão da comunidade política que Aristóteles nos legou é a de um espaço positivo de resistir à escassez de recursos e à incerteza quanto ao futuro, por meio da discussão política e do planejamento administrativo. Não fosse por acreditar nestas nessas coisas, Sêneca não colocaria exatamente na boca de sua Medeia o elogio à magnitude dos agentes públicos, isto é,

58. PEREIRA, Maria Helena da Rocha. Fragilidad y poder del hombre em la poesia griega arcaica. *Estudios Clásicos*, Murcia, n. 49, 1966, p. 307.

59. ÉSKUÍLO. Agamênon. In: _____. *Oresteia*: Agamênon, Coéforas, Eumênides. Tradução Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992, 205-228.

60. NUSSBAUM, Martha C. Toward a globally sensitive patriotism. *Daedalus Summer*, [s.l.], v. 137, n. 3, 2008, p. 84.

61. PETRÔNIO. *Satyricon*. Tradução Brasileira Marcos Santarrita. São Paulo: Abril Cultural, 1981, LXXIX.

a de proteger os cidadãos da arbitrariedade da Fortuna ^[62]. Neste sentido as más-notícias que poetas e jornalistas trazem sobre a *pandemia*, ao invés de mal-estar e indignação, devem é nos tornar mais preventos, evitando que as coisas fiquem piores; não há pecado em lembrar que não estamos no controle de nada, em expor nossas fraquezas, obtusidade e falta de caráter, embora seja difícil para algumas pessoas encararem a humilhação de enxergar isto e diante do auditório.

Certamente que depois do abalo social e econômico provocado pelo *coronavírus* os cidadãos e as nações deverão abrir um novo debate sobre o lugar do Estado na vida das pessoas; as velhas dicotomias como socialismo e capitalismo, oriente e ocidente, nacionalismo e universalismo, etc., deverão ser repensadas; será preciso aprender, como que voltando ao teatro clássico, que a dor tem uma dimensão moral irrecusável ^[63]; daremos conta, afinal, que a fronteira entre a excelência e o Desastre é muito tênue, e, quando a Desgraça dá as caras (e ela chega para todos como as duas tragédias nos mostraram!), só a amizade e o cuidado podem nos oferecer algum conforto, apoiando-nos uns aos outros como o cego Tirésias e o menino se ajudaram ^[64]; as nações mais preventas que investiram seriamente em educação, saúde pública, distribuição de renda, serviços sociais e previdência, certamente inspirarão aquelas onde subsistem sistemas econômicos predatórios e políticas autoritárias.

Os juristas parecem aqui também desafiados pelo *Filoctetes*, neste momento em que sofremos o nosso próprio isolamento, a perguntarmos se também não é o nosso papel tomar lugar neste esforço, se não de eliminar,

62. SÊNECA, Lúcio Aneu. *Medéia*. Tradução Brasileira Giulio Davide Leoni. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, 220-225.

63. NUSSBAUM, Martha C. Invisibility and recognition: Sophocles' Philoctetes and Ellison's Invisible man. *Philosophy and Literature*, Baltimore, n. 23.2, 1999, p. 268.

64. SOPHOCLES. *The Antigone of Sophocles*, cit., 989. Sobre as lições do cuidado recíproco entre Tirésias e o seu guia, no plano da vida pública, ver importante comentário de NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness*, cit., p. 79 e segs.

pelo menos de reduzir nossa vulnerabilidade comum ^[65]; antes de tudo deveremos revisar a nossa própria formação jurídica, talvez não aderindo acriticamente aos que têm as humanidades como o lugar onde todos os males são purgados, mas reconhecendo a oportunidade que as artes e a literatura ^[66] oferecem de imaginarmos outros mundos possíveis ^[67], além do provincianismo de nossas vidas; a obra que estudamos pode ajudar na formação jurídica porque mostra o *continuum* entre linguagem, caráter, comunidade e pessoa, importante para quem vive, como disse White, numa comunidade de argumento ^[68]; talvez ela também nos mostre como temos sido insensíveis a outras vítimas do Acaso natural e social, invisíveis e desumanizadas como Filoctetes ^[69], nas ilhas artificiais que nós mesmos edificamos, com os arranjos perversos na economia e na política e com os quais já nos acostumamos.

Mas se é verdade que Sófocles desafia cada um de nós a pensar, como educadores, quais juristas estamos formando e qual mundo que estamos criando, este desafio nos é colocado também lá na vida do foro; a peça nos interroga sobre quem nos tornamos ao longo da vida ^[70], se nos deixamos seduzir pela eloquência de Ulisses a ponto de não ouvirmos mais os apelos de Kant para tratar a pessoa como um fim e não como um meio ^[71], quando também poderíamos ter calçado as sandálias da humildade de Neoptólemo, revendo nossas decisões e compromissos, quando estes se mostram em desacordo com a justiça; a confiança que o filho de Aquiles nos deposita,

65. NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from humanity: disgust, shame and the law*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 11.

66. Para uma noção ainda que breve da controvertida discussão sobre o papel edificante da literatura, ver SILVA, Antonio Sá da Silva. *Destino, humilhação e direito: a reinvenção narrativa da comunidade*, 2016. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Filosóficas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. I, p. 324 e segs.

67. NUSSBAUM, Martha C. *Not for profit: why democracy needs humanities*. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 95 e segs.; NUSSBAUM, Martha C. *Poetic justice: the literary imagination and public life*. Boston: Beacon Press, 1995, p. 1 e segs.

68. WHITE, James Boyd. *Heracles' bow*, cit., p. 3.

69. NUSSBAUM, Martha C. *Invisibility and recognition*, cit., p. 259.

70. WHITE, James Boyd. *Heracles' bow*, cit., p. 26.

71. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, cit., p. 82 e segs.

para proteger o cidadão da ameaça de todas as arbitrariedades ^[72], não é um somenos em tempos de tanta incerteza.

O risco não é apenas o da omissão diante da obrigação de proteger as vítimas, mas também o da usurpação de papéis, como é propício acontecer em tempos de perturbação social. Neste sentido a tradição política ocidental, após Platão e Aristóteles, aperfeiçoou as instituições; reservando à política o papel de planejar o futuro e ao tribunal o de julgar as controvérsias passadas ^[73], este último reconhece a dignidade do ofício de cada cidadão na esfera pública, ao fim e ao cabo unidos naquele mesmo propósito espelhado no capitão do navio, cuja metáfora o Estagirita para expor a razão de ser e a metodologia que orienta a atividade tanto de políticos como de juristas ^[74]: o de conduzir o barco com aquela sabedoria que acumulou ao longo da vida, suficiente para em caso de lhe sobrevir a vicissitude e comprometer o plano de navegação, ser capaz de tomar as decisões apropriadas à contingência do momento, sem desviar, porém, dos valores comunitários exigidos para ocupar o posto que eles ocupam.

6. Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traducción Maria Araujo y Julian Marias. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970.

_____. *Poética*. Tradução Ana Maria Valente. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. *Política*. Traducción Julian Marias y Maria Araújo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951.

_____. *Retórica*. Tradução Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

72. SÓFOCLES. *Filoctetes*, cit., 1251.

73. ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, 1358b-1360a.

74. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, cit., 1110a.

AUBENQUE, Pierre. *La prudencia en Aristóteles*. Traducción M^a José Torres Gómez Pallete. Barcelone: Crítica, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DEMÓSTENES. Primera Olintíaca. In: DEMÓSTENES; ESQUINES. *Discursos completos*. Traducción Francisco de P. Samaranch y Julio Pollí Bonet. Madrid: Aguilar, 1969. p. 123-137.

ÉSQUILO. Agamémnon. In: _____. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 13-100.

HERÓDOTO. *Histórias*. Tradução José Ribeiro Ferreira e Maria de Fátima Silva. Lisboa: Edições 70, 2002. livro I.

HIPÓCRATES. A medicina antiga. In: PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Helade: antologia da cultura grega*. 7. ed. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1990. p. 226.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOMERO. *Ilíada de Homero*. Tradução Haroldo de Campos. 2. ed. São Paulo: Arx, 2002. v. II. (Edição Bilíngue Latim-Português).

_____. *Odisseia*. Tradução Trajano Vieira. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2014. (Edição Bilíngue Latim-Português).

HORACE. Odes. In: _____. *Odes et Épodes*. Traduction François Villeneuve. Paris: Societé d'Édition "Les Belles Lettres", 2002. p. 197-235. (Édition Bilingue Latin-Français).

JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009

LOCKE, John. *Do governo civil*. In: *Dois tratados do governo civil*. Tradução Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 329-393.

NEVES, António Castanheira. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy*

and philosophy. New York: Cambridge University Press, 2001.

_____. *Hiding from humanity: disgust, shame and the law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. Invisibility and recognition: Sophocles 'Philoctetes and Ellison's Invisible man. *Philosophy and Literature*, Baltimore, n. 23.2, p. 257-283, 1999.

_____. *Not for profit: why democracy needs humanities*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

_____. *Poetic justice: the literary imagination and public life*. Boston: Beacon Press, 1995.

_____. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: The Belknap press of Harvard University Press, 2007.

_____. Toward a globally sensitive patriotism. *Daedalus Summer*, [s.l.], v. 137, n. 3, p. 78-93, 2008.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de história da cultura clássica: cultura grega*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

_____. Fragilidad y poder del hombre em la poesia grieca arcaica. *Estudios Clásicos*, Murcia, n. 49, p. 301-318, 1966.

PETRÔNIO. *Satiricon*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Abril Cultural, 1981. p. 1-208. (Grandes Sucessos).

PLATÃO. *A República*. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. Íon. Tradução Frederico Lourenço. Lisboa: Colibri, 1994.

_____. *Protágoras*. Tradução Eleazar Magalhães Teixeira. Fortaleza: EUFC, 1986.

PLUTARCO. Foción. In: _____. *Foción y Catón El Menor*. Traducción Antonio Ranz Romanillos. Barcelona: Editorial Iberia, 1959. p. 5-31. (Vidas Paralelas, IV)

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Storia della filosofia*. Milano: Bompiani, 2010. v. I.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução Edson Bini. Baurú: Edipro, 2000.

_____. *Emílio ou Da educação*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SÊNECA, Lúcio Aneu. *Medéia*. Tradução Giulio Davide Leoni. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Os Pensadores).

SILVA, Antonio Sá da Silva. *Destino, humilhação e direito: a reinvenção narrativa da comunidade*, 2016. 2 vols. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Filosóficas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. v. I.

SÓFOCLES. *Filoctetes*. Tradução Josiane T. Martinez. Campinas: Programa de Pós-Graduação em Linguística do Instituto de Estudos da Linguagem da Universidade de Campinas, 2003. Trabalho de tradução e de comentários para conclusão do Curso de Mestrado em Letras Clássicas. Disponível em: < **file:///C:/Users/Antonio/Downloads/MartinezJosianeTeixeira.pdf**>. Acesso em: 08/06/2015.

SOPHOCLES. *The Antigone of Sophocles*. American Translation R. C. Jebb. New York: Cornell University Library, 1893.

WHITE, James Boyd. *Heracles'bow: persuasion and community in Sophocles' Philoctetes*. In: *Heracles'bow: essays on the rhetoric and poetics of the law*. London: The University of Wisconsin Press, 1985.

WILLIAMS, Bernard. *Shame and necessity*. Berkeley: University of California Press, 2008.

A Pandemia do Corona Vírus Observada a Partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: Breves Considerações

BERNARDO MONTALVÃO

Sumário. 1. Introdução; 2. A pandemia e a evolução social, conforme Niklas Luhmann; 3. A pandemia e o “terceiro excluído” da observação, segundo Luhmann; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

O presente texto tem como problema de pesquisa o seguinte aspecto: como observar a pandemia provocada pelo coronavírus à luz do conceito da teoria sistêmica de Niklas Luhmann? Esse problema, uma vez bem delimitado, nos coloca diante da seguinte possibilidade de hipótese, a saber: a pandemia, observada à luz da teoria dos sistemas, segundo Luhmann, é, a um só tempo, uma improbabilidade que se fez possível, como quer a sua teoria da evolução social, como também uma complexidade do ambiente social que precisará ser reduzida pelo sistema social e os seus subsistemas, como, por exemplo, o da saúde com o seu código binário saudável/doente.

Diante desta hipótese, o objetivo de tal artigo é observar a pandemia do coronavírus a partir do dicionário semântico da teoria dos sistemas proposta por Niklas Luhmann e defendida por Günther Teubner e Raffaele De Giorgi. Essa observação possivelmente nos convidará à novas observações ainda mais complexas, as quais terminam por ser objetivos específicos do texto que agora se oferece.

Observações complexas que podem aqui serem reduzidas a pelo

menos dois aspectos, são eles: a) a pandemia e a teoria da evolução social em Niklas Luhmann; a b) a pandemia e o “terceiro excluído” da observação, segundo Luhmann^[1].

Colocadas as coisas de tal maneira o presente artigo irá propor como uma de suas conclusões que se observe a pandemia do coronavírus como uma variante ou uma variação, como quer Niklas Luhmann^[2], própria do processo de evolução social. Sendo conveniente lembrar que por evolução social não se deve entender ou a ele associar qualquer ideia que remeta ou seja vinculada à noção de progresso, como bem adverte Marcelo Neves^[3].

2. A pandemia e a evolução social, conforme Niklas Luhmann

A pandemia do coronavírus se é, por um ângulo de observação, uma irritação ao subsistema social da saúde, não deixa de ser, por isso, ao mesmo tempo, uma variação que faz parte do processo de evolução social, entendido este último como quer Luhmann^[4].

A evolução social, como quer Luhmann^[5], é o processo (de diferenciação social) que contém em si três etapas necessariamente entrelaçadas, a saber: a **variação** (alguns autores associam essa ideia ao termo “mutação”, próprio do campo da genética, com o que autores como, por exemplo, Marcelo Neves^[6] não concordam), a **seleção** e a **estabilização**.

1. Um terceiro objetivo também poderia ser explorado neste artigo, a saber: a pandemia como uma irritação do ambiente social que ensejará um aumento de complexidade de alguns subsistemas sociais, dentre eles, o da saúde (o que não impede que se observe, em um futuro artigo, os respectivos aumentos de complexidade que a pandemia acarretará nos subsistemas do direito, da política e da economia). Contudo, face à exiguidade do tempo para fins de fechamento da edição da obra coletiva na qual ele será publicado, optou-se aqui por deixar esse desdobramento para uma futura publicação.

2. LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**: vol. I, estrutura social e semântica. Tradução: Patrícia da Silva Santos. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2018, p. 26.

3. NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. 3.

4. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 319-323.

5. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 324.

6. NEVES, 2006, p. 7.

Processo esse que não cessa de acontecer na sociedade. O que nos permite concluir que a cada nova estabilização do sistema social se sucederá uma nova variação ainda mais complexa a ser reduzida.

Dito de outro modo, se a sociedade é um sistema autorreferencial e autopoietico, e que se diferencia cada vez mais em subsistemas sociais no afã de lidar (ou gerenciar) com o aumento de complexidade social (quer quantitativamente, quer qualitativamente), então, forçoso será reconhecer que a evolução social pressupõe a estabilidade dinâmica do sistema social. E por estabilidade dinâmica leia-se: a capacidade do sistema social de preservar a sua estabilidade em meio à mudança. Em suma, estabilidade na mudança.

Em outras palavras, a evolução social parte do pressuposto de que se há estabilização, ou re-estabilização, é porque houve inicialmente uma variação. Logo, é possível retirar daí uma primeira lição interessante em termos de evolução social: a evolução é a capacidade do sistema social de fazer do improvável algo possível. Um bom exemplo disso é o que pode ser observado, por exemplo, na descoberta na penicilina em meio a milhões de mortes provocadas pela tuberculose.

Ora, e na atual circunstância, o que isso implica dizer? Simples. A primeira conclusão que se pode obter é que a pandemia provocada pelo coronavírus é, sim, uma variação social, ou seja, é, sim, a produção de elementos sociais, de distinções, de alternativas que, diante da contingência do futuro e da inexistência de certezas, se apresentam como novidade.

Mas há uma segunda conclusão. Qual é ela? A evolução social se dá de modo circular, porque a cadeia recíproca de implicações que a compreende dobra-se sobre ela própria. Por isso é que Luhmann^[7] afirma categoricamente que toda variação depende de uma estabilização anterior.

7. LUHMANN, op. cit, p. 325.

E é por isso que o sociólogo alemão prefere o termo reestabilização.

Contudo, antes que se tirem destas palavras conclusões precipitadas ou equivocadas, convém fazer aqui alguns esclarecimentos. O primeiro é o seguinte: não se está afirmando aqui que a evolução social se dá por meio de ciclos. Pelo contrário, ela se dá por meio de uma sequência temporal desconhecida ou cega (não há certeza ou causalidade, em termos de evolução social, porque os sistemas evoluem às cegas e de maneira incontrolável: alteram a si mesmos a partir de suas próprias operações). E o segundo é: não se sugere por meio do emprego da palavra evolução a adoção de noções como progresso ou desenvolvimento, como acima já tinha sido alertado.

Feitos tais esclarecimentos, percebe-se, pois, que a evolução social está lastreada, para Luhmann^[8], em um paradoxo. E qual seria ele? O aumento de complexidade é condição de redução da complexidade. E o inverso também é verdade. A redução da complexidade implica aumento de complexidade. Se é assim, como podemos entender, então, a partir, deste ponto de observação a pandemia provocada pelo novo coronavírus?

A primeira lição que podemos depreender é: para lidar com o aumento de complexidade provocado pela pandemia, o sistema social e todos os seus subsistemas - entre eles, o da saúde e o da economia - terão que incrementar as suas próprias complexidades para terem a capacidade de reduzir a complexidade provocada pela pandemia decorrente do novo coronavírus. E qual é a segunda lição?

A de que, uma vez que os subsistemas sociais tenham a capacidade de reduzir a complexidade provocada pela pandemia, essa circunstância, ela mesma, provocará um aumento de complexidade do ambiente social,

8. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 327.

o que implica dizer que novas variações sociais (não necessariamente novas pandemias), ainda mais complexas, poderão a partir daí advir. Mal comparando, e nos valendo de uma analogia, apenas para fins didáticos, o que se quer dizer é que para cada novo antibiótico há sempre a possibilidade de uma nova superbactéria.

Antes de avançarmos um pouco mais no raciocínio, é conveniente destacar algo que já foi dito aqui, mas que pode ter passado despercebido. E o que é? A ideia de que os sistemas evoluem às cegas e, sobretudo, de que tal evolução se dá quando ele, o sistema social, altera a si mesmo a partir de suas próprias operações, como ensina Luhmann^[9]. Ora, e o que isso quer dizer? Que variações, como, por exemplo, a pandemia provocada pelo coronavírus não são criadas a partir de fora da sociedade, mas pela e para a sociedade. Trocando em miúdos, a pandemia é produto da sociedade, voltado para sociedade e que desencadeia nela, na sociedade, uma série de consequências imprevisíveis.

Postas as coisas de tal maneira, se a pandemia, como aqui sustentamos, é uma variação e, portanto, parte processo de diferenciação que caracteriza a evolução social, isso implica dizer que a partir da multiplicidade de possibilidades que ela, enquanto variação, acarreta, faz surgir de modo necessário seleções. Isso mesmo. A variação impõe uma necessidade. E ela, a necessidade, impulsiona uma seleção.

Seleções são estruturas redutoras da complexidade a níveis capazes de proporcionar operações. Em outras palavras, seleções são estruturas inventadas pelo sistema social para conferir a ele a capacidade de reduzir a complexidade a níveis capazes de proporcionar operações, ou seja, a níveis capazes de manter o sistema social em funcionamento. Vale aqui o antigo provérbio, a necessidade é a mãe de todas as invenções.

9. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antônio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Júnior; Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2016, p. 496-499.

Mas uma vez feita a escolha e as inovações a ela relacionadas (a seleção), o que em termos da pandemia do coronavírus significa dizer, por exemplo, uma vez que surja uma nova vacina ou um novo medicamento retroviral, essa circunstância, ela mesma, precisará ser estabilizada pelo sistema social de modo a gerar uma identidade - e, por conseguinte, uma diferença - capaz de resistir temporalmente.

E aí, novamente, pensando-se na pandemia provocada pelo novo coronavírus, isso acarreta dizer que não basta uma nova vacina, por exemplo, será preciso que o subsistema social da saúde, para permanecer no exemplo, gere uma nova identidade, ou seja, saia da pandemia como um novo subsistema social de saúde de modo a que tenha maior capacidade de resistir temporalmente. Em termos práticos, afirmar isso significa dizer, por exemplo, que será preciso passar a existir um comitê internacional vinculado às Nações Unidas de modo a gerenciar novas e futuras pandemias com o intuito de mantê-las sob controle.

Mas essa estabilização ou reestabilização impedirá uma nova variação? Impedirá, por exemplo, uma nova pandemia? Não. Mas, por favor, não se apresse a fazer a partir daí qualquer juízo de valor ou moral. Não se precipite em dizer que se a evolução social é assim, a estabilização do sistema social é algo ruim, porque enseja uma nova variação. Essa não é a observação que Luhmann desenvolve sobre a evolução. Afinal, não cabe julgar a evolução, mas, sim, e antes de mais nada, explicá-la e compreendê-la.

Pois bem, se tudo está bem explicado, forçoso é admitir que o raciocínio aqui desenvolvido terá sérias implicações para a denominada “*sociologia da crise*”. E por quê? Porque colocadas as ideias de tal forma, esvazia-se o conteúdo do conceito de *crise*. Em outras palavras, a pandemia não é uma crise, a sociedade não está em crise, se há uma crise talvez ela seja a das teorias que não conseguem explicar o que se passa na sociedade. E mais, isso que chamamos de evolução social implica aceitar a regularidade da

incerteza. É dizer, que a evolução social tem como principal característica a incerteza. E implica ainda a hipótese paradoxal anteriormente mencionada, qual seja, a de que o aumento da complexidade é condição de existência da redução e vice-versa.

3. A pandemia e o “terceiro excluído” da observação, segundo Luhmann

Feitas tais considerações acerca da pandemia sob o ponto de vista da evolução social, convém que, agora, ela seja observada a partir de uma outra perspectiva também baseada na obra de Luhmann, qual seja, a do “terceiro excluído”. E o que isso quer significar, essa ideia de “terceiro excluído”? Que toda observação tem um “ponto cego”. O que implica dizer que todo conhecimento que se produza sobre algo, necessariamente, apresenta sempre um ponto cego.

Mas antes de explorarmos essa ideia e aplica-la à pandemia e observar as suas possíveis consequências, faz-se necessário dedicar antes alguma atenção à questão da *autofundação do sistema*. E por quê? Porque estas temáticas – terceiro excluído e autofundação do sistema – estão umbilicalmente atreladas no pensamento de Luhmann. Sendo assim, para melhor compreender como o sociólogo alemão chega à ideia de ponto cego da observação, é oportuno explicar, ainda que perfunctoriamente, a noção de autofundação do sistema.

Pois bem, se é assim, o primeiro passo é advertir que Luhmann toma como dicotomia básica de sua teoria sobre a sociedade a diferença *sistema/ambiente*. Ao operar e manter ativo os dois lados da distinção sistema/ambiente, o modelo luhmaniano trabalha sempre com duas alternativas. Como uma parte não existe somente *per se*, mas depende da indicação

simultânea da outra, a forma (como quer George Spencer Brown^[10]) não pode estabelecer sua própria unidade. Não existe, segundo Luhmann, fundamento superior à distinção sistema/ambiente. Enquanto distinção, pode referir-se somente aos dois lados separados. O que implica dizer que a construção é paradoxal^[11]. Traduzindo, para fixar a unidade de cada uma das partes, a forma deve ser uma diferença. A adoção desta lógica gerou, por sua vez, duas importantes aquisições ao pensamento sistêmico.

A primeira delas é a inexistência de uma unidade fundamento para toda teoria uma vez que não existe unidade sem distinção^[12]. Afinal, como quer o primeiro paradoxo proposto pelo autor: toda identidade pressupõe uma diferença. Dito de outro modo, toda observação toma como pressuposto uma distinção. E deste paradoxo, por sua vez, é possível depreender um outro, a saber: o sistema deve distinguir-se do ambiente para fixar sua identidade. Logo, o ambiente é produto do sistema.

Bem, se é assim, cada unidade formada é pressuposto de existência de outra diferença. As distinções são, desta forma, produzidas *ad infinitum*. Em outras palavras, é possível estabelecer a unidade de uma dada forma, mas esta somente será definida enquanto tal, na medida em que se

10. SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. London: Allen & Unwin, 1969. Sobre a utilização do cálculo de Spencer-Brown por Luhmann, ver: SCHILTZ, Michael; VERSCHAEGEN, Gert. *Spencer-Brown, Luhmann and Autology, Cybernetics & Human Knowing*. V. 9, n.3-4, 2002, p. 55-78.

11. Essa ideia, a de que a racionalidade se manifesta por meio de paradoxos, muito bem explorada por Luhmann, já se encontra presente entre os sete princípios propostos pelo filósofo egípcio Hermes Trimegistus e que estão lançados na obra *Caiballion*. Para ser mais exato, o filósofo egípcio da antiguidade denomina tal ideia como o princípio da polaridade ou dualidade. Contudo, para ele, essa ideia não implica na negação da unidade, antes o oposto. É dizer, para Hermes Trimegistus, e também para Platão, influenciado por ele, a dualidade parte da unidade. Nas palavras de Pitágoras, referindo-se à filosofia da matemática, o 2 deriva do 1. Platão também toma como pressuposto a ideia de que a dualidade deriva da unidade e ele a desenvolve ao tratar sobre a sua dualidade básica – o mundo das ideias e o mundo das aparências. Um bom exemplo disso é o “mito da caverna” por ele proposto no Livro VII, de sua obra “A República”. PLATÃO. *A república*. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 225-256. Se considerarmos que Luhmann foi influenciado pela obra de Ludwig von Bertalanffy – Teoria geral dos sistemas -, e considerando que esse último, por sua vez, foi influenciado pelo autor neoplatônico Manibus Nicolai de Cusa Cardinalis, é estranho, ou no mínimo curioso, que Luhmann, apesar de descender intelectualmente de uma cadeia de autores neoplatônicos defensores da ideia de unidade, tenha ele chegado à conclusão diversa. Vale ressaltar que Manibus Nicolai de Cusa Cardinalis foi, por sua vez, muito influenciado pela obra de Baruch Spinoza. Em especial, pela obra SPINOZA, Brauch. *Ética*. 2ª edição. Tradução: Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2011. Sobre a cadeia de autores neoplatônicos e a sua influência sobre o pensamento de Niklas Luhmann, consulte-se: CIRNE-LIMA, Carlos. *Causalidade e auto-organização*. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz. *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo-RS: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003, p. 17-56.

12. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª ed. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 176-187.

diferenciar de qualquer outra coisa, criando uma nova forma. Este processo é ininterrupto.

Pense, por exemplo, na distinção homem/mulher. Poder-se-ia afirmar que a unidade desta distinção é o ser humano. Este, contudo, não é observável por meio da respectiva distinção: podem ser vistos somente o homem ou a mulher. Se é assim, como ver o ser humano? Por meio de outra distinção: ser humano/animal. A unidade desta nova diferença, por exemplo, será ser o conceito de ser vivo ^[13].

Mas ela, por sua vez, para ser observada remeterá a uma outra distinção e assim por diante, até que chegemos à distinção mais abstrata e abrangente de todas, segundo Luhmann, a distinção sistema/ambiente. Mas e a distinção sistema/ambiente, ela pressupõe uma unidade que lhe seja anterior? A solução de luhmaniana é, então, no mínimo criativa ^[14]: a unidade da distinção sistema/ambiente é o *mundo* e este é o horizonte de todas as possibilidades ^[15]. O que, em nosso sentir, terminar por lançar Luhmann em um paradoxo com a sua afirmação inicial, mas, ao mesmo tempo, reaproxima-lo da tradição platônica, da qual ele é descendente.

Postas as coisas de tal modo, é possível, então, inferir que a unidade da distinção é a margem de latência da própria da distinção. E o que é a margem de latência de toda distinção? O que a partir dela, da distinção, não pode ser observável. É o que Luhmann denomina como “*ponto cego*” da observação. Este ponto é o “*terceiro excluído*” de uma distinção. Ele será observável, será incluído como distinção, e se fixará como unidade identificável somente quando se diferenciar. Obviamente, porém, quando

13. Percebe o que Luhmann quer dizer? Percebe como, para que se faça uma afirmação qualquer, é indispensável uma distinção que lhe seja subjacente? Por exemplo, quando digo: o Brasil é um país da América do Sul. Esta afirmação, para ser feita, pressupõe uma distinção. Por exemplo, a distinção Brasil/Peru, ou a distinção continente/país, ou, ainda, a distinção América/América do Sul.

14. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

15. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª ed. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 45-54.

ele se diferenciar, no mesmo momento, outro ponto cego surgirá e outro terceiro será excluído. Esta perspectiva rompe radicalmente com a ideia de fontes e fundamentos, tão valiosa ao pensamento clássico.

Para Luhmann, portanto, os fundamentos estão na latência, no fato de não serem vistos e, como são pressupostos de diferenças, também são de si mesmos. Conclusão: os fundamentos autofundam-se. Ou, como ensina Cirne-Lima, o que é chamado pelo nome de fundamento é uma *causa sui*, ou seja, uma causa de si mesmo^[16]. Percebe-se, assim, que Luhmann criou um modelo de análise onde não existem limites na produção de diferenças, pois nunca restará um único fundamento. Por este motivo, Raffaele De Giorgi afirma que os sistemas (subsistemas sociais) não possuem nem início nem fim^[17].

Colocadas as circunstâncias de tal modo, é possível agora, então, utilizar-se deste dicionário semântico luhmaniano e de suas considerações sobre o conceito de ponto cego para supor algumas possibilidades de conclusão no que toca à pandemia provocada pelo novo coronavírus. A primeira dessas conclusões, sem dúvida, é a de constatar que a diferença saudável/doente que caracteriza o subsistema social da saúde, sim, pressupõe um terceiro que lhe é excluído, o que nos permite depreender, então, como primeira consequência de raciocínio que, sim, há um grande número de subnotificações, quando o assunto é a pandemia provocada pelo novo coronavírus.

Mas as subnotificações não são um erro. Elas são algo próprio de qualquer observação, na medida em que exprimem o ponto cego da observação. Logo, o que pode oscilar é a maior ou menor subnotificação de qualquer observação, mas nunca será possível uma observação plena, sem

16. CIRNE-LIMA, Carlos. *Causalidade e auto-organização*. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz. *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo-RS: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003, p. 17-56.

17. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª ed. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 20.

que nenhum terceiro seja excluído da operação de observar.

Disso resulta, então, que se todo subsistema social ao observar o seu ambiente possui um ponto cego, seja lá qual for o subsistema que estejamos falando (de saúde, o do direito, o da economia, dentre outros), então, todo subsistema sempre estará sujeito à irritações provocadas pelo seu ambiente, o que, por sua vez, dará ensejo a um aumento de complexidade desse subsistema. Esse aumento de complexidade do subsistema, do ponto de vista interno, ou seja, observado o subsistema social por dentro, resulta ou da irritação provocada pelo ambiente social, ou de um acoplamento estrutural entre um subsistema com outro.

Ora, se é assim, é possível inferir que a pandemia provocada pelo novo coronavírus ensejará quer no curto prazo, quer a longo prazo, uma série de incrementos de complexidade quer no subsistema social da saúde, quer no subsistema da economia, por exemplo. O que implica dizer que, assim como no subsistema da saúde, novos testes ou exames tendem a ser desenvolvidos ou aprimorados no curto prazo, novos mecanismos de controle e de notificação de epidemias e de pandemias, tendem a ser melhorados nos próximos anos. O que, por sua vez, pode propiciar o aumento da população mundial e a expansão das grandes cidades ou centros urbanos.

Esse aumento da população mundial, por sua vez, pode aumentar a pressão sobre o desmatamento das grandes florestas, a ampliação da produção de animais para abate, o consumo de animais selvagens para fins de alimentação e, deste modo, ensejar o aparecimento de um novo vírus e, com ele, a possibilidade de uma nova pandemia. O que, mais uma vez, demonstra que o raciocínio luhmaniano parece ser o mais adequado para compreender a dinâmica da sociedade moderna e, por sua vez, da pandemia que nela ocorre.

Mas, para voltarmos à ideia de ponto cego inerente à toda e qualquer observação, é preciso dizer que essa cadeia de acontecimentos acima descrita – vacina, vida normal, aumento da população, desmatamento, consumo de animais, novo vírus – não é uma necessidade, é uma probabilidade. Lembremos, uma vez mais, que a evolução, como quer Luhmann, também é cega. Não há nada que a guie ou a conduza. Para ficarmos com o vocabulário do autor, não há um programador externo à sociedade, planejando e determinando tudo que nela acontecerá.

E disso podemos extrair mais uma lição importante, em tempos de sociedade complexa, não há uma observação privilegiada, quando todas tem um ponto cego. Dito de outro modo, não há um dono da verdade. A verdade, ela mesma, é a unidade da diferença que não pode ser observada pela diferença. Em outras palavras, o que chamamos de verdade é, na verdade, o ponto cego de toda observação. E nisso reside o potencial democrático, inclusivo e interdisciplinar da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, na medida em que ela nos convida a observar a sociedade a partir da complementariedade das diferentes observações. Bem-vindo à sociedade moderna!

4. Conclusão

A partir do que foi dito, depreende-se, então, as seguintes conclusões:

- a) que à luz da teoria sistêmica de Niklas Luhmann a pandemia pode ser compreendida como uma variação da evolução social;
- b) que, compreendida como uma variação, a pandemia poderá dar ensejo à seleção e estabilização do sistema social como um todo;
- c) e essa circunstância, por sua vez, implicará dizer que o incremento

de complexidade do ambiente social desencadeado pela pandemia dará ensejo a um aumento de complexidade nos mais variados subsistemas sociais, em especial, nos da saúde, no da economia e no do direito;

d) esse incremento de complexidade por parte dos subsistemas sociais, entendido como resultado da seleção e estabilização deles, poderá, por seu turno, dar lugar a uma nova variação social, ainda mais complexa;

e) essa nova variação pode ser uma nova pandemia no futuro próximo, mas não necessariamente, podendo ser, no lugar disso, qualquer outra possibilidade de variação social;

f) Não se deve entender evolução social como sinônimo de progresso ou desenvolvimento, porque ela se dá de forma cega, segundo Luhmann;

g) O incremento de complexidade que os subsistemas sociais irão experimentar por força da pandemia provocada pelo novo coronavírus serão os mais diversificados possíveis, como, por exemplo, a criação de um comitê internacional junto à Organização das Nações Unidas para monitorar a possibilidade de uma nova pandemia;

h) Toda observação tem um ponto cego;

i) As subnotificações que estão ocorrendo ao longo da pandemia provocada pelo novo coronavírus, não são um erro ou uma falta, mas algo inerente à toda e qualquer observação;

j) O ponto cego da observação é, também, a um só tempo, o que explica o incremento complexidade do sistema social e de seus subsistemas.

k) A descoberta de uma vacina tende a provocar um aumento da população mundial e, com isso, ensejar, no médio prazo, o aparecimento de um novo vírus, decorrente, por exemplo, do

aumento da pressão pelo consumo de animais;

l) O que chamamos de verdade é, na verdade, o ponto cego, de toda observação.

5. Referências

CIRNE-LIMA, Carlos. Causalidade e auto-organização. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz. Dialética e auto-organização. São Leopoldo-RS: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Teoria della società. 7ª ed. Milano: Franco Angeli, 1995.

_____. O direito da sociedade. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antônio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Júnior; Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2016.

_____. Teoria dos sistemas na prática: vol. I, estrutura social e semântica. Tradução: Patrícia da Silva Santos. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2018.

NEVES, Marcelo. Entre Themis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

PLATÃO. A república. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

SCHILTZ, Michael; VERSCHAEGEN, Gert. Spencer-Brown, Luhmann and Autology, Cybernetics & Human Knowing. V. 9, n.3-4, 2002, p. 55-78.

SPENCER-BROWN, George. Laws of form. London: Allen & Unwin, 1969.

SPINOZA, Brauch. Ética. 2ª edição. Tradução: Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2011.

Os impactos do Coronavírus nas Relações Contratuais

CHRISTINE MATTOS ALBIANI

Sumário: 1. *Os impactos do coronavírus nas relações contratuais;*
2. *Referências.*

Diante do presente panorama global de alarmante agravamento da pandemia da COVID-19, causada pelo novo coronavírus (variante SARS-CoV-2) e a necessidade de observância das medidas de precaução para obstar sua difusão, os mais diversos setores socioeconômicos estão sendo significativamente impactados, sendo premente a análise dos desafios que se apresentam e dos instrumentos disponíveis para lidar com a crise.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), contribuindo para a ampla conscientização da gravidade da conjuntura atual, fez anúncios quanto à Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, estabelecendo seu maior nível de alerta, em 30 de janeiro de 2020 e, em 11 de março de 2020, declarou o surto do coronavírus como uma pandemia global^[1]. Por conseguinte, diversos países editaram sucessivos atos normativos prevendo restrições das mais diversas, de modo a conter a disseminação do vírus e proteger a ordem econômica.

Neste diapasão, a comunidade acadêmica é chamada a atuar para através do conhecimento científico – não só na área da saúde, como também das ciências humanas – desenvolver instrumentos capazes de estancar os impactos negativos gerados.

Evidencia-se, assim, sobretudo no âmbito jurídico, a indispensável

1. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 25/03/2020.

necessidade de se estabelecer uma releitura de paradigmas e reformular parâmetros dos mais tradicionais ramos do Direito, de modo a torná-los eficazes para enfrentar as questões apresentadas no contexto atual.

Num cenário onde inúmeras empresas já se mobilizam e notificam os seus parceiros a respeito da impossibilidade de cumprimento dos contratos firmados, calcadas no instituto da força maior, coloca-se em cheque diversas questões que surgem na seara contratual, de inegável relevância prática.

Temas como a coibição da elevação abusiva dos preços de produtos essenciais, a impossibilidade de entrega de produtos e serviços em decorrência da crise, preocupações em torno da ameaça à continuidade da atividade empresarial de lojistas (em particular, os locatários de pontos comerciais em shopping centers)^[2], bem como a pretensão de manutenção do equilíbrio atuarial e econômico nos contratos de seguros de saúde com a cobertura de novos exames e novos tratamentos em benefício dos segurados (obrigação antes não prevista), são objeto de pauta impreterível e merecem atenção.

Tendo em vista a vultuosidade do evento e a evidente crise dele decorrente –devendo-se observar que o Coronavírus afetou negócios de formas diferentes, aumentando a demanda de alguns setores e diminuindo abruptamente a de outros – há uma tendência da doutrina em perquirir soluções, realizando enquadramentos jurídicos e identificando a incidência de normas mais adequadas para tratar do tema.

Neste ínterim, cumpre salientar a ineficácia de recorrermos a uma solução “mágica” que se aplique a todas as relações contratuais, tendo em vista as diferentes naturezas que as envolvem (consumerista e cível, por exemplo) e conseqüentemente os diplomas legais, modo de interpretação

2. V., ao propósito, TERRA, Aline de Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em shopping center. Migalhas, 20/03/2020.

e princípios aplicáveis, bem como as vontades das partes envolvidas (em permanecer na relação contratual ou não) e demais circunstâncias – como a onerosidade excessiva no cumprimento da prestação pelo devedor – , fatores que devem ser aferidos no caso concreto.

Feitos os apontamentos iniciais, no presente trabalho pretende-se incentivar a aplicação dos instrumentos tradicionais do direito dos contratos com o devido respeito à técnica, através da correta aplicação dos fundamentos e requisitos dos institutos envolvidos, de modo a garantir maior segurança e estabilidade às relações jurídicas, principalmente, pelo atual panorama já permeado de incertezas.

Observa-se, uma tendência no ambiente jurídico de analisar as repercussões da pandemia sob a perspectiva das hipóteses de resolução dos contratos em geral, classificando os acontecimentos em abstrato como fatos imprevisíveis e insuperáveis (pelo menos por ora), capazes de relativizar a força vinculante dos negócios jurídicos ante a alteração abrupta nas circunstâncias, diferentes das previstas na época de celebração do pacto.

Ora, como bem explicita o eminente professor Anderson Schreiber sobre a temática em questão em recente texto publicado, nosso sistema “não admite esse tipo de abstração. O ponto de partida deve ser sempre cada relação contratual em sua individualidade”. Ainda complementa tal concepção afirmando que “É preciso, antes de se qualificar acontecimentos em teoria, compreender o que aconteceu em cada contrato”.^[3]

De fato, não se pode determinar as soluções adequadas à relação jurídica, sem perceber as nuances que envolvem o direito dos contratos e ponderar em que circunstâncias os institutos autorizadores da resolução e revisão contratual se mostram efetiva e tecnicamente apropriados. Necessita-se,

3. SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andar: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional> . Migalhas, 23/03/2020. Acesso em: 26/03/2020.

portanto, analisar as conjunturas do caso concreto, levando em consideração os efeitos da pandemia especificamente no contrato sob análise.

Deve-se, inicialmente, perceber a natureza da relação contratual, inclusive questionando-se se o contrato a ser analisado é de consumo – no qual se evidencia a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor numa relação cada vez mais impessoal, com condições impostas e sem possibilidade de discussão das cláusulas postas para adesão – ou de natureza civil, regido pelo CC – no qual as partes contratantes se encontram em condição de igualdade, cooperam entre si, discutem as cláusulas regentes da relação jurídica estabelecida, e entendendo o conceito e os riscos do contrato, somente depois resolvem celebrá-lo.

Essa análise preliminar é de extrema importância, tendo em vista que para cada tipo de relação negocial se aplicará uma legislação específica e para cada legislação específica existem saídas diversas. Se, de um lado, afirma-se que o CC pode ser utilizado de forma subsidiária nas relações de consumo, de outro, percebe-se a premente necessidade de observância das soluções específicas dadas pelo CDC para tratar do assunto e o filtro interpretativo que se impõe.

Basta analisar, por exemplo, uma ação judicial em que se pleiteia a revisão de um contrato. Enquanto nos contratos paritários celebrados entre particulares, regidos pelo CC, esta medida de intervenção do estado é excepcional e deve ser utilizada de forma mínima, no âmbito de proteção do CDC ela é amplamente aceita, ante a desigualdade existente entre os contratantes, qual seja, a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor e a impossibilidade de negociação prévia das cláusulas disciplinadoras desta relação.

Salienta-se que esse modo de ler o direito de acordo com a natureza negocial irá influir diretamente na melhor alternativa a ser considerada

pelo intérprete, no caso concreto, para manutenção do contrato (revendo suas cláusulas, se necessário) ou, se impossível ou indesejável (pelo credor o cumprimento da obrigação), buscar a sua extinção.

Somente depois de qualificar o contrato como de natureza civil passamos para análise de outras circunstâncias. Deve-se procurar compreender em que momento o contrato foi celebrado, quando houve a pactuação de suas cláusulas, se antes ou depois da pandemia.

Na hipótese dos contratos celebrados durante a pandemia, deve-se olhar se há previsão específica das consequências jurídicas e/ou efeitos do inadimplemento ou mora, nessas circunstâncias, no próprio instrumento contratual. Na hipótese, o que for pactuado entre as partes, segundo o princípio da autonomia da vontade, deve prevalecer, tendo em vista que no momento de celebração do contrato as circunstâncias atuais já eram conhecidas.

Nesse sentido, frisa-se o disposto no art. 113, §§1º e 2º e art. 421 (recentemente alterados pela Lei de Liberdade Econômica), ambos do CC que reiteram a excepcionalidade da revisão dos contratos pelo Judiciário no âmbito dos contratos civis.

Ressalva-se também, diante desse cenário de celebração de contratos durante a pandemia, a possibilidade de incidência das hipóteses de invalidade dos negócios jurídicos – que implicam em nulidade ou anulabilidade do contrato (conforme arts. 166 e 171 do CC) –, especialmente o estado de perigo, hipótese de anulabilidade em que “o agente, premido por circunstâncias de fato que exercem forte influência sobre a sua vontade, realiza negócio jurídico em condições desvantajosas, assumindo obrigação excessivamente onerosa”^[4].

Com as premissas da legislação aplicável, momento de celebração

4. TEPEDINO, Gustavo; BODIN, Maria Celina; HELENA, Heloisa Barboza. Código Civil interpretado conforme à Constituição da República – 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro; Renovar, 2007, p. 295.

do contrato e de que é ineficaz a perspectiva de observar os impactos da pandemia como uniformes para todo e qualquer vínculo contratual, passa-se para outra etapa: a análise do polo em que a parte se encontra na relação contratual, para voltar-se o exame sob o prisma de credor ou devedor.

Na hipótese de se considerar a situação no contexto que envolve o credor e tiver havido o inadimplemento da obrigação contratual pelo devedor, esta análise essencialmente deve passar pela aferição da vontade desse credor no cumprimento do negócio jurídico e manutenção do contrato. Por outro lado, questiona-se, na condição de devedor, se havendo a vontade deste no cumprimento do contrato, o credor ainda possui interesse em receber a prestação (mesmo a destempo e diante da nova realidade), ou se há efetiva impossibilidade de cumprimento.

Afirma-se, nesse sentido, que somente diante da impossibilidade de prestação específica de um contrato que se pode invocar, tecnicamente, a aplicação do caso fortuito ou força maior como excludente de nexo causal, a liberar o devedor do cumprimento da obrigação contratual. Destaca-se também que a relevância jurídica de se enquadrar um evento como imprevisível e extraordinário está na aferição específica da excessiva onerosidade para o cumprimento de um determinado contrato^[5], de forma a se possibilitar sua revisão ou extinção.

Evidencia-se, portanto, que a depender das circunstâncias aferidas casuisticamente e do polo contratual, haverá institutos clássicos da Teoria Geral dos contratos a serem aplicados com o intuito de construir soluções possíveis para os diferentes casos.

Neste prisma, cumpre rememorar alguns conceitos básicos relacionados aos direitos das obrigações e a responsabilidade contratual.

5. Sobre o tema, seja consentido remeter a Anderson Schreiber, *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*, São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 202 e seguintes.

O inadimplemento, consistente no descumprimento de uma obrigação (estipulada dentro de uma relação obrigacional prévia), resultará na responsabilidade contratual que possui como consequência, essencialmente, a imposição ao devedor do dever de oferecer a prestação. Se, no entanto, não houver mais utilidade ou interesse, ela representará, em regra, o dever de reparar o desequilíbrio patrimonial decorrente da falta de cumprimento da obrigação contratual. Cumpre salientar neste ponto, que existem hipóteses de excludente de responsabilidade, como a supracitada força maior e o fato do príncipe.

Hipoteticamente, se as partes da relação contratual não possuírem mais interesse na sua manutenção e cumprimento da prestação pelo risco de contaminação ou por qualquer outro motivo advindo das alterações posteriores das circunstâncias contratuais, quais seriam as alternativas jurídicas possíveis para rescisão do contrato?

Observa-se, na seara da extinção dos contratos por fatos posteriores à sua celebração, o gênero denominado de rescisão, que abriga duas espécies: a resolução – extinção do contrato por descumprimento – e resilição – dissolução por vontade que pode ser unilateral ou bilateral.

Assim, na hipótese em que não há mais interesse das partes no cumprimento do contrato, há a possibilidade de distrato, conforme art. 472 do CC, também chamado de resilição bilateral e conceituado por Flávio Tartuce^[6] como “novo negócio em que ambas as partes querem, de comum acordo, pôr fim ao anterior que firmaram”, acrescentando, ainda, que este “submete-se a mesma forma exigida para o contrato”.

É evidente que um dos efeitos da celebração válida de um contrato é a necessidade de cumprimento deste, em respeito ao princípio da força

6. Tartuce, Flavio. Manual de Direito Civil, vol. único. 8ª ed. revis., atual. e ampl. Editora Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo, 2018, p. 747/478.

obrigatória ou *pacta sunt servanda*. Contudo, como bem elucida Caio Mário da Silva Pereira^[7], “pode acontecer que, por motivos que variam ao sabor dos interesses das partes, ou das injunções ambientes, ocorra a hipótese de convir que se impeça a produção de efeitos do contrato ainda não cumprido ou não totalmente executado”. Assim, a liberação dos contratantes através do distrato dar-se-ia pela extinção voluntária do vínculo contratual.

Neste ponto, salienta-se a possibilidade de se pensar na aplicação dos comumente chamados meios alternativos de solução de controvérsias, também denominados de meios adequados de solução de conflitos^[8], especialmente os consensuais como a Mediação, Negociação e Conciliação. No âmbito empresarial^[9], ainda se destaca a Arbitragem (através da cláusula compromissória ou compromisso arbitral) que se caracteriza pelo sigilo ou confidencialidade muitas vezes interessante para os atores do mercado, mesmo sendo um método impositivo (no qual um terceiro, o árbitro, pode adjudicar sua decisão).

Deve-se analisar sobretudo o custo de oportunidade quanto à resolução da questão pelo Judiciário, contabilizando o tempo que será gasto para que a resposta – muitas vezes insatisfatória para ambas as partes – seja imposta pelo Estado-Juiz, bem como o quanto será gasto em termos de assessoramento jurídico e custas judiciais para tanto.

Ora, não seria mais razoável, a depender do caso, chegar a algum

7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III. Editora Forense: São Paulo, p. 151.

8. Nesse sentido: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho leciona (Direito Processual Civil contemporâneo – teoria geral do processo, ed. Saraiva, 6ª ed., p. 810): “Desde Mauro Capelletti, um verdadeiro guru do movimento do acesso à justiça, que sistematizou três ‘Ondas Renovatórias’ propostas para a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional estatal, acabou-se por reconhecer que, por faltar efetividade, a jurisdição não seria o meio de solução mais adequado para resolver certos litígios.”

9. Nesse sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Direito Processual Civil contemporâneo – teoria geral do processo, ed. Saraiva, 6ª ed., p. 810) traz exemplo de conflito entre empresas transnacionais explicitando que: “(...) a arbitragem afigura-se como mecanismo mais adequado, sobretudo na arbitragem institucional, na qual se tem uma instituição, com representatividade em diversos países, longa tradição e credibilidade e um quadro de árbitros formados por pessoas de grande renome no meio das grandes empresas.”

consenso, de maneira que através de concessões recíprocas se estabeleçam novas obrigações – adequadas ao novo contexto – entre as partes? Nesse contexto, afirma-se que a renegociação é de extrema relevância e deve ser incentivada.

Por outro lado, nas hipóteses em que não for possível obter mútuo acordo entre os contratantes para desfazer o negócio através do distrato ou repactuar obrigações, a judicialização é inevitável. Tratam-se das situações em que uma das partes quer a manutenção do negócio, enquanto para a outra este se tornou indesejável nos moldes em que se apresenta.

Exemplificativamente pode-se falar de alguém que comprou um ingresso para assistir a uma peça de teatro ou a um show. Questiona-se, se ainda haverá interesse na manutenção do negócio quando as atividades se normalizarem, por exemplo. Deve-se analisar inicialmente se ainda há possibilidade de cumprimento da obrigação e ato contínuo, se ainda há interesse do credor em receber.

Diante desta perspectiva de alteração abrupta e imprevisível das circunstâncias que envolvem o contrato, que ainda pode ser cumprido, em suma, deve-se perquirir se a vontade das partes é de desfazer o negócio ou repactuar suas obrigações.

Assim, na hipótese em que uma das partes não quer mais a perpetuação do negócio jurídico, entra-se finalmente na seara da tão comentada rescisão unilateral dos contratos ou resolução contratual.

Deve-se rememorar que os contratos podem estipular cláusulas que estabeleçam punições pelo descumprimento do contrato ou rescisão, como a previsão da cláusula penal. Importante, portanto, aferir a existência desse tipo de cláusula no contrato, com o intuito de se optar pela saída mais vantajosa ao contratante a quem está prestando consultoria.

Cumpra observar, ainda, a possibilidade de revisão do contrato com fundamento na Teoria da Imprevisão – hoje mais conhecida como onerosidade excessiva superveniente (nomenclatura utilizada pelo CC/02) – ou alteração das circunstâncias. Salienta-se que inobstante a semelhança entre os institutos, há uma aplicação distinta no CC e no CDC. Enquanto no CDC se permite mais livremente o pleito em juízo para repactuação do contrato ou que o juiz aprecie a situação concretamente, em razão da modificação das circunstâncias quando comparado ao momento da celebração do pacto, ante a vulnerabilidade do consumidor e a natureza jurídica de contrato de adesão (características das relações contratuais consumeristas), o CC, por sua vez, estabelece no seu art. 478 diversos requisitos para que se efetive esta revisão judicial.

Ademais, cumpre observar, que a revisão por alteração posterior das circunstâncias do contrato do direito do consumidor, pode ser chamada também de “lesão superveniente” e está amparada pela previsão do art. 6º, V do CDC. Ela se diferencia da onerosidade excessiva do CC, na medida em que, “dispensa a imprevisibilidade e o caráter extraordinário dos fatos supervenientes que afetam o equilíbrio contratual.”^[10]

Como dito anteriormente, a relação regida pelo CC se caracteriza por ser uma relação sinalagmática horizontal, onde ambas as partes estão em igualdade e, via de regra, têm a possibilidade de pactuar as cláusulas presentes no negócio jurídico celebrado, a aplicação da referida Teoria da Imprevisão (resolução por onerosidade excessiva) prevista no art. 478 traz requisitos que representam verdadeiros óbices para sua aplicação concreta. Prestigia-se a força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda* – e a vontade das partes no momento da celebração, em contrapartida da revisão realizada sob o manto do Estado pelo juiz, com observância da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

10. TEPEDINO, Gustavo; BODIN, Maria Celina; HELENA, Heloisa Barboza. Código Civil interpretado conforme à Constituição da República – 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro; Renovar, 2007, p. 130.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a resolução por onerosidade excessiva tal como concebida pelo art. 478 do CC e seguintes, limita-se formalmente ao que a doutrina convencionou chamar de Teoria da Imprevisão e possui como requisitos necessários para sua configuração: a comutatividade do contrato; que este seja de trato sucessivo (deve se protrair no tempo); a ocorrência de fato superveniente extraordinário e imprevisível pelas partes no momento da celebração; e que em decorrência desse evento superveniente a prestação tornou-se excessivamente onerosa com extrema vantagem para a outra parte^[11].

Cumprido destacar, neste âmbito, que para que se configure a onerosidade excessiva a fim de acarretar a resolução (ou revisão) do contrato, o fato novo superveniente que causou o desequilíbrio deve ser, ao menos, imprevisível, afirmação que vale para a pandemia da Covid-19.

Diante desse panorama, afirma-se que se construiu na doutrina brasileira a concepção de que se há possibilidade de se recorrer ao Judiciário para pleitear a resolução do contrato, também há a possibilidade de se pleitear a revisão deste, principalmente porque a Teoria da imprevisão está hoje inserida em um sistema normativo que consagra como princípios contratuais a boa-fé e a função social, bem como sendo esta interpretação a que mais privilegia o princípio da conservação do contrato, devendo-se, portanto, haver uma releitura do art. 478 do CC à luz destes princípios. Sustenta-se, portanto, que a revisão – não somente a resolução – do contrato será exigível, com base na boa-fé (art. 422, CC) e, mais especificamente, com a aplicação da disposição do art. 317 do CC.

11. Nesse sentido, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena e Maria Celina Bodin de Moraes: "(...) além de subsequente à celebração do ajuste, a onerosidade excessiva capaz de ensejar a resolução do contrato, não implica considerar-se o desequilíbrio contratual em si mesmo decisivo, senão quando se demonstre o caráter extraordinário e imprevisível da alteração das circunstâncias que o hajam determinado e quando se demonstre vantagem extrema que tal alteração traz para o credor." - TEPEDINO, Gustavo; BODIN, Maria Celina; HELENA, Heloisa Barboza. Código Civil interpretado conforme à Constituição da República – 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro; Renovar, 2007, p. 130.

Há doutrinadores como Ruy Rosado de Aguiar Júnior^[12] e Jorge Cesa Ferreira da Silva^[13] que defendem o alargamento do escopo do supracitado art. 478, de modo que se permita a resolução dos contratos nos casos abrangidos pelo art. 317 do CC^[14], ou seja, quando o fato superveniente implica na desproporção manifesta da prestação, tornando-se insuportável para a parte prejudicada em decorrência da modificação das circunstâncias. Analisando-se não o fato superveniente, em si mesmo considerado, mas os seus efeitos.

Há de se cogitar também a hipótese do credor não poder exigir que se cumpra o contrato, porque houve a proibição do governo referente ao exercício de determinada atividade que engloba a prestação acordada. Nesses casos, se torna impossível o cumprimento das obrigações, independentemente da vontade dos contratantes. Nesse caso, o inadimplemento contratual ocorre não por culpa de quem tinha que cumprir a obrigação, mas por fato do príncipe, ou seja, determinação normativa que independe da vontade das pessoas envolvidas na relação contratual. Trata-se, por exemplo, do caso do lojista que não pode abrir a loja ou do transportador interestadual que se depara com as fronteiras fechadas.

Abre-se um espaço para a necessidade de observância da questão da boa-fé objetiva nos contratos e o dever de renegociar. Enxerga-se o contrato como um espaço para ganhos mútuos, onde se vislumbra um equilíbrio sinalagmático. Ambos os contratantes têm que trabalhar para que seja possível chegar ao final do negócio com o melhor adimplemento para ambas as partes. Nesse âmbito, salienta-se a necessidade de se observar a lealdade e a cooperação no âmbito dos contratos, conforme art. 422 do CC.

12. Vide: Extinção dos Contratos, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 153.

13. Vide: Princípios de Direito das Obrigações, In: SARLET, Ingo (org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 125.

14. Art. 317, CC: "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

O dever de renegociação difundido no direito brasileiro através de lições doutrinárias capitaneadas por Anderson Schreiber^[15], possui, portanto, como corolário a Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva (prevista no mencionado art. 422 do CC). Refere-se, assim, a um dever anexo, implícito, consistente na observância de padrão de conduta íntegra que visa a conservação do negócio jurídico diante de fatos supervenientes que tenham alterado, substancialmente, as circunstâncias (objetivas ou subjetivas) sobre as quais se assentou a base do encontro de vontades.

Diante deste cenário, salienta-se a necessidade de respeito ao princípio da Boa-fé objetiva como padrão de comportamento probo e leal a reger a relação dos contratantes desde as suas tratativas (fase preliminar), passando pela fase de execução, até a fase pós-contratual, conforme previsão do art. 422 do CC. Exige-se numa perspectiva civil-constitucional que estes agentes tenham comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente no negócio pactuado. Em outras palavras, devem pautar suas condutas no sentido de uma recíproca cooperação para que se concretize o efeito prático que justifica a própria existência do contrato.

Destaca-se, portanto, a necessidade de se cumprir os deveres anexos à boa-fé que consistem, em suma, em deveres de lealdade, proteção, esclarecimento ou informação e cooperação. Corroborando com a figura da boa-fé como norma de criação de deveres jurídicos, a situação excepcional de pandemia, e o papel fundamental da renegociação, há a necessidade de se fazer menção ao *“Duty To Mitigate The Loss”*, onde o titular de um direito – o credor – sempre que possível – deve utilizar meios disponíveis de forma a minimizar o campo de extensão do dano, evitando assim, que a situação se agrave.

15. SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar, 1ª.edição. Saraiva.

Importante se faz destacar que o melhor caminho a ser adotado, de modo geral, é a negociação, porque ambas as partes podem conciliar suas vontades através do consenso e de concessões recíprocas. Se, no entanto, não for possível, deve-se deixar claro para o juiz qual é a pretensão: se é acabar com o negócio ou fazer correção do rumo e seguir com o contrato.

Se a escolha for no sentido de resolver o contrato, deve-se questionar se o contrato tinha possibilidade de ser cumprido ou não, assim, se o inadimplemento pode ou não ser imputado ao devedor. Aqui, insere-se a aferição do juízo de culpa do devedor ou se ocorreu evento de força maior, ou seja, que representa evento imprevisível e inevitável que o exima de responsabilidade, diante do rompimento de nexos causal, conforme o preceito do art. 393 do CC.

Cumpra salientar que a força maior é uma excludente da responsabilidade contratual. Trata-se fato natural, externo, que interfere nas circunstâncias que as partes pensaram em relação aos negócios. Em geral, quando se alega é porque houve inadimplemento negocial e a discussão limita-se às perdas e danos.

Discute-se se o devedor deve nesse negócio arcar com o prejuízo ocasionado ou simplesmente resolver o contrato, garantindo ao credor o retorno ao estado anterior ao contrato, aplicando-se a Teoria da Frustração do Fim da Causa do Contrato.

Em síntese, ao que bem explicita exemplificativamente, Flávio Tartuce ^[16], em artigo publicado sobre o tema, existem instrumentos existentes no sistema para revisão ou resolução contratual quais sejam: a) a alegação de caso fortuito ou força maior (art. 393 do CC), onde o devedor

16. TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos - Extinção, revisão e conservação - Boa-fé, bom senso e solidariedade. Migalhas Contratuais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em: 28/03/2020.

não responde por perdas e danos, se não houver previsão contratual específica para tanto; b) resolução ou revisão do contrato com base na teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, (arts. 317, 478, 479 e 480 do CC); c) utilização do instituto da impossibilidade da prestação, mesmo que sem culpa da parte da relação obrigacional, o que gera a sua resolução ou extinção, sem a imputação de perdas e danos (arts. 234, 248 e 250 do CC); d) argumento da exceção de contrato não cumprido – retirado do art. 476 do Código Civil, segundo o qual, em um contrato bilateral uma parte não pode exigir que a outra cumpra com a sua obrigação se não cumprir com a própria – devendo ser utilizado em demanda judicial, já que se trata de cláusula resolutiva tácita (art. 474 do CC), acarretando a extinção e resolução do negócio; e) a exceção de contrato não cumprido na hipótese de iminência de descumprimento por uma das partes, como se retira do art. 477 do CC/2002, podendo-se exigir o cumprimento antecipado ou garantias prévias, sob pena de resolução; e f) alegação da frustração do fim da causa do contrato, como se retira do Enunciado n. 166 da III Jornada de Direito Civil ^[17] e de lições doutrinárias atuais, no qual se justifica a extinção do contrato com resolução sem perdas e danos, pois este perdeu sua razão de ser.

Por outro lado, os argumentos que reforçam a intangibilidade dos contratos e o dever de renegociação são: Princípios da Boa-Fé Objetiva, Força Obrigatória dos Contratos, Função Social do Contrato (na sua eficácia interna e externa) e da Intervenção Mínima do Estado, e as regras referentes ao inadimplemento (arts. 389, 390, 391, 394 e 396 do CC) e a possibilidade de pleito de tutela específica e perdas e danos, bem como a utilização de instrumentos processuais como multa e astreintes (arts. 497, 498 e 536 do CPC/2015).

17. Enunciado n. 166 da III Jornada de Direito Civil: “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.”

Observa-se, portanto, que a solução adequada vai demandar um olhar mais específico para o negócio em questão. Deve-se compreender a demonstração do impacto que a pandemia está trazendo para a realidade das partes. A alteração das circunstâncias que permeiam o contrato durante a pandemia pode ter alterado os objetivos de cada contratante. Dessa forma, é necessário analisar a intenção, vontade dos contratantes dentro da racionalidade econômica daquele vínculo negocial, lembrando-se que é nessa lógica que se funda a Lei de Liberdade Econômica.

Ademais, deve-se levar em conta que, além das partes, há a atuação de outros personagens, poderes estatais que estão impondo determinados tipos de condutas, obrigações de fazer ou não fazer às pessoas, bem como, devem ser considerados eventuais interesses difusos e coletivos envolvidos, que podem ser impactados com o fim do contrato.

Destaca-se, dessa forma, o papel do intérprete, operador do direito, aquele quem vai prestar consultoria, analisar o cenário negocial e apresentar as soluções adequadas ao caso concreto que podem ser através do Judiciário, da Negociação, da Mediação ou da Arbitragem.

No âmbito de utilização desses meios adequados de resolução de conflitos, o que interessa é resolver o problema das partes e não perpetuar o litígio. Busca-se clareza de como será o desenrolar daquele objeto contratual, possibilitando a conservação do negócio que envolve manutenção do trabalho/emprego, a troca referente à circulação de mercadorias e produção de riqueza.

Salienta-se, por fim, que esses fatores que dizem respeito a perpetuação das relações contratuais possibilitam o desenvolvimento socioeconômico do país e são compatíveis com os objetivos da República Federativa do Brasil. Se não houver possibilidade, no entanto, de renegociação e cumprimento

das obrigações repactuadas, através do comportamento cooperativo e leal dos contratantes, recorre-se às teorias clássicas do direito dos contratos, analisando e projetando cenários a fim de, inobstante a inegável situação de caos que nos inserimos, se consiga minimizar, o tanto quanto possível, os nefastos prejuízos decorrentes deste evento no caso concreto.

2. Referências

AGUIAR Júnior, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos*, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho leciona. *Direito Processual Civil Contemporâneo – teoria geral do processo*, ed. Saraiva, 6ª ed.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em shopping center. *Migalhas*, 20/03/2020.

SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional> . *Migalhas*, 23/03/2020. Acesso em: 26/03/2020.

SCHEREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*, São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de Direito das Obrigações*. In: SARLET, Ingo (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

Tartuce, Flavio. *Manual de Direito Civil*, vol. único. 8ª ed. revis., atual. e ampl. Editora Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo, 2018.

TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos - Extinção, revisão e conservação - Boa-fé, bom senso e solidariedade. *Migalhas Contratuais*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade> . Acesso em: 28/03/2020.

TEPEDINO, Gustavo; BODIN, Maria Celina; HELENA, Heloisa Barboza. *Código*

Civil interpretado conforme à Constituição da República – 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro; Renovar, 2007.

WORLD HEALTH ORGANISATION. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 25/03/2020.

Organização Mundial da Saúde e sua Atuação no Âmbito da Saúde Pública Internacional

CRISTIANE HELENA DE PAULA LIMA CABRAL

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Organização Mundial da Saúde e a Proteção da Saúde*; 2.1 *Contexto histórico de criação da Organização Mundial da Saúde*; 2.2 *Surgimento da Organização Mundial da Saúde*; 2.3 *A saúde como direito basilar da OMS*; 3. *Atuação da Organização Mundial da Saúde na proteção da saúde pública internacional*; 3.1 *Força obrigatória dos seus atos*. 4. *Conclusão*; 5. *Referências*

1. Introdução

O ano é 2019, e ninguém imaginava que uma cidade chinesa de nome de difícil pronúncia seria o epicentro de uma das maiores crises sanitárias passadas pelo mundo pós-fim da Segunda Guerra Mundial.

As incertezas diante do surgimento de uma nova gripe, denominada agora de COVID-19 e a falta de informações sobre o seu surgimento e as suas formas de transmissão fazem com a China, o primeiro Estado a ser atingido, adote medidas com a tentativa de conter a expansão do vírus.

No entanto, as medidas adotadas pelo Governo Chinês não foram suficientes e diante disso, começa a prevalecer nesse cenário a atuação de uma organização internacional vinculada ao Sistema das Nações Unidas – a Organização Mundial da Saúde (OMS).

Fundada a setenta e dois anos atrás, no dia 07 de Abril de 1948, data que ficou estabelecida como o “dia mundial da saúde”, a Organização Mundial da Saúde tem como pilar básico a saúde, tida como direitos

humanos a partir da aceção de que todos têm o direito de usufruírem do mais alto padrão de saúde.

A despeito de sua criação ter se dados dois anos após o surgimento das Nações Unidas é imperioso destacar que atualmente, a atuação da OMS está revestida de diversas críticas, chegando-se, inclusive, a contestar o seu papel no controle de pandemias, tendo em vista a sua demora na ação para conter o COVID-19, e até mesmo na ausência de sanção para determinado Estado que eventualmente descumprir as suas recomendações ou protocolos.

Diante disso, esse artigo pretende fazer uma abordagem acerca da atuação da Organização Mundial da Saúde (OMS) no cenário de proteção e promoção da saúde internacional e as repercussões das suas ações dentro da sociedade internacional, repensando-se, até mesmo, o papel das Organizações Internacionais (OI's) dentro do Direito Internacional Público.

Partindo de uma abordagem crítica, e utilizando-se do método teórico, a partir de pesquisas bibliográficas, preten-se discutir que, apesar da obrigatoriedade das normas da OMS, faz-se, mais do que necessário a adoção de políticas comuns por parte dos Estados, com vistas a proteger a saúde e a evitar outros casos de pandemias como a COVID-19.

2. Organização Mundial Da Saúde e a proteção da saúde

Num primeiro momento, antes de adentrarmos especificadamente no tema, é importante apresentar o contexto de criação da Organização Mundial da Saúde, assim como a origem das Organizações Internacionais e a sua relevância para o mundo contemporâneo.

2.1. Contexto histórico de criação da Organização Mundial da Saúde

As Organizações Internacionais, na definição de Ricardo Seitenfus, são sujeitos de direito internacional que

podem ser definidas como associações voluntárias de Estados ^[1], constituindo uma sociedade, criada por um tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns através de uma permanente cooperação entre os seus membros

Nesse sentido, elas são criadas com o objetivo de servirem como fóruns permanentes de diálogo e discussão, com intuito para dirimir conflitos, partindo da ideia de cooperação, no qual, os seus membros podem tomar decisões conjuntas sobre diversos assuntos.

E é por essa razão que as Organizações Internacionais se revestem de valores e princípios que são compartilhados numa esfera transnacional, e a partir da sua constituição, através de tratados internacionais, elas passam a dispor sobre todo seu âmbito de atuação, bem como as suas competências. As OI's figurariam assim como grandes centros de promoção da governança global ^[2].

Dentro das suas inúmeras características, além das questões relativas à multilateralidade, as Organizações Internacionais são organismos permanentes, pois, elas constituem-se para durarem de forma permanente, atuando também, de forma independente da dos seus Estados membros.

1. Importante destacar que e considerando o disposto na Carta das Nações Unidas que as recomendações/decisões das Organizações Internacionais vinculam apenas aos Estados que aderem ou ratificam o seu tratado constitutivo, com exceção dos casos relativos à paz e segurança internacionais. Cfr em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta de São Francisco, 24 de outubro de 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap1/>>. Acesso em 21 de abril de 2020. Corroborando com esse entendimento, Ricardo Seintefus também preceitua que: "Apesar do crescimento incessante do número e do alcance das OI, os Estados mantêm plena autonomia de vontade. Ou seja, eles as criam ou a elas aderem e maneira voluntária. O desejo manifesto por um Estado de integrar uma OI constitui condição **sine qua non** de sua participação. Ou seja, os Estados não são obrigados a fazê-lo mas, uma vez aceito o seu ingresso, comprometem-se tanto quanto aqueles que as criaram. Cfr em SEINTEFUS, Ricardo. Da esperança à crise: as organizações internacionais frente ao Direito e ao poder. Disponível em: <<http://www.seitenfus.com.br/arquivos/esperan%C3%A7a-crise.pdf>>. Acesso em 21 de abril de 2020.

2. Para Ricardo Seintefus, as OI não se opõem aos Estados, constituindo, de fato, um instrumento complementar indispensável às ações estatais. Cfr em SEINTEFUS, Ricardo. Da esperança à crise: as organizações internacionais frente ao Direito e ao poder. Disponível em: <<http://www.seitenfus.com.br/arquivos/esperan%C3%A7a-crise.pdf>>. Acesso em 21 de abril de 2020.

As OI's, portanto, seriam capazes de proteger valores da sociedade internacional, como, por exemplo, a proteção dos indivíduos e permitir que haja uma governança através do compartilhamento de informações. Os Estados têm noção do seu papel no cenário internacional e para tanto, ao instituir as OI's faz com elas funcionem como um centro de convergência dessa atuação.

Um ponto que merece destaque é que a grande maioria das Organizações Internacionais não são dotadas de supranacionalidade razão pela qual os seus membros não delegam competências a esses órgãos e, portanto, constituem-se como organizações intergovernamentais, sendo as suas decisões, em grande maioria, tomadas por consenso.

Considerando o cenário de surgimento das Organizações Internacionais, onde que, até a Primeira Guerra Mundial, havia um direito de coexistência, o Direito Internacional clássico vê-se obrigado a modificar-se a basear a sua relação num determinado grau de subordinação entre os Estados e os organismos criados.

Assim, e conforme dito, as OI's criam estruturas de poder acima e também paralelamente aos Estados, mesmo que isso não signifique o surgimento de um Governo global, no entanto, é preciso ressaltar que, até mesmo as Organizações Internacionais devem se modificar e se reestruturar a partir da transformação mundial, seja em virtude de pandemias ou através do fenômeno da globalização.

Importante destacar que as Organizações Internacionais manifestam a sua vontade a partir de determinados atos e que eles possuem força normativa, tornando-se obrigatória para os Estados, sejam aquelas provenientes da *hard Law* ou às *soft laws*.

Nesse cenário, e apesar de alguns autores considerarem que o surgimento das Organizações Internacionais se deu na antiguidade, com a Companhia das Índias^[3], foi com o Tratado de Versailles, em 1920, e após o fim da Primeira Guerra Mundial que a sociedade internacional presenciou, efetivamente, o nascimento das Organizações Internacionais.

Uma das primeiras, a Liga das Nações ou Sociedade das Nações, substituída, em 1945, pela Organização das Nações Unidas foi a primeira organização internacional de escopo universal em bases permanentes, voluntariamente integrada por Estados soberanos com o objetivo principal de instituir um sistema de segurança coletiva, promover a cooperação e assegurar a paz futura. O seu tratado constituidor foi anexado ao Tratado de Versailles, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, documento esse, assinado pelos Estados vencedores em conjunto com a Alemanha.

Juntamente com a criação da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho, instituída em 1919, foi uma organização exitosa e que continua existindo nos dias atuais, tendo função extremamente relevante na atuação e defesa dos direitos sociais, basicamente, o Direito do Trabalho.

No contexto de criação das Nações Unidas que surge a Organização Mundial da Saúde, em 1948, no entanto, considerando essa ser a temática principal do presente artigo, falaremos delas no próximo tópico.

2.2. Surgimento da Organização Mundial da Saúde

Ao contrário do que se imagina, a tentativa de se proteger questões sanitárias data desde o século XIX em virtude das revoluções industriais

3. Cfr em: PIFFER, Carla. Organizações internacionais: um breve estudo sobre a organização dos estados americanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em 21 de abril de 2020.

empreendidas até então e que ocasionaram um aumento no fluxo de mercadorias e pessoas e, conseqüentemente de doenças.

Para tanto, era necessário a criação de um foro para a discussão e cooperação sobre aspectos relativos à saúde e para tanto, em 1851, em Paris, foi realizada a primeira Conferência Internacional da Saúde, com o objetivo de se estabelecer um “Consenso Internacional da Saúde”, que, em 1982, foi estabelecido para abordar questões relativas à cólera^[4].

Na América Latina algumas conferências também foram realizadas com o intuito de se discutir assuntos relacionais à cólera e inúmeros esforços são relatados com o propósito de se estabelecer consensos quanto à prevenção e classificação de doenças.

Um dos mais relevantes, ocorrido em 1902, na cidade de Washignton, nos Estados Unidos, serviu para a criar a Organização Pan Americana de Saúde (OPAS) que funciona como a agência regional da Organização Mundial da Saúde no âmbito das Américas. MATTA (2005) também cita outros encontros como o Office International d’Hygiène Publique (OIHP), em Pa r i s (1907); e The Health Organization of the League of Nations, sediado em Genebra, Suíça (1919), todos com objetivo de exercer o controle e a prevenção da transmissão de doenças entre os países, como, por exemplo, no estabelecimento de um Consenso Sanitário Internacional para a navegação aérea.

No entanto, o fim da Segunda Guerra Mundial serve para demonstrar que essas tentativas de conferências não foram suficientes para a instituição de uma Organização Internacional única e capaz de dispor de questões relativas à saúde, conforme se vê em documento próprio da OMS:

4. Cfr maiores informações em MATTA, Gustavo Corrêa. A organização mundial da saúde: do controle de epidemias à luta pela hegemonia. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 371-396, Sept 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462005000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 Apr. 2020.

Todas essas instituições eram limitadas no espaço, no tempo ou em suas funções, tornando claro que o final da Segunda Guerra Mundial devia assistir à criação de uma única organização mundial de saúde de caráter intergovernamental, no interior da estrutura das Nações Unidas, a qual deveria assumir não somente a responsabilidade das instituições pioneiras, mas ter a amplitude das necessidades colocadas pelos novos problemas deixados pela guerra e as mudanças das condições do mundo pós-guerra. (WHO, 1948, apud MATTA, 2005

Os problemas provocados pelo fim da Segunda Guerra Mundial forma inúmeros e dentre eles não poderíamos deixar de citar as questões sanitárias e de saúde e, portanto, cada vez mais, urge-se a necessidade de criação de uma Organização Internacional única e capaz de apresentar padronizações de ações e de condutas nessa seara.

Assim, Brasil e China, em 1945, apresentam uma proposta para criação de uma nova e autônoma organização internacional que consolidou-se em 1946 com a instituição da Constituição da Organização Mundial da Saúde^[5], entrando esta em vigor em 1948, no dia 07 de abril, após a ratificação de 26 dos 61 Estados que participaram da Conferência Mundial da Saúde^[6], em Nova York, em 1946.

Está instituída assim, a Organização Mundial da Saúde, uma agência especializada das Nações Unidas, que tem como documento base o Regulamento Sanitário Internacional^[7], tem a sua definição trazida no site da Organização Pan Americana da Saúde, como o instrumento jurídico internacional vinculativo para 196 países em todo o mundo, que inclui todos os Estados Membros da OMS. Seu objetivo é ajudar a comunidade internacional a prevenir e responder a graves riscos de saúde pública

5. Criada com três órgãos constitutivos: Assembleia da Saúde, Conselho Executivo e Secretariado, além de contar com o auxílio de 06 escritórios regionais. Atualmente conta com 194 membros. Cfr informações em: WORLD HEALTH ORGANIZATION. Quien somos. Disponível em:< <https://www.who.int/about/es/>> Acesso em 21 de abril de 2020.

6. O Brasil ratificou a Constituição da OMS através do decreto nº 26.042/1948.

7. Num primeiro momento, os Regulamentos Sanitários Internacionais tinham como objetivo cuidar de doenças relativas à cólera, peste varíola e febre amarela.

que têm o potencial de atravessar fronteiras e ameaçar pessoas em todo o mundo. (OPAS, 2020).

Um dos principais motivos para a sua criação foi justamente a possibilidade de cooperação técnica e científica a partir do monitoramento das políticas de saúde em todo o mundo. Além disso, podem, sempre que necessário, atuar nos sistemas de saúde nacionais.

Diante disso, vê-se a atuação da OMS em diversas frentes, como, por exemplo, em 1952-1957 com a campanha de vacinação da pólio; em 1963 com a campanha de vacinação contra sarampo e rubéola; em 1974 com o programa de imunização de vacinas para o mundo todo; em 1979 com a eliminação da varíola; atuação no controle do anti viral da AIDS; em 2012 no controle de doenças cardíacas, diabetes e câncer, dentre diversas frentes de atuação^[8].

Um documento relevante e que demonstra a atuação da OMS na saúde pública internacional é a Declaração “Alma-Ata” que ao prever um programa de saúde para todos e ao trabalhar em conjunto com a UNICEF (outra agência especializada as Nações Unidas), elevando assim a OMS a uma organização responsável pela condução das políticas sociais, imposição de valores como o direito à saúde, participação social, equidade no acesso aos recursos, e especialmente, adoção de políticas que visam intervir nas desigualdades sociais e no fosso entre países ricos e pobres, atingindo-se o seu apogeu de influência internacional. (MATTA, 2005, p. 380).

III) O desenvolvimento econômico e social baseado numa ordem econômica internacional é de importância fundamental para a mais plena realização da metade Saúde para Todos no Ano 2000 e para a redução da lacuna existente entre o estado de saúde dos países em

8. Maiores informações podem ser consultadas no sítio próprio da Organização, disponível em: <<https://www.who.int/es>>. Acesso em 21 de abril de 2020.

desenvolvimento e o dos desenvolvidos. A promoção e a proteção da saúde dos povos é essencial para o contínuo desenvolvimento econômico e social e contribui para a melhor qualidade de vida e para a paz mundial. IV) É direito e dever dos povos participar individual e coletiva mente no planejamento e na execução de seus cuidados de saúde DECLARAÇÃO ALMA-ATA, WHO, 1978)

No entanto, a crítica de diversos Estados e do setor econômico acerca da implementação desse programa, bem como a efetivação de outras agências especializadas também na direção de sistemas nacionais da saúde, faz com que a OMS perca o seu protagonismo nessa área e passe a conviver, constantemente, com críticas sobre a sua atuação, porém, tais aspectos serão abordados em item próprio.

2.3. A saúde como direito basilar da OMS

A proteção dos direitos individuais e/ou coletivos tem como base os ideais liberais da Revolução Francesa que trouxe os seus três pilares: liberdade, igualdade e fraternidade, além dos ditames trazidos pela Revolução Industrial ao demonstrar a necessidade de proteção dos denominados direitos sociais.

Inclui-se a saúde como um direito de segunda dimensão ou geração, ao elencá-la no rol dos direitos sociais^[9] e a partir desse momento, esse direito também passa a ter proteção em diversos tratados internacionais, sempre com plano de fundo à proteção da saúde humana.

Assim, podemos citar a menção à saúde em alguns textos internacionais como^[10]:

9. Cfr maiores informações em: BAHIA, Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina – TRF4*. Disponível em: < https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm>. Acesso em 22 de abril de 2020 e BAHIA, Saulo José Casali. SILVA, Diogo Barbosa e. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 01 - 20 | Jul/Dez. 2016. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/download/1623/2093>> Acesso em 22 de abril de 2020.

10. Vide também o _____, Comentário Geral nº 14 do artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Provedoria de Direitos Humanos. Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2020. p. 150-168.

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948)

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento e das crianças;

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. (Artigo 12, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU, 1966)

3. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bemestar físico, mental e social.

4. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e,

especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: (...) (Artigo 10, Protocolo de San Salvador, Organização dos Estados Americanos)

Nesse sentido, a própria Organização Mundial da Saúde define o termo como “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade*”^[11] e diante dessa consideração, a própria Constituição da OMS determina em seu preâmbulo que “*a saúde de todos os povos é condição fundamental para se chegar à paz, a segurança e depende da mais ampla cooperação das pessoas e dos Estados*”^[12].

Em 1978, a ONU, simultaneamente à realização da Assembleia Mundial de Saúde, reafirma que a saúde é a alavanca poderosa para o desenvolvimento socioeconômico e a paz. A ONU repete a estratégia em 1981, adotando a Estratégia Global para Saúde para Todos no Ano 2000, solicitando o apoio de outras organizações internacionais interessadas em colaborar com a OMS. (MATTA, 2005, p. 375)

Além disso, a própria questão relativa à saúde pública está presente nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável conforme pode se ver:

Com a ampliação do debate internacional, em 2015, a cobertura universal foi incorporada na Agenda 2030 como meta de um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). A meta 3.8 do ODS 3 ‘Saúde e Bem-estar’ é ‘atingir a cobertura universal de saúde,

11. Importante destacar que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não adotou o referido conceito trazido pela OMS de saúde, conforme se vê: “No entanto, a referência do artigo 12.o, n.º 1 do Pacto, “do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”, não se limita ao direito aos cuidados de saúde. Pelo contrário, o historial da elaboração e da redacção expressa no artigo 12.o, n.º 2 reconhece que o direito à saúde engloba uma vasta gama de factores socioeconómicos que promovem as condições nas quais as pessoas podem levar uma vida sã e torna esse direito extensivo aos factores determinantes básicos da saúde, como alimentação, nutrição, alojamento, acesso a água limpa e potável e condições sanitárias adequadas, condições de trabalho seguras e saudáveis e um meio ambiente são. Cfr em: _____. Comentário Geral nº 14 do artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Provedoria de Direitos Humanos. Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2020. p. 150-168

12. Cfr. em. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição, 1948. Disponível em: <<https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>>. Acesso em 22 de abril de 2020. Para alcançar esse direito, a OMS pode adotar ações coordenadas com todos.

incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos'. (GIOVANELLA; MACHADO, 2018, p.12).

Desta feita, o papel da OMS concentra-se em estabelecer, junto com os seus membros, uma cobertura universal de saúde, atuando com diversos setores para auxiliar os Estados a desenvolver e acompanhar planos de saúde consistente para todos, facilitando o acesso aos serviços de saúde e tornando o acesso à informação acessível.

Diante da atuação da OMS, e considerando os seus fins, muito se tem discutido sobre o uso da expressão “saúde global” conforme se vê:

A expressão ‘saúde global’ é, por vezes, apresentada como uma resposta puramente racional a eventos novos e ameaçadores na saúde pública, tais como epidemias internacionais atingindo tanto países ricos como países pobres, e a migração ilegal de populações. Como mostramos neste artigo, essa expressão emergiu como parte de um processo histórico e político mais amplo, em meio a um debate ainda não resolvido sobre a direção que deve tomar a saúde pública, no contexto de uma ordem mundial neoliberal, no qual a OMS viu seu papel, antes dominante, ser desafiado, e começou a reposicionar-se no âmbito de um conjunto de alianças de poder em transformação (BROWN; CUETO; FEE, 2006, p. 641)

Veja-se assim, que considerando as constantes transformações no mundo, a saúde agora eleva-se a um direito global, devendo ser protegida por todos os atores no cenário internacional.

3. Atuação da Organização Mundial da Saúde na proteção da saúde internacional

Acerca da proteção propriamente dita à saúde, a atuação da OMS está resguarda na sua Constituição, especificadamente no artigo 2º ao

trazer algumas de suas funções como: atuar como autoridade diretiva e coordenada em assuntos de saúde internacional, estabelecer normas uniformes de diagnósticos e padronização de doenças (CID); auxiliar aos Estados na melhora dos seus serviços de saúde, elaborando estudos científicos, dentre outras inúmeras funções.

O artigo 21 da Constituição da OMS, que defere à Assembleia da Saúde, seu órgão deliberativo, o poder de emitir regulamentos sobre temas diversos, dentre os quais, *“medidas sanitárias e de quarentena e outros procedimentos destinados a evitar a propagação internacional de doenças”* (Constituição da OMS, artigo 21, “a”).

Além disso, o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), de 2005,^[13] é salutar em afirmar que os Estados devem notificar a Organização Mundial da Saúde quando houver algum fato que constitua emergência à saúde. Nesse sentido, a OMS ficará responsável, juntamente, se for o caso, com o Estado onde ocorreu o episódio para a adoção de medidas para combater eventual surto^[14].

Dentro da atuação para conter epidemias ou pandemias, o próprio RSI, também define a emergência de saúde pública *“um evento extraordinário que, (...), é determinado como: I) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença; II) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada”*.

Diante dessas considerações, é importante destacar a força obrigatória (ou não) dos seus atos.

13. O Brasil ratificou e aprovou o referido Regulamento pelo Decreto Legislativo nº 395/09, publicado no DOU de 10/07/09, e em um dos primeiros artigos é possível verificar um dos seus propósitos que é prevenir, proteger, controlar e adotar medidas restritas aos riscos para a saúde pública, inclusive, o tráfico e comércio internacionais.

14. Dentro desse aspecto, a Organização Mundial da Saúde detém de competência para determinar o alcance de uma doença, como, por exemplo, no caso da Covid-19, onde a mesma o qualificou como uma pandemia que pode ser compreendida como: uma epidemia que ocorre “em todo o mundo mais ou menos ao mesmo tempo”. O que é pandemia e o que muda com declaração da OMS sobre o novo corona vírus. **BBC Brasil**, 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518>>. Acesso em 07 de abril de 2020.

3.1. Força obrigatória dos seus atos

A Constituição da OMS, em seu artigo 19 determina que a Assembleia da Saúde tem autoridade para adotar as convenções ou acordos dentro da atuação da OMS, devendo os Estados membros, de acordo com o artigo 20, adotarem as ações relativas para a adoção desses textos.

O artigo 21, do mesmo diploma, também determina que a Assembleia da Saúde tem autoridade para adotar regulamentos relativos a requisitos sanitários e de quarentena e de outros procedimentos destinados a prevenir a propagação internacional de enfermidades.

Por seu turno, o artigo 2º, letra K da referida Constituição, também traz a disposição relativa à possibilidade da Assembleia da Saúde propor convenções, acordos e regulamentos e fazer recomendações referentes a assuntos internacionais da saúde.

E o artigo 62 obriga aos Estados apresentarem relatórios sobre o cumprimento dessas disposições^[15].

O que se pretende destacar é que, e considerando às medidas propostas pela OMS para a contenção e prevenção da COVID-19, os Estados devem tomar medidas para adotá-las, uma vez que elas possuem força obrigatória, independentemente da sua natureza, seja *hard Law* (Constituição da OMS e o Regulamento) ou *soft Law* (os inúmeros protocolos), não havendo no que se falar em ausência de cumprimento.

Um exemplo que se pode considerar dessa obrigatoriedade é o protocolo de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal do Brasil, nº 672, questionando-se, exatamente, a

15. Exemplos de casos de atuação dos tribunais brasileiros segundo recomendações da OMS: proscricção do uso de amianto; prognóstico de doenças; identidade de gênero e alteração do registro civil independentemente de cirurgia; proibição de equipamentos de bronzamento artificial.

omissão do Presidente da República em adotar as medidas da OMS acerca da prevenção e contenção da COVID-19.

4. Conclusão

Após a explanação, é importante destacar que a Organização Mundial da Saúde surge num contexto de necessidade de sociedade internacional de instituição de uma Organização única dotada de poderes para trazer as diretrizes acerca da saúde global.

No entanto, o que se percebe que é, apesar de um período de êxito, a OMS, cada vez mais, vem encontrando questionamentos por parte dos seus membros, especialmente na demora para a contenção de surtos de doenças, seja no caso do Ébola, na África, ou na COVID-19.

Diante disso, e considerando a ausência do caráter supranacional das suas decisões, a Organização se vê nas mãos de Governos na adoção de medidas para contenção de doenças, uma vez que, não tendo um órgão jurisdicional responsável por julgar os Estados pela violação das suas normas, não exercendo assim, poder de polícia ou sancionatório perante os seus membros.

No entanto, esse cenário de Pandemia da COVID-19 serviu para mostrar a importância de se redescobrir o Direito Internacional e o papel das Organizações Internacionais, conforme os dizeres de Wagner Menezes, Valério de Oliveira Mazzuoli e Luigi Ferrajoli, uma vez que a atuação desses organismos não estão sendo capazes de enfrentar as questões que a COVID-19 colocou à prova.

É preciso que se adote posicionamentos globais para questões também da ordem global, e que os Estados atuem de forma cooperativa,

para adoção de medidas eficazes, homogêneas em todo o mundo, nas áreas, por exemplo, da saúde e educação, evitando-se avaliações precipitadas e descabidas, podendo, a OMS, perfeitamente, continuar atuando dentro desse sistema.

A humanidade urge por pensamentos solidários e que o Estado adote a postura de responsabilidade social frente aos seus indivíduos.

5. Referências

BAHIA, Saulo José Casali. Poder Judiciário e direitos humanos. **Revista de Doutrina – TRF4**. Disponível em: < https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm>. Acesso em 22 de abril de 2020

BAHIA, Saulo José Casali. SILVA, Diogo Barbosa e. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 01 - 20 | Jul/Dez. 2016. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/download/1623/2093>> Acesso em 22 de abril de 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>>. Acesso em 22 de abril de 2020.

BROWN, Theodore M.; CUETO, Marcos and FEE, Elizabeth. A transição de saúde pública ‘internacional’ para ‘global’ e a Organização Mundial da Saúde. *Hist. cienc. saude-Manguinhos* [online]. 2006, vol.13, n.3, pp.623-647. ISSN 0104-5970. <<https://doi.org/10.1590/S0104-59702006000300005>>. Acesso em 13 de abril de 2020

GIOVANELLA; MACHADO, *et all*. Sistema universal de saúde e cobertura universal: desvendando pressupostos e estratégias. **Ciênc. saúde colet**, 23 (6) Jun 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.05562018>>. Acesso em 13 de abril de 2020.

HAMANN, Eduarda Passarelli. Organizações internacionais: história e práticas. **Contexto int.**, Rio de Janeiro , v. 27, n. 1, p. 217-224, June 2005 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292005000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 de abril de 2020.

LIMA, Nísia Trindade. O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde: uma história em três dimensões. In: FINKELMAN, Jacobo (Org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002. p. 24-116. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/7512/1/Cap1_Brasil_OPAS_historia_3_dimensoes_Nisia_Trindade_Lima.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2020.

MATTA, Gustavo Corrêa. A organização mundial da saúde: do controle de epidemias à luta pela hegemonia. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 371-396, Sept 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462005000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 Apr. 2020

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade Internacional Dos Estados Por Epidemias E Pandemias Transnacionais: O Caso Da Covid-19 Provinda Da República Popular Da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo** | vol. 23/2020 | Abr - Jun / 2020.

MENEZES, Wagner. Scientia, Vincit, omnia., **Estadão**, Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/scientia-vincit-omnia/>>. Acesso em 22 de abril de 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”. Disponível em: < http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm> Acesso em 22 de abril de 2020.

OPAS. Organização Pan-americana da Saúde. https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=885:opas-oms-no-brasil&Itemid=672. Acesso em 01 de abril de 2020.

OPAS. Organização Pan-americana da Saúde. **Regulamento Sanitário Internacional (RSI)**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5847:regulamento-sanitario-internacional-rsi&Itemid=812>. Acesso em: 01 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta de São Francisco, 24 de outubro de 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap1/>>. Acesso em 21 de abril de 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 22 de abril de 2020.

PIFFER, Carla. Organizações internacionais: um breve estudo sobre a organização dos estados americanos. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 21 de abril de 2020

SEINTEFUS, Ricardo. **Da esperança à crise: as organizações internacionais frente ao Direito e ao poder**. Disponível em: <<http://www.seitenfus.com.br/arquivos/esperan%C3%A7a-crise.pdf>>. Acesso em 21 de abril de 2020

SOUZA, Rafael. **Qual o valor jurídico das recomendações da Organização Mundial da Saúde?**. *Conjur*, 14 de abril de 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-abr-14/opinio-qual-valor-juridico-recomendacoes-oms#_ftn7>. Acesso em 22 de abril de 2020.

TITO, Maíra; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; SOUSA, James Alberto Vitorino de; SILVA, Edvan Carneiro da. Origem, Características E Classificação Das Organizações Internacionais. *Revista do Mestrado em Direito, UCB*. Disponível em: < <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/download/2609/1599>>. Acesso em 21 de abril de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Quien somos**. Disponível em:< <https://www.who.int/about/es/>> Acesso em 21 de abril de 2020

_____. OMS decreta pandemia do novo corona vírus. Saiba o que isso significa. *Saúde*, 13 de março de 2020. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/oms-decreta-pandemia-do-novo-coronavirus-saiba-o-que-isso-significa/>>. Acesso em 09 de abril de 2020.

_____. O que é pandemia e o que muda com declaração da OMS sobre o novo corona vírus. *BBC Brasil*, 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518>>. Acesso em 07 de abril de 2020

_____. Comentário Geral nº 14 do artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Provedoria de Direitos Humanos. Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2020. p. 150-168

Direitos Fundamentais Trabalhistas na Pandemia e o Não Retrocesso Social

EDILTON MEIRELES

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Redução da jornada e dos salários por negociação coletiva*; 3. *Da calamidade no âmbito constitucional*; 4. *Do retrocesso social*; 5. *Conclusão; Referências*.

1. Introdução

O estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional brasileiro no ano de 2020, em face da pandemia causada pelo “*corona virus disease*” 2019 (COVID-19), tem gerado uma produção normativa de emergência sem precedente na história democrática brasileira.

E um dos campos do direito que mais tem sido objeto da legislação de emergência é o do direito do trabalho.

Algumas normas editadas, no entanto, a pretexto da calamidade, urgência e emergência, aparentemente, atingem regras constitucionalidade. Em especial se pode questionar a constitucionalidade do art. 7º da Medida Provisória n. 936/2020.

O presente estudo, portanto, utilizando-se do método dedutivo, com interpretação de texto normativo e revisão da jurisprudência, aborda a questão relativa ao afastamento dos direitos fundamentais trabalhistas em tempos de coronavírus

2. Redução da jornada e dos salários por negociação coletiva

O art. 7º, incisos VI e XIII, da Constituição de 1988 ^[1], estabelecem expressamente que a redução do salário e da jornada de trabalho somente podem ser efetivadas mediante negociação coletiva (convenção ou acordo coletivo de trabalho), com a participação sindical (art. 8º, inciso VI, da CF).

Claramente, nestes pontos, a Constituição suprimiu o direito de as partes interessadas, em contrato individual, pactuarem a redução da jornada de trabalho e a diminuição dos salários. Limitou a autonomia da vontade do trabalhador em sua própria proteção, em especial em momentos de maior vulnerabilidade.

A Medida Provisória n. 936/2000, em seu art. 7º ^[2], no entanto, estabeleceu que, mediante acordo individual escrito, empregado e empregador podem pactuar a redução da jornada de trabalho e dos salários.

Entendendo ser inconstitucional esse dispositivo, o partido político Rede Sustentabilidade ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade, de n. 6.363, questionando a constitucionalidade do art. 7º da Medida Provisória n. 936/2020.

Em decisão liminar, o Min. Ricardo Lewandowski, procurando dar uma interpretação conforme a Constituição, tendo em conta o momento histórico vivido pela pandemia causada pelo coronavírus COVID-19, com reconhecimento da calamidade pública em âmbito nacional, conclui “de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada

1. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Diário Oficial da União. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

2. BRASIL. Medida Provisória n. 936, de 01º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes”^[3].

Bem ou mal, mas em juízo de ponderação, considerando o momento histórico vivenciado, o Min. Relator não sacrificou por inteiro os direitos fundamentais dos trabalhadores assegurados nos incisos VI e XIII do art. 7º da CF, que lhe asseguram a redução da jornada e a diminuição dos salários somente mediante negociação coletiva. Teve em conta que, a se aplicar o art. 7º da MP . 936/2020 em sua literalidade, estar-se-ia diante de uma situação de total sacrifício dos mencionados direitos fundamentais sociais (redução somente por negociação coletiva), atingindo-os em seus núcleos essenciais.

Várias vezes, no entanto, levantaram-se contra essa decisão, alegando que se está diante de uma situação excepcional, de calamidade pública, decorrente de uma situação de força maior, de modo que se pode afastar, transitoriamente, o texto constitucional para adequá-lo ao momento vivenciado, dispensando-se a chancela sindical. Bastaria o acordo individual diante da calamidade pública.

A referida decisão liminar, no entanto, foi submetida à apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, deliberou por não referendar a medida liminar, rejeitando, em juízo precário, a alegação de inconstitucionalidade do referido dispositivo^[4].

Entendeu-se na oportunidade, que, diante da situação vivida e

3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.363. Decisão liminar. Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em: stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000440095&base=baseMonocraticas. Acesso em: 26 abr. 2020.

4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.363. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>. Acesso em: 29 abr. 2020.

considerando o princípio da segurança jurídica, caberia ter, ainda que de modo excepcional, como válida a regra provisória.

Ou seja, a pandemia serviu de argumento para afastar a incidência do direito fundamental dos trabalhadores.

3. Da calamidade no âmbito constitucional

A Constituição Federal, no entanto, não deve e nem pode ser interpretada de modo estanque ou em suas normas isoladas. Nem de forma casuística. E, ao contrário do que possa se pensar, ela trata das situações excepcionais, inclusive aquelas decorrentes de “calamidades de grandes proporções na natureza” (art. 136).

Em verdade, diante de momentos de excepcionalidades, a Constituição prevê a possibilidade da decretação do estado de defesa (art. 136) ou do estado de sítio (art. 137).

O estado de defesa pode ser declarado “para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (art. 136).

Já o estado de sítio pode ser reconhecido nos casos de “I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; e, II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (art. 137).

Nas duas hipóteses, a própria Constituição estabelece que, em tais situações, podem ser estabelecidas restrições a direitos constitucionais (§ 1º, inciso I, do art. 136 e arts. 138 e 139).

Essas medidas seriam, no estado de defesa, “I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes” (art. 136, § 1º).

Já no estado de sítio essas restrições seriam, na hipótese de sua declaração no caso de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”: “I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens” (art. 139 da CF).

Vejam, então, que, em nenhuma dessas situações, a Constituição estabelece a possibilidade de restrição dos direitos dos trabalhadores, ou a sua supressão, ainda que em caráter temporário. Somente em caso de guerra é que outras garantias constitucionais podem ser suspensas quando expressamente indicadas no decreto respectivo, a ser aprovado pelo Congresso Nacional (art. 138 da CF).

O país, no entanto, não vive nem em estado de defesa, nem em estado de sítio. Nem em guerra. É fato que foi reconhecido o estado de calamidade pública^[5], mas nem sequer o de estado de defesa.

5. BRASIL. Decreto Legislativo n. 06, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

Diga-se, ainda, que o estado de calamidade pública foi reconhecido para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101/2000^[6], isto é, somente para efeitos relativos aos gastos públicos além dos limites orçamentários.

Logo, ainda que diante do estado de calamidade pública, quando o STF concluiu, ainda que em juízo precário, que o texto constitucional, possa ser afastado, mesmo que temporariamente, de modo a permitir a redução dos salários e da jornada de trabalho sem negociação coletiva, ele estabelece uma exceção de afastamento dos direitos fundamentais não agasalhado pelo Constituição. Decide à margem da Constituição, criando exceção não prevista, em sentido contrário à efetivação dos direitos fundamentais.

Perigosa essa posição, pois, amanhã, de forma coerente, ele terá que respaldar, por exemplo, a prisão sem o devido processo legal diante da situação da calamidade pública. Ou mesmo, a condenação por tribunal de exceção. Isso porque o direito constitucional não tem hierarquia. A Constituição tanto protege a liberdade, como a redução do salário somente mediante negociação coletiva, em mesmo grau. Um direito constitucional não vale mais que o outro. Podem até ser ponderados, mas não eliminados.

Basta imaginar a eventual decretação do “lockdown” (paralisação de todos serviços e fechamento dos estabelecimentos empresariais, salvo os restritamente essenciais) e o seu desrespeito. Neste caso, uma eventual MP (ou lei ordinária) poderá estabelecer que, diante da calamidade pública e do estado de “lockdown”, quem desrespeitar essa medida poderá ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Ou ser processado por tribunal de exceção. Pode?

Em resumo, afastar a incidência das regras dos incisos VI e XIII do art. 7º da Constituição, a pretexto de se estar diante de uma situação

6. BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

de calamidade pública, amanhã também justificará, por exemplo, a retirada da liberdade da pessoa, obrigando-a a prestar serviços de forma gratuita, como verdadeiro escravo, ou sua prisão sem o devido processo legal ou por condenação por tribunal de exceção. Ou o fim do sigilo das comunicações, etc.

Ou, ainda, a possibilidade de, por acordo individual, a mulher, o negro, o deficiente, o idoso e o homossexual pactuar receber salário inferior ao do homem branco, hétero, sem deficiência e menor de 60 anos, afastando a aplicação do direito fundamental social trabalhista à igualdade salarial assegurado nos incisos XXX e XXXI do art. 7º da CF, ainda que em caráter temporário.

E cabe lembrar: a garantia de redução da jornada e dos salários somente mediante negociação coletiva visa a proteger o trabalhador diante de sua vulnerabilidade. E essa regra mais se revela pertinente em momento de maior vulnerabilidade do trabalhador (quando corre maior risco de perder o emprego), pois na bonança (do ponto de vista do empregado) ela tende a se diluir.

Os direitos e liberdades constitucionais, pois, não podem ter sua incidência afastada quando diante de calamidade pública, à exceção da hipótese elencada no próprio texto constitucional, quando da decretação do estado de defesa e do estado de sítio.

4. Do retrocesso social

Não fosse a inconstitucionalidade decorrente da supressão da negociação coletiva como requisito para validade do pacto redutor dos salários e da jornada de trabalho, a Medida Provisória acima referida também viola do princípio do não retrocesso social, escancaradamente acolhido, no direito constitucional do trabalho, no caput do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Como é sabido, ultrapassada a fase do Estado Liberal, assumindo o Poder Público sua versão Social, e Democrática (o Estado Democrático de Direito Social), criou-se com ele um sentimento, inerente a todas as constituições sociais, de que as conquistas sociais não retroagem. Em suma, os direitos fundamental-sociais, as liberdades públicas, etc., sempre tendem a avançar, não se admitindo retrocesso.

Mas essas conquistas não se fazem apenas através de normas constitucionais. Os avanços obtidos pela via infraconstitucional, concretizando direitos fundamentais elencados na Constituição, também tendem ao avanço, não se admitindo o retrocesso através das normas ordinárias, já que este iria contra a própria natureza da constituição social. Veda-se, assim, a “*contrarrevolução social*” ou a “*evolução reacionária*”^[7].

Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho ensina que

“... os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, à assistência, à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos”^[8].

“O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial”^[9].

7. Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

8. Ibidem, p. 336-337.

9. Ibidem, p. 337-338.

Neste sentido, pode ser lembrado que a proibição de retrocesso já foi expressamente agasalhada pelo Tribunal Constitucional Português, através do acórdão TC 39/84, que declarou inconstitucional um decreto-lei que revogara grande parte de outra norma que criara o *Serviço Nacional de Saúde*. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional lusitano decidiu que *“a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional desta deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”* ^[10].

Na doutrina nacional, pode ser citado Ingo Wolfgang Sarlet, que ensina que, *“ainda no que concerne à eficácia dos direitos a prestações de cunho programático, não se pode deixar de considerar a problemática dos direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador. Neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que habitualmente se denominou de uma proibição de retrocesso, isto é, de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas”* ^[11].

Ana Paula de Barcellos, outrossim, salienta que

“... tal modalidade de eficácia pressupõe que os princípios constitucionais que cuidam dos direitos fundamentais são concretizados através de normas infraconstitucionais. Pressupõe, ademais, que um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos mencionados” ^[12].

10. Ibidem, p. 475-476, nota de rodapé 9. No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional. T IV, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 351.

11. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 275.

12. Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

“Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa de retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”^[13].

Isso *“porque vivemos, não em Estado liberal, mas sim em Estado social de Direito, os direitos econômicos, sociais e culturais (ou os direitos que neles se compreendam) podem e devem ser crescentemente dilatados ou acrescentados para além dos que se encontrem declarados em certo momento histórico – à medida que a solidariedade, a promoção das pessoas, a consciência da necessidade de correção de desigualdades (como se queira) vão crescendo e penetrando na vida jurídica.”^[14].*

O princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho brasileiro, por sua vez, foi escancaradamente acolhido no texto constitucional, embora a só adoção do modelo de estado de bem-estar social já fosse suficiente para tanto. Ele se extrai do *caput* do art. 7º da Carta da República que, em sua parte final, estabelece que são direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus diversos incisos, *“além de outros que visem à melhoria de sua condição social”*.

Ora, o que o legislador constitucional estabeleceu, no art. 7º, foi uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que *“visem à melhoria de sua condição social”*. Daí se tem que não se pode admitir norma constitucional derivada (emenda) ou norma infraconstitucional que tenda a não gerar uma melhoria na condição social do trabalhador. Ela seria inconstitucional por justamente não preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador.

13. *Ibidem*, mesma página.

14. Jorge Miranda, *ob. cit.*, p. 154-155.

Não é à toa, como mencionado acima, nas lições de Canotilho, que *“o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura a simples desse núcleo essencial”* ^[15].

Assim, por exemplo, concretizando o direito fundamental assegurado no inciso XXIII do art. 7º (*“adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”*), temos o § 1º do art. 193 da CLT que estabelece ser devido o percentual de 30% a título de adicional de periculosidade para quem trabalha em condições perigosas.

Tal vantagem, portanto, faz parte do *“núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas”*. Logo, ter-se-á como inconstitucional qualquer lei *“que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura a simples desse núcleo essencial”*. Isto é, será inconstitucional, v. g., nova lei que fixe o percentual de 20% devido a título de adicional de periculosidade ou mesmo que, simplesmente, revogue aquele dispositivo consolidado ^[16], pois em ambas hipóteses estaríamos diante de uma situação na qual não há uma *“melhoria”* na condição social do trabalhador, mas sim um retrocesso social.

Ressalte-se, porém, que a inconstitucionalidade pode ser contornada se forem criados *“outros esquemas alternativos ou compensatórios”* ao direito social objeto de modificação ou supressão.

15. Ob. cit., p. 337-338.

16. Observe-se que aqui não estamos tratando da aplicação da nova lei aos contratos pactuados anteriormente, do qual deriva o pagamento da vantagem disciplina da de outra forma. Nesta hipótese, a lei mais antiga continuaria a ser aplicada em respeito ao ato jurídico perfeito (contrato), que já tinha incluído em seu núcleo o pagamento da vantagem no patamar previsto no diploma anterior. Estamos a nos referir à hipótese de inconstitucionalidade da lei nova e não de sua aplicação retroativa.

E, adotando essas lições, e sem adentrar na polêmica discussão acerca do alcance do § 4º do art. 60 da CF/88 aos direitos sociais, podemos ter como inconstitucional a Emenda Constitucional n. 28, que alterou a redação do inciso XXIX do art. 7º da CF/88, revogando, ainda, suas alíneas “a” e “b” (que tratam da prescrição do rurícola). Isso porque essa emenda constitui em verdadeiro retrocesso social para os trabalhadores rurais¹⁷. A referida emenda, portanto, não respeitou o preceito constitucional do estabelecimento de outros direitos que somente estabeleçam uma melhoria à condição social do trabalhador.

5. Conclusão

O estado da calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional brasileiro, através do Decreto Legislativo n. 06, de 2020, em decorrência dos efeitos da pandemia causada pelo coronavírus COVID-19 somente justifica a suspensão da contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70 da Lei Complementar n. 101, bem como a dispensa do atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º deste mesmo diploma legal.

O texto constitucional estabelece, por sua vez, as hipóteses nas quais os direitos fundamentais podem ser afastados “para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (art. 136).

A calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo n. 06, de 2020, não teve por fundamento o

17. Cf. Jorge Miranda, ob. cit., p. 352.

restabelecimento da ordem pública ou da paz social causada por evento da natureza (pandemia). Logo, por esta razão, os direitos fundamentais não podem ser afetados.

A Medida Provisória n. 936, em seu art. 7º, é inconstitucional por violar direito fundamental social dos trabalhadores brasileiros, que assegura a redução da jornada de trabalho e dos salários somente mediante negociação coletiva.

Não fosse isso, a Constituição brasileira adotou expressamente o princípio do não-retrocesso social em matéria de direito do trabalho, na parte final do *caput* do art. 7º, ao estabelecer que podem ser assegurados aos trabalhadores outros direitos que visem à melhoria de sua condição social. E o princípio do não-retrocesso social veda qualquer medida legislativa, inclusive ao nível constitucional (emendas), que constitua, em si, um retrocesso na condição social do trabalhador. As normas trabalhistas, pois, somente serão constitucionais se visam a melhorar a condição social do trabalhador.

6. Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Diário Oficial da União. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 06, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 936, de 01º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.363. Decisão liminar. Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em: stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000440095&base=baseMonocraticas. Acesso em: 26 abr. 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.363. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. T IV, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Respeito ao Corpo Morto e a Pandemia do COVID-19 no Brasil: Uma Análise à Luz dos Fundamentos do Candomblé e da Umbanda

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

Sumário: 1. Introdução; 2. A pandemia do covid-19 no Brasil; 3. As dimensões da dignidade da pessoa humana, o corpo morto e sua proteção; 4. Os fundamentos do candomblé e da umbanda quanto a proteção da dignidade do corpo morto: uma necessária compatibilização. 5. Conclusões; 6. Referências.

1. Introdução

A morte é um dos fenômenos mais complexos com o qual as mais diversas sociedades lidam ao longo dos anos. A finitude da vida é a única certeza nos planos biológico e jurídico, porém nos planos filosófico, sociológico, antropológico e religioso o lidar com este tema ganha em sensibilidade, em especial ante o cenário de multiculturalismo em escala mundial.

A pandemia do Corona Vírus, na sua versão COVID-19, vitimou milhares em escala mundial e, no Brasil, infelizmente, o quadro caminha para uma tragédia das mais destacadas na história do país. As projeções dos especialistas em matéria sanitária e de saúde pública apontam para o país se tornar o principal epicentro da doença em todo o mundo.

A fim de enfrentar a voracidade com que o vírus ataca e fulmina tantas

vidas humanas, das mais variadas idades, os poderes públicos nos diversos países passaram a adotar providências restritivas de direitos fundamentais em prol da proteção coletiva. Os direitos ficaram em segundo plano em face da necessidade de efetivar deveres fundamentais.

A quantidade de medidas a serem concretizadas, presente um cenário de autêntica guerra em locais como Manaus, Recife, São Paulo e Rio de Janeiro capitais, apenas cresce e as mesmas, até mesmo por presunção, são pensadas e adotadas com base na boa fé.

Contudo, e este é o mote do presente trabalho, as especificidades de questões setoriais sensíveis como a religiosidade devem ser ponderadas a fim de que as regras gerais de enfrentamento não surtam um segundo efeito colateral: além da restrição de proteções básicas, os vitimados ainda teriam suas crenças e fundamentos religiosos profanados.

O momento é de exercitar da forma mais ampla possível a razoabilidade. Compatibilizar justas expectativas permite que os danos sejam minorados em um momento tão difícil de lidar em períodos de normalidade, que se dirá em tempos de dizimação de tantas pessoas por conta do COVID-19 e suas comorbidades associadas.

O desafio é comportar, de um lado, o respeito às diretrizes governamentais de proteção coletiva e, de outro lado, a preservação da ancestralidade religiosa. No particular será apresentada e debatida a Nota Técnica nº 01 de 30 de abril de 2020, subscrita pelo Promotor de Justiça baiano Edvaldo Gomes Vivas, na condição de coordenador do Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos do Ministério Público do Estado da Bahia (CAODH).

2. A pandemia do covid-19 no Brasil

A sensação é fúnebre. As notícias que aportam por quaisquer meios de acesso a dados, além de permeadas de *fake news* (em um trágico comportamento contra cidadão, que potencializa prejuízos porque espalha medo, desinformação e gera tensões desnecessárias sobretudo em pessoas mais humildes), apontam para o crescimento diário do número de casos registrados e, infelizmente, do número de mortes derivadas da doença.

A falta de estrutura sanitária adequada, a superlotação dos hospitais e o esgotamento físico e mental dos recursos humanos especializados nos cuidados com a saúde (médicos, enfermeiros, assistentes sociais, fisioterapeutas, pessoal de limpeza, operadores técnicos de máquinas hospitalares, psicólogos, biomédicos, cientistas, estagiários, alunos e voluntários – gigantes pela própria natureza, obrigado!), associados a ausência de remédios ou vacinas, tornam o quadro verdadeiramente dantesco.

A Organização Pan Americana da Saúde (OPAS) e a Organização Mundial da Saúde (OMS) esclarece que os coronavírus são a segunda principal causa do resfriado comum (após os rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum.

Sete coronavírus humanos (HCoVs) já foram identificados: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o mais recente novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19.

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma nova cepa (tipo) de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos. Uma semana depois, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus.

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Essa decisão buscou aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus.

A ESPII é considerada, nos termos do Regulamento Sanitário Internacional (RSI), “um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata”.^[1]

A responsabilidade de se determinar se um evento constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional cabe ao diretor-geral da OMS e requer a convocação de um comitê de especialistas – chamado de Comitê de Emergências do RSI.

Esse comitê elabora um parecer ao diretor-geral acerca das medidas

1. “É a sexta vez na história que uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional é declarada. As outras foram: 25 de abril de 2009 – pandemia de H1N1; 5 de maio de 2014 – disseminação internacional de poliovírus; 8 de agosto de 2014 – surto de Ebola na África Ocidental; 1º de fevereiro de 2016 – vírus zika e aumento de casos de microcefalia e outras malformações congênitas; 18 de maio de 2018 – surto de ebola na República Democrática do Congo” - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS); ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Atualizada até 07 de maio de 2020.* Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 08 mai. 2020.

recomendadas a serem promulgadas em caráter emergencial. Dentre as Recomendações Temporárias se incluem medidas de saúde a serem implementadas pelo Estado Parte onde ocorre a ESPII – ou por outros Estados Partes, conforme a situação – para prevenir ou reduzir a propagação mundial de doenças e evitar interferências desnecessárias no comércio e tráfego internacional.

Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. O termo “pandemia” se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade e a designação significa, em termos práticos, que existem surtos de COVID-19 em vários países e regiões do mundo.

Os dados que mais assustam são a totalização das perdas de vidas humanas. Foram confirmados no mundo 3.672.238 casos de COVID-19 (83.465 novos em relação ao dia anterior) e 254.045 mortes (6.539 novas em relação ao dia anterior) até 7 de maio de 2020.^[2]

No Brasil os números são, infelizmente, pouco críveis, apesar de igualmente assustadores.

O fato é que no país os dados oficiais são completamente subnotificados, o que torna ainda mais complexa até mesmo a realização de políticas públicas emergenciais de qualidade. A falta de testes em massa torna ainda mais complexo o enfrentamento, ao custo de muitas mortes evitáveis, muita dor dos que ficam agonia de boa parcela dos que se vão.

Estudos realizados por projeção pelo Centro de Informação e Informática em Saúde (CIIS) da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP), com base de dados atualizada até

2. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS); ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Atualizada até 07 de maio de 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 08 mai. 2020.

20 de abril de 2020, sinalizam o tamanho e o impacto da subnotificação: “o valor projetado estimado de população infectada do dia 11/04/2020 de 312.288, comparado à quantidade de notificados para o dia 11/04/2020 de 20.727, temos 93,36% de subnotificação” . [3]

O gráfico abaixo sintetiza o caos das subnotificações:



Gráfico 1: Estimativa de subnotificações por Estado.

Fonte: <https://ciis.fmrp.usp.br/covid19/analise-subnotificacao>

Sinalizando que o combate do COVID-19 está sendo feito, também, mediante o inimigo da incerteza quanto ao montante exato ou o mais preciso possível de vítimas, dois indicadores são especulados como fortes

3. “No Brasil e no mundo existe um cenário de incerteza sobre a taxa de mortalidade da COVID-19. As taxas têm variado especialmente pela incerteza sobre a quantidade total de pessoas infectadas, o que se dá especialmente pela falta de disponibilidade de testes de confirmação da infecção pela COVID-19, produzindo discrepâncias importantes no cenário internacional, e dificultando a implementação de políticas públicas para o controle da situação. A Coreia do Sul é um dos poucos países que têm conseguido realizar testes em massa, o que sugere que a taxa de mortalidade seja mais fidedigna em relação a outros locais. Outro fator importante levado em conta é a variação da pirâmide etária entre os países, no qual se realizam os ajustes necessários, conforme descrito em mais detalhes na página sobre a metodologia. Portanto, considerando que a Taxa de Mortalidade é fixada, o método faz um ajustamento da curva de casos com base no registro de óbitos, considerando que este é mais consolidado em nosso país, apesar de também haver relatos de subnotificação dos óbitos. A Taxa de Mortalidade ainda é ajustada a partir de um deslocamento temporal entre o registro de óbitos e a confirmação de casos, seguindo um alerta publicado no The Lancet, porém ajustado para o Brasil a 10 dias, dado que os testes têm sido realizados já em processo de agravamento das doenças e não nos sintomas iniciais. Nesse cenário, a Taxa de Mortalidade real para o Brasil seria de 1,08% e a taxa ajustada, em média, seria de 5,7%” - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Centro de Informação e Informática em Saúde (CIIS) da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto. *Análise subnotificação*. Disponível em: <https://ciis.fmrp.usp.br/covid19/analise-subnotificacao>. Acesso em: 08 mai. 2020.

indícios que o universo de mortos pelo coronavírus é substancialmente mais amplo que o notificado oficialmente pelos Poderes Executivos país afora.

Everton Lopes Batista especula que o aumento das internações por problemas respiratórios e o crescimento do número de enterros indicam “que o país registra menos do que deveria – e em uma velocidade aquém da necessária”. Ele foca em dois centros de evidências: o aumento exponencial dos casos de Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG), de notificação obrigatória ao Ministério da Saúde, mas com um aumento de 430% em relação ao mesmo período de 2019^[4] e o número de enterros. Neste tema, há relatos de Manaus^[5] (onde o número saltou para mais de 180% quando comparado ao mesmo período de 2019) e São Paulo^[6] que denotam a explosão de casos relativos ao COVID-19, se não efetivamente derivados dele.

Em números oficiais, na medida do possível, o Brasil registrava até o início da noite de 07 de maio de 2020 135.016 casos confirmados

4. BATISTA, Everton Lopes. *Explosão de casos de síndrome respiratória aponta para subnotificação de casos de Covid-19 no país*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/explosao-de-casos-de-sindrome-respiratoria-aponta-para-subnotificacao-de-casos-de-covid-19-no-pais.shtml>. Acesso em: 06 mai. 2020.

5. “De 1º a 30 de abril de 2020, a capital do Amazonas registrou 2.435 óbitos nos cemitérios públicos da cidade, incluindo sepultamentos e o recém-iniciado serviço gratuito de cremação. No mesmo mês de 2019, a quantidade de enterros foi 871. Os números, que mostram aumento de 179,5% considerando o comparativo, foram divulgados nesta sexta-feira, 1º de maio, feriado do Dia do Trabalhador, pela Prefeitura de Manaus. (...) Dos 985 sepultamentos ou cremações registradas no período de pico funerário neste mês, entre os dias 23 e 30, menos de 10% (88) tiveram como causa na certidão de óbito a Covid-19. O número, porém, pode ser muito maior do que o registrado se considerar mortes por outras causas, como síndromes ou insuficiência respiratórias, principais sintomas da Covid-19. É o caso de 393 sepultamentos ou cremações no mesmo período. Além disso, 264 pessoas morreram, neste período, em domicílio, sem conseguir atendimento e nem testar para a Covid-19 nos hospitais da rede estadual” – *Comparado a 2019, número de enterros em Manaus cresce quase 180% em abril*. Disponível em: <https://todahora.com/articulos/comparado-a-2019-n%C3%BAmero-de-sepultamentos-em-manaus-cresce-quase-180-em-abril>. Acesso em: 04 mai. 2020.

6. “A força-tarefa articulada entre membros das Forças Armadas e representantes de órgãos estaduais e municipais de São Paulo para monitorar as mortes causadas pela pandemia de coronavírus tem organizado o serviço funerário da capital para fazer até 400 sepultamentos por dia. Há previsão de alta nas mortes nas próximas semanas diante do aumento da curva de infectados. (...) Antes da pandemia, a cidade tinha, em média, 240 enterros diários com aumentos pontuais durante o inverno, quando se agravam as doenças respiratórias. As medidas emergenciais incluem contratação de torres de iluminação para permitir sepultamentos durante 24 horas, aquisição de 19.400 invólucros para manejo dos corpos, contratação emergencial de retroscavadeiras para agilizar a abertura de covas, abertura de 11.300 valas, contratação de 220 coveiros de forma emergencial por 180 dias (o dobro do efetivo pré-pandemia) e compra emergencial de 68.000 urnas” – ZYLBERKAN, Mariana. *Força-tarefa prepara serviço funerário para até 400 enterros diários em SP*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/forca-tarefa-prepara-servico-funerario-para-ate-400-enterros-diarios-em-sp>. Acesso em: 05 mai. 2020.

do coronavírus, com desesperadores 9.146 óbitos, a indicar uma taxa de letalidade na ordem de 6,8% (seis vírgula oito por cento), conforme exposto pelo Ministério da Saúde no sítio eletrônico especial **covid.saude.gov.br**.

Detalhando os dados, a região com maior número de casos é a Sudeste (com quase metade dos registrados – 44,9%, significando 60.692 episódios), seguido pelo Nordeste com 31,2% (42.157), Norte com 15,8% (21.377), Sul com 5,1% (6.867) e o Centro Oeste com 3,0% 4.013).^[7]

A tragédia humana vivenciada pelo mundo e pelo Brasil por conta das baixas derivadas do COVID-19 ainda se torna mais dolorosa e, negativamente, marcante quando a vivência do luto das perdas ainda é limitada por normativos que tratam de restrições às cerimônias de despedida dos mortos.

3. As dimensões da dignidade da pessoa humana, o corpo morto e sua proteção

O ciclo da vida humana envolve balizas. Pode-se simplificar este grande milagre chamado viver em um instituto do direito processual: o prazo.

A vida pode ser entendida, singelamente, como um período de tempo marcado por termo inicial altamente relevante, a autorizar que as pessoas humanas sejam cuidadas, desenvolvam suas capacidades e desfrutem da oportunidade que é o passar dos dias até o termo final ocorrer de forma incerta (morte natural) ou certa (morte por causas artificiais).

Quer antes do nascimento, quer depois da morte, e em especial durante a vida, o direito homenageia o triunfo das ideias pautadas no humanismo e na superação do patrimonialismo por meio da assunção do princípio da dignidade da pessoa humana a uma espécie de “Olimpo das garantias”, no

7. BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus. Atualizado até 07 de maio de 2020.* Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 08 mai. 2020.

qual ele ocuparia a posição maior, o “Zeus dos direitos” conhecidos.

Ela, a dignidade humana, se apresenta como “um fim em si mesmo, (...) hoje um axioma da civilização ocidental”^[8], tendo surgido no âmbito do direito constitucional a partir do segundo pós-guerra, quando numerosas Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos, sendo a primeira a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, “a qual previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao status de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional”.^[9]

A dignidade da pessoa humana na contemporaneidade há de ser expandida: para além dos seres humanos viventes, deve abarcar também os nascituros viáveis e queridos, os animais^[10], os párias sociais e os vulneráveis internacionais (refugiados e asilados políticos), sendo viável sustentar que a dignidade não é mais humana, mas sim dos seres vivos em geral.

A generalidade do princípio da dignidade humana, por vezes, resulta em críticas à sua utilização desmedida e sem critérios cientificamente seguros. Cícero Dantas Bisneto, com base nas ideias de Daniel Sarmento, afirma que a falta da necessária depuração metodológica termina por propiciar a “banalização do uso do postulado (...) em verdadeira carnavalização de seu conceito, resvalando a sua utilização para o terreno

8. BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 2018, p. 155.

9. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 21.

10. “O Superior Tribunal de Justiça, em decisão pioneira e inédita sobre o tema, no julgamento do REsp 1.797.175/SP, da relatoria do ministro Og Fernandes, reconheceu a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e, ademais disso, atribuiu dignidade e direitos aos animais não-humanos e à Natureza, inclusive avançando rumo a um novo paradigma jurídico biocêntrico” – SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 04 mai. 2020.

da insegurança jurídica”.^[11]

A faceta mais forte da dignidade, contudo, ainda é o de instrumental potencializador de posições jurídicas de proteção das liberdades individuais e dos direitos sociais e fraternais. E dentre as inúmeras possibilidades de análise, um tópico releva para a presente análise: a liberdade de religião.

O ordenamento internacional consagra como direito humano dos mais conhecidos a liberdade de ter e professar uma religião. O artigo XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião e que tal previsão “inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.^[12]

A religião se entrelaça com a dignidade no Brasil particularmente quando se reconhece que há um direito de adotar ou não qualquer crença religiosa ou abandoná-la livremente, bem como praticar seus ritos, cultos e manifestar sua fé, sem interferências abusivas.^[13]

Ainda é relevante anotar que as diversas religiões devem ser tratadas com tanto respeito quanto os agnósticos e os ateus, ou seja, os desprovidos de religiosidades. Os cultos e crenças, de igual modo, devem ser protegidos com amplo rigor dentro da normalidade constitucional.

Como sustenta José Afonso da Silva, a vida humana “integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)”^[14] e, no específico da liberdade de culto, professa que “a religião não é apenas

11. DANTAS BISNETO, Cícero. *Formas não monetárias de reparação do dano moral*. Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2019, p. 88.

12. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, Paris : 1948.

13. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2020, p. 718.

14. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p. 66.

sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus”, e sim “sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no *culto*, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidade aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida”.^[15]

Dentre as manifestações religiosas mais disseminadas e, infelizmente, ainda submetida a grande ojeriza e preconceito por parte de substancial parcela da sociedade brasileira, as derivadas de matriz africana são autênticas representantes da ligação existente entre vida, morte, energia e natureza. Os rituais de iniciação e de desencarne são importantíssimos.

André Ramos Tavares explica que a Constituição possui uma parte específica para proteção das manifestações do patrimônio cultural popular (artigo 215), avultando entre tais culturas as afro-descendentes. E nesse contexto, a “idéia de *identidade* é chave de compreensão aqui. Há uma nítida imbricação entre determinadas manifestações religiosas no Brasil (...) com a formação nacional de uma identidade e de uma cultura própria”, concluindo que “Nesses casos, o Estado encontra-se obrigado a agir, protegendo essas manifestações em suas diversas dimensões”.^[16]

Partindo da premissa que “não se pode cogitar de *vida sem dignidade*”, a pergunta formulada por Manoel Jorge e Silva Neto é decisiva para entender o contexto deste trabalho: “preserva-se a dignidade da pessoa quando o estado a proíbe de exercer a sua fé religiosa?”. A resposta é acertada: “Sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa”.^[17]

15. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p. 93, grifos do original.

16. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 644/645, grifos do original.

17. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo : Lumen Juris, 2018, p. 846 e 858, grifos do original.

O corpo morto possui tratamento jurídico multifacetado no Brasil.

O Direito Civil trata do mesmo nos artigos 13 ao 15 do Código Civil de 2002 brasileiro, sendo referido por Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano como o “direito ao corpo, tanto vivo quanto morto”, esclarecendo eles que “com fundamento na ideia de que é preciso proteger a dignidade do ser humano – e os restos mortais lhe representam *post mortem* -, tem-se admitido a preservação, como direito da personalidade, do cadáver”.^[18]

Afirma-se no Brasil um “direito ao cadáver”^[19], o qual consagra um desdobramento que é o “direito a uma destinação digna”, consistindo no fato de o corpo morto “não poder ter qualquer destinação, ou seja, não pode o próprio morto, enquanto vivo, ou algum parente, determinar que seja dado um destino que atente contra a lei, a moral ou aos bons costumes”, até porque a “regra é a indisponibilidade dos cadáveres. Só excepcionalmente, deve-se admitir a disponibilidade dos cadáveres”.^[20]

Ao analisar caso rumoroso no qual o Superior Tribunal de Justiça tratou do destino do cadáver do engenheiro Luiz Felipe Dias de Andrade Monteiro, eis que surgiu impasse entre os três filhos do mesmo por conta da vontade dele de se submeter à criogenia^[21], Anderson Schreiber realizou uma interessante leitura constitucional da situação:

18. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 70.

19. “(...) é que com o fim da vida não existe o fim dos direitos, pois o cadáver possui proteção jurídica, e isso se pode comprovar pelas leis existentes, tais como: lei n.º 8.501/92, que dispõe sobre a destinação de cadáveres não reclamados junto às autoridades públicas, lei n.º 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, bem como art. 12 do Código Civil Brasileiro, arts. 209 à 212 do Código Penal Brasileiro, art. 1º inciso III da Constituição Federal, dentre outras” – BERTONCELO, Juliana Aprygio; PEREIRA, Marcela Berlinck. *Direito ao cadáver*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo/SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2502.pdf. Acesso em: 02 mai. 2020.

20. SILVA, Justino Adriano Farias da. *Tratado do direito funerário*. São Paulo: Método Editora, 2000, p. 85.

21. “Dessa forma, inexistindo manifestação expressa de vontade do Sr. Luiz Felipe quanto ao congelamento de seu corpo após a morte; inexistindo indícios de chance de cura e de uma vida digna, não há como autorizar o traslado do corpo do Sr. Luiz Felipe para ser submetido ao procedimento da criogenia, devendo prevalecer o enterro como forma de sepultamento e destino dado ao corpo após a morte” – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.693.718/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Publicação: 09/10/2017.

A proteção constitucional da liberdade religiosa (art. 5º, inciso VI) e de pensamento (art. 5º, inciso IV) impede que uma via seja privilegiada pela ordem jurídica em detrimento de todas as outras. Daí porque não se pode falar, nesse campo, em regra (enterro) e exceção (cremação, criogenia e todas as demais possibilidades que surgem e se ampliam com a evolução da ciência e com a ampliação da tolerância à pluralidade religiosa). A única regra aqui é a vontade do titular.

(...)

De modo geral, a efetiva tutela da autodeterminação pessoal, com o respeito às escolhas existenciais de cada ser humano, exige esforço hermenêutico e aplicativo maior que aquele baseado no binômio regra-exceção, o qual tem, por sua vez, a inaceitável desvantagem de reduzir a proteção da ordem jurídica àquelas pessoas que, efetuando escolhas menos comuns em suas vidas e em suas predileções, restam compelidas a adotar, todo o tempo, cautelas e salvaguardas para que não sejam lançadas sob o manto de uma regra que não as representa e com a qual não se identificam. No campo das escolhas existenciais, não são as pessoas que se devem adaptar ao direito, mas é o direito que se deve adaptar às pessoas.^[22]

De igual sorte, no campo criminal, o Código Penal brasileiro tipifica a conduta de “vilipendiar cadáver ou suas cinzas” no artigo 212, cominando pena de detenção de um a três anos, além de multa. O núcleo do tipo, pois, é “o fim específico de desprezar o corpo sem vida da vítima, com intenção clara de ultrajá-lo”.^[23]

Como bem sintetizou Sílvio Romero Beltrão, “a morte da pessoa extingue a sua personalidade jurídica, mas a memória daquele constitui

22. SCHREIBER, Anderson. O caso da criogenia: direito ao cadáver e tutela post mortem da autodeterminação corporal. Carta Forense. 2019. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-caso-da-criogenia-direito-ao-cadaver-e-tutela-post-mortem-da-autodeterminacao-corporal/18341>. Acesso em: 07 mai. 2020.

23. GOIÁS. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 0290894-63.2019.8.09.0000, Relator Luiz Claudio Veiga Braga, Data de Julgamento: 15/08/2019, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ de 15/08/2019.

um prolongamento dos seus direitos da personalidade, como um bem jurídico que deve ser tutelado, merecendo proteção do direito”.^[24]

4. Os fundamentos do cambomblé e da umbanda quanto a proteção da dignidade do corpo morto: uma necessária compatibilização.

Beatriz Martins Moura, tratando dos saberes que os terreiros de candomblé e de umbanda promovem, sustenta que, se historicamente, as religiões de matriz africana experienciaram perseguições em diversos níveis, “atualmente [2016 mais precisamente] vemos uma busca de setores fundamentalistas da sociedade civil e do congresso atuando fortemente para retirar direitos duramente conquistados e criminalizar práticas referentes a essas religiões”.^[25] Essa observação, por óbvio, envolvia o cenário pré pandemia do COVID-19, mas é sintomática da forma como as religiões da África são ainda marginalizadas no Brasil.

Ela prossegue e observa, com acerto, que “o modo como os terreiros articulam seus saberes diz respeito à continuidade de suas práticas e a uma forma de conhecimento que não se enquadra na maneira como a academia se organiza” porque esta última “rompe a noção de saberes sistematizados e especializados e operam com a lógica dos conhecimentos articulados”.^[26]

Como bem reconhece também Estélio Gomberg,

24. BELTRÃO, Sílvio Romero. “Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa”. *Revista de Processo*. V. 247. Set. 2015, p. 12.

25. MOURA, Beatriz Martins. “AQUI A GENTE TEM FOLHA”: terreiros de religião de matriz africana como espaços de articulação de saberes. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social. Universidade de Brasília, 2017, p. 56. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23460/1/2017_BeatrizMartinsMoura.pdf. Acesso em: 08 mai. 2020.

26. “O processo de aprendizado que um/a filho/a de santo começa a ter dentro do terreiro confere a ele entendimento a respeito de elementos que fazem parte do universo de relações que ela/e passa a ter na religião. Nesse sentido, um aspecto determinante no sucesso do desenvolvimento espiritual de um/a afro-religiosa são as habilidades que ela/e desenvolve no que se refere ao contexto do terreiro e tudo o que diz respeito à sua realidade religiosa. Quando me refiro ao contexto do terreiro estou tratando justamente dos conhecimentos ali articulados, como, por exemplo, dentre outros, o preparo de alimentos, de oferendas, um domínio litúrgico do Yorubá de modo que permita cantar nas cerimônias, as danças dos orixás, o saber relacionado às ervas e plantas.” - *Idem, ibidem*, p. 77 e 114.

O corpo, na ótica das religiões afro-brasileiras é o principal elemento de ligação entre o homem e o sagrado, cujo significado extrapola a simples condição física ou estética, visto que este também é visto como a morada do orixá e a porta de comunicação entre os homens e os deuses. O corpo precisa estar saudável, equilibrado protegido, “fechado” (BARROS; TEIXEIRA, 1989) para que possibilite condições favoráveis para realizações de rituais litúrgicos, além do próprio equilíbrio da comunidade já que o corpo na cosmovisão dos afro-brasileiros é também um local propício para a transmissão de “axé”.^[27]

As considerações anteriores são relevantes porque demonstram o cenário que precisa ser internalizado pelos que pretendem compreender a relevância dos rituais e simbologia dos adeptos das religiões de matriz africana, em especial os relativos aos corpos mortos.

A relação entre vivos e mortos no candomblé e na umbanda é simbiótica e, ao mesmo tempo, delicada e poderosa.

As incorporações são formas de os mortos, espíritos mais avançados na caminhada evolutiva, usarem os vivos com capacidade mediúnica mais desenvolvida (ainda que, por vezes, tal condição seja inata e não trabalhada pelo médium) como instrumentos de passagem ou os chamados *cavalos*, *aparelhos* ou *burros*, nomes dados aos chamados médiuns de incorporação.^[28]

Os fenômenos paranormais que são tão comuns na realidade das religiões de matriz africana enfrentam, ao longo da história, a resistência de parcela considerável das classes mais abastadas e dos intelectuais por conta da teologia do medo, que refutava tudo que não fosse “cristão”, “ortodoxo” e “romano”.^[29]

27. GOMBERG, Estélio. *Hospital de orixás: encontros terapêuticos em um terreiro de candomblé*. Salvador : EDUFBA, 2011, p. 26.

28. “É uma analogia ao fato de o médium emprestar o corpo para o trabalho dos Guias” - OXÓSSI, Flávio de. *UMBANDA: sem medo e sem preconceito*. São Paulo : Madras, 2014, p. 35, nota 5.

29. CUMINO, Alexandre. *Exu não é diabo*. São Paulo : Madras, 2018, p. 52/54.

Infelizmente, como acontece com diversas outras religiões, as de matriz africana padecem com práticas de charlatanismo ^[30], as quais terminam por incentivar a teologia do medo e causar vexame e desconforto de adeptos de outras crenças, por vezes desaguando em agressões físicas e verbais a filhos de santo e casas de axé, incrementando a intolerância.

No específico da morte de iniciados nas religiões de matriz africana (candomblé e umbanda), o povo de santo possui vicissitudes incontornáveis de acordo com sua fé pautada no contato do corpo com o espírito, do retorno da energia vital fluida para a natureza.

Um exemplo voltado para a seara jurídica e que envolve a cultura religiosa africana e a morte foi o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário (RE) número 494.601 do Rio Grande do Sul, decidido em 28 de março de 2019.

Neste caso o STF, por unanimidade, entendeu que a Lei 12.131/2004, do Rio Grande do Sul, que permite o sacrifício de animais em ritos religiosos, é constitucional. A tese produzida foi a seguinte: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.

A suposta igualação entre o tratamento cruel e com maus tratos de

30. Considerando que os fundamentos da umbanda excluem sacrifício de animais e não admitem violações como a profanação de corpos mortos, até mesmo porque cientes que tais práticas configuram crime de vilipêndio a cadáveres, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul termina por retratar uma negação completa dos fundamentos da religião tipicamente brasileira: “VIOLAÇÃO DE SEPULTURA. VILIPÊNDIO DE CADÁVER. PROVA CONSISTENTE. TRANSE MEDIÚNICO. 1. Os acusados, com intuito de realizar “um trabalho”, ingressaram, por volta da meia-noite, no cemitério de Passo Fundo. Uma das co-rés, com a mãe doente, havia buscado auxílio numa “casa de umbanda”. Esta, foi apanhada em sua residência, em automóvel dos co-réus, e conduzida ao cemitério. Lá chegando, enquanto a beneficiada pelo trabalho segurava uma lanterna e era amparada pela co-ré, os dois acusados removeram as lajes de uma sepultura, onde havia sido, há poucos dias, enterrado um homem de 87 anos de idade. Após, abriram o caixão, fizeram uma incisão no abdome do cadáver, sacrificaram um cachorro e uma galinha sobre o corpo do enterrado, nele introduzindo vários papéis. Em seguida, despejaram álcool sobre o cadáver, atearam fogo e fecharam a sepultura. Tudo foi acompanhado pelo acendimento de velas, ao lado da sepultura e iluminação de lanterna, à meia-noite. 2. O alegado “transe mediúnico”, eventualmente existente e ainda que presente, em face da dimensão existencial em que se labora nos processos, não é excludente de tipicidade, ilicitude e nem de culpabilidade. 3. Prova consistente nos autos, inclusive pericial e fotográfica, onde se podem ver, querendo, o ataúde avermelhado, a galinha vermelha e preta, os restos das velas queimadas, as flores que adornam o túmulo, a face do morto, enegrecida pelo fogo, bem como os restos, aos pedaços, dilacerados, do cadáver. No interior do caixão, também se pode ver um cachorro e uma galinha, ambos mortos e queimados, junto com o cadáver. Ainda, a completar a cena dantesca e tétrica, foram encontradas uma garrafa de vodka e outra de plástico, parcialmente derretida. Condenações mantidas. APELOS DEFENSIVOS DESPROVIDOS” - (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70014529440, Sétima Câmara Criminal, Relator Nereu José Giacomolli, julgado em 22/06/2006).

animais e o sacrifício para rituais em cultos e liturgias no candomblé (a umbanda não pratica o sacrifício animal usualmente) foi rechaçada pelo STF, focando-se em argumentação como a usada pelo Ministro Edson Fachin, para quem “a utilização de animais é de fato intrínseca a esses cultos e a eles deve ser destinada uma proteção legal ainda mais forte, uma vez que são objeto de estigmatização e preconceito estrutural da sociedade”.

O Ministro Roberto Barroso, por sua vez, acertadamente afirmou que, “Segundo a crença, somente quando a vida animal é extinta sem sofrimento se estabelece a comunicação entre os mundos sagrado e temporal”, assinalando ainda que “Não se trata de sacrifício para fins de entretenimento, mas para fins de exercício de um direito fundamental que é a liberdade religiosa”, até porque “o abate não produz desperdício de alimento, pois a proteína animal é servida como alimento tanto para os deuses quanto para os devotos e, muitas vezes, para as famílias de baixo poder aquisitivo localizadas no entorno dos terreiros ou casas de culto”.

A relevância do julgamento do STF não é meramente simbólica: é também, e sobretudo, pragmática. Como salientado pelo Ministro Luiz Fux, “Com esse exemplo jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal vai dar um basta nessa caminhada de violência e de atentados cometidos contra as casas de cultos de matriz africana”. No mesmo sentido, Ordep Serra afirma que “O ataque aos cultos afro-brasileiros danifica o legado cultural e atinge pessoas carentes, alimentando o racismo. Traz consigo uma ameaça de desagregação, de incremento da violência no seio das classes menos favorecidas. Não alcança apenas o povo de santo”.^[31]

A relação entre a sacralidade da vida e a relevância da morte enquanto passagem do espírito aderido ao corpo físico para o seu caminho

31. SERRA, Ordep. *OS olhos negros do Brasil*. Salvador : EDUFBA, 2014, p. 87.

de liberdade evolutiva possui uma ritualística rica e ancestral.

Importa compreender, por exemplo, que a noção de ancestralidade africana diz diretamente com as forças da natureza e com as “entidades ligadas à sociedade do mundo do além, voltadas às comunidades de seres humanos já falecidos, perpetuando sua memória e guardando os seus ensinamentos nas práticas rituais”.

Prossiga-se esclarecendo que as citadas entidades são chamadas de *egbe-orun*, sendo que, “Quando morremos, deixamos o mundo do *aiye* e nascemos no mundo do *orun*. Nascimento, morte e nascimento. Ciclo normal da vida ininterrupta, segundo o conceito filosófico afro-brasileiro de culta à ancestralidade *Egúngún*”. Isso porque “a morte não representa simplesmente o fim da vida humana, mas sim que a vida terrestre se prolonga em direção à vida além-túmulo”.^[32]

José Sant’Anna Sobrinho explicita com riqueza de detalhes uma cerimônia completa de sepultamento no culto *Egúngún*. Destaca-se, dada a pertinência com o presente trabalho, alguns trechos da narrativa:

Quando falece um sacerdote no culto *Egúngún*, a primeira providência a se fazer, segundo a liturgia, é retirar de dentro do quarto dos Orixás aqueles objetos que pertencem ao falecido. Constrói-se, em um local externo da casa, uma pequena palhoça para colocar todos os pertences relativos ao Orixá (vasilhas, quartinhas, metais etc.). A quartinha ficará emborcada e sem água, durante todos os dias da obrigação do *axexê*.

Isinku: sepultamento

Ikú é o nome da morte na língua Yorubá. É representado por um

32. SANT’ANNA SOBRINHO, José. *Terreiros egúngún: um culto ancestral afro-brasileiro*. Salvador : EDUFBA, 2015, p. 39, grifos do original.

jovem personagem, princípio masculino, que cumpre sua missão dada por *Olorum*, como conta o mito.

(...) *ORÔ N'ILÊ IKÚ*

o ritual do velório na casa

No velório, muito antes do sepultamento, com o corpo do falecido dentro do caixão, os *ojé* presentes farão uma homenagem ao falecido com cânticos fúnebres. (...) Após os mais velhos na hierarquia sacerdotal se pronunciarem com cânticos litúrgicos, é hora da saída do caixão. *Oyá*, Orixá responsável pelo culto dos mortos *Egúngún* será convocada para levar o espírito do falecido. (...) A alguns metros do local, já dentro do cemitério, onde será colocado o caixão, deve-se dar preferência ao local de enterrar no chão, obrigatoriamente como manda a tradição.^[33]

O que ganha relevo é que o corpo precisa voltar ao contato definitivo com a natureza, com o solo sagrado da *calunga*, do cemitério. Isso se deve à relação de extrema importância dos iorubás com o corpo.^[34]

A ocorrência da pandemia do COVID-19 em nível mundial e, no particular, em todo o território nacional brasileiro terminou por resvalar em aspectos centrais da ancestralidade das religiões de matriz africana: a forma de tratamento do corpo morto em tempos de exceção sanitária.

Por conta da agressividade com que o coronavírus dizima vidas humanas, associada à velocidade de contágio da doença mesmo com pessoas assintomáticas sendo transmissoras, diversas localidades editaram normas (na maioria decretos dos chefes dos Executivos municipais ou estaduais) tratando de formas excepcionais de gestão dos corpos mortos.

33. *Idem, ibidem*, p. 67/69, grifos do original.

34. "A cultura iorubá remete a reflexões constantes e profundas sobre o homem e seu corpo. Todas as partes do corpo são tidas como elementos importantes ao homem para sua trajetória na Terra (*Àiyé*). O corpo é reverenciado, invocando-se o poder e a força que possui, através de cada uma de suas partes" – JAGUN, Márcio de. *ORÍ: a cabeça como divindade. História, cultura, filosofia e religiosidade africana*. Rio de Janeiro : Litteris, 2015, p. 28, grifos do original.

A Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, tratando sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 de forma nacional, previu no artigo 3º, inciso V, a faculdade de as autoridades determinarem “exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver”.

O Departamento de Atenção Hospitalar, Domiciliar e de Urgência, vinculado à Secretaria de Atenção Especializada à Saúde do Ministério da Saúde brasileiro, editou o “Protocolo de manejo clínico da Covid-19 na Atenção Especializada”, o qual, ao tratar dos corpos mortos, afirmou que “é fundamental que os profissionais que realizam o manejo do corpo estejam protegidos da exposição a sangue e fluidos corporais infectados, objetos ou outras superfícies ambientais contaminadas”, dada a ampla possibilidade de contaminação.^[35]

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por sua vez, editou a Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA nº 04 no dia 21 de março de 2020, a qual trata dos corpos mortos por meio de diversos protocolos de recomendações contidos no Anexo V da norma.

A referida norma, de forma acertada, começa seus protocolos afirmando que “A dignidade dos mortos, sua cultura, religião, tradições e suas famílias devem ser respeitadas”. Consta no item 4 (Orientações para a assistência funerária) que “Os cadáveres poderão ser cremados ou enterrados, de acordo com as preferências e costumes da família”. Porém,

Caso a família deseje ver o corpo, deverão receber instruções claras para nunca tocá-lo e nem tocar o ambiente em volta do corpo, além

35. BRASIL. *Protocolo de manejo clínico da Covid-19 na Atenção Especializada* [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Departamento de Atenção Hospitalar, Domiciliar e de Urgência. – 1. ed. rev. – Brasília : Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/especial/covid19/pdf/105>. Acesso em: 07 mai. 2020.

disso, deverão higienizar as mãos antes de entrar e depois de sair do local, sendo recomendado ainda, sempre manter a distância mínima de 1 metro do corpo.

Por fim, o contexto epidemiológico, caso haja funeral, “deverão ocorrer com o menor número possível de pessoas, preferencialmente, apenas os familiares mais próximos, para diminuir a probabilidade de contágio do vírus SARS-CoV-2 entre as pessoas que participarão do funeral”.^[36]

O que se percebe é que, no plano das normas gerais, a cremação de corpos é medida autorizada e, eventualmente recomendada, e não imposta ou compulsória, devendo ser levada em conta a religião e as tradições da pessoa falecida e de sua família.

No contexto da pandemia, a Associação Brasileira de Preservação da Cultura Afro Ameríndia (AFA), entidade fundada em 07 de setembro de 2003 e reconhecida como de utilidade pública estadual e municipal na Bahia e em Salvador expediu o Ofício 033, datado de 30 de março de 2020 e subscrito pelo seu Presidente, Leonel Monteiro. No documento, dirigido ao Ministério Público da Bahia, a entidade sinalizou que, por conta dos fundamentos ancestrais do candomblé, “quando há o falecimento de algum iniciado (a), jamais o corpo poderá ser cremado ou sepultado em gavetas (carneiras), ainda que o óbito tenha sido motivado por algum tipo de enfermidade”.

Os pleitos formulados foram no sentido de impedir qualquer episódio de cremação, “pois isso fere de forma profunda os Fundamentos que envolvem os rituais fúnebres no Candomblé” e ainda traria “sérios problemas de ordem espiritual, emocional e psicológica aos seus

36. BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA nº 04/2020*. Orientações para serviços de saúde: medidas de prevenção e controle que devem ser adotadas durante a assistência aos casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília : 2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/271858/Nota+T%C3%A9cnica+n+04-2020+GVIMS-GGTES-ANVISA/ab598660-3de4-4f14-8e6f-b9341c196b28>. Acesso em: 08 mai. 2020.

descendentes e família religiosa”, bem como que “o sepultamento seja feito na terra”.

Sensível à razoabilidade que o momento de pandemia demanda, bem como consciente da relevância das ponderações quanto ao direito fundamental à liberdade religiosa com as especificidades das de matriz africana, tão presentes na Bahia, o Ministério Público da Bahia expediu a Nota Técnica nº 01/2020 tratando do tema provocado.

Após discorrer com propriedade e completude acerca da legislação que trata do direito à liberdade religiosa no Brasil, quer em nível constitucional, quer em nível infraconstitucional, quer ainda em tratados internacionais correlatos, o *Parquet* reconheceu de forma expressa a importância dos ritos e liturgias quanto ao tratamento dos corpos mortos no candomblé e na umbanda.

Buscando compatibilizar os rituais afro religiosos do *axexê* (ou seja, da morte compartilhada, enquanto cerimônia longa e complexa) com os cuidados derivados do COVID-19, veio a concluir que “o Poder Público pode impor restrições ao exercício da liberdade de culto, quando e na forma estritamente necessária para barrar o avanço do vírus, sem conduzir a uma completa e generalizada descaracterização dos rituais fúnebres.

Sugerindo diretrizes ao final do documento, o Promotor Edvaldo Vivas, autor do mesmo, propôs assegurar que, além dos familiares nos sepultamentos derivados da COVID-19, com respeito às normativas municipais acaso existentes, o Sacerdote Afro e seu iniciado auxiliar se façam presentes nas cerimônias; ao lado disso, também orientou que seja proibida a cremação compulsória ou o sepultamento em gavetas quando possível o enterro em terra.

Decorrente do Procedimento nº 003.9.53319/2020, a 2ª Promotoria de

Justiça da Cidadania da Comarca de Salvador expediu a Recomendação nº 08/2020, com destaque para as indicações que todas as autoridades médicas e sanitárias estaduais na Bahia orientem aos profissionais que indaguem pacientes suspeitos da COVID-19 acerca da “religião praticada” pelo mesmo e que, pelo menos, ocorra breve ritual de encomendação do corpo nos casos de iniciados no candomblé e na umbanda.

5. Conclusões

A atuação do Ministério Público do Estado da Bahia, derivada de provocação oportuna e embasada no respeito à ancestralidade das religiões de matriz africana formulada pela AFA, permitiu que uma difícil composição de questões sensíveis pudesse ser solucionada da forma mais razoável possível.

Presente cenário de tempos sombrios derivados do medo, das incertezas e da insegurança que a pandemia provoca nos planos dos serviços públicos e dos aspectos psicológicos dos que padecem, direta ou indiretamente, com o COVID-19, as atuações das autoridades devem se pautar no diálogo, na temperança e na busca do conforto espiritual das vítimas do coronavírus.

Um gigantesco contingente de pessoas perdeu suas vidas e, com isso, foram tragadas para um vale de tristeza parentes e amigos que, por vezes, nem sequer puderam se despedir adequadamente dos seus entes queridos. Tempo limitado, número de pessoas reduzido por normas e por pessoal em grupos de riscos, isolamento social caminhando para reforço (*lockdown*) são itens que criam um quadro de alta dor psicológica.

Associar a esta realidade ainda uma lesão aos fundamentos religiosos daqueles que professam uma religião de matriz africana (candomblé e/ou

umbanda), cujo descanso do corpo morto há de ser feito pela devolução do mesmo à terra, invertendo a condição de vivo para morto, seria não apenas inconstitucional mas também cruel e indevido.

Andou muito bem o Ministério Público, a Associação Brasileira de Preservação da Cultura Afro Ameríndia (AFA) e todos aqueles que, mesmo diante do combate incessante e difícil ao coronavírus, com jeito e bom senso, terminam por viabilizar que a dor da partida pela morte seja minorada com o respeito às liturgias e rituais de passagem dos filhos de santo.

Que Obaluaê cuide de todos e Oxalá nos ajude a vencer esse desafio: saravá e axé!

6. Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATISTA, Everton Lopes. *Explosão de casos de síndrome respiratória aponta para subnotificação de casos de Covid-19 no país*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/explosao-de-casos-de-sindrome-respiratoria-aponta-para-subnotificacao-de-casos-de-covid-19-no-pais.shtml>. Acesso em: 06 mai. 2020.

BELTRÃO, Sílvio Romero. “Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa”. *Revista de Processo*. V. 247. Set. 2015.

BERTONCELO, Juliana Apyrgio; PEREIRA, Marcela Berlinck. *Direito ao cadáver*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo/SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2502.pdf. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Nota Técnica GVIMS/GGTES/*

ANVISA nº 04/2020. Brasília : 2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/271858/Nota+T%C3%A9cnica+n+04-2020+GVIMS-GGTES-ANVISA/ab598660-3de4-4f14-8e6f-b9341c196b28>. Acesso em: 08 mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus. Atualizado até 07 de maio de 2020*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 08 mai. 2020.

BRASIL. *Protocolo de manejo clínico da Covid-19 na Atenção Especializada* [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Departamento de Atenção Hospitalar, Domiciliar e de Urgência. – 1. ed. rev. – Brasília : Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/especial/covid19/pdf/105>. Acesso em: 07 mai. 2020.

CUMINO, Alexandre. *Exu não é diabo*. São Paulo : Madras, 2018.

DANTAS BISNETO, Cícero. *Formas não monetárias de reparação do dano moral*. Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 2017.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 0290894-63.2019.8.09.0000, Relator Luiz Claudio Veiga Braga, Data de Julgamento: 15/08/2019, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ de 15/08/2019.

GOMBERG, Estélio. *Hospital de orixás: encontros terapêuticos em um terreiro de candomblé*. Salvador : EDUFBA, 2011.

JAGUN, Márcio de. *ORÍ: a cabeça como divindade. História, cultura, filosofia e religiosidade africana*. Rio de Janeiro : Litteris, 2015.

MOURA, Beatriz Martins. “AQUI A GENTE TEM FOLHA”: terreiros de religião de matriz africana como espaços de articulação de saberes. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social. Universidade de Brasília, 2017, p. 56. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23460/1/2017_BeatrizMartinsMoura.pdf. Acesso em: 08 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, Paris : 1948.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS); ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Atualizada até 07 de maio de 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 08 mai. 2020.

OXÓSSI, Flávio de. *Umbanda: sem medo e sem preconceito*. São Paulo : Madras, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70014529440, Sétima Câmara Criminal, Relator Nereu José Giacomolli, julgado em 22/06/2006.

SANT'ANNA SOBRINHO, José. *Terreiros egúngún: um culto ancestral afro-brasileiro*. Salvador : EDUFBA, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 04 mai. 2020.

SCHREIBER, Anderson. O caso da criogenia: direito ao cadáver e tutela post mortem da autodeterminação corporal. Carta Forense. 2019. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/o-caso-da-criogenia-direito-ao-cadaver-e-tutela-post-mortem-da-autodeterminacao-corporal/18341>. Acesso em: 07 mai. 2020.

SERRA, Ordep. *Os olhos negros do Brasil*. Salvador : EDUFBA, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo : Lumen Juris.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo : Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Justino Adriano Farias da. *Tratado do direito funerário*. São Paulo: Método Editora, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.693.718/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Publicação: 09/10/2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Centro de Informação e Informática em Saúde (CIIS) da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto. *Análise subnotificação*. Disponível em: <https://ciis.fmrp.usp.br/covid19/analise-subnotificacao>. Acesso em: 08 mai. 2020.

ZYLBERKAN, Mariana. *Força-tarefa prepara serviço funerário para até 400 enterros diários em SP*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/forca-tarefa-prepara-servico-funerario-para-ate-400-enterros-diarios-em-sp>. Acesso em: 05 mai. 2020.

O Direito à Convivência Familiar e o Isolamento Social Imposto pela Pandemia de COVID-19

HILDA LEDOUX VARGAS

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A importância da convivência familiar para o desenvolvimento humano no contexto do divórcio; 3. Convivência compartilhada, guarda compartilhada e direito à convivência familiar; 4. O direito à convivência familiar e a pandemia de coronavírus no Brasil; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Considerações iniciais

A convivência familiar é conceituada por Lôbo (2011, p. 74) como a “relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”. Neste artigo, busca-se examinar o direito à convivência familiar, entre pais separados e seus filhos e as restrições impostas a esse direito, pelo isolamento social determinado pelo Decreto Estadual n. 19529, de 16 de março de 2020, para controle da pandemia de COVID-19.

A convivência familiar é tida, no sistema constitucional pátrio, como um direito fundamental das crianças e adolescentes e no sistema infraconstitucional, como um princípio do Direito das Famílias e deve portanto, nortear a interpretação de todas as normas jurídicas familiaristas. Além disso, a convivência familiar pode constituir elemento de prova para o reconhecimento da família socioafetiva.

O direito à convivência familiar está assegurado a crianças e adolescentes pela Constituição Federal, no art. 227, que atribuiu ao Estado,

à sociedade e à família, a responsabilidade por sua garantia. Esta norma constitucional foi regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1090) e pelo Estatuto da Juventude (Lei n. 12.825/2013), e reflete a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, originada da Declaração de Genebra de 1924, da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948) e pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969) e pela Convenção sobre os Direitos das Crianças (ONU, 1989), ratificada pelo Brasil em 24/09/1990.

De acordo com o artigo 9º da Convenção Sobre os Direitos das Crianças (o tratado de direitos humanos mais amplamente ratificado da história da humanidade – foi ratificado por 196 países), as crianças não devem ser separadas “dos pais contra a vontade dos mesmos”. Na hipótese de separação dos pais, a convenção assegura o direito às crianças de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos”, salvo nos casos em que isso for contrário ao melhor interesse da criança^[1].

O direito à convivência familiar, no sistema jurídico pátrio tem natureza de direito fundamental. Para Andrade (2013, p.690), “a convivência familiar é direito fundamental dos filhos, devidamente resguardado pelo sistema jurídico brasileiro, e não uma escolha dos pais”. Em razão disso, deve-se compreender como dever dos pais proporcionar aos filhos, o convívio familiar, que não se esgota na relação entre pais e filhos, mas alcança a família extensa, conceituada, pelo art. 25, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente como aquela “formada por parentes próximos com os quais a criança e o adolescente convive e mantém laços de afinidade e afetividade”. O direito à convivência familiar, portanto, se alarga para alcançar, inclusive, a família socioafetiva e deve ter como norte o princípio

1. A própria Convenção excetua esta determinação ao prever o afastamento em casos específicos, como por exemplo, “quando a criança sofre maus-tratos ou negligência por parte dos pais, ou, no caso de separação dos pais, quando uma decisão deve ser tomada com relação ao local de residência da criança”.

do superior interesse da criança (KREUZ, 2012, p. 78).

Lôbo (2011, p. 75) ressalta que as decisões que envolvem o direito à convivência familiar devem observar “a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes”. Segundo o autor, a relação de convivência e solidariedade com os avós, irmãos e tios é natural na família brasileira, o que vem servindo de fundamento para decisões judiciais que garantem a convivência dos filhos de pais separados com seus avós. Entretanto, em razão da escolha do recorte metodológico para o desenvolvimento deste artigo, buscar-se-á compreender a difícil compatibilização entre o direito à convivência familiar entre filhos e pais separados e o isolamento social, no contexto da pandemia de COVID 19, no Brasil.

O adjetivo fundamental usado para qualificar o direito à convivência familiar vincula-o à condição humana e diz respeito à relevância da convivência familiar ao desenvolvimento do indivíduo. Nesse sentido, Andrade alerta:

Pais e responsáveis têm que se sensibilizar para a delicadeza do processo de construção da personalidade de um indivíduo, para que mensurem, de forma mais clara, os efeitos de suas ações. É imprescindível que se reconheça o poder de afetação que todas as pessoas têm na vida de uma criança/adolescente, especialmente aquelas com as quais guardam afinidades e recordações. (ANDRADE, 2013, p. 690).

Os estudos psicossociais e psicanalíticos ressaltam a relevância do papel da convivência do filho com sua família para a construção de sua personalidade e para seu desenvolvimento. “É importante que a criança sinta-se amparada por um núcleo familiar, pois é o primeiro espaço de poder que conhece; é nesse ambiente que ela começa a desenvolver suas habilidades, a descobrir suas preferências e a superar suas deficiências”,

nas palavras de Andrade (2013, p. 691).

2. A importância da convivência familiar para o desenvolvimento humano no contexto do divórcio

A família tem a função de “mediadora entre a criança e a sociedade, possibilitando a sua socialização, elemento essencial para o desenvolvimento cognitivo infantil”, nas palavras de Andrade, Santos, Bastos, Pedromônico, Almeida Filho Barreto (2005, p.607). Para um saudável e adequado desenvolvimento pessoal e construção da identidade do indivíduo a convivência familiar tem papel fundamental, na medida em que

A família constitui um recurso para a pessoa, nos mais diversos aspectos de sua existência, estando presente como uma realidade simbólica que proporciona experiências no nível psicológico e social, bem como orientações éticas e culturais. Nela se encontram os elementos fundamentais da identidade simbólica do indivíduo enquanto ser humano, que o diferenciam de um indivíduo animal (PETRINI, 2004, p. 56).

Reforça essa afirmação o pensamento de Groeninga (2003, p. 128), para quem a família não funciona apenas como célula *mater* da sociedade, mas como “matriz de constituição do psiquismo humano que conhece para ser”. Além disso, entende a referida autora, que o psiquismo se constitui por meio das semelhanças e diferenças e que a família “é lugar privilegiado dessas vivências e do estabelecimento das diferenças – entre pais e filhos, entre funções, entre os sexos e gêneros, entre o público e o privado”.

Portanto, pode-se dizer que é no interior da família que o indivíduo mantém seus primeiros relacionamentos interpessoais com pessoas significativas, estabelecendo trocas emocionais que funcionam como um suporte afetivo importante quando os indivíduos atingem a

idade adulta. Estas trocas emocionais estabelecidas ao longo da vida são essenciais para o desenvolvimento dos indivíduos e para a aquisição de condições físicas e mentais centrais para cada etapa do desenvolvimento psicológico. (PRATTA, SANTOS, 2007, p. 250)

Winnicott (2011) reforça a relevância da convivência familiar com o pai e a mãe para o desenvolvimento do indivíduo, destacando os problemas que acometem homens e mulheres privados de relações familiares. Para ele, a ausência de familiares de quem possamos reclamar, a quem possamos amar, odiar ou temer constitui uma grave deficiência para a formação do indivíduo.

Entretanto, a convivência familiar entre pais e filhos pode sofrer alterações em razão da separação^[2], o que irá exigir dos pais, sobretudo no primeiro ou nos dois primeiros anos após o rompimento da relação conjugal^[3], a capacidade de lidar com os desafios decorrentes das modificações impostas pela separação do casal na vida dos filhos.

Uma pesquisa realizada pela Universidade de Coimbra, em 2013 indica que, para os filhos, o problema não está na separação, em si, mas na forma como as partes envolvidas se comportam em relação a estas situações de desenlace conjugal. De acordo com os resultados da pesquisa, cada criança ou adolescente reage de forma diferente ao divórcio dos pais. Enquanto para alguns, o impacto no desenvolvimento socioemocional pode ser significativo, para outros, os efeitos não serão sentidos de forma tão severa. Segundo a pesquisa, para as crianças e adolescentes, o que importa é a capacidade de os pais gerirem as dificuldades que se apresentam após a separação.

2. Neste artigo, a palavra separação será usada em sua conotação geral (não no sentido processual) para abranger as hipóteses de divórcio e dissolução de união estável, uma vez que em todas essas hipóteses, a separação de fato ocorre.

3. Os estudos no campo da psicologia informam que o divórcio provoca transformações familiares e as pessoas envolvidas no processo ingressam num contexto de crise, que geralmente só estabilizará após 1-2 anos. (MORGADO, DIAS, PAIXÃO, 2013)

As pesquisadoras advertem os casais que pretendem se separar ou se divorciar para que compreendam que a construção de uma nova estrutura familiar pelo outro cônjuge ou companheiro, após a separação, não implica na deterioração das relações parentais nem acarreta limitações no desenvolvimento dos filhos. E mais: “o facto de se viver no seio de uma família tradicional não constitui, por isso, um factor protector para o desenvolvimento da socialização, nem a vivência num agregado familiar não tradicional representa um factor de risco”. Segundo essas autoras, independentemente das características da estrutura familiar, “o mais relevante é o modo como o casal lida com as alterações na vida e na estrutura familiar, procurando ao máximo evitar elevados níveis de conflitualidade, antes, durante e após o divórcio”. (MORGADO, DIAS, PAIXÃO, 2013, p. 141).

A partir da decisão do casal pela saída de um deles do ambiente familiar, os conflitos que envolvem a convivência com os filhos se apresentam. Dúvidas, indecisões e inseguranças sobre questões que envolvem o endereço de moradia, a regulamentação da guarda e da visitação do filho povoam o complexo momento da separação. Sentimentos como mágoa, ressentimento, frustração, o desejo de retaliação, de vingança, de causar sofrimento ao cônjuge que provocou no outro, a sensação de abandono, a dor pela infidelidade e a culpa, dentre outros, se misturam e dificultam a tomada de decisão acerca do destino dos filhos e da manutenção de uma convivência familiar que lhe permita o pleno desenvolvimento pessoal.

Medeia, a tragédia grega de Eurípedes, serve como ilustração para o conflito entre os casais que se separam, em relação ao convívio com os filhos, especialmente, quando um dos cônjuges construiu uma nova relação familiar. O enredo da peça de Eurípedes conta a história de Medeia, que foi traída por seu marido, que dela se separou e decidiu se casar com uma mulher mais jovem: a filha do rei. Medeia não aceitou a possibilidade

de que seus filhos convivessem com a nova esposa de seu marido, a quem odiava por considerá-la responsável pelo fim do seu casamento. Transtornada de raiva e ciúme, Medeia jurou vingança contra o ex-marido e sua nova esposa. O rei, ao tomar conhecimento da intenção de Medeia em se vingar de sua filha, ordenou que ela e seus filhos fossem banidos da cidade. Medeia, então, recorreu ao rei e pediu-lhe um tempo para preparar-se para o exílio. Durante o tempo que lhe foi concedido, Medeia planejou a vingança perfeita, para que seu ex-marido sofresse a dor da perda de seus amores. Assim, matou o rei e a filha do rei. Ao retornar para sua casa, esfaqueou os filhos até a morte. Seu ex-marido enlouqueceu e ela conviveu aterrorizada com a culpa até o fim dos seus dias.

A tragédia de Medeia instiga reflexões sobre situações em que crianças e adolescentes são usadas como instrumento de vingança contra o ex-cônjuge ou companheiro ou para aquelas outras em que o exercício da maternidade é empregado como instrumento de posse e poder para afastar o pai do convívio com os filhos, reconhecidas pelo sistema normativo nacional como hipóteses de alienação parental. Mais que isso, a peça de Eurípedes conclama os casais que se encontram em processo de separação a buscarem a harmonização dos seus conflitos com vistas a salvaguardar o melhor interesse dos filhos, especialmente, no que diz respeito ao saudável convívio deles com as famílias paterna e materna.

Nesse sentido, a convivência compartilhada apresenta-se como alternativa viável para a harmonização dos interesses dos pais e para a salvaguarda do direito dos filhos à convivência familiar plena, harmônica, compartilhada e equilibrada, de forma que possa contribuir para o seu desenvolvimento pessoal.

3. Convivência compartilhada, guarda compartilhada e direito à convivência familiar

É fato que, com a separação do casal, a convivência com os filhos não se dará da mesma forma. Todavia, isso não quer dizer que a separação dos pais implique em afastamento do cônjuge que deixou a moradia do casal, da criação dos filhos. Assim reflete Teixeira:

O que mudará na relação dos pais com os filhos após o fim da conjugalidade será o direito de tê-los em sua companhia, já que o guardião será o genitor incumbido dos cuidados cotidianos com os menores. Contudo, as decisões relevantes para sua vida deverão ser tomadas por ambos, em conjunto, vez que afetas ao poder familiar e não à guarda. (2013. p. 425).

De fato, decidindo, o casal, pela separação, deverá também definir o regime de guarda e convivência com os filhos, na forma do art. 1.583 do Código Civil^[4], que apresenta duas alternativas: a guarda unilateral, “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua” e a guarda compartilhada, compreendida como “ a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, conforme a redação de seu parágrafo primeiro do referido artigo.

De acordo com Brant (2018, p. 99), dentre as alternativas apresentadas pelo art. 1.583^[5] do Código Civil vigente, a guarda compartilhada seria o modelo mais adequado para atender ao melhor interesse dos filhos, no que diz respeito à garantia do exercício do direito à convivência familiar. Assim também, compreendem, psicólogos, assistentes sociais e demais

4. A guarda para fins de colocação em família substituta é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), nos arts. 28, 33, 34 e 35.

5. Embora o Código Civil vigente faça referência expressa apenas à guarda unilateral e à guarda compartilhada, do ponto de vista teórico, quatro são as modalidades de guarda: A unilateral ou exclusiva, a alternada; a nidação ou aninhamento e a guarda compartilhada ou conjunta, como nos ensina Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 1.440).

profissionais que atuam nas relações de família.

A guarda compartilhada pode ser compreendida como “um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar em conjunto as decisões importantes quanto ao seu bem-estar, educação e criação”, nas palavras de Oliveira (2009, p. 59). Para Teixeira (2013, p. 426) a guarda compartilhada consiste em “um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente”.

No que diz respeito à guarda compartilhada percebe-se uma imprecisão técnica no uso da nomenclatura. O que se observa dos conceitos aqui apresentados por Teixeira (2013) e Oliveira (2009) é o exercício conjunto da responsabilidade parental^[6] como aspecto definidor da guarda compartilhada. Percebe-se, então, que não seria necessário, a lei atribuir aos pais a guarda compartilhada, na medida em que já lhes é comum, a responsabilidade parental, que sobrevive à separação, ao divórcio e até mesmo a novo casamento ou união dos pais separados/divorciados^[7].

Nesse sentido, comenta Teixeira:

É por esta razão que a guarda compartilhada não era necessária em nosso país, vez que já temos a possibilidade de efetivação de seus atributos pela via do poder familiar. Ela é adequada para aqueles ordenamentos jurídicos que, com o fim da sociedade conjugal, o genitor não guardião perde também, o poder familiar, como ocorre na

6. Escolhi a expressão responsabilidade parental por considerar as expressões autoridade parental e poder parental, inadequadas para o instituto. A primeira por fazer referência a uma autoridade que não existe por si mesma, mas decorre da responsabilidade que a lei impõe aos pais de cuidar, sustentar e proteger os filhos e a segunda, por expressar ideia de posse dos pais sobre os filhos. A nomenclatura responsabilidade parental, a meu sentir, parece adequada para nominar a natureza do poder/dever dos pais para com seus filhos.

7. Para Dias (2015, p. 524) “a separação dos pais, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Independentemente da situação conjugal dos pais, compete a ambos o pleno exercício do poder familiar, sendo atribuição dos dois o dever de dirigir a criação e a educação dos filhos (CC 1.634, I)”.

Itália. Nestes casos, é preciso que haja, uma norma que determine que a guarda será compartilhada, para que haja, por via de consequências, o compartilhamento do poder familiar. (2013, p. 425)

Todavia, ela está presente no Código Civil brasileiro e pode ser estabelecida pela manifestação de vontade das partes, em ação de separação ou divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar ou ainda, decretada pelo juiz, quando não houver acordo entre os pais e ambos estiverem aptos ao exercício do poder familiar, conforme assegura o art. 1.584.

O Código Civil, estabelece ainda, em seu art. 1.583, § 2º que: “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Para definição da guarda compartilhada, o juiz conta com orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para decidir acerca das atribuições do pai e da mãe e da divisão equilibrada do tempo dos filhos com seus pais, conforme preceitua o art. 1.584, §3º do Código Civil.

A convivência familiar é, portanto, um elemento importante para a definição da guarda compartilhada. No dicionário, conviver significa “1. Ter convivência, ter intimidade ou viver com outrem; 2. Relacionar-se amigavelmente ou dar-se bem; 3 Experimentar situações difíceis; aguentar, suportar^[8]”. O significado linguístico do verbo denota a responsabilidade dos pais por proporcionar a seus filhos a oportunidade de crescimento pessoal mediante a convivência com seus familiares, para permitir-lhes aprender com as relações que suscitam a criação de laços de afeto e ensinam a lidar com as dificuldades e dissabores da vida.

8. Michaelis, 2020.

Para o estabelecimento da guarda compartilhada será determinada, a base de moradia^[9] dos filhos do casal, com um dos pais, quando residirem em cidades diferentes e, ao outro caberá a supervisão dos interesses dos filhos e o direito de visitá-los e tê-los em sua companhia segundo o que for acordado pelos ex-cônjuges ou companheiros ou determinado pelo juiz, conforme preceitua os arts. 1.583, §§ 3º e 5º e o art. 1.589 do Código Civil brasileiro, para a hipótese de guarda unilateral. Quando residirem os pais na mesma cidade, não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como base de moradia ou como moradia de referência para os filhos, quando a guarda é compartilhada, mas “para que um não fique à mercê da vontade do outro, principalmente quando inexistir acordo, cabe ao juiz estabelecer as atribuições de cada um e o período de convivência de forma equilibrada (CC 1.584, §3º)”, reflete Dias (2015, p. 527).

Para Brant (2018, p.109) “o que a legislação brasileira de fato viabiliza é um modelo híbrido em que elementos da guarda compartilhada e unilateral se mesclam para atender ao melhor interesse do menor”, para as situações em que não é possível, aos pais, exercer a guarda compartilhada plena, em que os pais tomam decisões conjuntas e a convivência com os filhos se dá de forma equilibrada.

A expressão direito de visita, consagrada pelo art. 1.589 do Código Civil é usada inadequadamente para fazer referência ao direito à convivência familiar^[10]. Dias (2015, p. 532) insurge-se contra a nomenclatura ‘visita’

9. Em relação ao assunto, Pereira (2020) pondera: “Na verdadeira guarda compartilhada os filhos têm duas residências. Estudos sérios na Europa já demonstraram que os filhos de pais separados que vivenciaram a guarda compartilhada em duas residências, têm menos problemas do que os filhos de pais separados de guarda única, e residência única. É importante para os filhos que eles sintam que têm duas casas. E eles incorporam esta rotina facilmente. É claro que há exceções, como em toda regra. Mas na maioria das guardas compartilhadas no Brasil, Magistrados e Ministério Público, equivocadamente, aprisionados e sustentados por uma psicologia antiga e ultrapassada, exigem, mesmo em acordos, que se estabeleça uma residência única, que geralmente é na casa da mãe. Ora, se pai e mãe são igualmente referências importantes e fundamentais para o filho, não há razão lógica e psíquica para se continuar paralisado nestas referências de uma ideologia patriarcal em que a mãe é sempre a protagonista na criação dos filhos, e o pai é o coadjuvante”.

10. De acordo com Simão (2020), “nota-se que, no Brasil, a guarda ainda é materna, com direito de visitas do pai. É guarda unilateral que, às vezes, é chamada de compartilhada pelo simples fato de o pai, uma vez por semana, jantar e/ou pernoitar com a criança”.

porque ela “evoca uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e de tenaz fiscalização”. Para essa autora, direito de convivência ou regime de relacionamento seriam expressões mais apropriadas para tratar essas relações. Brant também critica a condição de visitante que é atribuída ao cônjuge não guardião e pondera:

Convivência não é decidir sobre o rumo de determinadas situações dos filhos escolha de escola, atividades extras, entre outras. Conviver é estar presente na vida do filho e não um mero visitante de finais de semana alternados e de encontros ínfimos durante alguns dias da semana A convivência dos filhos deve ser com ambos os genitores. É de suma importância para o fortalecimento dos laços afetivos e estrutura psíquica de um ser em desenvolvimento. (BRANT, 2018, p. 106).

Por tratar-se de direito fundamental que visa a atenuar a perda da convivência com os pais na mesma morada, o direito à convivência familiar deve ser analisado, de acordo com Dias (2015, p. 532) como direito da personalidade do filho, na categoria do direito à liberdade, fundado em princípios elementares de direito natural, “na necessidade de cultivar afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz” e , segundo Brant (2018, p. 106) “só deve ser minimizado em situações extremas que envolvem risco à criança ou por algum impedimento maior, como o período de amamentação, por exemplo, em que se exige mais contato materno”.

4. O direito à convivência familiar e a pandemia de coronavírus no Brasil

A rotina de brasileiros e da população de todo o mundo foi afetada pela COVID-19, uma doença respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS

COV 2, identificada pela primeira vez em Wuhan, na República Popular da China e considerada como pandemia, em 11 de março de 2020, pela Organização Mundial da Saúde – OMS. O isolamento social foi recomendado pela OMS como uma das medidas necessárias para conter a contaminação das pessoas pelo vírus, conforme informam Moreira e Pinheiro (2020). Trata-se de uma emergência de saúde pública de importância internacional, que impõem restrições ao convívio social, com reflexos, portanto, no direito à convivência familiar dos filhos de pais separados.

Problemas decorrentes da orientação pelo isolamento social permeiam o universo dos pais separados e seus filhos: o deslocamento das crianças e adolescentes entre as casas do pai e da mãe podem representar um risco à saúde deles, assim como a incapacidade de pagamento da pensão alimentícia, em razão de redução da renda do alimentante, dentre outros. Aqui, neste espaço, buscaremos analisar apenas, as questões que envolvem o direito à convivência dos filhos com seus pais separados.

Os conflitos envolvendo o direito à convivência familiar apresentam-se, de um extremo ao outro: de situações em que pais que não aceitam manter-se distantes do contato físico a outras em que os pais evitam até mesmo o contato virtual com seus filhos ilustram os conflitos decorrentes. Inúmeras decisões judiciais já foram tomadas modificando ou suspendendo a convivência familiar, com fundamento no melhor interesse da criança/adolescente, configurado pelo risco de contágio da doença^[11].

De acordo com informações do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2020), em recente publicação, no dia 25 de março de

11. Pereira (2020) propõe uma reflexão acerca do tema. Para ele, “em Direito de Família, muito mais que nos outros ramos do Direito, a interpretação e a subjetividade estão presentes, e contaminadas por uma moral e ideologia patriarcal. Segundo ele, “ a suspensão das “visitas”, na maioria dos casos, é sempre em favor da mãe. E aqui tem funcionado como nos julgados de violência doméstica: a medida protetiva é sempre concedida, e se torna até mesmo uma medida de segurança para os juízes, pois caso a negue, e o marido/companheiro/namorado, mate a mulher, o juiz estaria implicado em alguma responsabilidade pela não concessão da medida protetiva. Da mesma forma, poderiam ser responsabilizados, se a não suspensão da “visita” resultar em contaminação pelo vírus. Melhor pecar pelo excesso do que pela falta, até porque ficar sem contato físico com o filho por um ou dois meses, por mais doloroso que seja, não mata ninguém. Mas o contrário, sim, pode matar. Imagino que esta seja a lógica da maioria destas decisões”.

2020, a juíza Fernanda Maria Zerbeto Assis Monteiro, da 3ª Vara de Família e Sucessões de Curitiba, deferiu o pedido de uma mãe para suspensão temporária do convívio presencial da filha com o pai, já limitado aos finais de semana e determinou a manutenção do contato entre eles, nos mesmos dias de visitação acordados entre as partes. De acordo com a decisão:

(...) A medida é necessária no caso em apreço considerando a informação de que a criança **reside com pessoa enquadrada em grupo de risco, de acordo com a classificação do Ministério da Saúde, já estando, inclusive, em isolamento domiciliar**. Friso, novamente, que se trata de uma medida temporária, num momento em que os cuidados para com a criança devem ser adotados por ambos os pais, não se rompendo por completo o convívio com nenhum dos genitores, ainda que esse contato se dê de forma virtual. Neste caso, pensando no bem estar da criança e visando evitar a ruptura do vínculo paterno-filial, adequado que se mantenha o convívio paterno de forma segura mediante chamada de vídeo nos mesmos dias de visitação acordados entre as partes (grifos do original).

Em relação à convivência virtual com os pais, Simão (2020)^[12] alerta para a necessidade de se observar a idade dos filhos. Segundo ele, “Crianças muito pequenas tem dificuldade de concentração e simplesmente não conseguem ter disciplina para ficar em frente ao celular conversando ou interagindo com o interlocutor”. Para essas situações, recomenda como alternativas, o envio ao pai, mãe e/ou avós afastados do convívio físico de vídeos e áudios dos menores ou a manutenção de uma chamada em tempo real com câmera para que o pai/mãe afastado de seu convívio possa ver a criança.

O convívio familiar também foi suspenso, em outra decisão do juiz Eduardo Gesse, de São Paulo, em 25 de março de 2020, em ação judicial

12. Considerando a observação de Gisele Groeninga.

em que o pai da criança é piloto de avião. O juiz paulista entendeu que seria recomendável, por força da profissão exercida pelo pai, a suspensão da convivência familiar com a filha até data fixada por ele, e restabelecida, posteriormente a convivência, caso não tenha apresentado, o pai, nenhum sintoma da COVID 19. (IBDFAM, 2020)

Embora difíceis, as decisões judiciais pela suspensão temporária da convivência familiar dos filhos com pais separados, a medida parece adequada à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, preservando-lhes dos riscos da contaminação pelo coronavírus. Esse é o entendimento de Simão (2020) para quem “são tempos de escolhas trágicas. O jogo na realidade é de perde-perde. Isso pode ser compensado de futuro”. Simão apresenta, também, a sugestão de João Aguirre, para que se permita às crianças, nesse momento de suspensão de aulas presenciais e de ensino à distância, que residam 15 dias (período recomendado para o isolamento social) com o pai e 15 dias com a mãe, destacando como vantagem nesse regime de convivência, o fato de a criança conviver com pai e mãe de forma equilibrada e não ficar afastada de nenhum deles por período longo”.

Nos casos em que o risco de contágio é maior porque um dos pais ou ambos trabalhem na área de saúde, as medidas para garantia da proteção integral dos filhos podem ser mais duras no sentido da suspensão da convivência familiar por um período mais alargado de tempo ou mesmo a mudança de residência do filho, até que cesse a pandemia. De acordo com Simão (2020), “a criança pode deixar de morar com a mãe e ir morar com o pai, ou deixar de visitar fisicamente o pai e ficar o tempo todo com a mãe”. Para ele, essas medidas se aplicam ainda que, por meio de exames, se prove que o pai e/ou a mãe já contraíram a doença, mas de maneira assintomática, porque se trata de uma questão de saúde pública (a pandemia) e, podem, eles, ainda que assintomáticos, transmitir o vírus. Até o momento, pelo que se tem de informações, não há garantia médica de que os atingidos pela doença

estejam imunizados. Por isso, as medidas de isolamento são necessárias para a preservação da proteção integral e melhor interesse dos filhos.

Ainda de acordo com Simão (2020), se pai e mãe forem profissionais da saúde, e estiverem em contato com pessoas infectadas ou com alta probabilidade de contrair a COVID-19, a decisão deverá ser pela transferência da guarda dos filhos a terceiros, padrinhos e madrinhas, tios, amigos dos pais ou mesmos os avós (com maior cautela na escolha por estarem, eles, no grupo de risco para contaminação pela doença). A pessoa que deterá a guarda dos filhos nesse período deverá ser escolhida, conjuntamente pelos pais por decisão judicial, de acordo com o melhor interesse da criança, levando-se em consideração a relação afetiva, a proximidade, a possibilidade de cuidar e alimentar a criança ou adolescente, pela terceira pessoa.

5. Conclusão

Limites e restrições ao direito de ir e vir, à abertura do comércio e de escolas, à realização de festejos públicos e privados, à prática de esportes e de competições esportivas, ao lazer, dentre outras foram impostos por autoridades públicas municipais e estaduais, seguindo as recomendações da OMS, que recomenda o isolamento social como medida necessária para buscar conter o avanço na contaminação das pessoas por um vírus para o qual ainda não há vacina ou tratamento médico específico e que vem ceifando a vida de milhares de pessoas. Não se pode perder de vista que o momento é de exceção e enseja medidas de caráter igualmente excepcional e transitório também no campo do Direito das Famílias.

Embora se reconheça a importância do convívio familiar entre pais e filhos, a questão de saúde pública, no momento, se impõe como prioritária, para a salvaguarda de vidas humanas. Proteger os interesses das crianças

e adolescentes, agora significa evitar que corram o risco do contágio, circulando entre as casas do pai e da mãe. O momento pede que os pais deixem de lado, eventuais desavenças e superem ressentimentos para que possam cuidar e proteger seus filhos contra o risco do contágio.

A palavra de ordem é **bom senso** para além do que determina a sentença judicial (de separação, divórcio ou dissolução de união estável) em relação à guarda e regime de convivência entre eles. A hora é de pai e mãe separados buscarem o consenso no sentido da preservação do melhor interesse dos filhos, sob a luz, da proteção integral. Se um dos pais apresenta os sintomas da doença COVID 19 ou se expôs a eventual situação de contágio, seja em razão de viagens ao exterior, seja em função de suas atividades profissionais, deverá se comunicar com o ex-cônjuge para equacionar a melhor forma de se manter presente na vida dos filhos, evitando o contato físico e readequando a regulamentação da convivência familiar para o contato remoto com os filhos, por exemplo.

Mais benéfico para o bem estar dos filhos seria se, ao invés de inundar as vias judiciárias com ações que pretendem banir o ex-cônjuge ou companheiro do convívio com seus filhos, sob o pretexto da pandemia (o que pode até configurar alienação parental), ou por outro lado, furtar-se da convivência com os filhos, os pais separados buscassem readequar, por consenso e temporariamente, as regras de convivência com os filhos, nesse período de excepcionalidade. A adoção do regime de férias, por exemplo, em que os filhos permanecem 15 dias com cada pai/mãe pode ser uma alternativa para reduzir o deslocamento das crianças e adolescentes e permitir que desfrutem de mais tempo com cada um dos pais sem sobrecarregar o outro, que precisará compatibilizar os cuidados com a criança e suas atividades profissionais em *home office* ou fora de casa.

Devem, os pais, buscar formas de readequar o exercício da responsabilidade parental à situação de crise provocada pela pandemia que suscita maior stress para todos que temem o contágio da doença, mas precisam trabalhar remotamente, frequentar aulas virtuais, aprender as tecnologias digitais para comunicação virtual, manter a receita da família, administrar eventual redução de renda. O melhor interesse da criança e do adolescente e o direito à convivência familiar não são valores opostos, mas ponderáveis, ajustáveis para que se atinja a proteção integral dos filhos. Ainda que a convivência familiar sofra restrições para a garantia da saúde de todos, o afeto, a participação ativa na vida dos filhos, a partilha do cuidado e da responsabilidade parental devem ser mantidas, com sabedoria, serenidade e amor.

6. Referências

ANDRADE, Susanne Anjos, SANTOS, Darci Neves, BASTOS, Ana Cecília Bastos, PEDROMÔNICO, Márcia Regina Marcondes, ALMEIDA FILHO, Naomar de, BARRETO, Mauricio L. Ambiente familiar e desenvolvimento cognitivo infantil: uma abordagem epidemiológica. *In: Revista Saúde Pública*, 2005, 39(4), 606 -11.

ANDRADE, Denise Almeida. A alienação parental e as relações familiares no Brasil. *In: MENEZES, Joyceane Bezerra de., MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs.). Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA, Ivone Garcia, REIS, Fernando Figueiredo dos Santos e. *O papel da família na constituição da identidade na infância: a perspectiva veiculada em livros e periódicos de psicologia e a visão sócio-cultural dos vygotskyanos*. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/248/o/1.5.__2_.pdf Acesso em: 24 abr. de 2020.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Guarda compartilhada e convivência compartilhada: diferenças e aplicações no sistema híbrido brasileiro. *In: Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, v. 26(mar./abr.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 91-114.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. Re., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

EURÍPIDES. Medéia; Hipólito; *As troianas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil* volume único. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Câmara, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 125-176.

IBDFAM. Assessoria de Comunicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. *Pandemia do coronavírus: guarda compartilhada está entre desafios enfrentados no Direito das Famílias*. Publicado em 25/03/2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/s/7189>. Acesso em: 01 mai. de 2020.

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHAELIS DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. ISBN: 978-85-06-04024-9: Editora Melhoramentos Ltda., 2020. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/> Acesso em: 30 abr. de 2020.

MOREIRA, Ardilhes Moreira, MOREIRA, PINHEIRO, Lara. *OMS declara pandemia de coronavírus*. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml> Acesso em: 30 abr. de 2020.

MORGADO, Alice Murteira; DIAS, Maria da Luz Vale; PAIXAO, Maria Paula. O desenvolvimento da socialização e o papel da família. *Aná. Psicológica*, Lisboa, v. 31, n. 2, p. 129-144, jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-82312013000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 abr. de 2020

NERY, Maria Aparecida. A convivência familiar e comunitária é direito da criança e do adolescente e uma realidade a ser repensada pela escola. In: *Cad. Cedes*, Campinas, vol. 30, n. 81, p. 189-207, mai.-ago. 2010 Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br> Acesso em: 24 abr. de 2020.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra de. *Recomeçar: família, filhos e desafios* [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 236 p. ISBN 978-85-7983-036-5. Disponível em: SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 24 abr. de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada. In: *IBDFAM artigos*. Publicado em 09 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1409>. Acesso em: 01 mai. de 2020.

PETRINI, João Carlos. Notas para uma antropologia da família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (coord.). *Temas atuais de direito e processo da família*. Primeira série. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.41-64.

PRATTA, Elisângela Maia Machado, SANTOS, Manoel Antonio dos. Família e adolescência: a influência do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros. In: *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 12, n. 2, p. 247-256, maio/ago. 2007

SIMÃO, José Fernando. ***Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020. Publicado em 07/04/2020. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1405.*** Acesso em: 01 mai. de 2020.

TACQUES, Ana Paula Pizarro. *A convivência familiar como direito fundamental: Uma análise das complexidades das entidades familiares contemporâneas*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal>. Acesso em: 24 abr. de 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e os aspectos finalísticos de promover o desenvolvimento e o bem estar da pessoa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de., MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 411- 431.

WINNICOTT Donald W. *A Família e o desenvolvimento individual* Tradução: Marcelo Brandão Cipolla Editora: WMF Martins Fontes Ano: 2011 - 4ª Edição Coleção: Textos de Psicologia.

Efeitos Jurídicos do Coronavírus (COVID-19) das Relações de Consumo: Um Olhar Voltado para a Necessária Harmonização de Interesses

JOSINALDO LEAL DE OLIVEIRA

Sumário: 1. Introdução; 2. A defesa do consumidor na perspectiva constitucional; 3. A principiologia da harmonização de interesses existente no CDC; 4. Os impactos do covid-19 nas relações de consumo: um olhar pela harmonização dos interesses; 4.1 Cancelamento de passagens aéreas e pacotes turísticos; 4.2 Cobertura de exames e tratamentos pelos planos de saúde 5. Considerações finais; 6. Referências.

“Eu não espero pelo dia em que todos os homens concordem. Apenas sei de diversas harmonias bonitas possíveis sem juízo final.”
(Caetano Veloso)

1. Introdução

Quem poderia imaginar...

É assim que inicio o presente escrito, refletindo a respeito da nossa condição atual. Estamos, sem dúvida, diante de um cenário completamente atípico, por força da pandemia do novo coronavírus (vírus SARS-Cov-2, causador da doença denominada COVID-19), que tem repercutido nos mais diversos ramos do Direito e, de forma especial, no Direito do Consumidor.

De fato, esse estado de pandemia tem provocado impactos substanciais nas mais diversas relações jurídicas, exigindo dos profissionais do direito uma constante movimentação, pois têm sido cada vez mais crescente os questionamentos em relação aos mais diversos tipos de contratos de consumo.

Estamos vivenciando um jogo dinâmico que nunca foi vivido. Estamos projetando soluções para fatos que ainda não ocorreram. Penso que todo cuidado e cautela, nesse momento, é relevante.

Nesse cenário de muitas dúvidas, acredito que o caminho das possíveis respostas esteja em estabelecer diretrizes de reinterpretação e releitura de diversos institutos.

Sabemos que muitas respostas ainda estão sendo construídas, inclusive com inserções normativas e forte intervenção do Estado, visando amenizar os mais variados efeitos no âmbito econômico, social e até mesmo político. No segmento das relações de consumo, não tem sido diferente.

Tenho dito que nem nos meus mais apurados exemplos em sala de aula, projetei um cenário de tamanha repercussão no campo das relações de consumo.

Um fato parece ser inquestionável: os consumidores de forma geral estão apreensivos com os rumos econômicos e sociais decorrentes da pandemia do coronavírus. Consumidores tem cancelados contratos, inadimplindo obrigações, muitas vezes por força de redução de renda, ao tempo em que fornecedores tem sofrido impactos econômicos substanciais, muito por força do isolamento social e pela suspensão de diversas atividades econômicas.

Pois bem, aqui, analiso, ainda que brevemente, alguns dos efeitos da pandemia do coronavírus nas relações de consumo.

Devemos perceber que qualquer análise que venha a ser realizada no cenário atual, sem sombra de dúvida, deve ser estruturada a partir do viés da harmonização dos interesses, assegurado, inclusive, no Código de Defesa do Consumidor, sob uma perspectiva de interpretação principiológica.

O desenvolvimento do Direito do Consumidor tem sido objeto de frequentes discussões acadêmicas e legislativas, visto que a legislação consumerista ainda tem muito a oferecer no campo protetivo do consumidor, exigindo-se cada vez mais dos operadores do direito esforços para assegurar a efetiva proteção delineada no texto constitucional.

A ordem constitucional deu uma roupagem inovadora à proteção e à defesa dos consumidores, fazendo com que se buscasse dar uma proteção plena e efetiva àqueles que se encontravam desfavorecidos em determinadas relações contratuais.

É com esse objetivo que surge o CDC: o de harmonizar as relações de consumo, conforme ratifica disposição expressa no *caput* do seu artigo 4º, ao traçar os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo.

2. A defesa do consumidor na perspectiva constitucional

O sistema jurídico brasileiro, como dito, passou somente a partir do implemento do texto constitucional de 1988 a contar com uma legislação especial em relação a defesa do consumidor.

Nesse viés, a ordem constitucional de 1988 permitiu uma nova visão do direito do consumidor, instituindo, inclusive, uma obrigação ao Congresso Nacional de editar um Código de Defesa do Consumidor, como efetivamente se editou.

O estudo da sistemática constitucional do direito do consumidor no

Brasil mostra-se muito rico, na medida em que o legislador constituinte traçou o direcionamento de como deveria ser norteada a temática de consumo no sistema jurídico brasileiro.

O Direito do Consumidor da forma diferenciada que se apresenta no sistema jurídico, com a regulação por norma especial e diferenciada não decorre de nenhum favor legislativo, mas sim, de um conjunto de ações sociais que desencadearam uma imposição constitucional, tendo o legislador constituinte determinado que o Congresso Nacional editasse especificamente um código de proteção e defesa do consumidor.

Assim, a Lei 8.078/90 é fruto de um comando constitucional. O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que assim dispõe: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

A partir do referido comando, aliado a movimentos sociais intensos que clamavam por uma norma com efetividade para a proteção do consumidor, o direito brasileiro passou por uma transformação significativa na seara do consumo.

O texto constitucional inaugura a temática do consumidor de forma significativa, ao dispor no artigo 5º, XXXII que “o Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor”. Neste particular, o legislador elevou ao *status* de direito fundamental a defesa do consumidor no direito brasileiro, conduzindo sobre maneira a posição do direito do consumidor no ordenamento jurídico. Assim pondera Lísia Carla Vieira Rodrigues:

A inclusão do direito consumerista no rol dos direitos fundamentais constitui nítida manifestação de haver se tornado público o que antes era tido como liberdade de contratar, em razão da já mencionada vulnerabilidade do consumidor e da orientação constitucional

humanística, que coloca em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana. (RODRIGUES, 2008, p.29).

O que se percebe, a partir de uma perspectiva hermenêutica, é que o referido dispositivo quis dizer muito além do que foi exposto. Em verdade, ao referenciar a defesa do consumidor no corpo do artigo que dispõe sobre os direitos fundamentais o legislador impôs um ônus ao Estado, um verdadeiro *munus*.

Ponderando de forma relevante a respeito da atividade do hermeneuta, Miguel Reale assevera que:

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. (REALE, 1996, p. 285).

Com o artigo 5º, XXXII da CF/88 passou a ser obrigação do Estado promover a defesa dos consumidores. Leia-se Estado sob a sua dimensão mais ampla, uma vez que o Executivo deverá desenvolver políticas públicas em prol da defesa dos consumidores, o Legislativo deverá desempenhar papel relevante na criação de normas fincadas no ideal da proteção dos consumidores e o Estado-Juiz, Poder Judiciário, deverá desempenhar sua atividade com os olhos da efetivação da proteção e tutela dos sujeitos consumidores.

O fato é que a proteção e defesa do consumidor normatizada passou a ter aplicação superior no ordenamento jurídico brasileiro, face a sua inserção como direito fundamental no texto constitucional. Assim é a exposição de José Afonso da Silva:

Realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos

fundamentais, com o que erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração do artigo 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. (SILVA, 1991, p.232).

No campo dos direitos fundamentais a defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro foi elevada à condição de cláusula pétrea, na medida em que o artigo 60, § 4º do texto constitucional veda a redução ou supressão de garantias fundamentais.

Da vinculação do artigo 5º, XXXII com o artigo 60, §4º, ambos da CF/88, é possível instituir a regra da produção legislativa progressiva, a determinar que o Estado apenas avance e aprimore na concepção de atuação protetiva do consumidor, de sorte que eventuais disposições no sentido de reduzir, flexibilizar ou suprimir direitos e garantias dos consumidores apresenta-se como inconstitucional.

Atualmente vivenciamos, por conta do estado de calamidade pública reconhecido no Decreto 6/20, o surgimento de várias medidas governamentais, inclusive no âmbito de Medidas Provisórias, estabelecendo regulamentações específicas no âmbito das relações de consumo, nos mais diversos setores, tais como turismo, cultura, educação, etc.

O cenário inusitado, que vem afetando consumidores e fornecedores, tem exigido do poder público a implementação de ações efetivas, visando ao mesmo tempo salvaguardar o consumidor e o próprio mercado de consumo.

Razão pela qual é preciso ter cuidado para que as referidas medidas não desprestigiem o comando constitucional.

O legislador constituinte ainda estabeleceu regra específica no texto

constitucional em relação à distribuição de competência legislativa para a matéria de consumo.

Assim, dispõe o artigo 24 da CF/88:

Art. 24 – Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V – produção e consumo;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artísticos, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Percebe-se do texto constitucional que o legislador não fez referência ao Município, de sorte que este não possui competência legislativa para as matérias ali indicadas.

Contudo, o Município possui competência para legislar em matéria de consumo quando o assunto for de interesse local ou versar sobre fiscalização de atos de consumo, tendo como propósito bem regular os fatos de interesse dos munícipes.

Esse aspecto constitucional precisa sempre ser visto e preservado, para que não tenhamos no âmbito de ações municipais, a extrapolação dos limites da sua competência, ainda que tenha no pano de fundo uma justa motivação de proteção e defesa dos consumidores.

No campo da ordem tributária o legislador reservou a disposição do artigo 150, §5º, dispondo que “a Lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. Nesse particular, cumpre ressaltar que a figura do consumidor não pode ser confundida com a figura do contribuinte, por trazer em seu bojo relação distinta da de consumo.

Contudo, impõe-se como corolário do direito à informação e transparência que o consumidor seja esclarecido a respeito da tributação que incide sobre produtos ou serviços contratados.

Adolfo Mamoru Nishiyama, ao tratar da disposição do artigo 150, § 5º da CF/88 asseverou que:

Esse importante dispositivo constitucional não foi regulamentado até o presente momento. É sabido que, aqui no Brasil, a incidência da carga tributária é elevadíssima. O consumidor tem o direito de saber quais são os impostos que incidem sobre as mercadorias e os serviços para que ele tenha uma ideia de quanto custa efetivamente o que está sendo adquirido. (NISHIYAMA, 2010, p. 144).

Noutra quadra, encontra-se o artigo 170, V, do texto constitucional que condiciona o exercício da atividade econômica a observância da defesa do consumidor, ou seja, a defesa do consumidor é um limitador da ordem econômica.

De forma pontual dispõe o artigo 170, V da CF/88:

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:

V – defesa do consumidor.

O sistema jurídico brasileiro valoriza a livre iniciativa e o trabalho, porém tais vetores sofrem uma série de limitações previstas no texto constitucional, como é a vertente da defesa do consumidor. A intenção do legislador é buscar o equilíbrio do sistema, já que sobre a rubrica de emprego, renda e arrecadação fiscal, não poderá sobrepor-se aos ideais fundamentais previstos no texto maior.

Ademais, é importante ressaltar, que no campo das relações de consumo, impera o risco da atividade, que recai para o fornecedor.

Posto nesses termos, percebe-se a relevância do tratamento constitucional dado a defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a servir de lastro estrutural para o sistema de proteção e defesa do consumidor.

Sem dúvida, a inserção da defesa do consumidor na CF/88 marca, de forma significativa, a defesa do consumidor no Brasil.

3. A principiologia da harmonização de interesses existente no CDC

Faz-se necessário realçar a importância que os princípios exercem no sistema jurídico, uma vez que funcionam como verdadeiros alicerces de todo ordenamento, passando a exigir de todos a sua observância.

Os princípios podem ser representados, metaforicamente, como a base de um edifício. Tem-se na construção civil que a fundação é a parte mais importante do processo de construção de um edifício, tendo em vista que será ela que sustentará toda a estrutura, lhe prestando segurança e solidez.

Com os princípios jurídicos, não é diferente. O ordenamento jurídico está amparado em uma base principiológica e, no caso do sistema brasileiro, o legislador constituinte estabeleceu como princípio maior o da dignidade da pessoa humana.

Por força disso, o operador do direito deverá utilizar o referido princípio como vetor interpretativo. Assim, o intérprete da norma, *in casu* a Lei 8.078/90, deve se guiar pela essência da vulnerabilidade do consumidor, que está exposto a situação de risco e perigo no mercado de consumo.

Geraldo Ataliba [1] bem descreve os rumos dessa função dos princípios, asseverando que:

Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos de governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências.

Destarte, os princípios determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, demonstrando um caminho a seguir. Discorrendo de igual forma sobre o tema, Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes [2] reafirmam a importância dos princípios em um ordenamento jurídico, ponderando que:

[...] os princípios exercem uma função básica, qual seja a de serem os padrões teleológicos do sistema, com base nos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras, como peças integrantes de uma engrenagem jurídica que é posta em ação pelas diretrizes maiores que dão movimento ao todo.

É inegável que muitos consumidores já estão passando por privações econômicas, impondo um comprometimento do seu núcleo familiar, sendo necessário obter recursos financeiros para que possa manter a sua subsistência e, também, honrar seus compromissos contratuais. Isso tem potencializado a realização de novos contratos de empréstimos, que muitas vezes tem imposto verdadeiros ônus excessivos em desfavor dos consumidores.

Estamos diante de uma extrema necessidade do consumidor brasileiro: viver de forma digna em tempo de pandemia do novo coronavírus e obter a efetiva proteção dos seus direitos.

Vale ressaltar que a função condicionante do intérprete se apresenta de forma a instrumentar o operador do direito com um vetor interpretativo. Na circunstância em análise, entendo que a interpretação adequada que deve existir é no sentido de reconhecer na pandemia decorrente do novo coronavírus, declarada por força do decreto 6/20, o estado de calamidade pública que atinge todos os integrantes da relação de consumo, impondo a todos buscar de forma efetiva a harmonização dos interesses, visando preservar os direitos do consumidor e, também, salvaguardar a própria existência do fornecedor.

Dessa sorte, impõe-se reconhecer a devida aplicabilidade da disposição existente no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, quando o legislador assevera que é preciso observar a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e obter a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico. Senão vejamos:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e **harmonia das relações de consumo**, atendidos os seguintes princípios: [...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

A disposição existente no art. 4º do CDC é de entendimento bastante claro, na medida em que impõe a devida harmonização dos interesses

dos integrantes da relação de consumo. Dessa forma, é preciso encontrar o necessário equilíbrio entre a proteção e defesa do consumidor e a necessidade de preservação do fornecedor no mercado de consumo.

Dessa forma, entendo, pessoalmente, que não deve ser do interesse do consumidor, ainda que no manto da rubrica da defesa dos seus direitos, aniquilar o fornecedor, comprometendo, inclusive, a viabilidade e permanência da sua atividade.

Não se deseja com isso, que a proteção do consumidor seja colocada de lado, em detrimento da preservação do fornecedor, mas sim que existe harmonia na aplicação dos ditames normativos. Percebam, se um fornecedor “quebrar”, maiores serão as dificuldades do consumidor em obterá satisfação dos seus direitos. Dessa forma, uma aplicação temperada, com a concessão de prazos razoáveis, por exemplo, ao fornecedor, é um caminho que surge na linha da obtenção da harmonização.

Daí a importância da efetiva atuação governamental, no sentido de estabelecer novas diretrizes, em caráter excepcional, dada a calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus – Covid-19.

Certamente, essa será uma discussão que logo chegará para a devida apreciação do poder Judiciário, razão pela qual a discussão atual se revela bastante importante.

4. Os impactos do COVID-19 nas relações de consumo: um olhar pela harmonização dos interesses

Como já delineado no presente escrito, muitos foram os impactos decorrente da pandemia do novo coronavírus – COVID-19 no âmbito das relações de consumo, que tem exigido uma atenção especial dos operadores

do direito, na busca de soluções adequadas visando uma harmonização dos interesses dos integrantes da relação de consumo.

Por força disso, faz-se necessário, ainda que brevemente, apresentar as principais repercussões jurídicas que tem atingido os consumidores e os fornecedores. Nesse particular, abordaremos os impactos em relação as companhias áreas, pacotes turísticos e as repercussões nos contratos de assistência a saúde privada.

4.1. Cancelamento de passagens aéreas e pacotes turísticos

Tema muito interessante recai em relação aos efeitos do COVID-19 no seguimento do turismo e companhias aéreas, na medida em que presenciamos um impacto substancial no setor.

Desde o início da pandemia a orientação dos principais órgãos de defesa do consumidor no Brasil tinha sido no sentido de reconhecer o evento como um fato extraordinário e imprevisível, assegurando ao consumidor o direito de cancelar ou remarcar a passagem, visando salvaguardar um direito básico: a saúde do consumidor.

Nesse mesmo cenário, várias companhias aéreas adotaram medidas de suspensão e cancelamentos dos voos, assegurando, em grande medida, ao consumidor o direito de cancelar sua viagem e manter o valor em crédito para ser utilizado em voos futuros, dentro de um período de até um ano, a contar da data da compra. Foi assegurado, também, a remarcação da viagem para qualquer período dentro de 330 dias, assegurada a isenção da taxa de remarcação, incidindo apenas a diferença entre as tarifas, quando e se houver.

Além das medidas acima, foi, também, estabelecido administrativamente que na hipótese de cancelamento com pedido de

reembolso, não haveria a cobrança de taxa de cancelamento, mas sim, a taxa de reembolso, dependendo da regra da tarifa escolhida.

Pois bem, com o avançar da pandemia e o fechamento de fronteiras por diversos países, impondo, inclusive, restrições no espaço aéreo, as companhias aéreas viram-se obrigadas a cancelar praticamente todos os voos, impondo um agravamento no impacto econômico para o setor.

Esperava-se a edição de uma medida provisória específica para o setor e ela surgiu: a MP 925.

A referida MP estabeleceu duas medidas visando socorrer a aviação civil: a postergação do pagamento das outorgas dos aeroportos concedidos e prazo estendido para reembolso das passagens aos consumidores, sendo essa segunda de interesse para o direito do consumidor.

É sabido que a resolução 400/16, da ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil, em regulamentação do setor, assevera que, para cancelar a viagem e pedir reembolso sem custos, o consumidor deve manter contato com a companhia aérea em até 24 horas a partir do recebimento do seu comprovante de compra, desde que a aquisição tenha sido realizada com antecedência de, pelo menos, sete dias em relação ao voo. Cumpridas essas exigências, o reembolso seria efetuado em 7 dias.

Tenho reservas pessoais quanto a essa regulamentação, tendo em vista as normas existentes no Código de Defesa do Consumidor e do próprio Código Civil, mas isso, certamente, é campo para outro artigo.

Não obstante a isso, recentemente a Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR), o Ministério Público Federal (MPF) e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), visando garantir os direitos do consumidor durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

O TAC estabelece regras para remarcação, cancelamento e reembolso de passagens aéreas durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19). Ocorre que o referido termo foi assinado apenas pelas companhias nacionais, tendo em vista que as companhias internacionais se recusaram a aderir.

Assim, por força do TAC, concebeu-se:

- O consumidor poderá remarcar, sem custo, sua viagem nacional ou internacional (por companhias nacionais), uma única vez, se tiver adquirido a passagem aérea até a data de assinatura do TAC (20/03), para voos entre 1º de março e 30 de junho de 2020, respeitada a mesma origem e destino;
- Os consumidores que compraram passagens aéreas com data até a assinatura do TAC (20/03) poderão cancelar sua viagem nacional ou internacional entre 1º de março e 30 de junho de 2020, sem qualquer custo. Ocorre que neste caso, o valor pago será preservado como crédito pelo período de um ano, contado a partir da data do voo. O consumidor deverá observar que a remarcação do bilhete poderá resultar na cobrança de eventuais valores ou tarifas, mas sem incidência de multas ou taxas contratuais e, se a opção for pelo reembolso, o prazo será de até 12 meses, sem correção monetária ou multas, a partir do dia da solicitação;
- Já nos casos de atrasos ou cancelamentos de voos decorrentes do fechamento de fronteiras, o consumidor deverá ficar atento, pois não resultarão, por parte da companhia aérea, no fornecimento de assistência material como alimentação, hospedagem e traslado, conforme prevê a Resolução 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

No caso dos pacotes turísticos, tivemos, recentemente, a edição da Medida Provisória 948, que assegurou aos prestadores de serviços ficarem dispensados de reembolsar imediatamente os valores pagos pelos consumidores por reservas ou eventos, shows e espetáculos cancelados.

É certo que a MP 948 é bastante coerente em alguns aspectos, visando restabelecer um reequilíbrio do mercado e dos contratos, viabilizando, ao menos por enquanto, a sobrevivência das empresas prestadoras de serviços de entretenimento e turismo no país.

O texto da MP basicamente contempla a priorização da remarcação dos serviços/eventos, disponibilização de crédito ou outro acordo a ser formalizado com o consumidor. E, caso nenhuma dessas medidas sejam adotadas é assegurado ao consumidor o reembolso do valor pago no prazo de 12 (doze) meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública, com atualização pelo INPC-A.

Embora de boa técnica a MP 948, em sua maior extensão, me parece que o mesmo não pode ser dito em relação ao artigo 5º da referida medida, pois aponta que as relações de consumo regidas pelo diploma caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior que não ensejariam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades. Ao meu sentir, foi infeliz e com uma redação inadequada.

Por certo, a MP apresentou regras benéficas ao do setor de Turismo e Cultura que, sem dúvida, foi um dos mais atingidos pela pandemia do Covid-19, evidenciando a intervenção do Estado para preservar as atividades econômicas do setor.

As medidas aqui analisadas revestem-se de grande importância, uma vez que permitem aos fornecedores manterem um fluxo de caixa nesse momento de queda substancial nas vendas.

É evidente que as medidas aqui buscam harmonizar os interesses na relação de consumo e precisam ser vistas pelos consumidores como remédios necessários em tempo de pandemia.

4.2. Cobertura de exames e tratamentos pelos planos de saúde

A pandemia decorrente do novo coronavírus – COVID-19 afetou, também, os serviços de saúde de forma substancial no Brasil e em vários países. A realidade brasileira é bem peculiar, pois contamos com aproximadamente 50 milhões de consumidores beneficiários de planos de assistência médica privada, o que tem provado vários questionamentos pelos consumidores.

Sabemos que ainda não se tem notícia de tratamento específico para a doença, mas que ela está integrada no rol das patologias cobertas pelos planos, de modo que devem prestar o atendimento necessário para os consumidores eventualmente infectados com o Covid-19. Cobertura esta que se estende aos exames de diagnóstico, que deverão ser objeto de cobertura das operadoras.

Aqui é importante ressaltar o princípio da boa fé objetiva, que deve imperar na relação jurídica de consumo, atuando de mão dupla, a exigir uma conduta amparada na honestidade, lealdade e probidade, tanto pelo consumidor, quanto pelo fornecedor.

Nessa perspectiva, por exemplo, o consumidor não pode utilizar de forma desarrazoada o seu direito de realizar o exame de diagnóstico do COVID-19, quando ele sequer possui um dos sintomas. Uma postura dessa natureza, evidentemente, é desconexa de uma funcionalidade social.

Por força disso, penso ser legítima eventuais orientações governamentais editadas no sentido de regular o exercício do direito ao exame, de forma que o exame seja realizado em consumidores que se enquadrem em casos de diagnóstico “suspeito” ou “provável” de contágio do COVID-19.

Vale dizer que medidas também foram tomadas em benefício das operadoras no contexto da pandemia, com flexibilizações as regras e procedimentos existentes.

Eis mais um exemplo de harmonização.

5. Considerações finais

O tema aqui proposto, evidentemente, permite ampla discussão e aprofundamento no campo das hipóteses de efeitos do COVID-19 nas relações de consumo. Contudo, o corte foi realizado naquelas situações que foram recentemente objeto de Medidas Provisórias, que de certa forma, tentam buscar um equilíbrio no âmbito das relações de consumo.

O momento atual da pandemia do novo coronavírus, Covid-19, certamente, exige dos operadores do direito um equilíbrio racional, com a potencialização dos meios alternativos de solução de conflitos, com a efetivação da conciliação administrativa e do diálogo entre os consumidores e os fornecedores, visando harmonizar os interesses.

Certamente, o conflito e a judicialização não são caminhos desejáveis e aconselhados no contexto atual e no pós pandemia que se aproxima.

Harmonizar os interesses, sem dúvida, é uma necessidade.

6. Referências

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. Revista dos Tribunais.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais. 5. Ed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/90.

BRASIL. Medidas Provisórias 925 e 948, de 2020.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção constitucional do consumidor. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Lísia Carla Vieira. O código de proteção e defesa do consumidor e o novo código civil – pontos de convergência e divergência, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Breves Considerações Acerca das Relações Familiares em Tempos de COVID-19

LEANDRO REINALDO DA CUNHA

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Casamentos e divórcios*; 2.1. *Casamento realizado pela via virtual*; 2.2. *Divórcio unilateral*; 3. *Violência doméstica*; 4. *Conclusão*; 5. *Referências*.

1. Introdução

Não se duvida que o mundo esteja passando por um momento histórico, o qual certamente será considerado um marco para toda a humanidade, e que, com toda certeza num futuro próximo, falaremos não mais de uma sociedade pós-moderna mas sim da sociedade pós-pandêmica. Mas até que esse dia chegue será necessário, além de superar os efeitos da COVID-19 na saúde, conviver com a realidade social desse momento em que a doença altera toda a dinâmica da convivência entre as pessoas.

As mudanças inseridas no cotidiano das pessoas quanto a questões de mobilidade visando impedir o crescimento de casos da COVID-19 e uma consequente saturação do sistema de saúde, que teria o condão de gerar uma quantidade ainda maior de mortes em decorrência da doença, segundo determinação dos especialistas da área médica, fez surgir uma situação jamais vivenciada por nossa geração.

A imposição governamental de restrição de circulação encerra, além das óbvias consequências quanto a locomoção das pessoas e gravames de cunho econômico, sérias consequências no que concerne à convivência familiar, especialmente no que se refere às relações entre os cônjuges ou conviventes.

O que se vislumbra com certa clareza é que não apenas a sociedade não mais será a mesma após superados os efeitos da pandemia decorrente do COVID-19, mas também o direito sofrerá os seus impactos, surgindo no horizonte um novo direito influenciado pelas experiências vivenciadas nesse período.

Ainda que parte das consequências sociais decorrentes do isolamento social possa mitigada para aquela parcela da população que tem efetivo acesso à internet, existem situações que não podem ser suplantadas por subterfúgios digitais.

Existem aspectos jurídicos que estão sendo fortemente influenciado pela nova realidade em que alguns atos formais se mostram mais complexos de se efetivarem, como ocorre com a celebração do casamento. De outra sorte, a imposição de manutenção nos lares faz com que aumente a convivência entre os cônjuges ou os conviventes, situação que pode dar azo a consequências jurídicas relevantes, como a intenção de divorciar-se ou ainda à violência doméstica.

Assim, é preponderante tecer algumas considerações quantos aos impactos da COVID-19 nas relações familiares, mais especificamente nos casamentos e divórcios, como também no que se refere à violência doméstica, o que se trará no presente texto.

2. Casamentos e divórcios

Os relacionamentos interpessoais estão sofrendo de forma severa os efeitos do isolamento social, seja pelo fato de que algumas pessoas estão sendo compelidas a conviverem de forma mais contínua com seus cônjuges ou companheiros, no caso dos casados e dos que vivem em união estável. De outro lado, algumas pessoas encontram-se mais distantes fisicamente pelas

restrições de mobilidade impostas ou pela necessidade de cumprimento de período de imposição de quarentena médica ou ainda face ao massivo acréscimo de trabalho, mormente para aqueles que atuam na linha de frente de combate à doença.

Seja por um aumento de convívio ou pela sua restrição deste, resta patente que as relações familiares estão sendo afetadas pela atual pandemia, tornando pertinente tecer algumas considerações quanto algumas situações de fato podem ser analisadas nesse período.

2.1. Casamento realizado pela via virtual

Muitos casais que passaram muito tempo planejando a realização do casamento acabaram sendo surpreendidos com as restrições de convívio social impostas pelas medidas governamentais de afastamento e, conseqüentemente, tiveram seu sonho do casamento atingido. Não se discute aqui os aspectos das festividades que estariam vinculadas ao evento, como a cerimônia religiosa, festas e viagens, questões estas que poderão ser realizadas em um momento posterior.

Entretanto no que concerne ao casamento civil, aquele que efetivamente se reveste de efeitos legais, a postergação de sua realização terá conseqüências jurídicas, vez que é a sua realização que confere efeitos jurídicos ao casamento, tendo especial relevância para a questão do regime de bens e eventuais efeitos sucessórios em caso de falecimento de um dos consortes. Em linhas simples, sem a realização do casamento civil um nubente não compartilha com o outro dos deveres do casamento, não sofre os efeitos do regime de bens e, caso o outro venha a falecer, não será considerado seu herdeiro.

Surge nesse contexto a discussão acerca da possibilidade que o casamento venha a ser realizado sem que os nubentes estejam presentes

fisicamente perante o juiz de casamento, mas valendo-se de meios virtuais de comunicação.

O presente tema ganha contornos bastante complexos considerando que o casamento é o ato mais solene previsto no ordenamento jurídico pátrio, como se pode verificar do disposto no Código Civil e na Lei de Registros Públicos (lei 6015/73). Dentre os inúmeros requisitos para a realização de um casamento válido está a determinação de que ele seja realizado perante autoridade competente. Mas será que efetivamente tal requisito legal está a impor a presença física ou estamos diante da manutenção de uma interpretação que se consolidou desde o século passado em que outras formas de se “estar perante alguém” apenas poderia ocorrer de maneira fisicamente presencial?

Os termos do art. 1.534 do Código Civil trazem que a solenidade há de se realizar na sede do cartório ou noutra edifício público ou particular, caso as partes queiram e a autoridade competente autorize (*caput*). Na sequência o art. 1.535 do mesmo dispositivo legal assevera que presentes “os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato” será declarado efetuado o casamento ante a afirmação livre e espontânea dos nubentes.

Verifica-se, portanto, que nada há a determinar expressamente que a celebração se dê exclusivamente com a presença física de todos os integrantes do ato, tampouco qualquer vedação para que tal ato se dê mediante a utilização de meios virtuais.

Note-se que aqui não se está a tratar da figura do casamento em iminente risco de vida (nuncupativo ou *in extremis*) ou em caso de moléstia grave (art. 1.540 e 1.539 do Código Civil), ou quaisquer outras hipóteses expressamente previstas na legislação. Não se pensa aqui em discutir a situação do indivíduo que está correndo o risco de vir a falecer, mas sim

daquele que deseja que seu desejo de se casar seja efetivado mas se encontra cerceado do direito de encaminhar-se ao cartório para tanto.

Fica evidente que, em que pese ser o casamento revestido de uma grande gama de exigências para sua validade existe na legislação a previsão de hipóteses em que, ante a excepcionalidades, alguns requisitos podem ser afastados.

Considerando que a razão que faz com que o legislador tenha exigido a presença dos nubentes perante a autoridade competente está na busca de aferir a higidez de sua manifestação de vontade, na atualidade os meios tecnológicos permitem que se tenha uma percepção geral do ambiente em que o indivíduo está, suas reações e reais intenções quando se manifesta, ante a utilização de qualquer dos inúmeros meios de teleconferência existentes na atualidade.

Ressalta-se mesmo que em outras searas do direito revestidas de uma necessidade de verificação da plena idoneidade da manifestação de vontade exarada já se utiliza de videoconferência de longa data, como se verifica na possibilidade de realização de interrogatório do réu ou na inquirição da testemunha, nos termos dispostos no art.185 e art. 217 do Código de Processo Penal.

Nos dias atuais uma grande parte das transações comerciais e bancárias se efetivam sem a presença física dos contratantes, meramente ante a utilização de tecnologia que garantem a efetividade e idoneidade do ato. Seria efetivamente necessário impor ao casamento uma exigência que não se faz presente de forma efetiva no corpo do texto legal?

Ante a excepcionalidade que se vivencia nesse período de pandemia da COVID-19, e sem que se aprofunde na discussão da implementação da possibilidade da realização do casamento em qualquer circunstância

valendo-se de meios de videoconferência, nos parece ser plenamente plausível que se admita a validade de tal casamento, ainda que venha a se exigir que os nubentes venham a confirmar o ato após findo o período de excepcionalidade, em situação similar ao que se dá no casamento nuncupativo.

Ressalta-se que as atividades dos cartórios não foram interrompidas em boa parte das localidades ante as medidas determinadas para conter que o COVID-19 se dissemine, contudo as restrições de trânsito podem até mesmo se mostrar um elemento a macular a validade do casamento ante a impossibilidade que o casamento goze de toda a publicidade exigida ao ato pela lei, até mesmo dificultando que quem tenha interesse em apresentar qualquer oposição ao casamento possa fazê-lo.

De se notar que o Projeto de Lei do Senado nº 1.627/2020 que dispõe sobre o “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito de Família e das Sucessões no período da pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV2 (CoVid-19)” se propõe a tratar da questão do casamento e regulamentar sua possibilidade “por sistema audiovisual”.

Art. 3º O casamento cujo processo de habilitação tenha sido iniciado até 20 de março de 2020 pode ser celebrado à distância, por sistema de audiovisual que permita a transmissão, aos nubentes e às testemunhas, da voz e da imagem da autoridade celebrante.

§ 1º A autoridade celebrante assinará, pelos nubentes, o livro de casamentos e, cessadas as medidas impositivas de quarentena ou isolamento social, os nubentes e as testemunhas devem comparecer ao registro civil competente, no prazo de 90 dias, para assinar o livro, sob pena de ineficácia do casamento.

§ 2º Na hipótese de morte de um ou de ambos os cônjuges, dentro do prazo indicado no parágrafo anterior, o casamento não perderá eficácia.

Ante a todas as considerações tecidas entendemos não haver previsão expressa para que a celebração ocorra com a presença física de todos os integrantes da cerimônia, tampouco a proibição de que se efetive por videoconferência. Assim, uma vez atendidos todos os demais requisitos para a realização do casamento, é de se entender pela possibilidade do casamento celebrado com a presença virtual das partes, com a incidência de seus efeitos desde então.

2.2. Divórcio unilateral

Da mesma maneira que a celebração do casamento confere direitos e deveres aos nubentes a realização do divórcio tem o poder gerar sérias consequências nos direitos das pessoas, como o efetivo término dos deveres do casamento, regime de bens e cessação dos eventuais direitos sucessórios.

A pandemia de COVID-19 e a restrição de circulação de pessoas faz com que também a figura do divórcio venha a ser atingida, vez que por vezes haverá a dificuldade de atuação dos escritórios de advocacia para fins de propositura de ações dessa natureza (no estado de São Paulo os escritórios de advocacia foram proibidos de fazer atendimento pessoal dos clientes a partir de 04 de abril ^[1]), o exercício das atividades do judiciário voltadas para situações tidas como “mais urgentes” e mesmo a liberdade para dirigir-se até fóruns e cartórios.

Atualmente a dissolução do casamento pelo divórcio pode ser realizada judicialmente ou administrativamente, sendo certo que para essa segunda hipótese se faz necessário que o pleito seja formalizado em conjunto pelos cônjuges (divórcio consensual), sem que eles tenham incapazes ou que a

1. <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/04/governo-de-sp-altera-quarentena-e-permite-trabalho-interno-em-escritorios-de-advocacia-e-contabilidade.ghtml>. Acesso em 10.abr.2020.

mulher esteja grávida, nos termos do art. 733 do Código de Processo Civil.

Quando o intento parte de apenas um dos cônjuges não é possível que esse divórcio venha a ocorrer pela via administrativa, sendo exigido que se formule o pleito perante o Poder Judiciário.

A questão reveste-se de contornos especiais a partir de 13 de julho de 2010, com a publicação da Emenda Constitucional nº 66 (EC/66), com a alteração do art. 226 da Constituição Federal no sentido de que não haveria mais a necessidade de atenção a qualquer prazo ou a apresentação de motivação específica a viabilizar a acolhida do pleito de dissolução do casamento por meio do divórcio, tornando o direito de colocar termo no vínculo matrimonial um direito potestativo.

De tal sorte é inquestionável que a vontade do indivíduo em encerrar seu matrimônio é um direito que pode ser exercido independentemente da manifestação de vontade do outro cônjuge, de qualquer lapso temporal ou apresentação de qualquer razão que seja. Basta apenas a sua declaração de que não mais deseja manter-se naquele casamento.

Dessa forma é de se entender que mesmo quando do pleito unilateral de divórcio a atividade do magistrado será de cognição rasa, apenas validando o intento formulado pelo requerente, sem que possa a outra parte fazer nada para impedir a dissolução do casamento.

Fato é que o ponto para se findar o casamento pelo divórcio é a manifestação da vontade de fazê-lo, sendo a apreciação do Poder Judiciário ato meramente homologatório e desde o instante em que o processo é distribuído a efetivação do divórcio apenas depende do magistrado cancelar o desejo do indivíduo.

Mesmo que entendamos que a concessão do divórcio, ante sua potestatividade, devesse ser deferida de imediato, seja pela via administrativa

ou judicial, evidencia-se que a situação em sede de período de pandemia de COVID-19 deveria ainda mais ser entendida da forma relatada, vez que podem existir pleitos aguardando julgamento prolação de sentença, mas não julgados esperando algum trâmite processual (citação do requerido, por exemplo) que não terá o condão de alterar o desejo manifestado pelo autor, e, caso este venha a morrer, corre-se o risco de que o magistrado entenda pela extinção do feito, sem julgamento do mérito, ante a perda do objeto, o que traz consequências severas nos direitos sucessórios.

Colocamo-nos frontalmente contrários ao entendimento de que nesse caso a morte do requerente ensejaria a extinção do processo sem julgamento de mérito, ante a manifestação de vontade incontestada do indivíduo e que o divórcio apenas não se efetivou ante a inação do Poder Judiciário. Tivemos a oportunidade de desenvolver o presente tema no artigo “Divórcio *post mortem*” publicado pela Revista dos Tribunais^[2].

Assim, a situação atualmente vivenciada pode ser mais um elemento a fazer com que o Judiciário passe a conceder o divórcio de forma *incontinenti* assim que formulado o pleito, bem como venha a viabilizar o divórcio unilateral pela via administrativa, além de reconhecer o divórcio *post mortem*. Tais perspectivas devem ainda ser considerados pelo Poder Legislativo e Executivo nas medidas emergenciais que vem tomando, bem como para uma futura alteração do texto do Código Civil.

Ressalta-se que alguns estados brasileiros já tentaram de forma direta viabilizar o divórcio unilateral pela via administrativa, como ocorreu com Pernambuco, que instituiu o projeto do “divórcio impositivo” (Provimento 06/2019 do Tribunal de Justiça de Pernambuco), e no Distrito Federal (Recomendação nº 36/2019), mas que logo foi vetado pelo Conselho

2. Leandro Reinaldo da Cunha. Vivian Assis. Divórcio post mortem, Revista dos Tribunais, RT: São Paulo, v. 1004, p. 51-60, jun. 2019.

Nacional de Justiça (CNJ) sob a alegação de que os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal não poderiam “criar novas atribuições para os serviços extrajudiciais sem que haja previsão legal expressa nesse sentido”.

As questões acima propostas, no quanto tange à questão da pandemia de COVID-19, são relevantes mormente quando considerados dados coletados China, que já começa a vivenciar os reflexos iniciais de uma vida pós-pandemia. Lá os casos de divórcios cresceram significativamente face ao fato de que os casais passaram muito mais tempo juntos em casa durante o período da quarentena, segundo oficiais de registro do país^[3]. As cidades de Xian e de Dazhou relatam recorde de pedidos de divórcio no mês de março, gerando atrasos por parte dos órgãos governamentais quanto ao registro, enquanto na cidade de Milou os “funcionários sequer tinham tempo de tomar água” ante a fila de casais buscando o divórcio, de acordo com relatório do governo da cidade de meados de março^[4].

Analisando em perspectiva e considerando a epidemia de SARS que se instalou no oriente em 2004, em Hong Kong houve um aumento de 21% (vinte e um por cento) dos divórcios em relação a 2002, revelando também que os efeitos sociais da pandemia de COVID-19 serão sentidos ainda por muito tempo após seu término^[5].

Acrescente-se ao todo já consignado o grande número de pessoas vitimadas pela doença, bem como as que virão a falecer, o que trará um enorme acréscimo às discussões sucessórias, fazendo com que questionamentos quanto ao efetivo momento em que se deu a dissolução

3. <https://www.dailymail.co.uk/news/article-8108385/Divorce-cases-spike-China-couples-spend-time-coronavirus-quarantine.html>. Acesso em 10.abr.2020.

4. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-31/divorces-spike-in-china-after-coronavirus-quarantines>. Acesso em 10.abr.2020.

5. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-31/divorces-spike-in-china-after-coronavirus-quarantines>. Acesso em 10.abr.2020.

do casamento venha a ganhar maior relevância.

Dessa forma é evidente que uma apreciação mais apurada quanto ao divórcio, a valia dada à manifestação de vontade daquele que deseja encerrar o vínculo matrimonial e o momento exato em que se deve considerar que o casamento deixa de ter efeitos jurídicos se faz preponderante, sendo que o atual momento social apenas evidencia a urgência de tal discussão.

3. Violência doméstica

A pandemia de COVID-19 deu ensejo a um afastamento social que teve por consequência a imposição de uma maior convivência entre pessoas casadas e que vivem em união estável. A ampliação do período em que cônjuges e companheiros passam a ficar juntos, atrelada à impossibilidade de interagir com outras pessoas e realizar as demais atividades da vida cotidiana acaba potencializando conflitos entre o casal.

Tal majoração nos conflitos dá azo a uma maior quantidade de rupturas entre os casais, situação que tem efeitos jurídicos relevantes mas que são sanáveis nos termos previstos na lei, ante aos meios de dissolução do casamento como tratado anteriormente.

No entanto, é preocupante que tais conflitos não se restringem apenas na incidência de pleitos de dissolução dos relacionamentos, mas também se revelam em um aumento na violência doméstica no período. Estudos mostram que a violência doméstica aumenta quando as famílias passam mais tempo juntas, como no Natal e nas férias^[6].

No Estado do Rio de Janeiro o Plantão Judiciário da Justiça Estadual registrou um acréscimo de 50% (cinquenta por cento) nos casos de violência doméstica durante o confinamento determinado, em dados

6. <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>. Acesso em 10.abr.2020.

apresentados em 23 de março de 2020^[7]. Dados do Tribunal de Justiça do Acre, considerando as ocorrências nas cidades de Rio Branco e Cruzeiro do Sul, indicam que mais de 60 (sessenta) medidas protetivas foram aplicadas apenas nas duas últimas semanas de março, sendo que no período anterior de 3 meses o total fora de 80 (oitenta) medidas.

Já o Ministério Público do Estado de São Paulo, com realização do Núcleo de Gênero e do Centro de Apoio Operacional Criminal (CAOCrim) emitiu, em 13 de abril de 2020, a Nota Técnica “RAIO X da violência doméstica durante isolamento. Um retrato de São Paulo”. Tendo ciência da subnotificação, que tende a aumentar ante isolamento das vítimas e maior controle por parte dos parceiros, os números coletados mostram um aumento de 29,2% (vinte e nove vírgula dois por cento) na concessão de medidas protetivas de urgência e 51,4% (cinquenta e um vírgula quatro por cento) do autos de prisão em flagrante do mês de fevereiro para o mês de março de 2020^[8].

Ressalta-se que em 07 de abril do mesmo ano de 2020 o Ministério Público paulista lançou o projeto “carta de Mulheres”, inspirado em ação da mesma natureza realizada pela Justiça peruana, visando dar orientação as mulheres vítimas de violência doméstica. Pelo projeto a vítima, ou alguém que queira ajuda-la, preenche formulário virtual e receberá orientações de uma equipe especializada da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário (Comesp).

No Distrito Federal foi aprovada a lei 6539 de 13 de abril de 2020 que determina que os condomínios residenciais comuniquem aos órgãos de segurança pública a ocorrência ou indício de violência doméstica, seja

7. <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/23/casos-de-violencia-domestica-no-rj-crescem-50percent-durante-confinamento.ghtml>. Acesso em 10.abr.2020.

8. http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2659985.PDF. Acesso em 13.abr.2020.

ela praticada contra mulher, criança, adolescente ou idoso nas unidades condominiais ou nas áreas comuns, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a ciência do fato, sob pena de advertência (quando da primeira autuação da infração) e multa (a partir da segunda), a ser fixada entre R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ser revertida em favor de fundos e programas de proteção aos direitos das vítimas.

Dados coletados pelo governo federal indicam um acréscimo de 9% (nove por cento) no volume de denúncias recebidas pelo Disque 180 na semana entre 17 e 25 de março em relação aos números da semana anterior, o que levou os deputados a apresentarem propostas para conter a violência doméstica nesse período, como o projeto de lei 1.368/20 da deputada Maria do Rosário, o 1.319/20 do deputado Antônio Furtado e o 1.267/20 de iniciativa de um conjunto de deputados^[9].

A preocupação quanto ao acréscimo nos casos de violência doméstica é revelada até mesmo pela Organização das Nações Unidas (ONU)

Em um contexto de emergência, aumentam os riscos de violência contra mulheres e meninas, especialmente a violência doméstica, aumentam devido ao aumento das tensões em casa e também podem aumentar o isolamento das mulheres. As sobreviventes da violência podem enfrentar obstáculos adicionais para fugir de situações violentas ou acessar ordens de proteção que salvam vidas e/ou serviços essenciais devido a fatores como restrições ao movimento em quarentena. O impacto econômico da pandemia pode criar barreiras adicionais para deixar um parceiro violento, além de mais risco à exploração sexual com fins comerciais^[10]

Evidente que ainda não existem dados consolidados sobre o tema mas fica patente que a pandemia de COVID-19 também terá fortes impactos na incidência da violência doméstica, sendo certo que esse será mais um dado que a ser estudado após superado esse período.

9. <https://www.camara.leg.br/noticias/651077-deputados-apresentam-propostas-para-conter-violencia-domestica-durante-pandemia-da-covid-19>. Acesso em 13.abr.2020.

10. http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19_LAC.pdf. Acesso em 10.abr.2020

No plano internacional, dados revelam que em alguns países da União Europeia, como na França ^[11], cresceu em um terço os casos de violência doméstica no período de afastamento social imposto pelo Estado, com as mulheres que vivem em um relacionamento violento presas em casa e expostas aos seus abusadores por um longo período de tempo ^[12]. Na Espanha o serviço telefônico de emergência para violência doméstica teve um acréscimo de 18% (dezoito por cento) nas chamadas nas primeiras duas semanas de lockdown face ao mesmo período no mês anterior, enquanto em algumas regiões do Reino Unido os casos aumentaram em 20% (vinte por cento) ^[13].

Na Oceania a Austrália apresentou um aumento em 75% (setenta e cinco por cento) nas pesquisas realizadas na internet buscando apoio às vítimas de violência doméstica ^[14].

Números da China mostram que em algumas localidades a violência doméstica sofreu um aumento espantoso no mês de fevereiro, sendo três vezes maiores do que os relatados no mesmo período no ano anterior ^[15].

Voltando à perspectiva nacional o Tribunal de Justiça do Paraná traz recomendação para os magistrados do estado para que confirmem especial atenção aos casos de violência doméstica, solicitando que avaliem a possibilidade de prorrogação automática das medidas protetivas concedidas (salvo requerimento de revogação), análise de pedidos mesmo sem prévio registro policial e adoção de meios de comunicação, notificação e intimação das partes por vias digitais ^[16].

11. <https://www.france24.com/en/20200406-rrifying-rise-in-domestic-violence-amid-virus-lockdown>. Acesso em 10.abr.2020.

12. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/covid-19-stopping-the-rise-in-domestic-violence-during-lockdown>. Acesso em 10.abr.2020.

13. <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>. Acesso em 10.abr.2020.

14. <https://www.france24.com/en/20200406-un-rise-in-domestic-violence-amid-virus-lockdown>. Acesso em 10.abr.2020.

15. <https://www.bloomberg.com/news/a-spike-in-china-after-coronavirus-quarantines>. Acesso em 10.abr.2020.

16. https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/id/34138334. Acesso em 10.abr.2020.

Imprescindível que o Poder Público tome medidas severas e efetivas a fim de garantir a integridade física das vítimas de violência doméstica, que encontram-se em situação ainda mais vulnerável nesse período de quarentena imposta visando impedir que os efeitos da COVID-19 sejam mais nefastos do que já tem se mostrado.

4. Conclusão

Os efeitos decorrentes da instauração da pandemia da COVID-19 na sociedade mundial começam a ser verificados, sendo certo que eles têm como característica atingir quase a totalidade das relações pessoais de cada cidadão, e, obviamente, as relações familiares não estariam imunes a isso.

Evidente que as considerações aqui trazidas têm uma natureza preliminar tendo em vista que no momento em que o presente texto é elaborado ainda não se chegou ao pico de casos da COVID-19 no Brasil, contudo já é possível ter uma projeção minimamente sólida de alguns dos seus efeitos na vida das pessoas no que concerne aos direitos fundamentais.

Utilizando um recorte específico quanto as relações familiares para tratar apenas da figura do casamento, divórcio e violência doméstica, é de se verificar que a epidemia de COVID-19 tem fortes impactos quanto a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos que podem ter direitos alterados ante a excepcionalidade do momento vivido.

Quanto ao casamento é de se entender que não seria em nada prejudicial a acolhida da possibilidade de que sua celebração civil pudesse ser efetivada por videoconferência, seja pelo fato de que outras atividades revestidas de alta necessidade de garantia da higidez do ato já o fazem (como nos interrogatórios do Processo Penal), seja pelo fato de que a legislação já prevê a possibilidade da flexibilização das formalidades do casamento em situações de excepcionalidade.

No que se refere ao divórcio pugna-se pela imediata concessão do pleito formulado, ante a potestatividade que lhe é inerente, mormente após a Emenda Constitucional nº 66 (EC/66), considerando-se que a demora para a prolação da sentença pode apresentar graves efeitos quanto aos direitos sucessórios, havendo mesmo de ser aplicado os parâmetros do divórcio *post mortem*, se for o caso.

Finalmente há que se considerar que o aumento da convivência entre os cônjuges e conviventes face às medidas de distanciamento social determinadas ensejam um maior risco de violência doméstica, sendo imprescindível que o Estado tome medidas severas visando garantir a integridade das vítimas.

Assim, fica patente que as relações familiares estão e estarão entre as que sofrem e sofrerão os maiores impactos decorrentes dos efeitos sociais impostos pela pandemia da COVID-19, sendo primordial que os direitos fundamentais sejam preconizados em um momento tão delicado. A pandemia passará, mas seus efeitos serão indelévels.

5. Referências

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, família e responsabilidade civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. *Divórcio post mortem*, **Revista dos Tribunais**, RT: São Paulo, v. 1004, p. 51-60, jun. 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Direito de família. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: Famílias. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. 6: Direito de Família. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Manual de direito de família. São Paulo: RT, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Direito de Família – Vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Processo. 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões, 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

Onerosidade Excessiva em Tempo de Coronavírus no Brasil e a Frustração do Propósito Contratual no Direito Inglês ^[1]

LUCAS FAILLACE CASTELO BRANCO

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Arts. 478 e 479 do Código Civil*; 3. *Art. 317 do Código Civil*; 4. *Frustration of purpose*; 5. *Art. 393 do Código Civil*; 6. *Conclusão*; 6. *Referências*.

1. Introdução

Em razão da pandemia do coronavírus, passou-se a discutir as consequências jurídicas que ela acarretaria aos contratos. Neste artigo, pretende-se fazer análise de algumas normas que poderão ser invocadas judicialmente para a resolução ou a revisão contratual. Têm-se em vista, primordialmente, os contratos entre empresários, os quais se supõem paritários.

Inicia-se o exame pelos arts. 478 e 479 do Código Civil “(CC), que preveem o que ficou conhecida como Teoria da Onerosidade Excessiva ou Teoria da Imprevisão. Essa norma dispõe sobre a possibilidade de resolução e revisão contratual. O legislador exigiu, além de acontecimento imprevisível, a extrema vantagem ao credor.

A doutrina e a jurisprudência, contudo, vêm dando flexibilidade ao requisito da extrema vantagem, desconsiderando-se seu sentido e alcance. Dessa forma, o que teria âmbito de aplicação restrita acaba, nessa visão, ampliando-se.

1. O autor agradece ao Prof. Dr. Alexandre Sérgio da Rocha e a Ernest Ambe pelas profícuas discussões.

Entretanto, os arts. 478 e 479 do CC permitem a resolução do contrato ou a sua revisão com aquiescência do credor. A revisão nos termos da norma a torna pouca atrativa.

Por conta disso, é provável, então, que o onerado venha a se valer do art. 317 do CC. Essa norma, apesar de permitir apenas a revisão, não prevê como requisito a aquiescência do credor – já que caberá ao juiz decidir pela redução equitativa –, tampouco prevê o requisito da extrema vantagem.

Em que pese a imprevisibilidade do acontecimento ser requisito expresso do art. 317 do CC, tem-se argumentado sua desnecessidade, com base na Teoria da Quebra da Base do Negócio, que estaria incorporada ao nosso sistema jurídico a partir das cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato. Assim, bastaria, para a incidência da norma, a verificação do desequilíbrio contratual que onerasse excessivamente a parte.

Como corolário dessa teoria e da cláusula geral da função social do contrato, admite-se em nosso sistema a doutrina da frustração do fim do contrato, que tem inspiração inglesa. Busca-se, nesse ponto, comparar a abrangência do instituto na Inglaterra, inclusive no contexto do coronavírus.

Em seguida, breve comentário será feito a respeito do art. 393 do CC, que trata do caso fortuito e da força maior como causas de exclusão de responsabilidade da parte inadimplente por perdas e danos.

Conclui-se, ante as inúmeras flexibilizações dos requisitos exigidos em lei para a resolução e a revisão contratual, que a abrangência de aplicabilidade das normas examinadas se ampliou pela via interpretativa. Ainda que criticável, os operadores do direito devem considerar, na prática jurídica, o entendimento geralmente aceito. No direito inglês, observa-se

que a frustração do fim ou propósito do contrato é restrita. É provável, todavia, que o instituto seja usado com maior flexibilidade no Brasil.

2. ARTS. 478 E 479 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo abaixo, do Código Civil (“CC”), consagra a chamada Teoria da Onerosidade Excessiva:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

A norma se aplica, como se nota de sua redação, aos contratos de execução continuada ou diferida. Os contratos de execução continuada cumprem-se mediante a prática de vários atos prestacionais espaçados no tempo, sem que nenhum deles tenha força de, isoladamente, exaurir o objeto do contrato. Os de execução diferida cumprem-se por meio da prática de ato futuro, momento em que o próprio contrato é adimplido.

A rigor, no instante em que as partes negociam essas espécies de contrato, elas levam em consideração mudanças previsíveis do estado de coisas inicial, as quais poderão afetar o cumprimento do contrato. Mudanças que são previsíveis e que não foram contratualmente contempladas não podem servir de exoneração para a parte afetada, pois admite-se que ela assumiu o risco que se materializou.

Não deve o judiciário, assim, “corrigir” consequências adversas

de riscos devidamente alocados. Esses riscos já foram previamente refletidos na fixação do preço da transação. Dito isso, é claro que as partes podem (e recomenda-se), no exercício da autonomia da vontade, prever contratualmente eventos específicos e as consequências jurídicas advindas de sua ocorrência, como lhes aprouver.

Por outro lado, há mudança nos estados de coisas que não é prevista pelas partes. A norma se reporta a elas como acontecimentos imprevisíveis. Há de se fazer a diferença entre acontecimento imprevisível e acontecimento inconcebível. Do contrário, retira-se qualquer efeito prático da norma, o que revela má técnica interpretativa.

Guerras, pandemias e mesmo ataques alienígenas são concebíveis^[2]. Guerras e pandemias^[3] podem ou não ser previsíveis, dependendo do contexto em que as partes estejam inseridas. O acontecimento imprevisível é bem salientado pela expressão inglesa *can't be reasonable anticipated*. Nesse sentido, as partes, ao tempo da elaboração do contrato e no contexto social em que se encontravam, não podiam razoavelmente prefigurar o acontecimento.

Assim, previsível é o acontecimento que se pode mensurar, ainda que por juízo de probabilidade rudimentar do que regularmente acontece, sem precisão matemática. De outro lado, imprevisível é o acontecimento que, concebível que seja, tinha probabilidade tão remota de acontecer, ao tempo de realização do contrato, que as partes não o poderiam contemplar como causa que afetasse o cumprimento da obrigação.

2. Sendo a linguagem natural vaga e ambígua, convém salientar que concebível aqui é usado no sentido de possível de ser imaginado. Dessa forma, excluem-se apenas estados de coisas tais como uma cadeira toda branca e toda vermelha, um quadrado redondo, um cachorro que não é animal e um solteiro casado. Por outro lado, o possível, que pressupõe o concebível, envolve a compatibilidade de um estado de coisas com as leis da natureza, a tecnologia vigente e as circunstâncias em análise. Provável é o estado de coisas concebível, possível e que apresenta probabilidade de acontecer.

3. Não é novidade para ninguém que pandemias de consequências drásticas para a humanidade já foram retratadas diversas vezes em filmes hollywoodianos. Isso não as torna, evidentemente, acontecimentos previsíveis. Mas são, pois, concebíveis.

Aquilo que seja frequente ou regular certamente não é imprevisível, mas há circunstâncias que, para a finalidade da norma, podem situar-se em zona cinzenta. Cogita-se se o coronavírus seria ou não um evento previsível, a julgar pelos inúmeros casos passados de surtos de natureza semelhante. Parece que, conquanto pandemias sejam previsíveis, a nota característica da atual são as suas consequências devastadoras de escala global, com medidas inéditas tomadas por governos na história recente.

É sustentável admitir-se, dessa forma, que a pandemia do coronavírus, com as características drásticas impostas à vida cotidiana, fosse imprevisível, por esses efeitos inesperados que ela vem causando, os quais as partes não poderiam razoavelmente prever. Todo empreendimento envolve algum risco. Entretanto, há de se distinguir entre o risco normal decorrente da indeterminação do futuro do risco atípico, acarretado por acontecimentos que não podem ser previstos. É a esses eventos que a norma se refere.

Além dos requisitos mencionados, a norma exige, ainda, que a prestação deve se tornar excessivamente onerosa para uma parte, com extrema vantagem para a outra. Se a obrigação se torna extremamente onerosa para uma das partes, mas não se vislumbra a extrema vantagem para a outra, a parte onerada continua vinculada ao contrato. Ela terá de cumprir a obrigação tal como acordado, ou arcar com as consequências do descumprimento, o que inclui a indenização da contraparte por perdas e danos. Contudo, o que seja “extremo” ou “excessivo” não é pacífico, tornando essa visão pouco objetiva.

Imagine-se que, em razão do coronavírus, um negócio em um ponto comercial locado sofra brusca queda de clientela, afetando, substancialmente, o fluxo de caixa e a capacidade de pagamento dos aluguéis. Ao mesmo tempo, por conta dos efeitos econômicos adversos do vírus, o valor dos aluguéis na localidade onde o locatário tem seu negócio vem a reduzir-se drasticamente.

Nessa hipótese, se o aluguel não sofre redução, percebem-se a onerosidade excessiva para o locatário e a extrema vantagem para o locador,^[4] na medida em que este recebe o aluguel em valor que discrepa substancialmente do valor de mercado.^[5]

Caso o valor de mercado dos aluguéis da região não tenha sido afetado, e não haja outro parâmetro que sirva de aferição da extrema vantagem, a mera onerosidade experimentada pelo locatário não será suficiente de fazer incidir a norma em exame, porquanto o acontecimento imprevisível não se reflete em favor do locador. Incidindo a norma no caso concreto, a parte prejudicada poderá requerer o fim do contrato, o que será evitado com a redução equitativa da prestação, caso o credor aquiesça.

A norma do CC, assim, parece ter aplicabilidade restrita e excepcional, em virtude da dificuldade da aferição da extrema vantagem. Como agravante, a parte prejudicada ainda tem, em tese, o ônus de fazer prova dela. O legislador parece ter querido evitar que a mudança de estado de coisas que afetasse apenas a parte onerada fosse suficiente para a resolução contratual, ao presumir-se que a situação prejudicial decorresse exclusivamente dos insucessos de seu negócio, e não de uma circunstância mais ampla e conjuntural.

Outra situação possível é a de que ambas as partes serem oneradas relativamente à posição original, de sorte, contudo, que a assimetria de benefícios e sacrifícios remanesça em diferença substancial. Incide o art. 478 nessa hipótese, pois o que é relevante, para a norma, é a assimetria significativa entre benefícios e sacrifícios, e eles podem ser aferidos em termos relativos, isto é, de acordo com situação de uma parte relativamente à da outra.

4. Note-se que, sem exemplos numéricos, estou dando por certo o excesso, cuja aferição variará de acordo com o caso concreto

5. A Lei 8.245/1991, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos, prevê, no art. 19, a revisão do valor do aluguel após três anos de vigência do contrato. *In verbis*: “Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.”

Pode-se aventar, ainda, terceira hipótese, em que ambas as partes sofram onerosidade excessiva, sendo que a assimetria de benefícios e sacrifícios não seja suficiente para justificar a incidência do art. 478. Nesse caso, duas situações se descortinam. Ambas podem valer-se do art. 317, discutido adiante, que permite tão somente a revisão contratual, sem a necessidade de prova de extrema vantagem. Nesse cenário, a parte que vier a receber a ação primeiro poderá alegar sua excessiva onerosidade em reconvenção.

Além disso, as partes podem distratar ou mesmo renegociar (esta via é sempre possível, claro). É mais provável que, na situação em que ambas acabem oneradas, elas façam acordo, sem necessidade de interferência do judiciário.

A parte afetada, ainda, presentes os requisitos, terá de demonstrar a relação de causalidade entre o evento imprevisível e a onerosidade excessiva. É preciso cautela nesse exame, e uma análise apressada e superficial poderá mostrar-se equivocada, incorrendo-se na falácia *post hoc ergo propter hoc*.^[6]

Empresários que já vinham sofrendo dificuldades em cumprir contratos, especialmente os de empréstimos, mas que enfrentaram evento imprevisível que não tenha sido a causa da onerosidade excessiva, poderão valer-se, injustificadamente, do art. 478. A questão de saber-se se houve agravamento da dificuldade já enfrentada, por outro lado, introduz uma camada de complexidade na análise do caso concreto.

Apesar do que foi dito, algumas decisões têm sido bastante flexíveis quanto ao exame da extrema vantagem, havendo até doutrina que propõe

6. Tradução: após isso, logo por causa disso.

que ela seja desconsiderada.^[7] Com base nessa visão, a parte prejudicada pode valer-se do art. 478^[8] do CC sem esperar um rigor do judiciário sugerido pelo comentário e pelo exemplo dados anteriormente.

É fato que o legislador brasileiro introduziu critério rigoroso ao prever a extrema vantagem. Na Itália e na França, por exemplo, a redação da norma equivalente é semelhante, não contendo, contudo, esse requisito, tal como sucede, entre nós, no CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; (...).

O consumidor, portanto, não necessita demonstrar a extrema vantagem da contraparte. Considerando-se aplicável a interpretação flexível do art. 478, quanto ao requisito em apreço, o CC e o CDC, apesar das redações distintas, terminam produzindo o mesmo resultado prático.

Vale recordar que o legislador introduziu, em 2019, a denominada Lei da Liberdade Econômica^[9], por certo visando, nas normas transcritas, combater a interferência excessiva do judiciário nas relações privadas, notadamente nas paritárias. Modificou o CC introduzindo os seguintes artigos:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem

7. SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 180.

8. Paulo Lôbo, por outro lado, indica alguma doutrina, reconhecendo o rigor do art. 478, soluciona a questão sugerindo o uso subsidiário do art. 478, mas direto de preceitos como a boa-fé objetiva, a vedação do enriquecimento sem causa e a função social do contrato (**Direito civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 205). Nesse modo de ver, então, não haveria a flexibilização dos requisitos do art. 478, cujo âmbito de aplicabilidade restrito permaneceria.

9. Lei Nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Se os incisos II e III terão algum efeito prático relevante, somente um estudo empírico poderá responder. Certo é que, por sua redação, interpretações que modificam a alocação de riscos por meio da intervenção do juiz devem ser rechaçadas.

Não se disse nada, ainda, a respeito da expressão “extraordinário” prevista na norma. Como o legislador não usa palavras inúteis, sua presença no texto é significativa. Sobreleva a afirmação pelo fato de o art. 317 do CC, examinado adiante, ter redação semelhante ao art. 478, sem constar nele a dita expressão.

O tema, contudo, transcende o escopo deste artigo. Interessante que seja a discussão, basta saber-se que ela existe e que tem diversas posições, principalmente na Itália, onde se prevê o requisito do acontecimento extraordinário e imprevisível. Há, por exemplo, quem defenda a sinonímia, e há quem afirme que extraordinário introduz parâmetro objetivo de aferição da previsibilidade, ao passo que a expressão imprevisível introduz parâmetro subjetivo.

Talvez as distinções tenham mera importância teórica, com pouca ou nenhuma diferença prática, dada a sutileza que elas acarretam.

3. ART. 317 DO CÓDIGO CIVIL

Segundo o art. 317 do CC:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A norma em tela tem redação semelhante à do art. 478, com as seguintes diferenças relevantes para a análise: o motivo (que remete ao acontecimento) é imprevisível, sem a qualificação de extraordinário. Não há a previsão de extrema vantagem, bem como a possibilidade de resolução contratual, mas apenas revisão. Ademais, a revisão, nesse caso, não dependerá da aquiescência do credor, devendo o juiz decidir equitativamente pela redução da prestação.

Dessa forma, a parte que não pretenda a resolução do contrato tem, em princípio, norma com menos requisitos, comparativamente os dos art. 478 do CC. Diz-se em princípio porque, como afirmado, o requisito da extrema vantagem do art. 478 encontra alguma flexibilização jurisprudencial. Se essa assertiva estiver correta, as distinções significativas, no plano prático, entre os dois artigos, seriam as seguintes: (1) a ausência da possibilidade de resolução contratual no art. 317 (a parte só pode pedir a revisão), o que é previsto no art. 478 e (2) a ausência de concordância do credor no art. 317 para a redução equitativa, ao contrário do que consta no art. 478.

Além disso, a doutrina vem dando interpretação extensiva à norma do art. 317, adequando-a à Teoria da Base Objetiva do Negócio. Nessa nova perspectiva, o mero desequilíbrio contratual é condição suficiente para a revisão contratual, desconsiderando-se o requisito da imprevisibilidade. O posicionamento contemplaria a frustração do fim do contrato, que não

possui previsão expressa em nossa legislação, como espécie de desequilíbrio contratual.

O pressuposto jurídico da equivalência das prestações estaria alicerçado nas cláusulas gerais de boa-fé e da função social do contrato; a frustração do fim do contrato especialmente nesta última. A interpretação extensiva do artigo 317, que desconsidera o requisito expresso da imprevisibilidade, parece equivocada. Seja como for, ela possui aceitabilidade.

Assim, poderá a parte pleitear a revisão do contrato, com ou sem o enfrentamento do requisito da imprevisibilidade (recomenda-se que se enfrente todos, de forma escalonada), bastando invocar o desequilíbrio ou a frustração do fim do contrato.

Do que foi dito, percebe-se que há um esforço da doutrina, seguido por alguma jurisprudência, de trazer para o CC, pela via interpretativa, com esforços, os requisitos do equilíbrio contratual previsto no CDC, visando à solução equitativa.

4. FRUSTRATION OF PURPOSE

Na Inglaterra, o instituto da onerosidade excessiva se assemelha à *doctrine of impracticability* (doutrina da impraticabilidade, literalmente). Ela se aplica justamente a situações em que o cumprimento da obrigação pela parte se torna extremamente difícil (*hardship*), do ponto de vista econômico ou material. Ela se difere da *doctrine of impossibility* (doutrina da impossibilidade, literalmente), por meio da qual os contratos são resolvidos porque seu cumprimento tornou-se materialmente impossível. As duas situações, ainda, diferem da *frustration of purpose*^[10] (frustração de propósito, literalmente).

10. As expressões frustração do propósito contratual e frustração do fim do contrato são utilizadas, neste texto, como sinônimas.

Na frustração do propósito, o fim que levou a realização do contrato desaparece, embora o contrato possa ser cumprido. É o propósito que é frustrado, não o contrato *per se*, na medida em que continua sendo possível o exercício de direitos e cumprimento de obrigações dele emanados.

A frustração do propósito contratual, na Inglaterra, é aplicada com muita cautela e restrição, para que se evite a insegurança jurídica. O instituto notabilizou-se com o caso *Krell v Henry*, que tratou do aluguel de um imóvel que tinha vista para a rua onde passaria o cortejo em celebração à coroação do Rei Eduardo VII. Krell locou o apartamento no período festivo programado, mas, como Eduardo VIII ficou doente, a comemoração na data prevista foi cancelada.

A finalidade do uso do bem foi tida como uma *implied condition* (condição implícita, literalmente), uma vez que não se mencionava a finalidade no contrato escrito. No direito inglês, *conditions* diferem-se de *warranties* (garantias, literalmente). As primeiras são cláusulas essenciais do contrato, cuja violação implica sua resolução, ao passo que *warranties* são cláusulas acidentais, cuja violação implica somente o direito de pleitear-se perdas e danos. A constatação de uma *implied condition* é excepcional. Compreende-se que cabe ao judiciário apenas interpretar o que as partes expressamente acordaram, e não reelaborar o contrato em tese.

Outros casos com situações análogas a *Krell v Henry* não tiveram o mesmo sucesso.^[11] Para ser mais específico a respeito das particularidades desse caso, a *implied condition*, que se referia ao propósito da locação, foi constatada porque (1) Henry anunciou na janela do próprio apartamento que ele estava disponível para a locação durante a cerimônia e (2) Krell

11. No caso *Herne Bay Steam Boat Co v Hutton*, um barco de passeio foi locado com o propósito de se assistir à cerimônia de passagem em revista naval (*naval review*), que fazia parte da celebração ao Rei, e para navegar pelo entorno da frota. Em que pese o cancelamento da celebração, o contrato não foi tido como frustrado. Entendeu-se que a base do contrato (*basis of the contract*) não era simplesmente para assistir-se ao ato naval, mas envolveu ainda a navegação em torno da frota, que não deixou de estar presente.

indagou especificamente ao responsável pelo apartamento a respeito de sua visibilidade relativamente à cerimônia e a ele foi respondido que possuía boa visibilidade. Tais foram as tratativas que antecederam a proposta e a aceitação.

Com relação ao contrato, que se aperfeiçoou mediante troca de cartas, ficou registrado que (3) o período da locação coincidia com dois dias de festejo (embora este jamais tenha sido mencionado contratualmente) e que (5) o uso do apartamento estava permitido apenas durante o dia. Ambas as partes reconheceram as evidências extrínsecas (*extrinsic evidence*) ao contrato (1) e (2) e ambas, concluiu a decisão, não poderiam razoavelmente prever que a cerimônia não ocorreria.

Afastou-se, ainda, a *parole evidence rule* (regra da prova oral, em tradução livre), segundo a qual é vedado às partes trazer evidências orais exteriores aos contratos escritos. Essa regra tem como objetivo dar segurança jurídica, evitando-se a introdução de prova oral que contradiga o que consta expresso no contrato escrito.

Se a solução encontrada em *Krell v Henry* passou por critérios legais estritos, some-se que o caso não tem servido de parâmetro para as decisões que lhe sucederam:

(...) o caso tem sido raramente aplicado na Inglaterra. Normalmente, um contrato não é frustrado simplesmente porque eventos supervenientes impediram a parte de fruir do objeto do contrato tal como intencionado por ela, mesmo que essa fruição tenha também sido contemplada pela outra parte.^[12]

No contexto do coronavírus e tomando-se, ainda, como exemplo o contrato de locação, alguém poderá afirmar que propósito é frustrado porque o locatário não pode usar comercialmente o bem tal como

12. Tradução livre de: "(...) *the case has scarcely ever been followed in England. Normally, a contract is not frustrated merely because supervening events have prevented one party from putting the subject-matter to the use intended by him, even though that use was also contemplated by the other*" (PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. **The law of contract**. 14. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2015, p. 1056).

vislumbrado. Em que pese o uso do imóvel para guardar os estoques, a frustração é, argumentar-se-á, substancial. Essa solução, entretanto, não tem sido contemplada na Inglaterra,^[13] especialmente em razão da temporariedade do impedimento.

No *site* do escritório de advocacia DLA Piper, aponta-se a baixa probabilidade de sucesso da parte que invoca o instituto, inclusive em contratos de locação:

(...) no contexto das locações, embora a frustração possa seja tecnicamente aplicável, é provável que ela seja muito difícil de se provar na prática.^[14]

Em outra passagem:

Por exemplo, se o surto do coronavírus COVID-19 meramente atrasar o cumprimento de uma obrigação, ou aumentar seu custo, é muito improvável que a frustração seja aplicável. Similarmente, se o coronavírus COVID-19 resultar na impossibilidade temporária de o locatário usar o imóvel na Inglaterra, é improvável que se seja bem-sucedido ao argumento de que a locação se frustrou.^[15]

É preciso distinguir a proibição temporária de certa atividade da ilegalidade superveniente (*supervening illegality*), que possui todo um regramento próprio, tendo em vista que interesses maiores aos das partes estão em jogo.^[16] Enquanto, na primeira, o descumprimento do impedimento implica ato ilegal; no segundo, o ato estatal torna o próprio contrato ilegal.

13. Em conversa com um amigo advogado na Inglaterra, ele não se convenceu do enquadramento do exemplo citado como hipótese de frustração do fim do contrato.

14. Tradução livre de: "(...) in the context of leases, whilst frustration could technically apply to a lease, this is likely to be very difficult to prove in practice" (CURLE, Jamie; ALLIN, Charles. **Coronavirus COVID-19 and frustration: Is your contract at risk?** Disponível em: <<https://www.dlapiper.com/en/italy/insights/publications/2020/03/coronavirus-covid-19-and-frustration-is-your-contract-at-risk>>. Acesso em: 2 abr. 2020).

15. Tradução livre de: *For example, if the coronavirus COVID-19 outbreak merely delays performance of an obligation, or increases the cost of doing [sic] do, it's highly unlikely frustration will apply. Similarly, if coronavirus COVID-19 results in a tenant being temporarily unable to occupy its premises in England, it is unlikely that it will be able to argue successfully that its lease has been frustrated (Ibid.).*

16. PEEL; TREITEL, *op. cit.*, p. 1057.

É difícil prever como, no Brasil, o instituto será aplicado nesses casos e se, ao fim e ao cabo, haverá um conjunto de decisões coerentes sobre o tema. Mas é provável que haja flexibilidade em sua aplicação, sem a rigidez e a analiticidade encontradas no direito inglês.

5. ART. 393 DO CÓDIGO CIVIL

Outra norma relevante para os contratos no contexto do coronavírus é a que trata do caso fortuito e da força maior:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Sem adentrar em pormenores de definições de caso fortuito e força maior, que não são unânimes na doutrina, constata-se que a norma está inserida, topologicamente, no tema “inadimplemento das obrigações”. Dessa forma, embora a parte que sofra a onerosidade excessiva possa ficar ainda vinculada ao contrato, tendo de cumprir com a obrigação, o inadimplemento contratual ocasionado por eventos dessas espécies a isenta de arcar com os prejuízos resultantes dele.

A aplicação do caso fortuito e da força maior vem sendo alargada. Inicialmente, apenas se considerava a impossibilidade física e material de cumprimento; atualmente, a mera dificuldade de adimplemento, inclusive do ponto de vista econômico, pode ser enquadrada na hipótese legal em exame.^[17] Assim, a parte que sofre onerosidade excessiva pode valer-se dessa norma, supondo-se que os efeitos do coronavírus tenham sido

17. SCHREIBER, *op. cit.*, p. 175-176.

a causa do inadimplemento. Por si sós, o caso fortuito e a força maior não implicam a resolução contratual ou a sua revisão, devendo a parte prejudicada apoiar-se nas normas citadas neste artigo, com observância dos requisitos que lhes são próprios.

No Brasil, não há necessidade de previsão contratual expressa isentando a parte inadimplente dos prejuízos causados à contraparte em caso de fortuito ou força maior. Ao contrário, ela só se responsabiliza por disposição contratual expressa. Na Inglaterra, é o oposto, isto é, sem disposição contratual expressa, a parte onerada por acontecimentos dessas espécies não se exime de cumprir a obrigação.

6. CONCLUSÃO

Conforme exame feito, nota-se que há uma gama ampla de argumentos legais a favor dos que sofrerão excessiva onerosidade contratual no contexto do coronavírus.

Apesar de alguns requisitos parecerem diminuir drasticamente a abrangência de aplicabilidade das normas examinadas, a doutrina e a jurisprudência vêm flexibilizando alguns deles. Isso tem ocorrido, particularmente, com a extrema vantagem e a imprevisibilidade, permitindo-se, virtualmente, a equivalência da onerosidade excessiva do CC com a do CDC.

A parte onerada deve estar atenta, também, às consequências jurídicas da escolha normativa. Assim, quem busca resolver o contrato deve se valer do art. 478. Se o pedido é a revisão contratual, o art. 317 mostra-se mais adequado, pois a redução equitativa da prestação não depende da aquiescência do credor.

Na hipótese de caso fortuito e força maior, isenta-se a parte por perdas e danos no caso de descumprimento da obrigação. Não há, aqui, automática resolução ou revisão contratual e a parte deve, para tanto, valer-se do art. 478 ou do art. 317.

Com relação ao direito comparado, nota-se que o instituto da frustração do propósito contratual é de aplicação restrita na Inglaterra. Não é possível dizer-se, de antemão, como o instituto será aplicado no Brasil nas circunstâncias atuais. Mas é provável que ele seja usado com flexibilidade, sem a rigidez e a analiticidade do direito inglês no exame dos casos concretos, que lhes são característicos.

Além disso, pode-se inferir o seguinte: na sistemática brasileira, tutela-se o acontecimento imprevisível em virtude de previsão legal; e na sistemática inglesa, a rigor, cabe às partes regular o tema em contrato. Sem previsão contratual expressa dispendo sobre acontecimentos imprevisíveis, admite-se que a parte onerada assumiu o risco.

É preciso estar atento, também, a mudanças legislativas que venham a alterar, ainda que temporariamente, as normas aqui discutidas.

De qualquer forma, em tempos de crise econômica, não será simplesmente o direito que dará poder de barganha para os que buscam a revisão contratual. A interligação e a interdependência dos negócios imporão a renegociação como imperativo de sobrevivência. Serão os próprios interesses comerciais individuais que, possivelmente, produzirão os melhores resultados sociais.

7. Referências

CURLE, Jamie; ALLIN, Charles. **Coronavirus COVID-19 and frustration: Is your contract at risk?** Disponível em: <<https://www.dlapiper.com/en/italy/insights/publications/2020/03/coronavirus-covid-19-and-frustration-is-your-contract-at-risk>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. **The law of contract**. 14. ed. London: Sweet & Maxwell, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O Dever de Acomodação Razoável em Favor dos Empregados Imunodeficientes nos Tempos do Coronavírus

LUCIANO MARTINEZ

ALOÍSIO CRISTOVAM DOS SANTOS JÚNIOR

Sumário: 1. Introdução; 2. A inexistência do suposto direito dado ao empregado de faltar ao serviço por sua própria iniciativa sob o fundamento de proteger-se do Coronavírus; 3. Os empregados imunodeficientes e demais vulneráveis orgânicos estão dispensados de comparecer ao trabalho em tempos de pandemia? Haveria em favor desse especial grupo um suposto dever de acomodação razoável?; 4. O dever de acomodação razoável, direito social ao trabalho e dignidade do trabalhador; 5. Por que os ordenamentos jurídicos têm modernamente buscado ajustar os ambientes de trabalho às pessoas com deficiência, inclusive às pessoas com imunodeficiência?; 6. As mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus e as consequências decorrentes da negativa de acomodação razoável; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. Introdução.

A disseminação, em progressão geométrica, de uma doença de imensa transmissibilidade e de elevada letalidade entre os organicamente mais vulneráveis foi o cenário protagonizado pelo Coronavírus ou COVID-19 a partir dos primeiros meses do ano de 2020.

A doença provocada pelo Coronavírus teve o seu ponto de partida na China. Os primeiros estudos indicaram Wuhan, na província de Hubei, como a localidade de onde proveio a mutação viral que gerou o chamado “salto de espécies”, alteração que permitiu a um vírus típico de animais,

em particular de morcegos, tornar-se capaz de atacar o homem. Por essa razão, a rota de contaminação da COVID-19 pode ter sido resultado do consumo de animais selvagens, enquanto espécies exóticas, pelos chineses. O dominante mercado de bichos silvestres comercializados vivos foi, ao que tudo indica, a perfeita incubadora para esse mal jamais mapeado pelos cientistas até aquele momento. Assim emergiu o Coronavírus, e assim surgiu a pandemia.

Essa pandemia, contudo, ao contrário das anteriores, teve a especial consequência de uma rápida proliferação, capaz de levar ao colapso o sistema de saúde de qualquer país, independentemente do seu grau de desenvolvimento e de organização. Não fosse apenas isso, o fato de a pessoa infectada não apresentar sintomas imediatos da doença, demorando algum tempo até ficar debilitada, aumentou o risco de contágio nesse período em que o doente continuava a exercer as suas atividades regulares e a frequentar espaços públicos, tornando-se, por isso, e assim, um difusor inconsciente desse poderoso mal.

Diante da problemática, nenhuma estratégia mostrou-se mais eficaz ao combate ao Coronavírus do que o isolamento social de populações inteiras, contidas nos limites de suas residências, sem que sequer devessem transitar pelas casas de amigos e familiares. Paralelamente a isso, o fechamento de shopping centers, escolas, centros de convenções, barzinhos, restaurantes, entre outros espaços que propiciavam o encontro das pessoas, foi essencial para contribuir para o sucesso dessa medida de contenção e de preservação de saúde de toda a coletividade.

O grande problema de todas as estratégias engenhadas para refrear a COVID-19 estava num incoerente discurso que, a despeito de sustentar que as pessoas deveriam permanecer em casa, não lhes dava o direito subjetivo de não comparecer ao trabalho. Esse é o ponto inicial de toda a discussão que será realizada neste estudo.

2. A inexistência do suposto direito dado ao empregado de faltar ao serviço por sua própria iniciativa sob o fundamento de proteger-se do Coronavírus

Diante da difusão dos esforços no sentido de as pessoas submeterem-se a um isolamento social, a primeira e uma das mais importantes questões postas diante da pandemia do Coronavírus foi, sem dúvidas, a que diz respeito ao **absenteísmo laboral** e às suas consequências dentro dos contratos de emprego.^[1]

Afinal, não é raro ver um empregado indagar se teria o direito de faltar ao serviço por sua própria iniciativa sob o fundamento de proteger-se de um vírus com elevado grau de transmissibilidade.

A resposta aqui é negativa. Não, o empregado, em regra, não tem o direito de, por sua própria iniciativa, decidir se comparecerá ou não ao trabalho para proteger-se do Coronavírus, ao menos enquanto não exista vedação imposta pelas autoridades públicas para o desenvolvimento do serviço. Não há nenhuma norma jurídica que evite por completo o trabalho presencial, a despeito de haver, como antedito, uma contraditória recomendação de as pessoas permanecerem em suas casas.

Essa negativa de direito de faltar ao serviço é constatável, porque, até determinado momento, sem que evidentemente existam determinações estatais quanto ao fechamento de empresas ou quanto à suspensão do desenvolvimento de algumas atividades, cabe imaginar a existência de um **risco controlado** se observadas as orientações gerais ditadas pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde do Brasil.

E se o risco é controlado, **não há sustentar-se que o patrão estaria,**

1. Para saber mais sobre esse assunto e para compreender toda a extensão da problemática dos trabalhadores em face da COVID-19, consulte-se MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cyntia. O trabalho nos tempos do Coronavírus. São Paulo: Saraiva, 2020.

pelo simples fato de manter a sua atividade em funcionamento – quando seja lícito fazê-lo - submetendo o empregado a “correr perigo manifesto de mal considerável” (art. 483, *c*, da CLT), impondo-lhe, por conta disso, diante de suposto desespero, uma demissão forçada, vale dizer, uma ruptura coacta do contrato de emprego para preservar um bem mais elevado do que o trabalho, que é a sua própria saúde.

Situação diversa seria visível em face da insistência do empregador em manter abertos espaços que as autoridades públicas determinaram fossem fechados. Nesses casos haveria, sim, um autêntico **direito de resistência** do trabalhador e um claro abuso de autoridade patronal.

Bons exemplos disso são notados nas creches, escolas e nos clubes sociais. Sabe-se que as autoridades municipais e estaduais de todo o país, em regra, determinaram o fechamento completo desses espaços de convívio e de entretenimento, haja vista o elevado risco de difusão da COVID-19. Nesses termos, se um empregador viesse a insistir em manter tais espaços abertos e se persistisse em ter empregados em atuação dirigida ao público externo, ele estaria, aí sim, submetendo os seus colaboradores a um risco elevado e desproporcional, e, sem dúvidas, impondo-lhes perigo manifesto de mal considerável. Isso, em tese, daria ao empregado o direito de não comparecer e de, em casos extremos, invocar a despedida indireta. À administração pública municipal, pela infração, dar-se-ia o direito de até mesmo cassar o alvará de funcionamento da empresa violadora.

Atente-se, de todo modo, que o expediente interno de empregados em empresas cujas atividades foram encerradas para o público externo, não constitui, em regra, uma violação do empregador, **salvo, é claro, se as autoridades públicas sanitárias dispuserem em sentido diverso**. Assim, embora uma escola esteja fechada para o público, nada impede, em regra, que, dentro dela, o diretor, os professores e os coordenadores pedagógicos

possam estar a realizar atividades de organização do calendário escolar para futura retomada das atividades.

Esse direito de não comparecer ao trabalho pode, porém, estar lastreado em situações ainda mais extremas, conforme devidamente regulado pelo §3º do art. 3º da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que assim dispõe:

Art. 3º [...]

§ 3º Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo.

E quais seriam essas medidas justificadoras da falta ao serviço público ou à atividade laboral privada? Somente elas, por ora, justificam a falta ao serviço?

O *caput* do referido art. 3º responde de forma bem detalhada, identificando que, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus, podem ser adotadas, entre outras, as medidas previstas nos seus incisos, algumas das quais configuram situações que, nos termos do referido § 3º autorizam, *ex lege*, o status de “falta justificada”:

I – **isolamento** ou segregação compulsória, assim entendida a separação de **pessoas doentes ou contaminadas**, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do Coronavírus. Assim, o direito do empregado de não comparecer ao trabalho surge se, por alguma razão, ele, por estar contaminado, receber ordem médica de isolamento. Nesse caso, o empregado estará verdadeiramente internado, sob cuidados médicos, e em verdadeira segregação compulsória. Diante disso, o empregador há de acatar o isolamento desse seu empregado e, conseqüentemente, por motivos

mais do que óbvios, entender como justificada a sua ausência.

Não se confunda o “isolamento individual”, que, em verdade, é uma “segregação compulsória” para evitar a contaminação ou a propagação do Coronavírus, com o recomendação geral de “isolamento social”, que é um comportamento voluntário, espontâneo e facultativo dos cidadãos em apoio às medidas de contenção da pandemia.

II – **quarentena**, compreendida como restrição de atividades ou separação de **pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes**, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do Coronavírus. Essa hipótese envolve empregados com suspeita de contaminação. Exemplo disso foi visível nos brasileiros que estavam em Wuhan, epicentro do surgimento do Coronavírus na China, e que foram resgatados de lá pelo governo brasileiro.

Ao chegarem à cidade de Anápolis, em Goiás, tanto os resgatados quanto os tripulantes passaram a cumprir uma quarentena de dezoito dias dentro de um hotel montado na base militar. Até que a quarentena fosse encerrada, esses trabalhadores não voltaram às suas relações de emprego. Eles permaneceram em situação de interrupção contratual, recebendo seus salários, mas sem prestar os seus serviços.

Averbe-se que, diante do isolamento e da quarentena, os empregados têm não apenas o direito, mas o **dever de afastamento do ambiente laboral**, por uma questão de segurança de toda a comunidade.

III – **determinação de realização compulsória de:**

- a) **exames médicos;**
- b) **testes laboratoriais;**
- c) **coleta de amostras clínicas;**
- d) **vacinação e outras medidas profiláticas; ou**
- e) **tratamentos médicos específicos, bem como**

IV – estudo ou investigação epidemiológica.

Nessas situações, a administração pública pode impor a determinados grupos, levando em conta as características de sua prestação laboral, a realização impositiva de exame médicos, de testes laboratoriais e de outras medidas de controle e de constatação epidemiológica, o que, na prática, já ocorreu, por exemplo, com passageiros e tripulantes, prestes a desembarcar, em Cruzeiros nos quais se constatou a existência de pessoa portadora do adoecimento viral aqui em análise. Não se poderia, portanto, imaginar que um empregado a bordo de um desses cruzeiros não tivesse razões ponderosas para não ir ao trabalho.

O seu retorno das férias será, portanto, abortado.

Há, pelo contrário, muitas justificativas para não comparecer, haja vista a exigência de submetimento a testes de diversas naturezas e, até mesmo, ao isolamento ou à quarentena, referidas nos tópicos anteriores, caso inserido nas situações acima destacadas.

VI –restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos.

Essa situação também pode atingir empregados. Imagine-se que um deles, responsável pela gestão de uma rede hoteleira, tenha seguido para uma importante reunião em Madrid, quando, então, se viu impedido de retornar à sua base de trabalho por restrição de entrada de voos no território brasileiro. Nesse caso, evidentemente, estão justificadas as suas ausências, cabendo ao empregador não apenas tolerá-las até que diplomaticamente seja solucionado o repatriamento, como também custear as despesas do seu empregado deslocado para o estrangeiro durante todo o tempo em que ele esteja constricto a ali permanecer.

Não se pode esquecer que as medidas ora referidas, interferentes na atividade laborativa, devem ser adotadas com razoabilidade pelos governos, embora seja difícil dizer o que é ou não razoável diante de um mal tão desconhecido. De todo modo, o §2º do art. 3º da citada Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, é bem claro no sentido de que

as medidas [...] somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

O equilíbrio é importante, mas é bem difícil.

Arremata-se esse tópico deixando-se claro que o empregador, entretanto, pode, **por reflexão própria**, determinar o fechamento do local de trabalho e o encerramento das atividades com a consequente assunção dos custos decorrentes do afastamento dos seus empregados. O poder diretivo patronal aí será a razão essencial da interrupção contratual, caso em que o empregador assumirá integralmente os custos dessa decisão interna.

Diz-se mais. Em verdade, e em rigor, o empregador poderá realizar controle sanitário e vedar a presença de empregados suspeitos de contaminação no ambiente de trabalho. O fundamento para esse especial modo de atuar é o **dever de proteção** imposto ao empregador. Nos termos do § 1º do art. 19 da Lei n. 8.213/91, “a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”, cabendo-lhe, entre essas medidas coletivas, e entre as condutas proativas que visem ao estancamento da disseminação viral, a avaliação das condições de saúde dos seus empregados e a determinação de afastamento daqueles que, a juízo dos médicos da empresas e de acordo com o sigilo profissional, sejam entendidos como inaptos de ali continuar.

O vetusto art. 157 da CLT é sempre invocável acerca desse dever de proteção, pois, conforme ali expandido:

[...] cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

E se uma das ordens patronais for a de afastamento do trabalhador suspeito de ser portador de doença infectocontagiosa, essa é uma determinação que há de ser acatada, sob pena de o empregado ser despedido por justa causa.

O art. 158 da CLT completa a lógica dessa relação entre os deveres de proteção do empregador e de colaboração do operário, ao prever que “*cabe aos empregados: I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho*”. O parágrafo único desse dispositivo é claríssimo ao dispor que “*constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada [...] à observância das instruções expedidas pelo empregador*”.

Não se pode esquecer que, para além de o empregador estar obrigado a afastar empregado suspeito de ser portador de doença infectocontagiosa, cabe-lhe, preservando ao máximo possível o seu nome e imagem, informar isso aos demais trabalhadores que estiveram ombro a ombro com o companheiro adoecido para que adotem pessoalmente e junto às suas famílias as condutas de certificação do eventual contágio e as medidas profiláticas de caráter protetivo. Isso é um reflexo do importante **dever de informar**, claramente presente no § 3º do art. 19 da Lei n. 8.213/91, segundo o qual “*é dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular*”.

Evidentemente, considerando o fato de ser do patrão o risco do seu negócio, não se poderia imaginar, sem as relativizações impostas por negociações coletivas, a existência de prejuízos gerados sobre a remuneração do empregado que tenha sido preventivamente afastado do espaço de realização dos serviços. Em regra, se esse afastamento compulsório lhe foi imposto pelo empregador, caberá a este manter a dimensão da retribuição mensal, observado o seu salário-base ou, se for o caso, a dimensão duodecimal média da sua retribuição variável.

3. Os empregados imunodeficientes e demais vulneráveis orgânicos estão dispensados de comparecer ao trabalho em tempos de pandemia? Haveria em favor desse especial grupo um suposto dever de acomodação razoável?

Essa é uma questão delicada, que, entretanto, pode ser respondida mediante uma cuidadosa reflexão sobre a extensão e os limites do relevantíssimo dever de acomodação razoável (*reasonable accommodation*), também conhecido como “dever de adaptação razoável”, haja vista a versão para o português da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Pois então. Apesar de não existir propriamente um direito de gestantes, de lactantes e de doentes graves de não comparecimento ao trabalho pelo simples fato de a sociedade viver a pandemia de Coronavírus, sabe-se que a esses empregados é dada a especial proteção jurídica de realização dos seus serviços em ambiente salubre. No caso de gestantes e de lactantes há, aliás, expressa disposição normativa protetiva no art. 394-A da CLT e nos seus §§ 2º e 3º e nas razões de decidir da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF.^[2]

2. Para compreender maiores detalhes consulte-se MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 399-400.

Mas a pandemia do Coronavírus é evento suficiente para concluir-se que o meio ambiente de trabalho é insalubre diante da constatação de possíveis agentes biológicos agressivos?

Não nos parece assim, pois não há quanto ao Coronavírus uma insalubridade ou mesmo uma condição de risco que incida específica e unicamente no meio ambiente no trabalho. O que há, na verdade, é um risco absolutamente difuso, que se manifesta em todo o meio social em decorrência da interação humana. A gestante e a lactante, portanto, onde quer que estejam, dentro da empresa ou em deslocamento residência-trabalho-residência, estarão, igualmente, em situação de potencial dano à sua saúde.

Se houvesse – ou se, no futuro, vier a existir – a conclusão no sentido de que o Coronavírus eliminou os espaços salubres de trabalho dentro da empresa para as gestantes e para as lactantes, a solução já estará posta na lei, mais especificamente no §3º do art. 394-A da CLT, segundo o qual:

quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada [...] exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

Note-se, porém, que esse dispositivo, por envolver a concessão de benefício previdenciário, não comporta interpretação extensiva em favor de outros empregados, vale dizer, dos demais imunodeficientes.

Mas e se não houver conclusão de que o ambiente interno da empresa é insalubre e de que não há dentro dela (empresa) espaços salubres para acomodar os empregados em situação de vulnerabilidade orgânica, que se há de fazer?

No caso de **empregados com imunodeficiência** (*entre os quais aqueles acometidos de doenças autoimunes, a exemplo de diabetes mellitus tipo*

1, artrite reumatoide e lúpus, ou portadores de moléstias que danificam o sistema imunológico e interferem na habilidade do organismo de lutar contra as infecções, a exemplo da síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS e de cânceres que afetam a medula óssea, como a leucemia e o linfoma) e, por extensão conceitual, pela degenerescência natural, **de empregados com idade elevada** e, pela condição especial, **de gestantes e lactantes**, caberá ao empregador, caso tenha condições para tanto, o dever de acomodar o empregado vulnerável em posto compatível com a depreciação de sua capacidade laborativa, justamente para evitar o seu submetimento a um perigo manifesto de mal considerável.

Mas o que seria exatamente esse “dever de acomodação razoável” e de onde ele provem?

A história do instituto tem suas bases no direito estadunidense. A imposição ao empregador do chamado *dever de acomodação razoável* ali surgiu com o objetivo claro de combater a discriminação motivada pelas crenças religiosas no âmbito laboral. Na sua origem, portanto, a acomodação razoável emergiu como um instrumento jurídico destinado a garantir a máxima efetividade da liberdade religiosa do empregado no ambiente de trabalho. O que se buscava acomodar, à época, eram as necessidades religiosas da parte mais frágil do contrato de trabalho.

É importante que se diga, ademais, que a ideia nasceu como um dos desdobramentos do movimento dos direitos civis que, embora nos seus primórdios visasse essencialmente ao enfrentamento da segregação racial, passou a ter o seu alcance ampliado de modo a incluir a luta por igualdade em favor das camadas da população que sofriam discriminações de outras espécies, a exemplo das motivadas pelas diferenças de gênero e de religião. Justamente por isso, o mais importante estatuto federal destinado a proteger os trabalhadores (empregados, candidatos a emprego e estagiários) da

discriminação religiosa no ambiente de trabalho foi o Título VII da Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*), promulgada pelo Congresso americano em 02 de julho de 1964.^[3]

O referido estatuto proibiu o tratamento desigual, as ações de retaliação, os ambientes de trabalho hostis e a recusa do empregador a fazer a acomodação razoável das práticas religiosas de seus empregados. Conquanto se aplicasse apenas às empresas com um número mínimo de 15 (quinze) empregados que operassem algum negócio relacionado ao comércio interestadual, os Estados federados também aprovaram leis, substancialmente semelhantes, que estenderam as mesmas vedações a empresas cujas atividades econômicas se limitavam à sua área territorial.

É bem verdade que em sua redação original, o Título VII não se referia especificamente ao dever de acomodação. Contudo, ainda em 1964, a primeira das diretrizes editadas pela Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (em inglês, *United States Equal Employment Opportunity Commission*, conhecida pela sigla EEOC), criada pelo *Civil Rights Act*, determinou aos empregadores que acomodassem razoavelmente as necessidades religiosas de seus empregados, desde que isso pudesse ser feito sem grave inconveniente (*serious inconvenience*) para a condução dos negócios empresariais. Um ano depois, a Comissão reviu as suas diretrizes, substituindo a ideia de *serious inconvenience* pela de *undue hardship*, que é aqui traduzida como “encargo excessivo”.^[4]

Em 1972, o Congresso dos Estados Unidos acrescentou ao Título VII um dispositivo que estabeleceu expressamente o dever de acomodação. O

3. Sobre o assunto, veja-se Gregory (2001), especialmente o capítulo 15, cujo conteúdo é, em boa medida, aproveitado no presente tópico.

4. Acompanha-se aqui a tradução de Machado (2010:16–17), pioneiro na lusofonia sobre o tema, ao qual já se referia na sua obra clássica sobre a liberdade religiosa (1996, p. 266).

dispositivo introduzido^[5] refletiu as diretrizes da EEOC, prevendo que a prática e a observância religiosa dos empregados fossem razoavelmente acomodadas pelo empregador, a menos que este demonstrasse não ser possível fazê-lo sem encargo excessivo (*undue hardship*) para o desenvolvimento da sua atividade econômica.

Com a introdução do novo dispositivo, a tutela judicial do dever de acomodação no direito estadunidense passou a pressupor que o empregado demonstrasse que as suas crenças eram sinceras (*bona fide religious practice*) e que, além disso, teriam sido comunicadas ao empregador e que, por causa delas, passou a sofrer discriminação por parte da empresa. O empregador, por seu turno, poderia se defender demonstrando que tentou acomodar as necessidades religiosas do empregado ou que a acomodação não seria viável sem que o patrão fosse submetido a um encargo excessivo na condução de seus negócios^[6].

O *duty of reasonable accommodation* não ficou, porém, encastelado no direito dos Estados Unidos, cujos tribunais construíram – e ainda têm construído – caudalosa jurisprudência sobre o tema.

Na década de 80, a ideia de acomodação razoável aportou no Canadá, onde paulatinamente foi se desprendendo das raízes estritamente conectadas à defesa da liberdade religiosa do empregado no ambiente de trabalho e adquiriu alcance mais amplo, passando a ser utilizada como instrumento jurídico visando à garantia da igualdade real em favor dos mais vulneráveis em diferentes âmbitos da vida social.

5. A redação original do dispositivo adicionado é a seguinte: “For the purpose of his title [...] the term “religion” includes all aspects of religious observance and practice, as well as a belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee’s or prospective employee’s religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer’s business”.

6. Acerca disso consulte-se JOVER, Adoración Castro. La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 168–169.

As bases para a ampliação dos contornos da acomodação razoável podem ser encontradas na decisão proferida pela Suprema Corte do Canadá no caso “Simpsons-Sears”. Ali, embora a Corte ainda estivesse tratando da questão religiosa, ficou estabelecido que uma acomodação razoável traduz-se na aceitação social da obrigação geral de respeitar a igualdade e de tomar medidas razoáveis para protegê-la, desde que reconheça que um padrão aparentemente neutro poderia ter um efeito discriminatório sobre uma pessoa em razão de ser incompatível com as suas observâncias religiosas. ^[7]

A ideia deixou de ser estranha a outros ordenamentos jurídicos nacionais que receberam, no trato da questão, alguma influência do direito estadunidense ou canadense.

Atualmente, a ideia do dever de acomodação razoável tem deixado de se restringir ao ambiente de trabalho, podendo ser aplicada – com os devidos ajustes – a outros campos da vida social, a exemplo das escolas e dos serviços públicos. De igual modo, o dever de acomodação não mais se limita a proteger um grupo específico de vulneráveis (como os trabalhadores religiosos) e pode vir a ser usado para combater outras espécies de discriminação, a exemplo das motivadas pela deficiência, pelo gênero, pela idade e pela identidade étnica.

No âmbito do Direito do Trabalho, o dever de acomodação razoável pode ser conceituado como **uma regra de ação atribuída ao empregador, egressa do seu dever de proteção, que se traduz na adoção de medidas razoáveis, assim entendidas as que não lhe imponham encargo excessivo, capazes de contemporizar as necessidades do serviço às vulnerabilidades e/ou às diferenças dos empregados, especialmente diante da constatação**

7. Sobre o assunto, vale conferir VIVES, Juan Martín. *La “acomodación razonable” de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al Derecho Argentino*. Buenos Aires, Sup. Const. 2012 (junio), 28/06/2012, 1 - LA LEY2012-D, 828.

de que uma conduta aparentemente neutra poderia produzir efeito discriminatório.

Em rigor, contudo, o atendimento das necessidades específicas do trabalhador por meio do reconhecimento de um dever patronal de acomodação razoável é uma ideia que deve assimilada como uma consequência natural da primazia dos direitos humanos. Por outro lado, a sua relevância para a preservação da dignidade do trabalhador impõe que se lhe reconheça um campo de incidência maior do que aquele já reconhecido aos que invocam a sua identidade religiosa e às pessoas com deficiência.

4. O dever de acomodação razoável, direito social ao trabalho e dignidade do trabalhador

Na íngreme trilha dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana constitui, simultaneamente, ponto de partida e de chegada. Com efeito, a doutrina dos direitos humanos parte da ideia de que os humanos possuem uma dignidade essencial que os distingue de outros seres e, por conta disso, devem ser tratados como fins e não como meios, razão pela qual lhes é apanágio a titularidade de certos direitos universais e inalienáveis. De outra banda, a dignidade da pessoa humana constitui um fim que somente é alcançado plenamente – isto é, somente se concretiza no mundo dos fatos – quando os direitos humanos são respeitados, protegidos e promovidos.

Ora, a dignidade da pessoa humana não faz sentido sem que seja resguardado aos indivíduos o direito de prover o seu sustento e o de seus dependentes, o que se faz, em regra, por meio de um trabalho remunerado. Com efeito, até mesmo para que seja possível a fruição de outros direitos

humanos, os indivíduos necessitam lhes sejam garantidas condições mínimas de sobrevivência. Não é sem razão, portanto, que o direito ao trabalho fulgura na constelação dos direitos humanos como um direito social da mais alta relevância e cuja concretização é sempre urgente.

Um direito social de tal magnitude não poderia jamais ser ignorado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de modo que esta, no seu artigo 23º, proclama de forma retumbante que *“toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”*. No mesmo diapasão, o artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) é igualmente claro ao consagrar *“o direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito”*.

É certo, também, que o direito ao trabalho não se confunde com o direito ao emprego, na medida em que o trabalho assalariado não esgota todas as formas de trabalho pelos quais os indivíduos obtêm o seu sustento. Mas, sem dúvida alguma, o vínculo de emprego é, no sistema capitalista, a modalidade de relação de trabalho que desfruta de maior importância histórica e social (além de ser, ainda, a mais comum), o que, por si só, justifica que seja tomada aqui como principal foco de cogitação.

Sob tal prisma, há de registrar-se que a configuração da relação de emprego como uma relação de poder torna-a um terreno fértil para discriminações contra o trabalhador fundadas nos mais diversos motivos, inclusive na imunodeficiência.

Não há quem duvide, acredita-se, que o direito ao trabalho somente se assegura de forma plena quando todas as espécies de discriminação são banidas do ambiente laboral. Se assim for, tão importante quanto garantir aos

indivíduos o direito de obter um emprego, igualmente será o de assegurar-lhes que a sua permanência no posto de trabalho não estará condicionada à necessária manutenção, durante todo o pacto laboral, de uma higidez física ou psíquica impecável, sobre-humana. Cabe garantir ao empregado que eventual manifestação de alguma condição pessoal relacionada com a saúde não o torne indesejável ao empregador pelo simples fato de isso ser um fator capaz de reduzir a lucratividade do negócio.

O que foi dito vale para qualquer época, mesmo quando não se estiver diante de uma crise de saúde global.

É certo, porém, que o problema se manifesta com maior gravidade em situações agudas como aquela produzida pela pandemia da COVID-19, que ceifou a vida de milhares de pessoas pelo mundo e pelo Brasil, vitimando prioritariamente os indivíduos imunodeficientes, sejam por conta da degenerescência trazida pelas elevadas faixas etárias, seja em virtude de entidades mórbidas eventualmente preexistentes ou adquiridas, seja ainda por força de alguma condição natural vividas, a exemplo da gravidez e da lactação.

Se um trabalhador, por seu déficit de imunidade, tem o fundado receio de expor-se ao risco de contaminação e de eventual morte pela COVID-19, a sua pretensão dirigida ao empregador no sentido de que considere a sua condição pessoal representará, também, a promoção do direito social ao trabalho.

Tal qual a escolha de Sofia narrada na obra de William Styron, é desumano ver o trabalhador submetido à opção entre se sujeitar a um risco elevado de morte ou preservar o seu meio de subsistência. Trata-se de um sacrifício incomensurável que atenta, iniludivelmente, contra a dignidade da pessoa humana e que, exatamente por isso, no contexto do Estado Democrático e Social de Direito, não pode vicejar.

No entanto, como o poder diretivo patronal compreende inequivocamente a prerrogativa de organizar o trabalho, incluindo aí,

eventualmente, medidas que restrinjam a autonomia do trabalhador, é imperioso clarificar a posição na qual se situa o empregador diante da necessidade de seus assalariados. Cabe, assim, perquirir sobre como o empregador deve se portar em face da pretensão de empregados imunodeficientes de terem as suas condições de trabalho alteradas para que se acomodem à sua necessidade de autopreservação.

Defende-se aqui que, independentemente de que haja norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados imunodeficientes e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica.

Diante da problemática, pode-se argumentar que a inexistência de previsão expressa em normas legais conspiraria contra a admissibilidade de um dever de acomodação razoável nesse sentido. Este argumento, entretanto, não se sustenta, pois ignora completamente o caráter principiológico dos direitos humanos.

Um argumento que também poderia ser levantado contra o reconhecimento de tal dever patronal seria o de que, por envolver a acomodação um nível de ação positiva em favor dos empregados imunodeficientes, isso representaria um prejuízo para os seus colegas de trabalho. A acomodação, assim, poderia gerar problemas particularmente complexos, considerando-se que o princípio da igualdade imporia que aqueles que não são imunodeficientes fossem igualmente protegidos pelo direito do mesmo modo que os trabalhadores imunodeficientes.^[8]

8. Uma análise mais detalhada sobre os argumentos contrários ao dever de acomodação pode ser encontrada no excelente estudo de Vickers (2008), renomada professora britânica a quem foi atribuída a redação do Relatório da Comissão Europeia sobre a Discriminação de Crença e de Religião no Emprego (*Report for the European Commission on Religion and Belief Discrimination in Employment*, publicado em 2007). O que foi escrito no presente tópico muito se beneficia de suas lições.

Com efeito, qualquer acomodação em favor de um trabalhador específico, independentemente da espécie de necessidade acomodada, tem realmente o potencial de ser teoricamente vista como discriminação pelos demais trabalhadores. A imposição de um dever empresarial de acomodar as necessidades de alguns empregados pode, de fato, produzir a imediata criação de uma correspondente desvantagem para outros. Por exemplo, a permissão para que um empregado vendedor preste seus serviços mediante teletrabalho numa atividade comercial pode redundar em desvantagem para os outros trabalhadores que, em razão disso, tenham que se dirigir mais vezes às instalações da empresa e permanecer por algum tempo ali. O argumento pode ser reforçado, ainda, com a ideia de que a acomodação provocaria a prevalência do interesse de um único indivíduo sobre o interesse do grupo.

Diante disso, questiona-se: tal argumento da criação de vantagem em favor do imunodeficiente, isoladamente, seria impeditivo da atribuição ao empregador do dever de acomodar razoavelmente as necessidades desses empregados?

A resposta depende muito da avaliação que se faça da importância que se deve conferir à condição específica do trabalhador com déficit de imunidade. Não se pode perder de vista, em primeiro lugar, que a imunodeficiência, própria ou de terceiros com quem resida, não é uma condição pessoal escolhida pelo trabalhador. Colocá-lo na posição de ter de escolher entre a sua autopreservação ou de algum dos seus familiares e a manutenção do emprego constitui claramente uma violência que não parece justificável numa sociedade que se diz solidária.

Negar a acomodação razoável em tais casos representaria a imposição ao trabalhador imunodeficiente de uma desvantagem *a priori* com fundamento apenas no fato de ele possuir uma deficiência no seu sistema imunológico, tornando-o, assim, ainda que momentaneamente,

um indesejado pela política empresarial.

Não parece, ademais, que a função social da empresa, que deve ser compreendida com um alcance que vai além da mera distribuição de renda,^[9] respalde a defesa da prescindibilidade da acomodação das necessidades do trabalhador imunodeficiente. Socialmente é importante que a empresa seja, também, um lugar no qual se promova a inclusão das minorias, inclusive – e especialmente para os fins deste estudo – dos trabalhadores organicamente vulneráveis, vale dizer, é relevante que a empresa seja um lugar no qual a cidadania possa ser exercida de forma plena até o limite em que não haja prejuízo significativo à condução dos negócios.

Desde que se considere natural – e até mesmo compreensível – que o trabalhador imunodeficiente busca nada mais do que preservar a sua vida, será notória a fragilidade de qualquer argumento que rejeite a atribuição de tal dever ao empregador com base na ideia de que redundaria na quebra de igualdade no ambiente de trabalho. A desigualdade entre o trabalhador imunodeficiente e os demais justifica o tratamento diferenciado, a partir do entendimento de que a regra da igualdade não consiste em nada diverso de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

5. Por que os ordenamentos jurídicos têm modernamente buscado ajustar os ambientes de trabalho às pessoas com deficiência, inclusive às pessoas com imunodeficiência?

A resposta é muito clara. Há um consenso de que a asseguuração da dignidade do trabalhador com deficiência demanda medidas específicas de proteção destinadas não apenas à sua inclusão no mercado de trabalho,

9. Que o bem-estar dos trabalhadores se inclui na função social da propriedade não é novidade no texto constitucional, pois referida no art. 186, *in verbis*:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - *exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores* (destacamos).

Naturalmente, o dispositivo em questão, posto que se reporte especificamente à propriedade rural, apresenta requisitos que servem para a aferição do cumprimento da função social de qualquer propriedade, incluindo-se, é claro, a empresa

mas também à sua adaptação ao espaço físico em que a prestação de serviços se desenvolve, constituindo uma pauta cuja relevância para a construção de uma sociedade solidária justifica a imposição à empresa dos custos decorrentes.

A inserção da pessoa com deficiência – inclusive da pessoa com imunodeficiência – na empresa, de fato, reclama uma atuação positiva do empregador que, embora represente à primeira vista um tratamento desigual, atende ao princípio da igualdade, na medida em que é flagrante a desigualdade existente entre os trabalhadores com deficiência (inclusive com imunodeficiência) e os que não o são. Ainda assim, vale lembrar que os tipos de deficiência existentes são muitos e que a acomodação das necessidades de trabalhadores com deficiência pode se dar em diversos níveis, exigindo em alguns casos medidas de pouco custo.

O exemplo serve para demonstrar que o mero argumento de que a acomodação das necessidades de seus empregados imunodeficientes representaria uma quebra do princípio isonômico **não é decisivo** para afastar o reconhecimento de um dever empresarial nas situações em que os trabalhadores vivem uma condição especial de vulnerabilidade.

Outro argumento que pode ser levantado contra a necessidade de reconhecer-se a existência de um dever empresarial é o de que o atendimento da necessidade do empregado imunodeficiente haveria de ser resolvido com a pura e simples ponderação, na medida em que o trabalhador e o empregador já teriam o dever mútuo de respeito à vida, um em relação ao outro. Não se olvide, porém, que as partes do contrato de trabalho não estão numa posição de igualdade. A inferioridade socioeconômica do trabalhador o põe, em regra, numa condição pouco favorável ao atendimento de suas necessidades. O temor de sofrer retaliações e de ser levado ao desemprego o tornam ainda mais vulnerável aos caprichos de um empregador que ignora ou que desvaloriza a sua condição pessoal de vulnerabilidade.

Por isso, o dever de acomodação não afasta a necessidade da ponderação dos interesses dos empregados e dos empregadores. Apenas impõe a estes últimos o ônus argumentativo de demonstrar a impossibilidade de acomodação. Nesse sentido, o reconhecimento de um dever patronal de acomodação atende melhor ao princípio de proteção do vulnerável do que a sua negativa ou inaplicação.

Mais uma dificuldade que pode vir à tona nas discussões sobre a acomodação razoável é a de saber-se, em alguns casos, se a pretensão do trabalhador é realmente sincera, já que pode referir-se não à sua própria imunodeficiência, mas à de membros de sua família com quem convive e aos quais precisa dar atenção e assistência. Isso ocorre porque nesses casos o empregador, num primeiro momento, terá que basear a sua decisão nas informações prestadas pelo obreiro.

A dificuldade de comprovação da sinceridade da postulação de um trabalhador, contudo, não é substancialmente diferente da dificuldade de demonstrar a sinceridade de qualquer outra afirmação cuja aceitação dependa da credibilidade de seu autor. Toda vez que o conteúdo de uma afirmação se refere a uma condição subjetiva será difícil mensurar-lhe a sinceridade. Assim, supondo que alguém possa argumentar contra o dever de acomodação com base na dificuldade de aferir-se a sinceridade da pretensão do obreiro, há que se registrar que o perigo de que alguém apresente uma falsa postulação para se beneficiar de uma alteração nas condições de trabalho em nada é diferente do perigo de que alguém apresente uma falsa capacitação profissional ou do risco de que minta sobre a sua pretérita experiência de trabalho. Tais ocorrências, por seu caráter excepcional, não podem ser presumidas, sob pena de não mais haver qualquer espaço no contrato de trabalho para o princípio da boa-fé. No caso concreto, ademais, é justificável exigir que o empregado demonstre

detalhadamente, mediante relatórios e outros documentos, a condição de vulnerabilidade orgânica daquele com o qual reside e em favor de quem oferece intransferível atenção. Para além disso, as sustentações insinceras merecerão a punição exemplar a ser aplicada pelo empregador no exercício do seu poder disciplinar.

Um argumento que também poderia ser oposto ao dever de acomodação é o de que ele poderia representar um custo desnecessário e não desejado para o empregador, com reflexos negativos para os resultados de sua atividade econômica, sobretudo numa época de crise. Enfim, pode-se argumentar que exigir que o empregador atenda às necessidades de seus empregados pode implicar redução dos lucros. O argumento, numa primeira análise, poderia ser rebatido com a concepção ampliada da função social da empresa que impõe o seu comprometimento com o objetivo de promoção de uma sociedade justa e solidária.

Com efeito, os fins econômicos não são os únicos que devem ser considerados na atividade empresarial. Todavia, se não há como ignorar que o dever de acomodação sempre acarreta algum custo, como sói ocorrer também com as medidas visando à inclusão de outras minorias, há maneiras de minimizá-lo, de modo a que os reflexos sobre os resultados da atividade econômica sejam os menores possíveis. É isso que nos Estados Unidos se quer dizer com acomodação “razoável”. No caso concreto, ademais, a necessidade de autopreservação é inerente ao direito à vida, seguramente o mais importante dos direitos humanos.

Há que se chamar, ainda, a atenção para o fato de que **o reconhecimento do dever de acomodação não prescinde necessariamente das categorias dogmáticas da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de interesses**. Isso é muito evidente, até porque **o recurso ao dever de acomodação não esconde o conflito**. Antes, tal recurso tem a

virtude de apontar, na grande maioria dos casos, para a precedência *prima facie* da necessidade de o empregado tentar contornar o risco de morte,^[10] introduzindo um importante ponto de partida para a ponderação de interesses, o que, em última análise, facilita o processo argumentativo conducente à solução da colisão.

Aliás, a noção do dever de acomodação nem mesmo guarda incompatibilidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A afirmação de que o empregador tem o dever de acomodar razoavelmente as condições de trabalho de seu empregado imunodeficiente, desde que não implique dificuldade excessiva à condução dos negócios, é outra forma de dizer que lhe é vedado restringir desproporcional ou irrazoavelmente a autonomia do trabalhador em busca da sua autopreservação em face de situações que o sujeitam ao risco de morte.

Anote-se, ao final deste tópico, que, apesar de o texto referir muitas vezes as palavras “empresa”, “empresarial”, “lucros” ou “negócios”, a sistemática de acomodação razoável é, em rigor, exigível também do empregador doméstico, cabendo, porém, alguns ajustes relacionados às particularidades do trabalho desenvolvido nas unidades residenciais e também às vicissitudes de um tomador de serviços caracterizado como pessoa ou família. O mesmo se pode dizer, quanto à extensão do dever de acomodação razoável, em relação ao Estado-empregador, o qual, aliás, pela sua visibilidade, é responsável pelo oferecimento do exemplo de conduta a ser seguido pelos particulares.

Anote-se, ainda, que os trabalhadores autônomos podem ser igualmente destinatários da acomodação razoável, embora a atuação dos

10. Acompanha-se, no particular, o entendimento de STEINMETZ, Wilson (A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224), que sustenta a precedência *prima facie* dos direitos fundamentais de conteúdo pessoal sobre a autonomia privada, impondo ao empregador o ônus argumentativo em favor da prevalência do seu poder diretivo. Tal entendimento vai ao encontro do princípio de proteção.

tomadores dos seus serviços seja menos influente do que aquela constatável dentro de uma relação de emprego, haja vista as reduzidas possibilidades de o referido tomador de serviços não ter as mesmas possibilidades de interferir no universo jurídico daqueles que atuam com autonomia, salvo se houver uma destacada dependência econômica.

Igualmente, embora isso já tenha sido anunciado em algumas passagens do texto, o empregado, especialmente nos tempos do Coronavírus, e por um imperativo de incolumidade, pode vir a pretender a acomodação razoável para preservar não apenas a sua frágil saúde diante de eventual vulnerabilidade orgânica, mas também a saúde de seus familiares, igualmente imunodeficientes, com quem resida e em favor de quem preste necessária e intransferível atenção e assistência.

6. As mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus e as consequências decorrentes da negativa de acomodação razoável

Entre as mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus estão, sem dúvidas, a retirada dos empregados vulneráveis do contato com o público externo, a realocação deles em espaços físicos reservados da empresa e, em última análise, caso seja possível e viável, a adoção de uma sistemática de teletrabalho.

Anote-se, porque importante, que **a recusa à acomodação razoável pode vir a configurar discriminação em razão da deficiência** ou, em sentido amplo, em razão da vulnerabilidade orgânica do empregado.

A Lei n. 13.146/2015 – com possível aplicação analógica em favor de gestantes, de lactantes, de idosos e de empregados com imunodeficiência – é bem clara nesse sentido ao considerar discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou

omissão, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Veja-se o texto do § 1º do art. 4º da Lei n. 13.146/2015:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Assim, se o empregador tiver condições de acomodar a gestante, a lactante, o idoso ou o empregado imunodeficiente em posto compatível diante da depreciação da sua capacidade laborativa, e não o fizer, poderá, em última análise, dar causa à resolução do contrato por despedida indireta, nos termos do art. 483 da CLT, sem a exclusão de possível indenização por dano moral fundado em discriminação.

É sempre bom dizer que caberá ao empregado que invoque a inobservância do dever de acomodação razoável o ônus de provar a existência de posto de trabalho compatível com a depreciação de sua capacidade laborativa.

Por fim, nunca se deve esquecer que, para além de uma possível indenização por dano moral fundado em discriminação, haverá em favor do empregado que pretendeu a acomodação, mas não se viu atendido, a possibilidade de postular em juízo a apuração dos danos materiais que tenham sido produzidos em decorrência da negativa de uma razoável acomodação. Para bem entender a situação cabe uma ilustração:

Imagine-se que um empregado do setor administrativo de uma empresa de seguro de saúde tenha levado ao conhecimento do seu empregador, por escrito, o fato de ser o único a residir com a sua avó de mais de 80 anos de idade. Considere-se, ainda, que esse mesmo empregado tenha também demonstrado a ampla possibilidade de realização dos seus trabalhos burocráticos mediante *home office*, sem nenhum prejuízo do rendimento evidenciado em atividades presenciais.

Com base nesses elementos, suponha-se que o citado empregado, fundado no dever patronal de acomodação razoável, tenha pedido, por escrito, a alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho.

Veja-se o texto da carta, que ora serve de sugestão para situações assemelhadas:

Estimado senhor gerente.

Considerando o fato de eu ser o único a residir com a minha avó, que tem mais de 80 (oitenta) anos de idade (vide anexa cópia da identidade) e múltiplas comorbidades patogênicas que atingem o seu sistema imunológico (vejam-se relatórios médicos demonstrativos), e levando em conta que o meu trabalho presencial, desenvolvido em unidades hospitalares, me faz vetor de um risco acentuado à saúde a à vida dela, haja vista a pandemia do Coronavírus, SOLICITO, com lastro no dever patronal de acomodação razoável, seja-me permitida, durante o período de decretação da calamidade pública, a realização dos meus trabalhos mediante home office, sem nenhum prejuízo do rendimento evidenciado nas atividades presenciais e com amplas possibilidade de a empresa verificar e acompanhar o meu desempenho.

Reitero que somente residimos juntos eu e a minha avó (vide anexa certidão subscrita pelo síndico do prédio) e que as circunstâncias do meu trabalho têm levado preocupação para mim e justa apreensão para ela, o que nos permite entender que a exigência da minha prestação laborável presencial nos levará – e especialmente ela - a correr perigo manifesto de mal considerável.

Diante da urgência que o caso requerer, entenderei que o meu pedido foi deferido, caso não seja oferecida resposta a esta mensagem no prazo de 48 horas.

Ficarei, por isso, à disposição da empresa e seguirei realizando integralmente as minhas atividades, observando o mesmo horário de trabalho, cumprindo as tarefas com o mesmo desempenho e oferecendo o serviço com idêntica qualidade.

Certo de que contarei com a sua compreensão, subscrevo-me atenciosamente,

Pois bem. Considere-se agora que, a despeito de não ter nenhum prejuízo por conta do acolhimento dessa pretensão, **o empregador resolveu não atender o pleito** sob o singelo argumento de que, se assim agisse, outros tantos empregados se achariam desprestigiados pelo simples fato de não conviverem com alguma pessoa imunodeficiente, o que produziria uma verdadeira babel dentro da empresa.

Por conta da rejeição do pleito do trabalhador, imagine-se que esse mesmo empregado, embora contrariado, tenha continuado a frequentar o setor administrativo do hospital no qual atendia dezenas de pessoas suspeitas e efetivamente acometidas do Coronavírus, e que, em um dos atendimentos feitos aos familiares dos internados, tenha sido infectado pela COVID-19.

Pois bem. Considere-se que esse empregado ao retornar para casa tenha infectado também a sua idosa avó e que, pela múltipla situação de imunodeficiência desta, ela tenha falecido por insuficiência respiratória produzida justamente pelo Coronavírus que tanto o empregado queria evitar.

Ora, a empresa, pela violação do dever de acomodação razoável, estaria possivelmente inserida numa demanda de responsabilização civil com elevada possibilidade de condenação por danos aos patrimônios

material e imaterial do seu empregado, pois não lhe faltariam dano e nexo de causalidade para dar início ao processo com vista ao pagamento de indenização em face do Judiciário trabalhista. A negativa de atendimento ao pedido, realizado por escrito, de acomodação razoável seria, sem dúvidas, uma importante peça demonstrativa de culpabilidade do empregador e da sua omissão de acomodar uma situação que não lhe causaria nenhum encargo excessivo.

7. Conclusão

Como se disse no transcurso do texto, a relação de emprego se caracteriza, em regra, pelo poder dado ao empregador e pela sujeição constatável na condição de empregado. Justamente por isso a relação aqui em análise se trona terreno fértil para discriminações fundadas nos mais diversos motivos, inclusive, e especialmente, na imunodeficiência do trabalhador nos tempos do Coronavírus. Dessa forma, se ele, por seu déficit de imunidade, tem o fundado receio de expor-se ao risco de contaminação e de eventual morte pela COVID-19, a sua pretensão dirigida ao empregador, no sentido de que considere a sua condição pessoal, representará, também, a promoção do direito social ao trabalho.

Assim, como o poder diretivo patronal compreende inequivocamente a prerrogativa de organizar o trabalho, incluindo aí, eventualmente, medidas que restrinjam a autonomia do trabalhador, tornou-se imperioso clarificar a posição na qual se situa o empregador diante da necessidade de seus assalariados. Coube, assim, investigar como o empregador deve se portar em face da pretensão de empregados imunodeficientes de terem as suas condições de trabalho alteradas para que se acomodem à sua necessidade de autopreservação.

Diante disso, o presente artigo defendeu a tese de que, **independentemente da existência de norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados imunodeficientes e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19**, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica, no caso de empregador-empresa.

Igualmente, sustentou-se aqui a tese de que é importante que a empresa seja um lugar no qual a cidadania possa ser exercida de forma plena até o limite em que não haja prejuízo significativo à condução dos negócios. Assim, desde que se considere natural – e até mesmo compreensível – que o trabalhador imunodeficiente busque nada mais do que preservar a sua vida, **será notória a fragilidade de qualquer argumento que rejeite a atribuição de tal dever ao empregador com base na ideia de que o seu acolhimento redundaria na quebra de igualdade no ambiente de trabalho**. A desigualdade entre o trabalhador imunodeficiente e os demais justifica o tratamento diferenciado, a partir do entendimento de que a regra da igualdade não consiste em nada diverso de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

O presente artigo conclui também que a inserção da pessoa com deficiência – inclusive da pessoa com imunodeficiência – na empresa reclama, de fato, uma atuação positiva do empregador que, embora represente à primeira vista um tratamento desigual, atende ao princípio da igualdade, na medida em que é flagrante a desigualdade existente entre os trabalhadores com deficiência (nesse âmbito incluída a imunodeficiência) e os que não o são.

Destacou-se, por fim, no texto que a retirada dos empregados vulneráveis do contato com o público externo, a realocação deles em

espaços físicos reservados da empresa e, em última análise, caso seja possível e viável, a adoção de uma sistemática de teletrabalho seriam, sem dúvidas, as mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus.

Em linhas finais o texto chama a atenção para o fato de que **a recusa à acomodação razoável pode vir a configurar discriminação em razão da deficiência** ou, em sentido amplo, em razão da vulnerabilidade orgânica do empregado.

O § 1º do art. 4º da Lei n. 13.146/2015 – com possível aplicação analógica em favor de qualquer empregado com imunodeficiência – é bem claro nesse sentido ao considerar discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Para além de uma possível indenização por dano moral fundado em discriminação, o presente artigo também salienta que haverá em favor do empregado que pretendeu a acomodação, mas não se viu atendido, a possibilidade de postular em juízo a apuração dos danos materiais que tenham sido produzidos em decorrência da negativa de uma razoável acomodação.

8. Referências

GREGORY, Raymond F. *Encountering religion in the workplace: the legal rights and responsibilities of workers and employers*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 2001.

JOVER, Adoración Castro. *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.*

_____. *Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho – Breves apontamentos.* In: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes... [et al.]. *II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, Porto Alegre: HS Editora, n. 3, p. 7-19, 2010.*

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020

_____; POSSÍDIO, Cyntia. *O trabalho nos tempos do Coronavírus.* São Paulo: Saraiva, 2020.

Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, Supreme Court of Canada, S.C.R., 5361985.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro.* São Paulo: Mackenzie, 2007.

_____. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho.* Niterói, RJ: Impetus, 2013.

_____. *A liberdade religiosa do empregado: a acomodação razoável das demandas religiosas do empregado enquanto dever empresarial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2004.

VICKERS, Lucy. *Religious freedom, religious discrimination and the workplace.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

VIVES, Juan Martín. *La “acomodación razonable” de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al Derecho Argentino.* Buenos Aires, Sup. Const. 2012 (junio), 28/06/2012, 1 - LA LEY2012-D, 828

A População Idosa e o Ageism na Atual Pandemia: O Desafio de uma Abordagem Humanista

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS

Sumário: 1. *Prólogo – A população idosa em um tempo de novidades descartáveis*; 2. *Ato – Os direitos fundamentais e o impacto etário na pandemia de COVID-19: ageism e escolhas trágicas numa doença de gravidade seletiva*; 3. *Epílogo*^[1] – *O desafio de uma abordagem humanista e os cuidados em final de vida, em meio a uma crise sanitária mundial*; 4. *Referências*.

*“O que vale é o ser humano
E sua dignidade
Vivemos num mundo insano
Queremos mais liberdade,
Pra que tudo isso mude
Certeza, ninguém se ilude
Não tem tempo, nem idade.”*

(Morales Moreira. 1947-2020. Quarentena)

“O velho foi jovem, mas quanto ao jovem, é incerto se chegará à velhice (...) O bem realizado vale mais que o que está por vir e é incerto.”
(Demócrito)^[2]

“Os direitos fundamentais proíbem que as instituições estatais tomem qualquer decisão que se acomode com a morte de pessoas físicas.”
(Habermas)^[3]

“As coisas estão na sela e cavalgam a humanidade.”
(Ralph Waldo Emerson)^[4]

1. *Prólogo, Ato, Epílogo* é o título da obra autobiográfica da atriz Fernanda Montenegro, ativa e admirada aos 90 anos, revelando que a idade também pode ser profícua em produções, sobretudo para quem se liberta do mecanicismo muitas vezes associada a fases anteriores da vida (MONTENEGRO, Fernanda; GOES, Marta. *Prólogo, Ato, Epílogo: Memórias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019).

2. Apud GOLDIM, José Roberto. *Alocação de recursos e idade*. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/geraloc.htm>, acessado em 09.abr.2020.

3. HABERMAS, Jürgen. Entrevista: *Precisamos agir com o saber explícito de nosso não-saber*. 12.abr.2020. Disponível em <https://ateliodehumanidades.com/2020/04/12/fios-do-tempo-precisamos-agir-com-o-saber-explicito-de-nosso-nao-saber-entrevista-com-jurgen-habermas/>, acessado em 13.abr.2020.

4. Apud WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 06.

1. Prólogo – A população idosa em um tempo de novidades descartáveis

A relação da Humanidade com a velhice tem passado por substanciais mudanças ao longo do tempo. Em eras nas quais o conhecimento e a história dos povos dependiam da memória dos mais velhos, a estes cabia um lugar de sabedoria, respeitabilidade e destaque sociais. Era, no dizer de Florestan Fernandes ^[5], ao falar dos povos indígenas pesquisados, “a mais honrosa das idades”. O conselho da experiência e o discernimento esperado da idade eram tão valorizados que daí adveio a instituição romana do Senado (*Senatus*), oriundo de *senior*, a “assembleia dos anciãos” ^[6].

O surgimento de outras formas de transmissão da cultura e ciência, bem assim a aceleração das tecnologias criativas e dos meios de informação, tornou gradativamente despicienda essa função e paulatinamente desprestigiada a própria idade avançada, como associada ao decrépito, superado, ultrapassado, lento, ignaro das novidades modernas... em síntese: inútil. Outrossim, o próprio modelo produtivo calcado no consumo sucessivo e constante de produtos descartáveis torna extremamente pejorativa a ideia de versões antigas, e a expressão ‘velho’ ganhou conotação de algo especialmente negativo e a ser desprezado o mais prontamente quanto permitam as condições de troca e atualização.

Todos queremos parecer mais jovens e modernizados, postergar as limitações da idade, ao mesmo tempo, porém, em que se adiam para cada vez mais longe os projetos: o final da dependência parental, ter filhos, uma vida mais tranquila, usufruir as conquistas duramente havidas ao longo

5. FERNANDES, Florestan. *Organização Social dos Tupinambás*. 2ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1963, p.286. Exceção se faça a Esparta, onde, pela finalidade social utilitária do Estado Militar concebido, os membros sociais inservíveis para a guerra eram atirados do Monte Taijeto, numa espécie de dever coletivo de não onerar a comunidade, e alguns grupos nômades, quando as dificuldades decorrentes da idade ensejavam riscos para o ritmo migratório (cf. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.08).

6. CÍCERO. *Saber Envelhecer*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010, p.20.

da vida e labor... Os adultos jovens capitaneiam o mundo como se nunca fossem envelhecer. E tratamos os idosos como se nunca fôssemos nos tornar um deles, ensinando nossas crianças e jovens, pelo exemplo, a assim também, ou pior, tratar-nos ^[7]. Pareceu-se olvidar a lição kantiana de que as coisas são úteis, são meios; as pessoas têm dignidade, são valor e fim em si mesmas ^[8].

A percepção do lugar social da velhice tornou-se tão depreciativa que se tornaram crescentes os números de depressão nesse grupo etário, ao perceber o que se reputa como a perda do protagonismo social, mesmo quando respondem por grande parte do sustento das famílias, a partir de seus benefícios previdenciários e assistenciais ^[9]. Em contrapartida, começaram-se a adotar políticas públicas específicas de proteção, reconhecimento e estímulo à participação social e proteção de direitos da chamada terceira idade.

Nesse contexto de percepção do idoso como titular inalienável de direitos fundamentais, é que surgiram normas aplicadas, destinadas a essa parcela específica da população, como a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que prevê direitos de natureza cível/administrativa (como o passe livre ao idoso, regulamentado no Decreto nº 5.934/2006 e reafirmado nas ADIs 3768/DF e 3096/DF, tendo o STF reconhecido os direitos atinentes aos idosos como parte do mínimo existencial), processual (art. 71 do Estatuto, prevendo a prioridade processual para o maior de 60 anos – acrescida

7. Vide a historietta narrada por Saramago – e não falarei aqui sobre o memorável Ensaio sobre a Cegueira, lamentavelmente tão oportuno e ameaçador em muitos dos momentos que ora vivemos – em seu *As intermitências da morte* (SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p.79), quando narra o olhar de uma criança acerca do modo impaciente e desrespeitoso como o pai passa a tratar o avô, quando a idade desse último já não lhe permite agir com a presteza anterior.

8. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 58.

9. OLIVETO, Paloma. *Depressão é mais comum entre brasileiros de 60 a 64 anos*. Disponível em <http://especiais.correiobraziliense.com.br/depressao-e-mais-comum-entre-brasileiros-de-60-a-64-anos>, acessado em 09.abr.2020; *Estudo mostra que 43% dos idosos sustentam a casa*. 21.nov.2018. Disponível em <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/estudo-mostra-que-43-dos-idosos-sustentam-a-casa/>, acessado em 09.abr.2020; *Lares dependentes da renda de aposentados cresceram 12% em um ano*. 15.jul.2018. Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2018/07/epoca-negocios-lares-dependentes-da-renda-de-aposentados-cresceram-12-em-um-ano.html>, acessado em 09.abr.2020, entre outros.

depois da chamada superprioridade para maiores de 80 anos, mediante a Lei 13.466/2017 – como forma de efetivar o direito fundamental à duração razoável do processo, expressão do direito constitucional ao devido processo legal, depois incorporadas ao atual Código de Processo Civil), sanitárias (como a previsão do direito a acompanhante em internações hospitalares, art. 16, à semelhança do que já ocorrera quanto aos menores, no Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990) entre outros. Tais previsões se somam a outros direitos já havidos, no âmbito securitário (como o direito à aposentadoria, no âmbito previdenciário e, mais recentemente, o benefício de prestação continuada, na esfera assistencial), penal/processual penal (como a previsão da prescrição pela metade para maiores de 70 anos) etc.

Esse mesmo diploma normativo prevê, em seus artigos 3.º e 15, o atendimento prioritário ao idoso em estabelecimentos de saúde, ressalvados casos de emergências, pautando, portanto, ao revés, um critério de alocação de recursos em favor desse grupo^{[10], [11]}. A alocação de recursos, porém, é uma das questões mais complexas com que se deparam a prestação sanitária e as políticas públicas em geral, e, para agravar desafios já habitualmente dramáticos, vemo-nos diante de uma enfermidade com alto índice de contaminação e demanda frequente de atendimento intensivo – leitos naturalmente escassos –, que se revela mundialmente mais letal entre os idosos e portadores de comorbidades, situação também mais corriqueira entre os de idade mais propecta.

10. Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; (...) VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais (...) § 2º Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos (**Incluído pela Lei nº 13.466, de 2017**).

11. Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. (...) § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. § 4º Os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei. (...) 7º Em todo atendimento de saúde, os maiores de oitenta anos terão preferência especial sobre os demais idosos, exceto em caso de emergência.(Incluído pela Lei nº 13.466, de 2017).

Como compatibilizar os direitos e deveres fundamentais, a otimização de recursos limitados e o tratamento condigno e não discriminatório, os interesses individuais e coletivos envolvidos e a proteção social à vulnerabilidade, notadamente no cuidado à população idosa? Essa é, entre tantas outras, mais uma das batalhas que o novo coronavírus nos impõe enfrentar, com percuciência e efetividade, sem perder, contudo, nossa humanidade.

2. Ato – Os direitos fundamentais e o impacto etário na pandemia de COVID-19: *ageism* e escolhas trágicas numa doença de gravidade mais seletiva

O vírus conhecido como novo coronavírus ou COVID-19 – assim denominado por ser da família das *COrona VIRus Diseases* (doença do Coronavírus) – causa uma síndrome respiratória viral descoberta em finais de 2019 (donde o número 19), na região de Wuhan, na China, e tem ensejado uma situação inédita desde a Segunda Guerra Mundial, ao colocar todo o mundo em similar suspense e restrição aos deslocamentos, freando bruscamente o ritmo habitualmente frenético das produções e circulações pessoais e comerciais, seja em âmbito local, regional e internacional, com forte impacto sanitário, provocando uma onda de letalidade própria e paralela que, a priori, não se esperaria tão elevada.

Isso tem ocorrido em escala tão alta, inclusive em países desenvolvidos e dotados de condições de saúde e assistência de elevado padrão, por conta da contagiosidade geométrica e célere, inclusive mediante portadores assintomáticos, que são a maioria; mas, quando os sintomas se complicam, terminam por exigir internamento especializado, não raro com intubação de longa duração (com média de tempo dobrada para a população idosa), sobrecarregando os serviços de saúde, que já têm suas próprias e

constantes demandas, levando ao colapso do sistema sanitário e ao déficit generalizado de atendimento.

A pandemia tem ensejado, ante tais circunstâncias, notícias aterradoras, no tocante a limitações de cuidados que vinham sendo reconhecidos como direitos humanos e fundamentais, a exemplo da não discriminação sanitária e dos cuidados humanizados de final de vida^[12] e tem colocado em xeque a extensão do compromisso social com os idosos, grupo primordialmente acometido com maior gravidade.

É fato que inexitem direitos absolutos. Mesmo os fundamentais são reconhecidamente sujeitos a limites e ponderações, sobretudo quando em choque com outros direitos também fundamentais ou com similares direitos de outros titulares. Nesse sentido pacíficas a doutrina e a jurisprudência, inclusive quanto à já reiterada lição da análise dos parâmetros de ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito^[13]) e à necessidade, de outro turno, de se estabelecerem limites aos limites (*Schranken-schranken*), a fim de preservar o núcleo essencial dos direitos, evitando sua indevida supressão.

Nesse contexto, a presente pandemia também traz a espeque dilemas morais e questões bioéticas relevantes, que muito frequentemente evidenciam a relação dessa área do conhecimento com os direitos humanos e fundamentais, na vertente latinamente falada do Biodireito, tais como: a alocação de recursos em saúde, os direitos dos pacientes em final de vida, o uso experimental de drogas (nesse último aspecto, erige-se o questionamento

12. DI MARCO, Fabiano. Entrevista: *It's like a war*. 17.mar.2020. Disponível em <https://www.nytimes.com/2020/03/17/podcasts/the-daily/italy-coronavirus.html>, acessado em 10.abr.2020; *Italians over 80 'will be left to die' as country overwhelmed by coronavirus*. 14.mar.2020. TURIN, Erica di Biasi. *Italians over 80 'will be left to die' as country overwhelmed by coronavirus*. 14.mar.2020. Disponível em <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/14/italians-80-will-left-die-country-overwhelmed-coronavirus/>, acessado em 10.abr.2020; *Coronavirus leva Nova York a abrir valas comuns para enterrar mortos*. 10.abr.2020. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/coronavirus-leva-nova-york-a-abrir-valas-comuns-para-enterrar-mortos.shtml>, acessado em 10.abr.2020, entre outras notícias recentes.

13. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112.

atual acerca do uso compassivo da cloroquina e hidroxicloroquina e outras drogas de eficácia *off label* ainda não comprovada no caso, o que, todavia, não será objeto da presente análise)...

No tocante à alocação de recursos em saúde, trata-se de tema muito lembrado nas discussões acerca das políticas públicas e do embate entre direitos individuais e coletivos, na medida em que implicam, não raro, as chamadas escolhas trágicas^[14], tendo em vista a inevitabilidade do fato de que os recursos são limitados, ante necessidades frequentemente crescentes em maior grau, sobretudo em situações de exponencial e célere demanda, como ora se vê.

Dentre os vários aspectos que circundam a questão, um em particular ganha destaque no presente momento, dentre os critérios alocatórios e suas críticas, que é a questão do *ageism*.

A expressão representa, em linha geral, a discriminação etária constante na tomada de decisões calcada aprioristicamente no critério etário, geralmente em desfavor dos mais idosos. Nesse diapasão, a primeira tradução utilizada – *senilismo* – evidenciava carga pejorativa ainda mais severa, razão pela qual preferível a tradução mais recente, *etarismo*. Optou-se, nesta abordagem, porém, pela expressão exógena originária, porquanto mais difundida, mas, também, pelo uso frequente que tem tido no atual momento pandêmico, quando se discute, em todo o mundo, se devida sua aplicação como critério predeterminado e estanque na distribuição de recursos escassos, em contraposição aos direitos fundamentais de igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana, em qualquer idade^[15].

14. AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: Rationing Hospital Care*. Washington: Brookings Institution, 1984; CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Company, 1978; DANIELS, Norman. *Just Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985; ELSTER, Jon. *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*. New York: Russell Sage Foundation, 1992; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Company, 1999; KILNER, John F. *Who lives? Who dies? Ethical Criteria in Patient Selection*. London: Yale University Press, 1990, entre outros.

15. MILLER, Franklin G. *Why I Support Age-Related Rationing of Ventilators for Covid-19 Patients*. 09.abr.2020. Disponível em <https://www.thehastingscenter.org/why-i-support-age-related-rationing-of-ventilators-for-covid-19-patients/> acessado em 13.abr.2020.

A escassez é um fato inexorável. Se a dificuldade já existe em tempos regulares, tanto pior quando circunstâncias excepcionais ensejam o aumento súbito da demanda. No caso em exame, a preocupação com a infecção pelo COVID-19 dá-se justamente pelo potencial de demanda que representa, devido ao contágio geométrico, caso não adotadas medidas preventivas, comprometendo a capacidade global do sistema de saúde. A situação se mostra particularmente preocupante em relação a pacientes idosos, notadamente aqueles acima de 80 anos, cuja mortalidade se apresenta em média de 14,8% ^[16], conforme estudos chineses após a estabilização do quadro, requerendo, ainda, tempo de internamento mais longo nessa faixa etária, por volta de vinte dias, com uso alargado de recursos intensivos.

Tal circunstância vai ao encontro da constatação já sabida de que a faixa etária mais elevada responde por maiores despesas em saúde, na medida em que sua abordagem é mais curativa e mais dispendiosa, portanto, sobretudo como corolário do próprio avanço biomédico e tecnológico, do que a abordagem majoritariamente preventiva que se tem entre as crianças, por exemplo, além da maior possibilidade de comorbidades, o que já levou outros países a adotarem a restrição etária como critério peremptório para a limitação de recursos, mesmo antes da epidemia atual ^[17].

O *ageism* tem como fundamento, em tese, o critério de alocação mais prezado pelo utilitarismo, que é o da *efetividade*. Por esse critério, busca-se otimizar o uso dos recursos disponíveis, mediante sua atribuição àqueles com melhor prognóstico epidemiológico e melhores chances estatísticas de

16. The Novel Coronavirus Pneumonia Emergency Response Epidemiology Team. Vital Surveillance: The Epidemiological Characteristics of an Outbreak of 2019 Novel Coronavirus Diseases (COVID-19) — China, 2020. *China CDC Weekly*, 2020;2(8): 113-122. Disponível em <http://weekly.chinacdc.cn/en/article/id/e53946e2-c6c4-41e9-9a9b-fea8db1a8f51>, acessado em 11.abr.2020.

17. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *O Direito à Saúde no Brasil: Reflexões bioéticas à luz do princípio da Justiça*. São Paulo: Loyola, 2014, p. 175. Outrossim, nesse sentido, Norman Daniels (DANIELS, Norman. *Just Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 90-92) refere norma do Reino Unido, na década de 80, que vedava o acesso à diálise renal por pacientes maiores de 65 anos, público mais frequente dessa necessidade. Curiosamente, esta semana, o Primeiro Ministro britânico, Boris Jonhson, foi internado em unidade de terapia intensiva, em virtude do novo coronavírus, aos 55 anos. Caso contasse dez anos mais, deveria fazer jus ao tratamento, na qualidade necessária de chefe de governo nacional, durante situação de crise sanitária sem precedentes, em suas mesmas palavras, alguns dias antes?

resposta, objetivando evitar o desperdício de insumos escassos. Contrapõe-se, muitas vezes, ao critério da *necessidade-gravidade*, pelo qual se prioriza o atendimento do paciente mais grave, ou da *necessidade-dependência social*, pelo qual se prioriza aquele cujo papel social repercute na existência de outras pessoas. Também se pode contrapor ao critério da *fila*, pautado na antecedência de chegada; quiçá do *merecimento* (de índole subjetiva, como se verifica na fala de Demócrito citada na epígrafe), e evidentemente se choca com a premissa kantiana do valor humano inato, segundo o qual o paciente de qualquer idade não deve ser visto como meio para ou como menos que qualquer outro fim ou pessoa^[18].

A priori, tal proposta tampouco encontra guarida, em nosso meio, na política expressa na Carta dos Direitos dos Usuários dos Serviços de Saúde, publicada em 2006 pelo Ministério da Saúde, segundo o qual, em seu primeiro princípio, item V, “a prioridade deve ser baseada em critérios de vulnerabilidade clínica e social, sem qualquer tipo de discriminação ou privilégio”^[19]. Também no tocante aos critérios de admissão em Unidades de Terapia Intensiva, a orientação do Conselho Federal de Medicina, na Resolução n. 2.156/16^[20], que trata do tema, não indica critério etário

18. Acerca dos critérios de alocação, já nos debruçamos amiúde sobre o tema, objeto de nossa tese de Doutorado (VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Alocação de Recursos em Saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam* (tese). Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2009) e de artigos específicos, a saber: VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Justiça distributiva, critérios de alocação de recursos escassos em saúde e suas críticas. In. *Revista Redbioética/UNESCO*, 2010; 1 (2):73-84; VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Justiça, igualdade e equidade na alocação de recursos em saúde. In. *Revista Brasileira de Bioética*, 2010; 6 (1-4):29-52; e VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina legal dos transplantes. In. *Revista Bioética*, 2011; 19(3): 639-658, de sorte que não nos aprofundaremos na análise individualizada dos méritos ou deméritos de cada um deles aqui.

19. BRASIL. 2006. Ministério da Saúde. Carta dos direitos dos usuários da saúde / Ministério da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_integra_direitos_2006.pdf, acessado em 12.abr.2020. Nesse documento também consta, entre outros trechos de similar teor, como terceiro princípio: “É direito dos cidadãos atendimento acolhedor na rede de serviços de saúde de forma humanizada, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em função de idade, raça, cor, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, características genéticas, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, ser portador de patologia ou pessoa vivendo com deficiência (...)”.

20. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução N. 2.156/2016*: Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>, acessado em 13.abr.2020. A aludida Resolução indica, no rol de prioridades para admissão em UTI, a seguinte ordem: “Art. 6º A priorização de admissão na unidade de tratamento intensivo (UTI) deve respeitar os seguintes critérios: § 1º – Prioridade 1: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico. § 2º – Prioridade 2: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico. § 3º – Prioridade 3: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com baixa probabilidade de recuperação ou com limitação de intervenção terapêutica. § 4º – Prioridade 4: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, mas com limitação de intervenção terapêutica. § 5º – Prioridade 5: Pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação. Em geral, esses pacientes não são apropriados para admissão na UTI (exceto se forem potenciais doadores de órgãos). No entanto, seu ingresso pode ser justificado em caráter excepcional, considerando as peculiaridades do caso e condicionado ao critério do médico intensivista.”

fechado ou predeterminado, recomendando, ao revés, a análise do estado clínico prévio e atual de cada paciente e da responsividade individual plausível, ainda que atentos a uma indicação racional dos recursos. Esse abordagem objetiva evitar, ainda, medidas heroicas que se mostrem potencialmente mais distanásicas que benéficas ao paciente, bem assim reduz o stress da equipe de saúde, no exercício das escolhas, mediante a indicação de critérios razoáveis e menos discriminatórios. Nesse sentido se manifesta a norma técnica:

Art. 1º As admissões em unidade de tratamento intensivo (UTI) devem ser baseadas em:

- I) diagnóstico e necessidade do paciente;
- II) serviços médicos disponíveis na instituição;
- III) priorização de acordo com a condição do paciente;
- IV) disponibilidade de leitos;
- V) potencial benefício para o paciente com as intervenções terapêuticas e prognóstico.

No tocante aos transplantes, em que pese haja limite etário para o doador, pelas condições do órgão e risco cirúrgico (de regra: setenta e cinco anos para os rins; setenta para o fígado; sessenta e nove anos para sangue, sessenta e cinco para pele, ossos e válvulas cardíacas; cinquenta e cinco para o pulmão, coração e medula óssea; cinquenta para o pâncreas^[21]. Para córneas não há limite estabelecido, embora usualmente se trabalhe com a máxima de oitenta anos, pelo próprio envelhecimento natural do órgão), não há limitação etária preestabelecida em lei para o receptor, o que depende da condição de saúde basal que tecnicamente indique e autorize ou não o procedimento. De todo modo, ainda que houvesse tal limite, seria preciso oferecer algum tipo de assistência, mesmo paliativa, ao enfermo preterido, haja vista os princípios da integralidade e da universalidade da assistência

21. Cf. <http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=567&c=1119&s=0&friendly=sobre-doacoes-e-transplantes-de-orgaos>, acessado em 12.abr.2020.

que regem o Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/90) e que pressupõem a oferta de alguma cobertura a todas as patologias e a todos os pacientes que dele necessitem, ainda que não o padrão ouro, se economicamente inviável ao sistema, não se admitindo o abandono do enfermo à própria sorte.

Diante de tal cenário, como compatibilizar a miríade de normas (inclusive de natureza fundamental, como o direito à igualdade, à saúde, à integridade e à própria vida dos idosos acometidos) e premências, sem que a prestação sanitária descaia, quer no colapso temido, quer no mero preconceito etário desumanizante e inconstitucional?

Veja-se que, também no âmbito internacional, o direito de acesso e cuidados à saúde dos idosos é corolário de outros tantos direitos reconhecidos nas normas convencionais cogentes. Nesse contexto, especificamente, convém destacar, por pertinentemente oportuno, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Caso Poblete Vilches x Chile, de 08 de março de 2018, referente ao óbito do Sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches, ocorrido em fevereiro de 2001. Nesse juízo se discutiu justamente a omissão de acesso a tratamento intensivo e ventilação mecânica a paciente idoso, sem a obtenção de consentimento esclarecido do interessado ou, na sua impossibilidade, de sua família, nem providência de transferência ou substitutiva minimamente apta, no caso de insuficiência incontornável de recursos, tendo-se reconhecido a responsabilidade do Estado na violação perpetrada contra o falecido e seus herdeiros^[22].

Naturalmente que o cenário se evidencia distinto. Num momento em que se teme pela falta do mais básico, como equipamentos de proteção individual aos profissionais, mostra-se quase um luxo pensar em atendimento sequer próximo do ideal ou até humanizado... Todavia, é

22. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf, acessado em 12.abr.2020. Versão traduzida disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/Caso_Poblete_Vilches_vs_Chile.pdf, acessado em 12.abr.2020

isso que nos garante o lastro do próprio Estado Constitucional de Direito e dos Direitos Humanos. Lembremo-nos que, de certo modo, as origens dos Direitos Humanos na contemporaneidade encontram raízes antes mesmo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, mas exatamente em um documento voltado para situações de guerra, a Primeira Declaração de Genebra, de 1864, que previu os cânones para o estabelecimento da Cruz Vermelha internacional, a indicar a crença atual de que, mesmo na guerra, há de haver uma ética e um respeito mínimos que nos honrem a pressuposta dignidade e racionalidade humanas.

É preciso, pois, buscar viabilizar o acolhimento à condição humana digna e às especificidades dos idosos, mesmo na vigência de uma epidemia isolacionista, que, importante recordar, não acomete somente os idosos^[23], mas sobretudo a esses, partícipes de igual valor intrínseco da sociedade como seres humanos e cidadãos, e de relevante valor afetivo e muitas vezes também econômico na manutenção familiar. Reitera-se, ainda, a necessidade dos cuidados gerais em final de vida, para, dentro da medida do possível, tornar o período de internamento intensivo, já per si difícil, o mais ameno e humanizado possível – o que decerto auxilia na resposta do paciente –, conservando as medidas de proteção à equipe; bem assim evitar, quando irrevogável o curso letal, o sofrimento agravado da morte solitária, um dos temores mais frequentes de qualquer enfermo^[24] e importante risco no processo de necessário isolamento, em que até a visão das faces humanas, queridas ou profissionais, torna-se interdita, sem falar nos procedimentos que culturalmente circundam a morte, como o velório e sepultamento^[25].

23. DALCOMO, Margareth. Entrevista: O Brasil pode rejuvenescer a COVID-19. 27.mar.2020. Disponível em <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/d5382480b4c86924ea23a199865745c0ad0ef3c2.PDF>, acessado em 12.abr.2020.

24. KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a Morte e o Morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ARANTES, Ana Cláudia Quintana. *A morte é um dia que vale a pena viver*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016.

25. BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. 25.mar.2020. Disponível em <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>, acessado em 12.abr.2020.

De outro lado, como tem sido dito no presente Seminário, aos direitos fundamentais correspondem, outrossim, deveres fundamentais. Tal previsão também foi contemplada nas normas já citadas, tal como consta do Princípio Quinto da aludida Carta de Direitos dos Usuários de Saúde, o qual trata da contrapartida dos deveres fundamentais dos usuários, e onde consta, entre outros, o compromisso de: “X. Atentar para situações da sua vida cotidiana em que sua saúde esteja em risco e as possibilidades de redução da vulnerabilidade ao adoecimento”, o que bem se aplica aos deveres já referidos por outros colegas, como a colaboração nas medidas de isolamento, testagem viral etc.

Nesse contexto, e uma vez que imprevisível, com exatidão, o curso da atual pandemia em solo pátrio, bem assim ante o cenário recente e assustador de outros países, notadamente a Itália, Espanha e Estados Unidos, sobretudo entre a população idosa e economicamente hipossuficiente^[26], é dever fundamental de todos, para defesa e garantia dos próprios direitos fundamentais envolvidos e proteção do adequado funcionamento do Sistema de Saúde, a prevenção à propagação do quadro viral.

Para tanto, mister a adoção de todas as cautelas possíveis nesse sentido, seja pelo prisma estatal, seja no âmbito social e individual, inclusive por pessoas fora do grupo de risco, haja vista a ausência de evidências suficientes de êxito do isolamento apenas vertical – isso é, apenas ao grupo de risco mais elevado, ampliando, inclusive, o risco de setorização do preconceito, no âmbito econômico e social, e o abandono contra essa parcela da população –, considerando a difusão viral por via

26. Estudos recentes também vêm demonstrando maior mortalidade entre a população negra americana, sobretudo por razões de viés econômico (cf. MAQBOOL, Aleem. *Coronavirus: Why has the virus hit African Americans so hard?* 11.abr.2020. Disponível em <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52245690>, acessado em 12.abr.2020; LEVENSON, Eric. *Why black Americans are at higher risk for coronavirus*. 08.abr.2020. Disponível em <https://edition.cnn.com/2020/04/07/us/coronavirus-black-americans-race/index.html>, acessado em 12.abr.2020; THEBAULT, Reis; TRAN, Andrew Ba; WILLIAMS, Vanessa. *The coronavirus is infecting and killing black Americans at an alarmingly high rate*. 07.abr.2020. Disponível em <https://www.washingtonpost.com/nation/2020/04/07/coronavirus-is-infecting-killing-black-americans-an-alarmingly-high-rate-post-analysis-shows/?arc404=true>, acessado em 12.abr.2020), o que levanta outro aspecto da questão das populações vulneráveis e da responsabilidade estatal na redução de tais impactos.

aérea e mediante superfícies (fômites), secreções etc. Também se evidencia, nesse momento, a importância da priorização e equipagem do Sistema de Saúde, instância primeira e última de assistência.

Tais medidas erigem-se como parte do compromisso social e estatal de proteção aos vulneráveis, ao menos mediante a modalidade da redução de danos e ponderação de interesses fundamentais, evitando tanto quanto possível o *ageism* contra a população idosa mais afetada ou o acréscimo de sofrimento a esse grupo etário, bem assim prevenindo a sobrecarga de todo o sistema sanitário público e privado e minorando a necessidade de escolhas trágicas.

3. Epílogo – O desafio de uma abordagem humanista e os cuidados em final de vida, em meio a uma crise sanitária mundial

Assim sendo, além da atenção ao Sistema de Saúde e do isolamento social amplo de caráter preventivo (quarentena^[27]), a fim de aplainar a curva de contágio e minorar os riscos de sobrecarga súbita do sistema de saúde, que compromete a prestação minimamente adequada da assistência – tanto mais gravosa para a população idosa, cuja necessidade se mostra maior no atual quadro pandêmico –, outras medidas podem ser buscadas, no intuito de uma abordagem humanizada, mesmo nas atuais circunstâncias. Isso para que, no sopesamento prático entre direitos e deveres fundamentais e entre os princípios em conflito, não se sacrifiquem de todo os núcleos essenciais das normas protetivas a esse grupo etário, viabilizando ajustes para que se conservem, na máxima medida possível, os cuidados devidos, nos pontos em que passíveis de coexistir com as medidas sanitárias específicas.

27. A Lei 13.979/2020 definiu o uso dos aludidos termos, que, todavia, têm sido usados menos tecnicamente no trato corriqueiro, pelo caráter profilático que tem sido adotado, sem a necessária correlação do isolamento aos acometidos ou da quarentena aos suspeitos de contágio.

Isso posto, *verbi gratia*, no tocante ao acompanhamento ao idoso internado, o artigo 16 do Estatuto do Idoso prevê que:

Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico.

Parágrafo único. Caberá ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito.

A Carta de Direitos dos Usuários da Saúde, do Ministério da Saúde, em 2006, já o dizia outrossim, em seu Princípio Terceiro, a saber:

IV. O direito ao acompanhamento por pessoa de sua livre escolha nas consultas, exames e internações, no momento do pré-parto, parto e pós-parto e em todas as situações previstas em lei (criança, adolescente, pessoas vivendo com deficiências ou idoso). Nas demais situações, ter direito a acompanhante e/ou visita diária, não inferior a duas horas durante as internações, ressalvadas as situações técnicas não indicadas.

É compreensível e assente que, em situações especiais de conflito, mesmo os princípios de índole fundamental precisem ceder reciprocamente. A questão é como o fazer, sem, de outro lado, anular o direito albergado e o fundamento humano que subsidia sua existência. No caso em exame, a necessidade de minorar as chances de difusão viral justifica a restrição de acompanhamento e visitas, ainda que, em muitos casos, isso dificulte o manejo do paciente idoso, sobretudo se dotado de queda do estado psíquico, sem a presença dos cuidadores habituais.

Tal medida se mostra, dentro da visão já citada de Alexy, adequada, necessária e proporcional, mas pode ser amenizada mediante, *exempli*

gratia, a viabilização de visitas virtuais, objetos de conforto que possam ser facilmente higienizados, favorecendo o bem-estar do paciente e da família e facilitando, inclusive, eventual processo de luto. Nessa linha, ainda que não se possa reclamar do Estado condições imediatas e ideais de acompanhamento para exercício do direito previsto em tais normas e que precisa submeter-se à cedência recíproca na espécie, é razoável pensar em alternativas de custo relativamente baixo para tornar minimamente humanizado o processo já difícil de acompanhamento de enfermidade grave, de resposta lenta, sobretudo no paciente idoso, e que requer isolamento familiar severo.

Outro exemplo cabível é o da previsão de sigilo, como corolário da proteção constitucional à privacidade e determinado, na legislação específica, pelo art. 6º, § 2º, *fine*, da Lei 13.979/2020, ao estabelecer a notificação compulsória para o quadro, porém “resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais” do paciente, até onde não implique risco a terceiro, evitando a exposição desnecessária do indivíduo. O respeito a tal regra trata-se de cuidado também possível, sem maiores ônus, mesmo em situação que tal. De se recordar, inclusive, que a previsão de um termo etário *a quo* para a capacidade não implica um prazo *ad quem* para esta, por mero transcurso do tempo, sem quadros incapacitantes justificadores, de sorte que a só idade avançada, sem estados demenciais que o justifiquem, não autoriza a presunção da perda da capacidade da pessoa e de sua autonomia.

Do mesmo modo, também é direito passível de ser preservado, mesmo nesses tempos, a possibilidade de indicação de mandatário duradouro – espécie de diretiva antecipada, ao lado do testamento vital, o qual indica procedimentos que se admitem ou não sejam realizados, em caso de terminalidade – para tomada de decisões, quando o paciente se torna

inconsciente, como consta expressamente do Princípio Quarto da Carta de Direitos dos Usuários de Saúde (“VII. A indicação de um representante legal de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia.”) e Resoluções CFM n. 1.805/2006 e 1.995/2012 sobre final de vida, aspectos particularmente relevantes na preservação e respeito à autonomia, considerando que, pela evolução do quadro e indicação de intubação precoce, muitos paciente se acham lúcidos até que se proceda à sedação para intubação ^[28]. Mister manter, outrossim, os trâmites de obtenção do consentimento livre e esclarecido, junto ao paciente e família, nas melhores condições viáveis.

Nessa seara, aspecto final, mas não menos importante, a aludir é que, ao lado de todos os pontos destacados – recomendação de cautelas preventivas e compatibilização de normas fundamentais para conservação máxima possível da proteção aos direitos da população idosa, bem assim a expectativa de que não sejam adotados critérios discriminatórios apriorísticos contra tal população etc. – é preciso ter em mente que faz parte dos cuidados humanizados também o reconhecimento do final de vida e o combate à futilidade terapêutica ou distanásia ^[29]. A análise de indicação ou não de recursos intensivos e invasivos para prolongamento da existência e combate do quadro patológico viral há que levar em conta, muito mais que a só questão etária, a análise global do paciente, sua condição de base e o que o tratamento se propõe a oferecer-lhe, dentro de uma análise de beneficência e não maleficência.

Assim como há quase duas décadas temos verberado, os recursos

28. CORADAZZI, Ana Lúcia. *Cuidados Paliativos, COVID-19 e as escolhas de todos nós*. Disponível em <https://www.slowmedicine.com.br/cuidados-paliativos-covid-19-e-as-escolhas-de-todos-nos/>, acessado em 13.abr.2020.

29. Sobre o tema, já nos aprofundamos especificamente em nossa dissertação de Mestrado, publicada como VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, e em diversos artigos bioéticos e jurídicos.

existem para o ser humano e não o inverso. O fato de a tecnologia existir não a torna impositiva ou obrigatória, se contrária aos interesses do próprio sujeito de direito. Assim como defendemos inexistir um dever fundamental por parte da população idosa de se deixar imolar aprioristicamente, abrindo mão do núcleo essencial de seu direito à vida, tampouco existe, de outro lado, um dever fundamental de sobrevida artificial, quando o fluxo existencial já se esgota naturalmente, somente aumentando a manipulação e o sofrimento nos momentos finais.

Se a limitação terapêutica é possível e devida em condições regulares, quando já não se verifica vantagem para o paciente terminal, em virtude de outros quadros prévios, com muito mais razão não se justificaria a intervenção excessiva, em caso de acometimento superveniente pelo COVID-19, estando indicadas medidas paliativas para manejo e conforto respiratório, o que não se confunde com a eutanásia, mas, tão somente, com o reconhecimento e permissão da morte natural inderrogável e humanizada, a ortotanásia. Trata-se de recusa terapêutica, prevista no art. 15 do Código Civil, ou de restrição de recursos que se revelam fúteis no caso concreto, cuja omissão ou suspensão é lícita nas situações de terminalidade^[30], independentemente da faixa etária e da ocorrência de abundância ou de escassez. Faz parte da atenção humanizada, ainda que dentro das limitações que se têm, o olhar solidário e empático ao outro em suas circunstâncias, como reconhecimento a sua dignidade fundamental e inata, mesmo em tempos de coronavírus. Que sempre se possa conservar alguma sensibilidade, mesmo na guerra.

4. Referências

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: Rationing Hospital Care*. Washington: Brookings Institution, 1984.

30. Cf. <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>, acessada em 13.abr.2020.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARANTES, Ana Cláudia Quintana. *A morte é um dia que vale a pena viver*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016.

BRASIL. *Carta dos direitos dos usuários da saúde* / Ministério da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_integra_direitos_2006.pdf, acessado em 12.abr.2020.

_____. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19* / Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>, acessado em 12.abr.2020.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Company, 1978.

CÍCERO. *Saber Envelhecer*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução N. 2.156/2016*: Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>, acessado em 13.abr.2020.

CORADAZZI, Ana Lúcia. *Cuidados Paliativos, COVID-19 e as escolhas de todos nós*. Disponível em <https://www.slowmedicine.com.br/cuidados-paliativos-covid-19-e-as-escolhas-de-todos-nos/>, acessado em 13.abr.2020.

DALCOMO, Margareth. Entrevista: O Brasil pode rejuvenescer a COVID-19. 27.mar.2020. Disponível em <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/d5382480b4c86924ea23a199865745c0ad0ef3c2.PDF>, acessado em 12.abr.2020.

DANIELS, Norman. *Just Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DI MARCO, Fabiano. Entrevista: *It's like a war*. 17.mar.2020. Disponível em <https://www.nytimes.com/2020/03/17/podcasts/the-daily/italy-coronavirus.html>, acessado em 10.abr.2020.

ELSTER, Jon. *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

FERNANDES, Florestan. *Organização Social dos Tupinambás*. 2ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1963.

GOLDIM, José Roberto. *Alocação de recursos e idade*. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/geraloc.htm>, acessado em 09.abr.2020.

HABERMAS, Jürgen. *Entrevista: Precisamos agir com o saber explícito de nosso não-saber*. 12.abr.2020. Disponível em <https://ateliodehumanidades.com/2020/04/12/fios-do-tempo-precisamos-agir-com-o-saber-explicito-de-nosso-nao-saber-entrevista-com-jurgen-habermas/>, acessado em 13.abr.2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Company, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martins Claret, 2005.

KILNER, John F. *Who lives? Who dies? Ethical Criteria in Patient Selection*. London: Yale University Press, 1990.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a Morte e o Morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEVENSON, Eric. *Why black Americans are at higher risk for coronavirus*. 08.abr.2020. Disponível em <https://edition.cnn.com/2020/04/07/us/coronavirus-black-americans-race>, acessado em 12.abr.2020.

MAQBOOL, Aleem. *Coronavirus: Why has the virus hit African Americans so hard?* 11.abr.2020. Disponível em <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52245690>, acessado em 12.abr.2020.

MILLER, Franklin G. *Why I Support Age-Related Rationing of Ventilators for Covid-19 Patients*. 09.abr.2020. Disponível em <https://www.thehastingscenter.org/why-i-support-age-related-rationing-of-ventilators-for-covid-19-patients/> acessado em 13.abr.2020

MONTENEGRO, Fernanda; GÓES, Marta. *Prólogo, Ato, Epílogo: Memórias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

OLIVETO, Paloma. *Depressão é mais comum entre brasileiros de 60 a 64 anos*. Disponível em <http://especiais.correiobraziliense.com.br/depressao-e-mais-comum-entre-brasileiros-de-60-a-64-anos>, acessado em 09.abr.2020.

SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

THEBAULT, Reis; TRAN, Andrew Ba; WILLIAMS, Vanessa. *The coronavirus is infecting and killing black Americans at an alarmingly high rate*. 07.abr.2020. Disponível em <https://www.washingtonpost.com/nation/2020/04/07/coronavirus-is-infecting-killing-black-shows/>, acessado em 12.abr.2020.

TURIN, Erica di Biasi. *Italians over 80 'will be left to die' as country overwhelmed by coronavirus*. 14.mar.2020. Disponível em <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/14/italians-80-will-left-die-country-overwhelmed-coronavirus/>, acessado em 10.abr.2020

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *O Direito à Saúde no Brasil: Reflexões bioéticas à luz do princípio da Justiça*. São Paulo: Loyola, 2014

_____. *Alocação de Recursos em Saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam (tese)*. Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2009.

_____. *Justiça distributiva, critérios de alocação de recursos escassos em saúde e suas críticas*. In. *Revista Redbioetica/UNESCO*, 2010; 1 (2):73-84

_____. *Justiça, igualdade e equidade na alocação de recursos em saúde*. In. *Revista Brasileira de Bioética*, 2010; 6 (1-4):29-52.

_____. *Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina legal dos transplantes*. In. *Revista Bioética*, 2011; 19(3): 639-658.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

COVID-19 Human Social Drama and Economic Losses: The Opportunity to Reform the Fiscal Systems

MARIO JORGE LIMA

Summary: 1. *Introduction*; 2. *The Unfortunate Human Losses*; 3. *Material Losses, Economic Crash, Opportunity for Reforms*; 4. *The Ordinary Taxation*; 5. *The new Taxation*; 6. *Final Remarks*; 7. *References*.

1. Introduction

The pandemic spread by the coronavirus (covid-19) reaches across all continents, scares the human societies and paralyzes common daily activities, with progressively declining reflexes on economic operation, beyond the intensive overloading on some specific sectors such as health services, security, cargo transportation and even funeral services.

The pandemic started in the early days of 2020 in Asia, has already consumed the first quarter of the year, and it is still not possible to guarantee when it will be controlled, since, despite the reduction of contamination in China and the hopeful forecasts for August in most of western countries, there is no way to ensure that, after the relaxation of distance and social isolation measures, new successive waves of worsening contamination will not resume worldwide.

Furthermore, the pandemic does not appear to have fully affected the countries of Latin America and Africa yet, with their impoverished

populations, and WHO^[1] remains expressing its fears for the spread of the virus in those regions, where the fragility of the human contingents vulnerable by social inequalities, depressed by concentrated housing conditions, weakened by miserable conditions of nutrition, and lacking economic and material resources to meet special demands such as cleaning and food, tend to be heavily affected by contamination, and poorly assisted by public health and social services available.

It should be noted that the pandemic also accentuates the immanent and growing social inequality in developed countries too, where there are sharp amount of homeless people or living in precarious and crowded housing^[2], as well as the contingents of underserved refugees and other vulnerable populations.

At the moment, expectations to face the pandemic remain only the personal hygiene and social distance controlled by governments, and the quest to apply large-scale clinical tests, in order to outline a quantitative and spatial dimension of contamination, necessary to determine routines and action map, while scientific teams from across the world make efforts in the elaboration or use of existing medications and treatments, to control the effects of the new disease.

Beside the health and social drama, the process of economic decline is accentuated and will require important interventions by national governments through economic recovery programs, which should be comprehensive and differentiated by sectors of activity, and who may also determine changes in the tax structure of nations, which has been claimed for some time in developed and emergents countries. In this article, we intend to analyze the opportunities to carry out a tax reform that improves the dynamics of economies affected by the pandemic crisis.

1. World Health Organization

2. Santos, 2020

2. The unfortunate human losses

The most significant losses are the human lives mown by the respiratory disease caused by the coronavirus and which extend through the families that are directly affected by these rapid deaths of people able to a full social life, which, in addition to emotional loss, it can deprive families of their main sources of material support.

The second type of distressing human loss consists of the contagion of health professionals exposed to contamination by the virus, and who are struck or temporarily removed from their jobs because of the disease, causing even more suffering in those who need their care and emotional affect to fellows who remain in the direct effort to treat and control patients with the disease.

This drama overcomes difficulties even in war situations where health professionals receive special attention even from international conventions, and the sacrifice character of this service rendered at that moment, elevates these professionals to the level of the heroism of the Chernobyl firefighters.

Indeed, there hasn't been such pandemic since the early 20th century, 100 years ago, with the so-called spanish flu caused by the influenza virus. The situation highlights the speed with which the current pandemic spreads, the ease of contamination and the lethal danger. Above all, the pandemic is spreading rapidly just because of the globalized world we live today, marked by the intense movement of people, where the virus travels by plane.

At this time, the way to reduce human losses is to disseminate the use of tests to size, segregate and treat the affected population, and thus facilitate the reduction of collective procedures of isolation and social

distance. In addition, seek ways of clinical treatments for the effects of the disease according to knowledge acquired in the treatment of other diseases with the same effects as SARS and MERS.

This sad situation just fits the sensible three-stage action plan proposed by billionaire philanthropist Bill Gates^[3], which calls as a short-term action the large-scale testing of populations to design the effective and potential extent of the pandemics, as a medium-term action the production or adaptation of effective drugs and treatments to assist those infected and prevent people at potential risk as health workers, and as a long-term action, the vaccine, when future waves of virus attacks can be prevented.

The search for safe medicines and vaccines to attack and prevent coronavirus should not be expected in the medium term, because they are products to be provided with guaranteed results, that is, the dissemination and commercialization of pharmaceutical products of this type demands reliability of results, which takes place only when a great majority of treatments with these products are successful, otherwise there is a great risk of financial loss and credibility for suppliers.

It is worth remembering that other contagious diseases caused by viruses affected humanity during the 20th century, such as measles, which causes death, and polio, which causes disability. These diseases were controlled by vaccines, but the development of these vaccines took decades, like the polio whose virus was identified in 1908 but the vaccine only appeared in 1957, and measles whose virus was identified in 1954 and the vaccine became useful only in 1963.

It should be noted that the nature of the contaminating agent can cause additional difficulties, as in the case of the influenza virus, which

3. Bill Gates tem um palmo detalhado para nos tirar da crise da saúde, 2020.

has developed several strains and hence requires a multiple vaccine, which in turn does not prevent other strains from appearing through genetic mutation. Others viruses are resilient and multifaceted, such as HIV, for which there is still no complete drug or treatment, despite its identification 30 years ago. Others viruses are recurrent and persistent like HSV (herpes simplex) and HPV, which are neutralized but not eliminated, causing dangerous relapses and reduce immunity to other diseases.

Thus, the long term currently estimated at two years, in fact, may be much longer than the hopeful expectations ^[4], until the coronavirus becomes just another disease.

The test is also a problem because its use on a large scale is justified only with a reliable and fast result, which demands plenty of material, personnel and laboratory equipment, but the investment in its production requires few risks, since its failure does not interfere in the result of the treatment to be applied to the contaminated people.

3. Material losses, economic crash, opportunity for reforms

Beside the human losses come the material losses brought by the economic brake resulting from the isolation and social distance procedures forced by governments, in attempt to reduce contamination and hospitalization caused by the spread of the coronavirus. The isolation procedures has resulted in the partial paralysis of national economies and global business, which has severely affected even the most powerful economies, as reported by the international media.

Only China recorded GDP losses of 6.8% in the first three months

4. Amigorena, 2020

of the year 2020, the USA decreased 4.8% in the first quarter, Japan has already had a 7% drop in the last quarter of 2019 and the pandemic should record technical recession. The World Economic Forum predicts a 7% drop in the eurozone's GDP in 2020 and a 2.5% decline in global GDP.

3.1. The Economic Recovery Programs

Currently, the governments efforts are focused on controlling the pandemic in their territories and it is still not possible to estimate safely the effects of the relaxation of isolation procedures and the gradual resumption of economies, since populations may once again be affected by new and contamination waves^[5].

The next step will be the measures to recovery the national economies and the dynamics of global business, and for this purpose, several economic teams are already drawing up plans to help harmed companies and people and encourage the resumption of business chains.

This planning shall need comprehensive and transnational recovery programs, especially in integrated territories such as Europe, where it is recommended that the general lines of action should be taken in solidarity^[6] by the governments to promote a collective egalitarian recovery instead of seek concurrent national recoveries.

Thomas Piketty^[7] points out the opportunity to realize deeper actions that lead to a new stage of global growth and wealth, because the current crisis exposes the violence of social inequality and concentration of wealth that has been accentuated in the last decades, including in developed countries, due of ideologies against to governamental interventions in the economy.

5. Massad, 2020

6. Habermas, 2020

7. Piketty, 2020

The main ideas of broad economic recovery programs for Europe range from the European Stability Mechanism (ESM)^[8] implementation alternatives, to maintain financial flow for small and medium companies and covid expenses, the eventual launch of the ‘coronabond’ that intends to issue financial bonds guaranteed by all eurozone countries, or a new ‘Marshall Plan’ for general economic recovery, as suggested by European Commission President Ursula von der Leyen.

The United States maintains, for now, the use of financial mechanisms to guarantee market liquidity and currency supply, as seen in the recent interventions carried out by the FED to stabilize US treasury bills, through renegotiation of short-term loans, securitization operations and easing of regulations for banks financial assets^[9], following the script outlines since the 2008 crisis of using FED Money to finance tax cuts^[10], as suggested by accredited experts.

In fact, the Marshall Plan used for Europe’s recovery after the Second World War and its causes are not reproduced in the current geopolitics^[11], but it was not the only one in those times. Other economic recovery plans of that period contained a similar program such as the New Deal in the United States and the Schacht Plan in the pre-war of Nazi Germany. Other plans for different situations may also provide inspiration for part of the recovery, such as the Brady Plan in the 1990s, to reorganize the foreign debt of Latin American countries, and the IMF and ECB plans to renegotiate debts during the PIIGS^[12] crisis.

However, the investments to be made signal more than trillion dólar or euro dimension, as can be estimated from the figure used by the USA to

8. Sanders, 2020

9. Younger, Cheng, Wessel, 2020

10. Bernanke, 2016

11. Macshane, 2020

12. Portugal, Ireland, Italy, Greece, Spain

end the financial crisis of 2008. It means astronomical amounts that cannot be supported by only few countries, but calls for coordinated action for total western economy of developed countries, who should aim to maintain vitality and avoid indebtedness or dependence on China.

Such a comprehensive plan challenges the ability of governments staffs to take a gather leading role because the world economy should be reshaped, with no guaranteed glimpse of the effective outcome, considering the immeasurable turbulende caused by the change.

Indeed, along the last 5 years the relationship between developed economies has been marked by rivalry divisions, as can be seen in Germany's resistance to accept a collective plan for Europe, drawing on self-referential nationalism^[13], and the isolationist tradition of the Anglo block (US-UK) where is located the true leader of the western economy, who always intends to prevail in the composition of joint solutions or prefers not to participate.

Other G7 countries, such as Canada and Japan, will remain with the Anglo block, as the tradition, and emerging countries will be invited to join the efforts through the G20, without major benefits, so they agree or contribute according to their interests.

For now, the US leadership is dependent on the 2020 electoral race between Democrats and Republicans, that will certainly induce important changes in the country's economic and geopolitical guidelines, with immediate effect on the economic recovery planning. It means that comprehensive decisions will only arrive in 2021 and the only immediate economic action will be tax relief in several countries^[14], including the USA^[15].

13. Habermas, 2020

14. Enache, Asen, Bunn, DeHart, 2020

15. AICPA

Anyway, the implementation of comprehensive economic recovery programs such as the Marshall plan will demand large participation of corporate corporations and private funds, since most of the accumulated global wealth is in private funds, as shown by economic studies^[16] ..

Otherwise, the failure of recovery programs may result in the loss of hegemony of western economy in the world, forcing key players to deal with a treacherous and hostile business environment manipulated by China, and, above all, to lose control of their own financial market, which will not be so easily maintained with agreements like petrodólar.

3.2. The Opportunity to Tax Systems Reform

The models of broad economic recovery programs include intervention in taxation as feasible tool to stimulate the economy and to relief on business in general, and can seize the opportunity for more ambitious reform^[17], not only adjusting the distortions of current taxes, but also reshaping the structure of tax systems with the creation and increase of new taxes, more suited to assist the economic dynamics and reaching new sources of wealth^[18], while traditional taxes are removed because of their inadequacy for the new business formats.

The call for change and even reform the means and targets of taxation in the western economy has been mentioned since the beginning of the 21st century^[19], even by the OECD, to facilitate the real productive economy and to follow the dizzying technological innovations, which significantly alter the flows and concentration of wealth.

16. Piketty, 2014

17. Rodriguez, Alonso, 2016

18. Schmidt, 2007

19. Paul, Wahlberg, 2002

Thus, there is studies and proposals for taxation on digital transactions, digital services and financial transactions^[20], and further find resources to supply environmental preservation investments, that are expected to be deployed in the short or medium term in Western economies and now may be the appropriate opportunity.

Indeed, approaching the subject of tax is never comfortable for private business entrepreneurship because the taxation is always an undesirable cost to companies and citizens, and tax collection procedures demand bureaucracy and additional tasks for management teams. However, taxes reality in the free business world is unequivocal, and even China establishes its citizens' duty to pay taxes^[21]. Therefore, the only useful reaction of entrepreneurs and managers to toil with it is planning, to avoid the adverse effect on prices and profits, and complains for more simplicity and lower taxation.

The tax systems are usually an outstanding matter in the firm's current activity and, when it means business crossing over the territories border lines, the diversity of the systems becomes a great challenge. Above all, the change of the tax systems is not a problem available for corporate power, but a hindrance to be faced by government staff, always slower than private enterprise, and limited by the public political circumstances.

The possible reform of the tax systems to be carried out by the economic recovery programs should try to replace the old ordinary taxes and advance for a new schedule of taxes adapted to the current business designs and transactions.

20. Biron, 2012

21. Constitution law of People's Republic of China, Article 56. UNESCO.

4. The ordinary taxation

The ordinary taxation has developed along the history of the economies of the human communities and can be classified in two types of taxes, according to the actual taxpayer who supports the burden: 'direct' taxes and 'indirect' taxes. Direct Tax is that demanded from anybody who must to pay it and Indirect Tax is a tax paid by someone that intends to shift the burden to someone else, normally, included on the sale price.

Using this division, we can perceive that the 'indirect taxes' incur over the trade operations, they are suitable to burden the dynamic wealth, while the 'direct taxes' are suitable to burden the static wealth. Today, nations uses the two kinds of taxes to collect funds from citizens and firms, to support government expenditure and tasks.

The income tax, perhaps, is the most well-known of taxes. The income tax aims the revenue earned by the taxpayer, the citizen or the company, generally over a year, and it accepts diversified concepts and range of 'income' and 'revenue' description from country to country. The income tax works as an example of direct tax.

Another old specie of tax is the property tax or land tax. This tax is normally charged on real estate property and it means that somebody, who owns a plot of land or a building, is obliged to pay this tax annually. Companies as well citizens are obliged by this tax. It's an example of direct tax.

Nation's tax systems usually collect taxes over the 'gift or death transfer' that is charged on change of the owner of property or goods, in the family succession on account of death. Gift taxes avoid tax evasion by free transfer before the death and it is an example of direct tax, too.

Import taxes charged on border commerce among the nations, keep outstanding interest for the world commerce. Through these taxes, nations protect their inside market and their work and production systems against the foreign commodities. These taxes use two alternative systems, charged on foreign products entering the country or on domestic products sold to outside. The border taxes are indirect tax.

The consumption taxes are indirect tax too. These kinds of taxes are imposed over the transfer price of the commodities sold or over the service price that was given. Sometimes, the tax charges the sum of the goods and services, when sold together. Sales tax is normally demanded only once at the end sale to the definitive consumer and consumption tax is usually assessed, step by step, throughout the production of a commodity.

Watching these types of taxes, it is easy to perceive that, all of them have an impact on business, but the most important taxes for commerce are import taxes and consumption or sales taxes, that overload just on trade operation.

5. The new taxation

Taxes mean transfer of private wealth for the government availability, justified by the public demand satisfaction. Therefore, taxes can be extracted only where wealth exists, and business is usual activity which keeps and increases wealth. Contemporary tax systems of the nations are sustained on the geographic extension of their legal jurisdiction, the space and the people which is feasible to collect taxes. However, the methods and sources for taxation throughout the history are changing in according to economic dynamic progress.

The change of taxation methods accompanies the change of economic facts expressive of wealth that makes them susceptible to taxation. It means,

when an economic operation emerges as latent wealth, the taxation system includes it in the attainment of one of its taxes. On the other hand, when the old economic sources lose their wealth potential, the state seeks other sources to obtain revenue.

5.1. Changing Ordinary Taxation

In the past, wealth was based on the land and its products. Along the predominance of agrarian economy, taxation was aimed at land properties and their production. Later, with the development of commerce, the progressive taxation emerged on the income and the production/consumption commodities circulation. The predominance of taxation incurred over that goods and affected local economic events. After the arising of industrial society dynamic, the economic activity was shared among several stages and moved wealth power to the sales and revenues.

The transformation of economic structures leads to the transformation of the ordinary taxation before acting. Border taxation, for instance, tends to be standardized and it will be performed only with regulatory intention, because the border lines will become less rigid, to favour the free market.

The income tax tends to be harmonized by countries in order to avoid double taxation and maintain equivalent incidence to guarantee a standardized balance of return on investments.

The consumer taxes tend to be reduced by automated bureaucracy and their standardized rates to facilitate economic activities.

An example of this attempt to simplify the US tax system, that contains a tangle of interstate and local taxes on sales and consumption in force in the country, which has many local jurisdictions qualified to collect taxes. The most important harmonization initiative is the operation

of SSUTA - Streamlined Sales and Use Tax Agreement in 2005, and last amended in December 2018 ^[22], which seeks to simplify and standardize state and local taxes through the premises of centralized management in state administration, uniformity of local tax bases, standardization and simplification of rates, and the formulation of rates for internal and external sales to states.

5.2. Digital Taxes

The globalized movement of electronic media shortens the dimensions of time and space. In the space dimension this movement means the interconnection between new places, new markets and new business opportunities. In the time dimension, the electronic medium allows greater agility in conducting business.

However, the increase in e-business, especially in its use in international trade, should occur with taxation similar to that of conventional business, to avoid undue competitive advantages for electronic commerce, as recommended by the OECD ^[23].

Guided by this sensible guideline, developed countries ^[24] have gradually introduced taxes for both digital transactions and digital services, and the longstanding commitment to free business done electronically has been overcome in Europe, and the USA ^[25] the digital taxation aim the digital goods and digital services.

Beside, the taxation of internet use in the US follows the free of taxes enacted by the Internet Tax Freedom Act, became permanent in 2016.

22. streamlinedsalestax.org

23. Guidelines, 2014

24. Bunn, 2018

25. Maguire, 2013

5.3. Environmental taxes coming to stay

Taxes are also used to support environmental preservation actions. An example of local effect tax is verified in the garbage taxes required by the municipalities, an example of regional effect tax is the use of income tax grades of companies that carry out actions of environmental preservation in their activities, and an example of global effect tax is the CO2 rate to discourage carbon emission.

The environmental taxes, in general, are not used for the same purpose of traditional taxes on wealth facts, that is, the intention of the public power does not consist in the simple collection of resources for the maintenance of institutional activities, as it happens along the taxation history. The intention of environmental taxes, is to intervene in social and economic activities in order to encourage the achievement of environmental objectives and sustainable development.

5.4. The Financial Taxation

Today, the main feature of wealth is mobility. The best expressive wealth is the bonds, stocks and on line funds transfer using the electronic framework^[26]. The faster circulation of goods or their holder certificates keeps the same importance for economic development and world wealth improvement. Therefore, taxation framework certainly must change to accompany the technical mobility advance, such occurred at former ages of the economic history. Nowadays, there are some proposals to include new taxation methods^[27] in the economic scenario to reach that new dynamic wealth.

26. Schneider, 2013

27. Wilmott, 2017

The Tobin Tax was perhaps, the pioneer theoretical proposal to reach the wealth mobility, defending the institution of a international standard tax, to discourage the transfer of short-term funds across borders, motivated by financial speculation, inducing economic unbalance, currency instability and business insecurity. The Tobin Tax would operate through a percentage rate on the financial transfer across borders, and would be collected by the country from which the asset withdrew. The experiment was attempted in Sweden between 1984 and 1990 without success.

Another idea is 'Unitary Profits Tax'^[28]. This proposal suggests that the accounting analysis to determine where the revenues are obtained, and so, apportion the profits on taxation in according the true place of revenue realization.

Meanwhile, imposing taxation on financial transactions will only be advantageous if it replaces a large part of ordinary taxation, as well as intend the APT Automatic Payment Transactions Tax proposal in USA.

There are some proposals and experiences of imputation of taxation on financial transfer in Latin Amercia, especially in Brazil, which maintained between 1997 and 2007 a tax on financial transactions, the CPMF - Provisional Contribution on Financial Transactions. The tax was criticized for representing additional burden on the traditional tax system, where the requirement of other taxes remained in the same business transactions. In Brazil there is still a tax on financial transactions charged on financial investments, loans, foreign exchange, insurance, acquisition of securities and other banking business.

However, for the modern requirements: efficiency, equity and effectiveness, the possible taxation of financial transactions would be

28. Mold, 2014

very appropriate and important. Efficiency is obtained by the automatic electronic extraction, equity can be obtained by variable rate's bands and effectiveness is granted by the unlikely tax evasion. So, the fiscal policy and the compliance costs of firms are helped and the dynamic of non-financial business, freed from tax load and collection procedures, would be impeded for development and integration.

Business integration, began through commodities with free acceptance and simple barter, after, metallic exchange, following, by standard metallic money, finally, the paper money. Since a few decade, the current demands the businesses substitution of payment with paper money by simple electronic transfer between two bank accounts.

Nowadays, the 'plastic money' by cards that ease the electronic transfers and files, or QR codes, and the encrypted electronic currency (bitcoins)^[29]. This latest innovation, the cryptocurrency, not yet admitted by national financial systems is also subject to taxes^[30].

It is impossible, at the updated business world, to think about any return on that evolution, even to the recent abandoned paper money or gold exchange standard. Today, it is not feasible even to print on paper all the world money accounted in electronic files. So, the usual business today is gradually dependent on the magnetic and electronic framework and the effect of the fund transfer binded on trade operation is unalterable.

The main problem could be 'bank secret' and the government access in funds privacy. But, this question is reduced now, because of financial terrorism's sustaining, the drug organization's operations and the corruption prevention, that demand the enforcing over 'tax havens' and

29. Hougan, 2019

30. Langer, 2017

the funds movement revelation.

The control of that collection does not need the access on funds files, but only the comparative rate between bank funds operations and accounts with tax amount collected. The taxpayer will be the account owner and he needs only to control his amount movement and to reckon the rate of tax extracted from his funds. The bank needs only to transfer the electronic register of tax collection for the government account, and to maintain the list of amounts sent. The banks would be authorized to cash the service.

6. Final Remarks

The experience of the pandemic of the covid -19 will cause an important review of the functioning patterns of health services worldwide, led by the actions of developed countries, which will inevitably require that mechanisms and resources for rapid mobilization remain available in cases where threats of similar new events arise.

Another consequence will affect medical research structures in favor of longer-term permanent programs, with extensive coverage over potential pathogens and not guided by the viability of the investment. It will also be necessary to compose prevention structures and abbreviated procedural techniques, which can be mobilized in cases where health incidents require intensive efforts to prevent the spread of contagious diseases.

In the economic sphere, the programs of economic recovery of unmistakable implantation cannot be deflated by ideological differences or nationalist preferences, since the hegemony of the western economy and its currencies will be in risk, because they had been battered by the greed solutions taken ahead since the 2008 crisis, and facing China's powerful and cohesive adversity, which does not need the West to become the hegemonic power.

In its turn, the mobility of wealth is a notable feature of business today and advises the change on traditional taxation methods to keep tax base and revenues of the governments. The electronic tool is expanded inside any business, but it is specially essential in digital services and financial transactions, where electronic files and assets keeps the register of accounts and transfers.

The change of economic facts expressive of wealth demands change in the taxation mode too. Thus, considering the current dependence of the general business from electronic means, the imposition of taxes on financial and digital transactions to replace ordinary taxes reveals a significant and attractive opportunity to simplify the tax systems and help the success of economic recovery programs.

7. References

AICPA. State tax filing guidance for coronavirus pandemic. SSTGB-Streamlined sales tax governing board, Inc. <https://streamlinedsalestax.org> May, 2020. <access 05.05.2020>

AMIGORENA, Santiago. La covid-19 à long terme nésera qu’une maladie de plus. Paris: Le Monde, 28Avril2020.<access 05.01.2020>

BERNANKE, Ben S. What does the FED have left? Part 3: helicopter money. www.brookings.edu. April, 11th.2016.<access 05.01.2020>

BIRON, Carey L. US financial professionals call for transaction tax. www.globalpolicy.org. June 2012.<access 05.01.2020>

BUNN, Daniel. A wave of digital taxation. Taxfoundation.org. November, 2018.<access 05.01.2020>

ENACHE, Cristina. ASEN, Elke. BUNN, Daniel. DEHART, Justin. Tracking economic relief plans around the world during coronavirus outbreak. Tax Foundation. April, 22.2020.<access 05.01.2020>

GATES, Bill. Bill Gates tem um plano detalhado para nos tirar da crise da saúde. Entrevista ao site Vox reproduzida no site www.uol.com.br/tilt. Gabriel Francisco Ribeiro 29.04.2020.<access 05.01.2020>

HABERMAS, Jürgen. A solidariedade é a única cura. Entrevista a Nicola Truong. Reprodução Le Monde e La Republica, 12.04.2020. Instituto Humanitas Unisinos 13.04.2020.<access 05.01.2020>

HOUGAN, Matt. How bitcoin is taxed. **www.forbes.com**. June, 2019.<access 05.01.2020>

LANGER, Matthias. Taxation of cryptocurrencies in Europe. Cryptoresearch. report. December, 2017.<access 05.01.2020>

MACSHANE, Denis. Covid-19 and the Marshall Plan illusion. **www.theglobalist.com** April, 2020.<access 05.01.2020>

MAGUIRE, Steven. State taxation of internet transactions. Congressional Research Service. May, 2013.<access 05.01.2020>

MASSAD, Eduardo. Coronavirus pode ser só 'ensaio' de uma próxima grande pandemia, diz médico e matemático da USP. Entrevista a Monica Manir, BBC News Brasil, 05Maio2020<access 05.05.2020>

MOLD, Andrew. A proposal for unitary taxes on the profits of transnational corporations. CEPAL REVIEW, 82. 2014. **www.cepal.org/en/publication/11008** <access 05.01.2020>

OECD International VAT / GST Guidelines2014, **www.oecd.org/ctp/consumption**.<access 05.01.20>

PAUL, James A, WAHLBERG, Katarina. Global Taxes for Global Priorities. **www.globalpolicy.org**. March, 2002.<access 05.01.2020>

PIKETTY, Thomas. Economist Thomas Piketty: coronavirus pandemic has exposed the 'Violence of Social Inequality'. April, 30th.2020, by Ian Schwartz, site realclearpolitics.<access 05.01.2020>

PIKETTY, Thomas. O Capital no século XXI. Rio de Janeiro: Ed Intrínseca, 2014.

RODRIGUES, Susana Ruiz. ALONSO, Rosa Cañete. Time do tax for inclusive growth. UN/ECLAC-OXFAM. Santiago: March, 2016.<access 05.01.2020>

SANDERS, Lewis. ESM, coronabonds and 'Marshall Plan': How the EU could manage the coronavirus fallout. DW, April, 07th.2020.<access 05.01.2020>

SANTOS, Boaventura de Souza. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020.<access em 05.01.2020>

SCHMIDT, Rodney. The currency transaction tax: rate and revenue estimates. **www.nsi-ins.ca**. October, 2007.<access 05.01.2020>

SCHNEIDER, Howard. A new European tax on financial transactions is set to go global. www.globalpolicy.org. February, 2013.<access 05.01.2020>

The Economist, V 414, N8923, Still Kicking, p. 57-58. London, Jan 31th-Feb, 6th. 2015.

WILMOTT, Paul. How a Financial Transaction Tax would benefit us all. World Economic Forum. www.weforum.org/agenda/2017 May 2017<access 05.01.2020>

YOUNGER, Joshua. CHENG, Jeffrey. WESSEL, David. How did covid-19 disrupt the Market for US Treasury debt?. www.brookings.edu. April, 30th. 2020 <access 05.01.2020> .

La Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico en las Patentes Farmacéuticas: La Experiencia Mexicana y Argentina en un Repensar Pandémico

MARTA CAROLINA GIMÉNEZ PEREIRA

MIRTHA LORENA GIMÉNEZ PEREIRA

Sumario: 1. Introducción; 2. Breves antecedentes sobre el comportamiento epidemiológico respecto al COVID-19; 3. La dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico; 4. Licencias obligatorias; 5. Relevancia de la noción de salud dentro de las políticas públicas: la producción pública de medicamentos (PPM) y redefinición del concepto de burocracia en el sistema de salud; 6. La innovación terapéutica, la investigación médica con la contribución del paciente y las unidades productoras de medicamentos (UPM) en Argentina; 7. Conclusión; 8. Referencias.

1. Introducción

Un Manifiesto relativo a la solidaridad en el mundo enfatiza la situación del COVID-19 de forma homogénea, “desde cualquier rincón del planeta”, independientemente de nuestra condición racial, religiosa o de nacionalidad, afirmando que

llegó el momento de asumir nuestra comunidad mundial como una oportunidad para construir un nuevo movimiento [...] donde el respeto, la solidaridad y la búsqueda del bienestar representen el futuro. Es necesario iniciar juntos y a partir de ahora, un manifiesto común y como comunidad humana [...].^[1]

1. DELUCHEY, Jean-François, *Manifeste de Solidarité Globale*, en informe del 30/03/2020 del Séminaire du Groupe d'études

La intención no es otra que la de la unión en solidaridad, alcanzando una unión más protectora, respetuosa, amable y feliz, entendiendo las propias diferencias y similitudes.

Los objetivos trazados en el documento enumeran, en un orden de importancia:

1) La salud del planeta es la prioridad principal y la del ser humano, la segunda. 2) Cada país debe ser capaz de construir establecimientos de sanidad [...] así como poseer una red de medicina preventiva capaz de proporcionar un equipo de salud por cada 400 habitantes. 3) Todos los beneficios financieros y económicos deben ser destinados a las siguientes prioridades absolutas públicas: alimentación, hogar, educación y salud.^[2]

Al decir de doctrinarios franceses, la pandemia es una prueba de la capacidad de las organizaciones políticas y económicas para hacerle frente y, la del COVID-19, es una crisis sanitaria, económica y social global de un nivel excepcional, poco comparable con otros acontecimientos históricos, al menos en los últimos decenios, y pone a prueba la capacidad de tales organizaciones políticas y económicas para afrontar un problema global ligado a las interdependencias individuales, es decir, a la vida social más elemental. Es como una distopía que se hubiera convertido en realidad. Dardot y Laval (2020), como exponentes de la sociología gala, expresan con esas palabras que lo que estamos viviendo deja entrever lo que le espera a la humanidad en los próximos decenios si es que esas estructuras no cambiar rápida y radicalmente.

La situación es clara y la propiedad intelectual, según se analizará en este trabajo, es una herramienta de la “desiderata” expresada. Ella,

sur le néolibéralisme et les alternatives (GENA) del Laboratoire de sociologie, philosophie et anthropologie politiques SOPHIAPOL, Université Paris Nanterre. Publicación electrónica no accesible de LAVAL, Christian, 8 de abril de 2020.

2. *Vide* nota anterior.

a través de sus institutos legales, su política pública de investigación y desarrollo - específicamente la producción pública de medicamentos a la par que la privada- en conjunción con sus excepciones de monopolio - a saber, las licencias obligatorias también previstas por ley-, podrá enarbolar y acompañar el devenir de la salud humana de nuestros tiempos dentro de un sistema de objetivos prioritarios que desde siempre debió ponerse ante todo al servicio de los hombres, en clara convivencia con los paradigmas *ut supra* expresados, que ahora afloran más que nunca.

2. Breves antecedentes sobre el comportamiento epidemiológico respecto al COVID-19

En la naturaleza encontramos lo que denominamos una “triada ecológica” compuesta por tres integrantes que se mantienen en un constante equilibrio natural: el agente infeccioso, el medio ambiente y el huésped. Al quebrarse cualquiera de los ejes que mantienen este equilibrio, se desarrolla un proceso infeccioso; en este caso hablamos de que este proceso se da en el huésped el cual puede ser cualquier ser vivo como el ser humano o un animal.

Ciertos hábitos ancestrales y culturales inherentes a las costumbres de ciertos países sugieren que el inicio de esta pandemia se dio en la ciudad de Wuhan, China. Fue así que un desequilibrio ocasionado en la triada ecológica, necesario para que se dé el inicio de todo proceso infeccioso, dio pie a una endemia inicial que se presentó en forma de un foco infeccioso dando luego rápidamente lugar a un brote en una zona definida y en un tiempo dado. Por las características de alta infecciosidad y virulencia del agente infeccioso, la endemia rápidamente pasó a adquirir caracteres epidémicos típicos, es decir, una presencia de un alto número de casos infecciosos en una zona geográfica definida. Subsecuentemente

y en tiempos actuales, dicha epidemia se tradujo en un comportamiento de características pandémicas al propagarse y expandirse a prácticamente todos los continentes.

Con adecuadas medidas de vigilancia epidemiológica y decisiones para la acción es de esperarse poder contener y frenar una endemia en sus estadios iniciales. Sin embargo, en el presente, las características exacerbadas del comportamiento de esta enfermedad y de su agente causal requieren de medidas prontas, acertadas y mancomunadas de países en conjunto con acciones conscientes en sus poblaciones.

3. La dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico

Adentrándonos en la esfera de los medicamentos, resultan conceptos relevantes los de “producción” y “abastecimiento” dentro de una tendencia actual de doctrina que esboza una idea de innovación inclusiva. A partir de ello, analizaremos y trazaremos lo que denominamos “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, es decir, un desarrollo de dinámicas con miras a incluir todos los sectores que participan en la cadena productiva de la invención dentro de un política integrada y articulada, caracterizada por las premisas de eficiencia del gasto público y privado en la producción de medicamentos dentro de un conjunto amplísimo de estrategias, así como la garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones y de manera oportuna y la no menos importante distribución de fármacos dentro de una zona geográfica trazada como parte de la mencionada política.

El beneficio último de la Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico, según la experiencia internacional enfatizada en este apartado en la experiencia Argentina, país de altos índices en la producción pública de medicamentos (en adelante PPM), es que en definitiva se logre que exista

un instrumento de política pública capaz de remediar y de ser posible homogeneizar, en términos de funcionamiento adecuado, el acceso a la salud en igualdad de condiciones hacia todos los sectores de la población.

Para poder entender mejor lo que significa “suavizar” los derechos de propiedad industrial con miras a la satisfacción de políticas públicas, a continuación abarcaremos el concepto de licencias obligatorias, también llamadas compulsivas, figura ya más conocida dentro de la citada rama del derecho, que ha cobrado relevancia en importantes acontecimientos del derecho comparado (Brasil, entre los países a citarse).

4. Licencias obligatorias

Por licencias obligatorias se entiende el permiso que se atribuye un gobierno para producir un producto o procedimiento patentado o para importarlo, sin el consentimiento del titular de la patente. Se trata de una de las flexibilidades en la protección de las patentes que contempla el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Propiedad Intelectual, a saber, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) a través de la Declaración de Doha de 2001 y sus modificaciones posteriores, en las que se suaviza el derecho de protección de que gozan los fármacos, al reconocer a los países su derecho a tomar medidas tendientes a la protección de la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas, conforme lo han reclamado los países en desarrollo y las organizaciones no gubernamentales.

En estricto sentido, a través del contrato de licencia el licenciante autoriza a un tercero –el licenciatario –, con o sin contraprestación, a explotar una invención protegida, mediante el otorgamiento de un derecho

de naturaleza personal (JOLIET, 1982, p. 294). Normalmente vendrá a ser la autoridad gubernamental quien concederá la licencia a empresas o personas distintas del titular de la patente a fin de que éstas hagan uso de los derechos de la patente para fabricar, usar, vender o importar el producto o procedimiento protegido sin hacerse necesaria la autorización del titular.

A pesar de hallarse contemplada esta figura en la normativa internacional y haber sido consecuentemente adoptada por la mayoría de los países adherentes a la OMC en su legislación interna, su puesta en marcha ha generado controversias sobre todo en el ámbito de la salud ante el caso de emergencias de salud pública.

A priori, la misma doctrina no se muestra unánime en cuanto a su naturaleza jurídica de si se trata de una mera tolerancia o de una contraprestación que asegure un goce económico para el licenciante. A posteriori, se suscitan numerosas dudas a la hora de intentar hacerla efectiva, generándose incertidumbres tanto para el licenciante como para el licenciatario, temores que incluyen hasta problemas de terminología. Por otra parte, una vez celebrado el contrato, los casos de éxito resultan escasos, por lo que la jurisprudencia aún es insuficiente para brindar soluciones sólidas y a largo plazo y, en consecuencia, se regresa errónea e irremediabilmente a los principios generales del derecho contractual, en la intención de llegar a solucionar en forma íntegra el problema concreto que se plantea.

De hecho, la doctrina especializada indica el caso de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología como un caso típico de incertidumbre en el derecho privado ante la falta de normativa directamente aplicable al tema (DE LAS CUEVAS, 1994, p. 12) que además resulte adecuada y correcta en el sentido de ajustarse a la realidad del país de que se trata, más allá de a los requerimientos del marco legal internacional, que

se limita a estipular conceptos básicos de manera similares y homogénea para todos los países miembros de la OMC. Es que el derecho comparado ofrece soluciones limitadas en la materia pues habrá de tenerse en cuenta la específica y particular estructura económica del país en que se celebre el contrato.

En el caso de las licencias obligatorias en el campo de la salud, merece la pena analizar ahora la experiencia internacional y, particularmente, el caso mexicano.

En septiembre de 2009 se ha formulado en México una propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial, en el sentido de acortar el plazo estipulado para la resolución de la concesión de licencias por la autoridad. La iniciativa no prosperó.

El artículo ya había sido reformado en el año 2004 y anteriormente en 1994. La iniciativa de reforma del segundo párrafo del artículo 77 hecha por el Senador Adolfo Toledo Infanzón del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de fecha 8 de septiembre de 2009, rezaba textualmente: En los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, el Consejo de Salubridad General hará la declaratoria de atención prioritaria, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria, en esta se ordenará el otorgamiento de licencias de utilidad pública. Publicada la declaratoria del Consejo en el Diario Oficial de la Federación, las empresas farmacéuticas podrán solicitar la concesión de una licencia de utilidad pública al Instituto y éste la otorgará, en un plazo no mayor a tres días, a partir de la fecha de presentación de la solicitud ante el Instituto^[3].

3. *Cfr.* segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

La intención de la propuesta era darle mayor aplicabilidad a la figura de la licencia obligatoria por causa de emergencia nacional y específicamente de enfermedades graves, reduciendo el plazo previsto por el actual segundo párrafo del aludido artículo.

La propuesta establecía un plazo máximo de 3 días para que la autoridad se pronuncie, dejando sin efecto la disposición vigente, que es su parte pertinente reza: “[...] a la brevedad que el caso lo amerite de acuerdo con la opinión del Consejo de Salubridad General en un plazo no mayor a 90 días [...]” (MÉXICO, 1991) y que además exige que sea audita parte. Cabe destacar que el texto vigente extrañamente tampoco incluye la frase expresamente propuesta en la iniciativa de reforma de que en los casos aludidos el objetivo de la orden será el “otorgamiento de licencias de utilidad pública”^[4].

La exposición de motivos daba especial relieve a la emergencia sanitaria con motivo del brote del virus de la influenza, advirtiendo además la presencia de otras enfermedades como el dengue, que ameritan la posibilidad de importar medicamentos patentados bajo el régimen de licencias obligatorias, al no contar con capacidad de fabricación suficiente a nivel local, una problemática repetida en países en vías de desarrollo.

Cabe acotar que la esencia de la licencia obligatoria supone hacer siempre subsistir el requisito que establece el primer párrafo del referido artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial mexicana^[5] de que las licencias se otorgarán mientras dure la causa de emergencia o de seguridad nacional que haya motivado su celebración pero olvida el caso de los

4. Cfr. artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

5. Por su importancia transcribimos: “Por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, incluyendo enfermedades graves declaradas de atención prioritaria por el Consejo de Salubridad General, el Instituto, por declaración que se publicará en el Diario Oficial de la Federación, determinará que la explotación de ciertas patentes se haga mediante la concesión de licencias de utilidad pública, en los casos en que, de no hacerlo así, se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos o medicamentos para la población” (MÉXICO, 1991).

medicamentos huérfanos, que trataremos más adelante en el capítulo de Unidades Productoras de Medicamentos (en adelante UPM) en la PPM.

Dentro de la exigua experiencia internacional existente en el campo de las referidas licencias obligatorias, en el ámbito del derecho comparado revisaremos la especial relevancia de la experiencia brasileña con el retroviral denominado Efavirenz, producido por la farmacéutica Merck Sharp & Dohme, considerado en la actualidad como el más eficaz para combatir la infección del SIDA o VIH. A pesar de las fuertes críticas provenientes de la Federación Internacional de la Industria del Medicamento, el gobierno de Brasil, a través de su Presidente en ejercicio Luiz Inácio Lula da Silva, en base a lo que dispone su Ley de Propiedad Industrial 9279/96 en su controvertido artículo 68 que regula las “licencias compulsivas”, determinó imponer tal flexibilidad sobre la patente del citado fármaco por considerarla “legítima y necesaria, de interés nacional y demasiado caro”, permitiendo con un amplio respaldo del Congreso la importación del genérico producido en laboratorios de la India que se hallan certificados por la Organización Mundial de la Salud (entre esos laboratorios genéricos están Ranbaxy, Cipla y Aurobindo) quienes ya cuentan con producción del genérico del Efavirenz y lo comercializan a un costo inferior que oscila en la tercera parte del producido por el laboratorio titular de la patente.

Mientras Merck cotizaba en 1.65 USD cada unidad del fármaco en territorio brasileño el costo por unidad del genérico fabricado en la India es de 0.44 USD. El tratamiento por paciente tiene un costo por año de 580 USD utilizando el medicamento de patente mientras que el tratamiento utilizando el genérico alcanza la suma de 165 USD anuales, es decir, menos de un tercio, lo cual implica un ahorro de 240 millones USD hasta el año 2012, fecha en que expira la patente. Antes de la imposición de la licencia obligatoria sobre el fármaco, Lula había mantenido dos negociaciones con el

laboratorio titular, en las que participó además el gobierno norteamericano. Brasil rechazó en la segunda de ellas la oferta de comercializar el producto con un 30% menos del precio fijado originalmente por parecerle insuficiente y considerar que al menos debía reducirse en un 60%. En las negociaciones, Lula propuso el mismo precio pagado por Tailandia, que es de 0.65 USD por cada comprimido del fármaco en dosis de 600 miligramos, lo cual no fue aceptado por Merck.

Estados Unidos denunció ante a la OMC el artículo 68 de la ley de patentes brasileña por considerar que era violatorio del ADPIC, requiriendo ante tal organismo un Panel de Resolución de Conflictos con el objeto de que éste pueda dirimir las diferencias entre estos dos países. Brasil se defendió ante la OMC alegando justificación en la medida por el alto número existente de enfermos de SIDA o VIH y, en consecuencia, considerar un caso de emergencia sanitaria nacional. Finalmente, el 25 de junio de 2001 Estados Unidos retiró ante la OMC la solicitud del panel.

La medida del Presidente Lula buscaba asegurar el tratamiento de unos 75 mil infectados en el territorio brasileño, siendo este país uno de los mayores compradores mundiales del medicamento, con más de 500 mil infectados de SIDA o VIH. A juicio del gobierno, más allá de demostrar el fracaso en la negociación del precio del fármaco de patente, la medida se convirtió más bien en una prueba de la firmeza gubernamental de apostar por el mercado de los genéricos ante una situación de emergencia nacional.

Cabe destacar que el argumento también se ha apoyado en el tratamiento que actualmente reciben unas 200 mil personas que reciben del Estado un conjunto de 17 medicamentos, de los cuales 8 son fabricados en Brasil dentro del marco de un programa gubernamental de lucha contra la enfermedad que ha recibido un sinnúmero de elogios a nivel internacional.

Como precedente, ya en la Asamblea Mundial de 1999, Brasil había ejercido fuerte presión a fin de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) llevara mejor a cabo su labor de control de precios de los medicamentos en todo el mundo y de evaluación en el impacto de las normas sobre patentes de la OMC. En abril de 2001, en la reunión anual de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue aprobada por 52 votos a favor, 0 en contra y 1 en abstención (Estados Unidos) la propuesta brasileña que vincula el adecuado acceso a los medicamentos con los derechos humanos fundamentales. Estados Unidos consideró al respecto que tal propuesta era violatoria de las normas internacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual. Brasil ya había anunciado en el año 2005 la quiebra de la patente del principio activo Kaletra, propiedad del laboratorio Abbot, pero ambas partes pudieron llegar a un acuerdo para la reducción del precio del medicamento.

En el caso del Efavirenz, el contrato de licencia se ha llevado a cabo cumpliendo cabalmente el procedimiento previsto a tal efecto en la Declaración de Doha, el cual consta de tres etapas, a saber, la negociación, la declaración de la situación que justifica su utilización y el pago de royalties al titular afectado, que en este caso específico se pactó en la entrega del 1.5% sobre el valor de importación de los medicamentos similares al Efavirenz (INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR, 2009).

Por otra parte, Tailandia también anunció la imposición de una licencia obligatoria a fin de que los enfermos de SIDA o VIH en este país pudieran recibir tratamiento con el genérico del Efavirenz que se produce en laboratorios de la India, país conocido en los últimos tiempos por su alta producción de medicamentos genéricos.

La organización no gubernamental Médicos Sin Fronteras utiliza casi en su totalidad medicamentos producidos en la India para tratar a

enfermos de SIDA o VIH en 30 países del mundo.

La postura tailandesa se mantuvo a pesar de fuertes presiones provenientes la industria farmacéutica, sentando precedentes en la materia para el caso de emergencias sanitarias. Posteriormente, este país rompió además la patente de otros dos fármacos útiles también en el tratamiento de SIDA o VIH. Otros países como Canadá e Italia cuentan con experiencia en licencias obligatorias sobre productos farmacéuticos y en la década anterior llamó la atención general la decisión del Presidente de Ecuador, Rafael Correa, de emitir en estos días un decreto que derogue por completo las patentes farmacéuticas y agroquímicas de las trasnacionales que tengan efecto en este país, con excepción de las patentes cosméticas, a fin de que todas las medicinas sean producidas en el país y así se logre su abaratamiento, al considerar que la salud es un tema prioritario y primero está el derecho humano antes que “el bolsillo de las trasnacionales”, enfatizando el caso de los fármacos que combaten el SIDA o VIH y el cáncer.

Hecho el balance de la actual situación de las licencias obligatorias en el ámbito doméstico y comparado, surge que tal figura presenta varios aspectos positivos, entre los que se cuentan, además del acceso a los medicamentos a un menor precio, el fomento de la competencia y el desarrollo de la producción nacional. Ahora bien, hay que tener muy presente que un país que no reconoce las patentes de las farmacéuticas trasnacionales no contará con la presencia de estos laboratorios en su territorio y, consecuentemente, se verá desabastecido de medicinas esenciales de alta complejidad producidas exclusivamente por ellos en virtud a su tecnología y amplia experiencia en investigación y desarrollo que ostentan y con la que no cuentan los emergentes laboratorios de producción local. Por otro lado, con tal medida y al no reconocerse las patentes, tampoco podrá realizarse la importación por la industria local

de farmoquímicos necesarios para la fabricación de las medicinas. Todo ello sin mencionar las sanciones de las que podría ser objeto el país por la OMC y la imposibilidad de poder abastecer de medicinas a todo un país con la sola producción nacional, que en el caso de Ecuador alcanza en la actualidad apenas un 22% del total de ventas. De hecho, se advierte que un crecimiento desmesurado de medicamentos genéricos requeriría en un futuro de un control exhaustivo por parte de la Secretaría de Salud (JALIFE DAHER, 2005, p. 332).

El caso de Ecuador se presentaría con tal decreto como uno excepcional y hasta violatorio de las normas previstas para la celebración de la licencia obligatoria pues al parecer no contempla la requerida y previa primera etapa de negociación. Además, resulta absurda la idea de generalizar la medida para todas las patentes de medicinas producidas por laboratorios que no sean locales. Al menos, esta no es la función de la licencia obligatoria, la cual se concede para cada caso específico y para atender determinados problemas de salud, por un tiempo determinado, previa justificación por el gobierno de la situación que la motive. La postura que asume este país, a través de su gobernante, deberá encuadrarse en otra figura – inexistente, por cierto- que justifique una total supresión de la protección conferida a todo inventor no local de un medicamento. Es el caso extremo de la defensa de la salud pública, la cual va en detrimento del fomento de la investigación y desarrollo, únicas herramientas capaces de propiciar avances tecnológicos y mejores medicinas.

5. Relevancia de la noción de salud dentro de las políticas públicas: la producción pública de medicamentos (PPM) y redefinición del concepto de burocracia en el sistema de salud

A principios de los años 2000 la moderna doctrina francesa advertía que el ejercicio de la medicina había mutado en su naturaleza con el

desarrollo de nuevas especialidades médicas y la multiplicación del número de especialistas, es decir, los médicos. En paralelo, en razón de tal crecimiento y de una oferta de cuidados cada vez más sofisticados según el avance de la ciencia y la tecnología, el volumen de consumo y de gasto médico también ha tenido un aumento significativo. De ello se colige que la extensión de la protección social a toda la población ha sido el sostén de esta evolución: la palabra “salud” pasó a ser actualmente uno de los principales sectores de actividad de los países (ADAM; HERZLICH, 1994, p. 36). En otras palabras, dentro de las políticas de salud, los resultados revelan que en las últimas décadas tales políticas se vieron orientadas hacia la inversión creciente en tecnologías médicas cada vez más complejas. Este puntapié determinante en esta evolución reviste, a la par, el mismo peso que la diversificación de los profesionales médicos y, como resultado, denota un progreso de la ciencia médica, como se apuntó.

Dentro de este contexto, la noción de “medicalización de la sociedad”, como llama la sociología francesa, ha estado íntimamente relacionada con el desarrollo de leyes sobre la protección social. Ya en el siglo XX esta noción traducía en Francia el hecho de que el “modelo médico” se impone en la definición y toma de responsabilidad de numerosos problemas públicos contemporáneos, citando algunos padecimientos a título de ejemplo: alcoholismo, enfermedades mentales, drogas. De esta manera, en una sociedad medicalizada, el sector salud cobra relevancia como factor de políticas públicas estatales y, dentro de las grandes interrogantes sobre los diversos mecanismos y programas a desarrollar o acentuar dentro de las políticas de salud establecidas, existe la nueva tendencia de la PPM.

Ahora bien, antes de ahondar en el tema propio del artículo que aquí nos ocupa, habrá que establecer el lugar que ocupa el concepto “burocracia” en la administración pública de la salud, tan sólo a modo referencial.

Propio de sistemas normativos, algunos países como Brasil refieren la burocracia como característica destacada dentro del proceso administrativo, aunque en sentido peyorativo y propio del poder público, desde tiempos muy antiguos y características negativas son suyas: paternalismo, nepotismo, corrupción. Sin embargo y paradójicamente, la evolución histórica del proceso administrativo enfatiza la importancia de implementación de procesos burocráticos adecuados a fin de garantizar la manutención de padrones de calidad de los servicios en las estructuras de las instituciones privadas y públicas. La burocracia es, en sentido amplio, un medio de perfeccionamiento de políticas administrativas capaz de alcanzar niveles de eficiencia compatibles con la modernidad (CAMPOS; PRESOTO, 2002, p. 5).

Ejemplificando dentro del contexto de salud la función de la comentada palabra burocracia, tenemos que la política de salud como directriz que emana del poder público debe abarcar, entre otras funciones principales, la esencial de promover la estructura y el funcionamiento del sistema de los servicios de salud, según lo establece el propio Centro Panamericano de Planificación de la Salud, perteneciente a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), siendo sus miembros fundadores Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 1972, p. 8). Ya en 1972 el documento denominado Tema 27, que abarca el proyecto del Programa del mismo Centro, establecía como objetivo: *“Fortalecer la asesoría de la OPS a los gobiernos para perfeccionar sus procesos de planificación de la salud”*. Luego nombra entre sus actividades: *“Programa de investigaciones con los países: [...] análisis de las relaciones entre salud y el resto del sistema socioeconómico”* (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 1972, p. 9) como una suerte de domesticación del programa, con adecuación a la realidad de cada país miembro y a su normativa propia.

Más adelante, ya en referencia al propio Centro, se establece entre sus responsabilidades una propia de “Investigación”, normando sobre la necesidad de apoyar en los países el desarrollo de la misma con miras a elaborar o perfeccionar técnicas de planificación para completar y mejorar la metodología de planificación de la salud, a través del estudio de áreas o variables que deban considerarse y de los países que pudieran elaborarlas, dando además asesoría periódica hasta la fase final de dicha investigación.

Seguidamente, aparece el apartado de “Información” donde se dispone que toda información que se refiera a la planificación de la salud y a la evolución de los procesos respectivos en los países americanos como de otras regiones debe ser recabada, promovida en su recolección y analizada. Destaco además que la misma debe ser difundida y divulgada a modo de promover, orientar y motivar procesos de planificación y niveles de decisión políticos y administrativos, informando y estimulando a aquellos que realizan la labor directa de planificación en salud, enfatizando las experiencias de terreno conocidas (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, 1972, p. 13).

Dentro del Programa del Centro puede vislumbrarse la posibilidad de contemplar como política pública de salud nacional la Dinámica Inclusiva de Desarrollo Tecnológico, que se verá explicado más adelante en detalle y sobre lo cual anticipo en este apartado que se describe como una real necesidad de política pública de salud íntegra y que merece ser adecuadamente formulada y plasmada en su planeación, su proyecto y sus resultantes programas que deberán ser coordinados con miras a su ejecución. Esta Dinámica se plasma en esta propuesta a través de UPM a nivel público, es decir, la PPM.

Volviendo al término burocracia, utilizado en sentido amplio, vendrá entonces en consecuencia a utilizarse para englobar y describir todo

aquello que implica el trazado integral del sistema de salud de un país, con sus normativas y organigramas, su contexto social y hasta político, en sentido amplio. En sentido estricto, estamos frente a una burocracia de un sistema de salud circunscripto a una implementación efectiva de las mencionadas UPM.

6. La innovación terapéutica, la investigación médica con la contribución del paciente y las unidades productoras de medicamentos (UPM) en Argentina

En este campo, la socióloga Renée Fox acentúa la posibilidad de un rol activo del paciente contribuyente al desarrollo de la ciencia médica en el mismo hospital, siendo un caso de referencia la utilización de medicamentos de prueba en hospitales como la cortisona o la ciclosporina, principio activo empleado comúnmente en el trasplante de órganos. Su teoría esboza que el médico está desarrollando investigación en el mismo hospital, a través de su práctica con el paciente y dentro de lo que ella denomina “dilema entre experimentación y terapéutica” pues se trata de probar la eficacia de su innovación a través del mismo paciente con un doble objetivo: curar la enfermedad o tratarla por lo menos y también realizar su propia labor de investigación con el enfermo, quien pasa de ser un sujeto pasivo a ser uno activo desde el momento en que conoce que el procedimiento no sólo persigue su curación o alivio sino además el mismo progreso de la ciencia (FOX, 1959).

En el caso que ocupa a los medicamentos en los hospitales y su relación con la innovación tecnológica a través de su título de protección, a saber, las patentes, la propuesta de la función de una UPM es de naturaleza social en el sentido de que, tal como apunta Oro Boff, un sistema de patentes también puede constituirse en un instrumento de fomento y de erradicación de la pobreza porque estamos frente a un papel considerando

dentro de un conjunto más amplio de medidas políticas nacionales de desarrollo tecnológico y obedeciendo a los mismos intereses del país. En efecto, tal como ella lo sostiene, diseminar la cultura de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, priorizando sobre todo la disponibilidad de recursos y garantizando una infraestructura necesaria, parece ser el camino para que pensar que la propiedad intelectual pueda contribuir al desarrollo económico y social (BOFF, 2009, p. 57).

La propiedad intelectual, importante mecanismo para la protección de invenciones derivadas del intelecto humano es un área diferenciada de la propiedad material y hoy en día cuenta con un importante estímulo cuando se relaciona con la utilidad colectiva, aquí incluidas las invenciones (BOFF; LIPPSTEIN, 2015, p. 30).

Como factor de puesta en marcha del punto anterior en específico así como en general de lo hasta aquí expuesto, es preciso poner en conocimiento una teoría desarrollada en Argentina, país que más se ha preocupado en el tema de la PPM. Esta teoría ha sido recientemente en ese país por especialistas en estudios sociales de tecnología e innovación que propone abordar la PPM con un enfoque de tecnología organizacional y política pública y como un instrumento que busca como fin dinamizar procesos de desarrollo inclusivo. Santos, Guillermo y Becerra, Lucas, Investigadores del Área de Estudios Sociales de la Tecnología y la Innovación del Instituto de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología (Universidad Nacional de Quilmes) sobre cuyo trabajo se basa el presente artículo.

Hablar de desarrollo inclusivo significa despuntar la ciencia y la tecnología propia de una región y subsecuentemente de un país pero en esferas que van más allá de la privada o la mixta. Nos referimos a la PPM a través del trabajo articulado de laboratorios públicos y de farmacias hospitalarias y es que, ya en los albores del año 2000, el hospital público

ha pasado de ser durante siglos el asilo de los pobres a convertirse en una institución prototipo de las sociedades modernas, lugar de referencia privilegiada en la investigación médica y en el desarrollo de técnicas de punta (ADAM; HERLIZCH, 1994, p. 37).

En Argentina, la cuestión va más allá de la ya compleja provisión de medicamentos, enfocándose a puntos estratégicos que plantea actualmente el sector salud y que incluyen: la política pública integrada, como factor en sí mismo y como factor capaz de desarrollar políticas públicas transformadoras dentro de la Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico; la eficiencia del gasto público y privado que se genera en la producción de medicamentos, lo cual implica un conjunto amplísimo de *estrategias* a desarrollar; una garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones para todos; el factor de la innovación con su desafío de generar dinámicas con miras al desarrollo inclusivo. A partir de esos cuatro puntos estratégicos mencionados que plantea el sector salud citan los especialistas tres preguntas-problema: ¿qué capacidad tiene el actual sector público productor de medicamentos y cuál es la relación entre política de salud y mercado de medicamentos?; como factor de implementación y de transformación, ¿es posible configurar una política integral de PPM que conviva con la compra privada?; ¿bajo qué condiciones una política pública de PPM puede desplegar dinámicas concretas de desarrollo inclusivo? (SANTOS; BECERRA, 2016, p. 251)

El panorama debe ser visto el sector general tanto con sus complejidades como con sus oportunidades.

Existe una fuerte crítica al sistema privado y a la industria farmacéutica que éste desarrolla por adueñarse del presupuesto general destinado al sector salud y de la cadena de provisión de medicamentos, pero esto no es visto desde la raíz del problema: si se tuviera un mayor

escenario presupuestario destinado a la eficiencia innovadora por las UPM y una participación concreta y eficiente de éstas dentro del aparato legal y regulatorio, podría verse más abierta gran parte de tal hegemonía privada.

La pregunta resaltante que hemos de hacernos es ¿cuál es la importancia que adquiere el mercado de los medicamentos y su dinámica dentro del concepto de gasto en salud? Existen muchas y conocidas inconsistencias como por ejemplo la baja en la capacidad de compra frente a la permanencia alcista de la capacidad de venta lo cual es producto de la propia estructura y diseño del sistema de salud y su consecuente dinámica.

El secreto para el desarrollo inclusivo las UPM pareciera radicar en los conceptos de Presupuesto + Participación Eficiente de la UPM, no respecto a la eterna discusión entre el sector genérico y el innovador sino frente a la apropiación y hegemonía de todo el sector farmacéutico privado en el presupuesto público, dándose en consecuencia una altísima concentración en laboratorios privados nacionales y trasnacionales con el consecuente control de precios determinado por el sector dominante resultando la fórmula: a mayor concentración, mayor control de precios.

Las UPM conforman el sector de la PPM y se subdividen en laboratorios públicos y en farmacias hospitalarias. Ambos tipos producen medicamentos pero dirigidos a un público distinto ya que las segundas destinan sus productos generalmente a los pacientes a cuyo hospital pertenecen, mientras que los laboratorios públicos surten medicamentos a una extensa red de sistemas de salud a lo largo del territorio del país, abarcando hospitales públicos o privados, planes y programas de provisión pública de medicamentos o inclusive venta minorista en farmacias.

Es de tener en cuenta además que entre esos laboratorios podemos encontrar lo que dependen del gobierno nacional, de universidades

nacionales, de gobiernos provinciales e incluso de municipios (SANTOS; BECERRA, 2016, pp. 255-259).

Analizando lo que contempla el estudio de las farmacias hospitalarias, en la PPM, basándose en la Resolución Ministerial argentina 286/08, la salud es un derecho y el medicamento un bien social siendo una función del Estado garantizar la accesibilidad y ordenar la distribución de recursos y el aprovechamiento de capacidades instaladas y de recursos humanos (HOYA, 2014).

Frente al problema del acceso a los medicamentos como producto por ejemplo de una crisis, siempre es el esfuerzo público, a través del Estado, el que acaba respondiendo con medidas alternativas, por ejemplo, la provisión gratuita de medicamentos en determinado tiempo y lugar a través de planes concretos. Una vez recuperada la actividad económica, la producción privada vuelve a estar en alza, incrementando su facturación (control de precios en consecuencia) y trayendo como consecuencia que la crisis haya sido finalmente absorbida en forma total por el sector público (SANTOS; BECERRA, 2016, pp. 257-258). Como ejemplo se cita el Plan Remediar del año 2002 a través de la provisión de medicamentos en forma gratuita para 15 millones de personas.

Las propuestas son varias y pertenecerían a otro capítulo pero entre las posibles soluciones cobra especial relevancia las UPM. Garantizar el abastecimiento oportuno de medicamentos, si bien forma parte de la agenda pública y es una obligación del Estado, esto no implica forzosamente que estos bienes deban ser comprados al sector privado. En consecuencia, debería vincularse la política pública a una estrategia de producción y no de compra directa, conforme explican los estudiosos argentinos.

La elaboración de especialidades medicinales por laboratorios públicos acabaría con el pensamiento radical de la naturaleza del

medicamento como un bien de mercado, transformándolo en un bien social (SANTOS; BECERRA, 2016, p. 281) pero existen realidades de las UPM en cuanto a: la producción y el abastecimiento, las patentes como traba al desarrollo de las UPM^[6]; un adecuado mecanismo de distribución de medicamentos elaborados por esas UPM; número UPM existentes^[7]; tecnología e infraestructura local. Sobre este último punto, sigue siendo un obstáculo importante el hecho de que los principios activos o farmoquímicos sean adquiridos en el exterior por falta de producción local suficiente que se traduce en una capacidad inventiva limitada por parte de la industria nacional importadora de aquellas fórmulas, dicho de otra manera, se refleja en las cifras una reducida dinámica de innovación local.

Al respecto esgrimen los autores como causa del problema las racionalidades que imperan en las políticas y programas de ciencia y tecnología en el sentido de que éstas responden al modelo lineal de innovación. Así, si bien existe un número importante de institutos y centros de investigación médica, todavía cuentan con bajos niveles de interacción con las unidades de producción. Aquí cobra una excepción importante los laboratorios que pertenecen a las universidades nacionales sin que por ello el producido global de la dinámica innovativa del país resulte más feliz por tal excepción (SANTOS; BECERRA, 2016, pp. 261-262).

Resaltemos ahora que entre los principales principios activos elaborados por laboratorios públicos argentinos se encuentran analgésicos

6. Las UPM fabrican medicamentos con principios activos cuyas patentes se encuentran vencidas y cuentan con restricción para elaborar medicamentos con patente vigente. El argumento de la protección de la patente se encuentra desarrollado ampliamente en la doctrina actual pero encuentra un gran vacío en el caso de la PPM, caso en que la producción –y distribución aludida- del medicamento por las UPM debiera considerar políticas de excepción, máxime si se trata de medicamentos huérfanos, a través de oportunas previsiones legales como las licencias obligatorias, sobre lo cual las legislaciones aún encuentran importantes vacíos a la hora de ponerlas en marcha.

7. Parte de esta política lineal debe también culpa a la concentración excesiva en manos de algunas UPM estatales. En Argentina, se citan veinte UPM como parte integrante de la Red Nacional de Productores Públicos de Medicamentos, siendo su objetivo la producción conjunta de medicamentos de manera coordinada pero cuyos bajos resultados saltan a la vista por falta de acciones concretas en materia de producción y también de posicionamiento de la producción pública entre los temas principales de la agenda política del sector salud pública. No se puede dejar de mencionar sin embargo que en el año 2011, en un esfuerzo más defensivo que proactivo de las UPM y del Grupo de Gestión de Políticas de Estado en Ciencia y Tecnología, se obtuvo la Ley 26.688 que declaró de interés nacional la investigación y PPM, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos. Esta ley argentina aún carece de reglamento pero puede resultar un sugerente a la normativa de otros países en la materia por sus líneas estratégicas de acción.

y antibióticos de uso habitual y también drogas utilizadas para tratar enfermedades crónicas. La provincia con mayor abastecimiento de medicamentos de producción pública es la de Santa Fe y le siguen San Luis y Río Negro (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, 2015). En el año 2014 se planificó un financiamiento por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica del Fondo Argentino Sectorial (FONARSEC) para la PPM tuberculostáticos integrando el trabajo conjunto de la Universidad del Litoral y el Laboratorio Industrial Farmacéutico S.E. (LIF) cubriendo áreas estratégicas y de vacancia en la provisión de especialidades medicinales prioritarias (MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA, 2014).

7. Conclusiones

Dentro de la Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico, la PPM llevada a cabo a través de sus UPM juega un rol preponderante en la agenda pública del sector salud del país. Cuando es puesta en marcha de manera coordinada y positiva, conlleva en sí misma fines de inclusión y desarrollo social y productivo y es un instrumento de política pública de salud integrada y dinámica innovativa con capacidad de producir bajo demanda específica obedeciendo a un trazado territorial nacional preestablecido, con límites demográficos. De esta manera, cumple la función de asegurar la provisión y distribución adecuadas a la población y desarrollar los medicamentos huérfanos.

Visto como lo que es y aunque le pese la realidad de la desventura de los problemas propios del necesario aparato burocrático legal, la PPM es una opción a la elaboración tradicional privada de medicamentos, llevada a cabo por laboratorios nacionales, con principios activos que sean accesibles en el mercado nacional y extranjero. Es una herramienta que

conlleve en sí misma la noble acción a la que está destinado un fármaco, que es no es otra que cumplir con un bien social de acceso a la salud más allá de su valor patrimonial, sin desmerecer la propiedad intelectual de la patente de la que goza el medicamento, lo cual puede lograrse con un Plan de Acción que prevea no sólo mecanismos legislativos oportunos sino por sobre todo, estrategias de puesta en marcha en los distintos ciclos de la innovación farmacéutica vista, en sus distintas fases y hasta llegar a manos del consumidor final.

Finalmente, en cuanto al primer tema que hemos abordado, dejamos por sentada la tarea positiva que conllevaría una licencia obligatoria bien estructurada, celebrada y fundamentalmente concedida respetando cualesquiera de sus dos principales finalidades, a saber, la de salvar una situación de emergencia nacional o la de garantizar su efectiva explotación si ésta no se ha producido en el territorio. Sin embargo, no se debe olvidar que muchas veces la promoción de esta figura encubre una finalidad encubierta, en el sentido de que más allá de garantizar la salud pública lo que realmente busca es facilitar y patrocinar la copia ilegal de medicamentos, lo cual constituye un flagrante ataque a la propiedad intelectual que se traduce en falta de seguridad jurídica para el inversor, provocando este hecho un gran desaliento a la inversión extranjera en cualquier país del mundo.

En tiempos en que una pandemia aqueja, un repensar sobre la función primigenia de la propiedad intelectual en su arteria que la conecta con el acceso a la salud es lo que este trabajo intenta esbozar. La participación plural y articulada de todo el engranaje que integra la materia y, en definitiva, de todos los actores de la innovación, se hace indispensable para la obtención de resultados inmediatos y ciertos.

8. Referencias

ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine. **Sociologie de la maladie et de la médecine**, 2010, Saint-Jean-de-Braye, Francia: Editorial Armand Colin, Imprimerie Nouvelle, 1994.

ARGENTINA. **Ley 26.688 del 29 Junio de 2011**. Que declara de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, materias primas para la producción de medicamentos, vacunas y productos médicos. Buenos Aires: Congreso Argentino. Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26688-185041/texto>>. Acceso en: 10 abr. 2020.

BOFF, Salette Oro. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Inovação, gestão e transferência tecnológica. Passo Fundo: EDIMED, 2009.

BOFF, Salette Oro; LIPPSTEIN, Daniela. Biodiversidade, conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual: um caminho para o desenvolvimento sustentável. *In*: BOFF, Salette Oro; LIPPSTEIN, Daniela; KAUFAMANN, Patrícia Tavares Ferreira (org.). **Novas Tecnologias, Direitos intelectuais e Políticas públicas**. São Paulo: Letras jurídicas, 2015. v. 2.

CAMPOS, Juarez de Queiroz; PRESOTO, Lúcia Helena. **A burocracia na administração de saúde**. São Paulo: Editora Jotacê, 2002.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. L'épreuve politique de la pandémie. **Médiapart**, París, 19 marzo 2020. Les Invités de Médiapart. Disponible en: <<https://blogs.mediapart.fr/les-invites-de-mediapart/blog/190320/l-epreuve-politique-de-la-pandemie>>. Acceso en: 10 abr. 2020.

DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994.

HOYA, Arturo. **Producción Pública de Medicamentos**: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos. *In*: XIV CONGRESO ARGENTINO Y II CONGRESO SUDAMERICANO DE FARMACIA HOSPITALARIA. 2014, Santa Fe (Argentina). Disponible en: <<http://www.aafhospitalaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>>. Acceso en: 7 sept. 2019.

INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR (ICEX). Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia. **Patentes y acceso a los medicamentos**. Brasilia, 2009. Disponible en: <http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2019.

JALIFE DAHER, Mauricio. Régimen de licencias obligatorias de patentes en el campo de la salud. *In*: BRENA SESMA, Ingrid (coord.). **Salud y Derecho**. Memoria

del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

JOLIET, René. **Der Patentreizvertrag im belgischen und französischen Zivilrecht**. Munich: GRUR Int., 1982.

MÉXICO. **Ley de la Propiedad Industrial del 27 de junio de 1991**. Ciudad de México: Cámara de Diputados. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50_180518.pdf>. Acceso en: 10 abr. 2020.

MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA. Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica. **Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos**. Buenos Aires, 02 jul. 2014. Disponible en: <<http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>. Acceso en: 07 sept. 2019.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS. Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo. Subsecretaría de Planificación Económica. Dirección Nacional de Planificación Regional – Dirección Nacional de Planificación Sectorial. **Complejo Farmacéutico**. Serie Complejos Productivos. Buenos Aires, jun. 2015. Disponible en: <http://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmacaceutico.pdf>. Acceso en: 08 abr. 2020.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). **Tema 27 del proyecto del programa**. 1972. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acceso en: 8 de abr. 2020.

SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. *In*: THOMAS, Hernán; SANTOS, Guillermo (coord.). **Tecnologías para incluir**: Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas. Buenos Aires: IESCT; Universidad Nacional de Quilmes; Lenguaje Claro Editora, 2016.

Bioética, Psicologia e o Impacto da Pandemia do SARS-COV-2 no Meio Ambiente Social: Um Estudo de Caso

ARTIGO ELABORADO PELO GRUPO DE PESQUISA VIDA/UFBA
LIDERADO PELA PROFESSORA DOUTORA MÔNICA AGUIAR

Sumário: 1. Introdução; 2. A conexão mundial como efeito da globalização; 3. A pandemia do SARS-COV-2 como oportunidade para o acesso do humano ao arquétipo da alteridade; 4. Um caso que foge ao paradigma da alteridade: aplicação dos princípios da beneficência e da não maleficência; 5. Referências.

1. Introdução

Vivemos, atualmente, a pandemia do SARS-CoV-2, com a disseminação mundial do novo coronavírus, causador da doença Covid-19 (*Coronavirus Disease, year 2019*).

Este novo tipo de coronavírus apareceu, inicialmente, em Wuhan, capital da província chinesa de Hubei, no final de 2019, e vem se espalhando pelo mundo em uma rapidez nunca antes vista em vírus dessa natureza.

Em 11 de março de 2020 a OMS - Organização Mundial de Saúde - declarou essa disseminação global como uma pandemia, o que levou as diversas nações do Globo a diferentes cenários, mas estima-se que há mais de um milhão de casos confirmados com mais de 50.000 mortes.^[1]

1. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 3 April 2020 Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--3-april-2020>

Como a polaridade é sempre unilateral e não nos permite enxergar os fenômenos em sua totalidade, vamos tentar examinar a atual pandemia levando em conta a ótica da Bioética Principlialista e da Psicologia Simbólica Junguiana, diante da oposição radical entre aqueles que minimizam os efeitos da doença e os que os maximizam.

A Bioética principlialista é escolhida por ser, ainda hoje, a corrente mais difundida mundialmente entre tantas desse campo de conhecimento e, portanto, mais facilmente de ser entendida em nível mundial.

A Psicologia Simbólica Junguiana por ser a única, no campo psicológico, que trata, arquetipicamente, da alteridade e da totalidade.

Adotar-se-á, assim, a definição de arquétipo de Carl Gustav Jung, o qual, apesar de não ter criado o termo, o utilizou em um sentido psicológico e a de alteridade de Carlos Amadeu Botelho Byington, responsável pela ampliação da teoria junguiana para introduzir esse arquétipo também no campo da consciência coletiva.

Este texto levará em conta, igualmente, o exame de um caso específico ocorrido no Estado da Bahia e que gerou impacto nacional, tendo sido veiculado amplamente pela imprensa e dando ensejo, a pedido do governo local, de representação criminal ^[2] contra o empresário que burlou as regras de quarentena apesar de suspeito de portar o vírus após realizar o exame pertinente e ter tido contato com pessoas não infectadas.

Com isso, o indivíduo trouxe riscos para os habitantes que com ele tiveram contato próximo, inclusive empregados seus, econômica e hierarquicamente vulnerados e para quem maior proteção deveria haver.

2. <http://www.pge.ba.gov.br/pge-vai-representar-criminalmente-contra-vitima-de-coronavirus-que-descumpriu-...>

2. A conexão mundial como efeito da globalização

“A mensagem dos cientistas e das agências de saúde pública em todo o mundo é clara: é só questão de tempo para uma gripe pandêmica circundar o globo”. Estas palavras, escritas em 2012 por GlennMcGee em sua obra “Bioética para iniciantes: 60 casos e advertências da fronteira moral do serviço de saúde”, dão bem a idéia do fenômeno que estamos vivendo^[3].

Levando em consideração que pandemia é um evento extremamente raro - a última ocorreu em 1919, pelo vírus H1N1, que ficou conhecida como “febre espanhola” - o momento, exige, da sociedade, comportamentos extremos de proteção os quais, muitas vezes, não são imediatamente compreendidos pela maioria da população.

Daí a importância de um esforço coordenado, como prega a OMS (Organização Mundial da Saúde), no sentido de disseminar, rápida e intensamente, os riscos envolvidos e as atitudes que podem minimizá-los, como o isolamento social, a constância em lavar as mãos, a esquivia de colocar as mãos no rosto, o uso de máscaras etc.

Por outro lado, há um debate sobre até que ponto a situação atual é decorrente da influência humana sobre *habitats* silvestres, contribuindo para que tais vírus e outros microrganismos migrem, mais rapidamente, dos animais para os seres humanos, tornando este evento, antes raro, cada vez mais comum nas próximas décadas, caso não haja intervenções para conter essa destruição do bioma.

Se a globalização é símbolo de integração global ela o é para o bem e para o mal. Ou seja, ao lado dos benefícios resultantes da redução das distâncias e do tempo - fenômeno conhecido como “compressão espaço-tempo”^[4] ela traz consigo diversos malefícios entre os quais nos deparamos

3. MCGEE, GLENN. BIOÉTICA PARA INICIANTEs: 60 advertências da fronteira moral do serviço de saúde. Trad.: Barbara Theoto Lambert. São Paulo: Loyola. 2016.

4. HARVEY, David. A compressão do tempo-espaço e a condição pós-moderna. In: A condição pós-moderna. São Paulo:

agora com esse flagelo mundial que se espraia por todos os continentes exatamente em razão da mesma facilidade de se transitar tão rápida e eficazmente pelos meios de transporte disponíveis.

Nesse momento, na tentativa de conter a propagação do vírus, a maioria dos países barraram ou, ao menos, limitaram, os vôos internacionais, entendendo que a triagem de entrada nos aeroportos é uma medida pouco eficaz, indicando Chen et al que mais de 60% dos viajantes não são detectados^[5].

Importante de todo modo, diferenciar isolamento, quarentena e contenção comunitária (Lockdown).

Segundo Freedman e Smith 'Isolamento' é a separação de pessoas doentes com doenças contagiosas de pessoas não infectadas para proteger pessoas não infectadas, e geralmente ocorre em ambientes hospitalares; quarentena significa a restrição de movimento de pessoas que se presume terem sido expostas a uma doença contagiosa, mas não estão doentes, porque não foram infectadas ou porque ainda estão no período de incubação e é uma intervenção aplicada a uma comunidade, cidade ou região inteira, projetada para reduzir as interações pessoais, exceto a interação mínima para garantir suprimentos vitais.^[6]

3. A pandemia do covid-19 como oportunidade para o acesso do humano ao arquétipo da alteridade.

Para o entendimento da hipótese de trabalho colocada, cumpre-se

Loyola, 1989. Cap. 17, p. 257-276.

5. *J Travel Med.* 2020 Mar; 27(2): taaa011. Published online 2020 Jan 27. doi: 10.1093/jtm/taaa011. Potential for global spread of a novel coronavirus from China. Isaac I Bogoch, MD,1,2 Alexander Watts, PhD,3,4 Andrea Thomas-Bachli, PhD,3,4 Carmen Huber, MSA,3,4 Moritz U G Kraemer, DPhil,5,6 and Kamran Khan, MD, MPH1,3,4. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7074660/>

6. *J Travel Med.* 2020 Mar 13;27(2). pii: taaa020. doi: 10.1093/jtm/taaa020. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak. Wilder-Smith A1,2, Freedman DO3. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/32052841>

a necessidade de explicar, ainda que rapidamente, o que vem a ser um arquétipo sob a ótica da psicologia junguiana e, em seguida, estabelecer-se, com a clareza que o caso requer, o que vem a ser arquétipo da alteridade.

Arquétipo não é uma criação de Jung, o qual reconhece que o termo já tinha sido utilizado como a imagem de Deus no homem. Para ele, entretanto, arquétipos são tipos primordiais, de natureza universal, existentes no inconsciente coletivo desde os tempos os mais remotos.^[7]

Para entender essa definição, importante retratar o que vem a ser inconsciente coletivo, haja vista que os dois conceitos estão intimamente ligados.

Com efeito.

Não se pode falar de arquétipos, conforme Jung usa o termo, sem a teoria do inconsciente coletivo, nem poderia o inconsciente coletivo ser coletivo, conforme Jung usa o termo, sem os arquétipos^[8].

Isto porque os arquétipos são nada mais do que os conteúdos do inconsciente coletivo, ou seja, *padrões de percepção e compreensão psíquicas comuns a todos os seres humanos como membros da raça humana*.^[9]

O arquétipo da alteridade é, certamente, a maior contribuição da psicologia simbólica junguiana. Não somente por ser “capaz de dar a todas as polaridades direitos iguais de expressão”.^[10] Mas também porque, conforme a psicologia simbólica junguiana, age na consciência, igualmente.

7. JUNG. C.G. Obras Completas vol 9/1§5. Petrópolis:Vozes.

8. HOPCKE, Robert H. **Guia para a Obra Completa de C.G.Jung**, p.23

9. Idem. p.23.

10. BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia Simbolica Junguiana*. São Paulo: edição do autor. 2016. P. 219

A alteridade é, enquanto arquétipo presente em todos os seres humanos, baseado na compaixão e na possibilidade de empatizar com o outro e sair do poder que separa os indivíduos e ao separá-los, os hierarquiza, como se uns fossem melhores qualificados do que outros por características físicas, sociais, grupais etc.

No caso da doença em questão, pode-se perceber a necessidade de uma vacina, cuja urgência põe cientistas em todo o mundo em colaboração para a criação de um anticorpo que garanta a imunidade.

No desenvolvimento da vacina, como em todas as outras, utilizar-se-á, certamente, de um antígeno que inocule em pessoas saudáveis a patogenia do vírus. Foge-se, assim, da divisão que hierarquiza o antígeno-anticorpo para uma criação que, baseada na alteridade, envolva tanto as características do vírus enquanto doença, como a imunidade representativa da saúde.

Poder-se-ia afirmar que somente quando a humanidade tiver acessado, com efetividade, esse arquétipo é que se poderá qualificar como realmente humana.

4. Um caso que foge ao paradigma da alteridade: aplicação dos princípios da beneficência e da não maleficência

No caso objeto de estudo, a pessoa, após efetuar o teste para detectar a doença e receber recomendações médicas para ficar em casa, decidiu contrariar as orientações e viajou de São Paulo, capital, para Trancoso, na Bahia ^[11].

Ora, o alto grau de contágio do novo coronavírus representa um risco

11. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/empr00esario-infectado-zombou-de-equipe-de-saude-em-trancoso/>> acesso em: 30 de março de 2020.

para a coletividade. Sendo assim, a ação de deslocamento – contrária à determinação médica – tem o condão de possibilitar a disseminação da doença. Em meio a isso, é importante refletir acerca da conduta obrigatória que o sujeito deveria ter praticado e de como a conduta adotada pode configurar violação moral e legal.

O princípalismo, corrente bioética impulsionada por Beauchamp e Childress em sua obra *“Principles of Biomedical Ethics”*, é uma das correntes da Bioética mais difundida até os dias atuais.

Caracteriza-se pela existência de quatro princípios que direcionam o pensamento bioético, quais sejam: a) beneficência; b) não-maleficência; c) justiça; d) autonomia.

É notória a amplitude que as consequências da nova pandemia têm tido em um mundo tão interligado. A globalização encurtou distâncias, conectou pessoas e trouxe novos desafios. Por conta disso, em momentos de pandemia, a necessidade de condutas adequadas e alinhadas ganha força. Comportamentos individuais passam a afetar, com intensidade, grandes grupos. No caso estudado esses comportamentos atingem bens fundamentais: a saúde e a vida.

Nesse contexto, os princípios da beneficência e não-maleficência trazem luz às reflexões acerca das diferenças entre os comportamentos que são moralmente desejados e os comportamentos que são exigidos.

Ferrer e Alvarez, em sua obra conjunta *“Para fundamentar a bioética – Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea”*, estudando Beauchamp e Childress, trazem importante reflexão preliminar acerca da exigibilidade da conduta beneficente.

Afirmam que a ideia média de moralidade não exige sacrifícios demasiadamente altos – como a obrigação de doar os dois rins para

transplante, para ficar no exemplo utilizado na obra. Exigências tão elevadas, portanto, estariam na esfera da “beneficência ideal”^[12].

Por outro lado, Beauchamp e Childress^[13] admitem que nem sempre é fácil diferenciar um ideal moral de uma obrigação moral. É por conta disso que apontam algumas ações nas quais a beneficência extrapola o plano do ideal e adentra o plano da obrigatoriedade.

Nesse contexto, segundo os autores, são regras obrigatórias de beneficência: a) proteger e defender os direitos alheios; b) prevenir os danos que poderiam afetar terceiros; c) eliminar as condições ou situações que pudessem prejudicar outros; d) ajudar as pessoas com incapacidades ou deficiências; e) resgatar as pessoas que estão em perigo.

Tomando como base as condições apontadas por Beauchamp e Childress para que uma ação seja obrigatória^[14] no âmbito da beneficência, a conduta observada deve se adequar aos cinco requisitos de obrigatoriedade apontados pelos autores, quais sejam, objetivamente: a) risco significativo de outros indivíduos sofrerem prejuízos; b) ação do sujeito é necessária para prevenir o perigo ou dano; c) a ação do sujeito, se beneficente, tem grande probabilidade de prevenir a ameaça; d) a ação beneficente não seria um encargo muito pesado para o sujeito; e) o benefício daqueles atingidos pela ação supera os possíveis encargos do sujeito que a praticou.

A observância desses requisitos traria caráter obrigatório de agir de forma benéfica. Sendo assim, o sujeito estaria obrigado a praticar – de forma positiva – ação que trouxesse o bem para outro (ou outros). Ressalta-se que essa obrigatoriedade é excepcional, uma vez que a regra geral não obriga

12. FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2005. p. 134.

13. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of biomedical ethics**. New York. Oxford University Press, 2013. p. 204.

14. *Ibid.*, p. 207.

ninguém a fazer o bem a outrem. Dá-se margem, então, à parcialidade no direcionamento da conduta. Nesse contexto, para o presente caso, torna-se mais adequado a análise pautada no princípio da não-maleficência – também abordado por Beauchamp e Childress em sua obra.

Não obstante a importância da beneficência, este princípio encerra ações positivas que – em geral – não exigem obediência imparcial. Por conta disso, são poucas as ocasiões nas quais a lei regula obrigações e impõe sanções ao seu descumprimento conforme abordado anteriormente. Nesse contexto, torna-se imprescindível trazer ao estudo do presente caso as implicações decorrentes do princípio da não-maleficência.

De acordo com Beauchamp e Childress, normas morais baseadas no princípio da não-maleficência, embora dialoguem com as normas de beneficência, são diferentes. O princípio da não-maleficência impõe proibições negativas. Ouseja, o sujeito deve se abster de agir de determinada maneira, pois tal conduta é proibida.

Em virtude de tal caráter proibitivo, a observância dessas normas morais deve se dar imparcialmente. Por conta desse aspecto negativo – no sentido de proibir condutas -, as normas morais de não-maleficência frequentemente servem como embasamento para proibições legais de determinados comportamentos^[15].

Nesta senda, é possível perceber que, no âmbito do princípio da não-maleficência, as normas morais obrigam os indivíduos a se abster de causar mal uns aos outros^[16].

Há, portanto, uma obrigação moral de agir de maneira “não-maleficente” em relação a todas as pessoas, a todo instante. Destaca-se,

15. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. New York. Oxford University Press, 2013. p. 204.

16. *Ibid.*, p. 150.

então, que a observância do referido princípio ultrapassa a esfera das “relações especiais” – presente no princípio da beneficência. Isso significa que o dever de não causar prejuízos vai além das pessoas com as quais o sujeito tem relação especial. Logo, verifica-se universalidade na exigência da conduta negativa.

Em sua obra “Fundamentos da bioética”, Engelhardt Jr. não diferencia, objetivamente, beneficência e não-maleficência. Entretanto, aponta variações relevantes entre os dois princípios: a primeira diz respeito ao sujeito que, com a intenção malevolente, pratica uma ação que considera má, mas que para o outro é considerada boa; a segunda, por sua vez, diz respeito ao sujeito que pratica uma ação que considera boa, mas é entendida como má pelo outro. Dessa reflexão, Engelhardt Jr. aponta que a não-maleficência é “o elemento mais obrigatório da preocupação moral com a beneficência”, considerando esse princípio como “a rejeição do bem”^[17].

Em pensamento semelhante, Jorge José Ferrer e Juan Carlos Alvarez destacam o papel da não-maleficência como basilar do sistema moral. Para os autores, a obrigação de evitar o mal representa o maior fundamento da vida moral. Neste diapasão, Ferrer e Alvarez reforçam a ideia de Beauchamp e Childress acerca da maior vinculação moral da não-maleficência face à beneficência. Isso porque a primeira é uma obrigação perfeita – universal – que deve ser cumprida imparcialmente; enquanto a segunda admite “o favorecimento de pessoas com as quais se tem relação especial, sendo, portanto, imperfeita”^[18].

Seja considerando a não-maleficência como um princípio autônomo, seja considerando-lhe como desdobramento da beneficência, é notório que sua axiologia está relacionada a não causar o mal a outrem.

17. ENGELHARDT JR, Hugo Tristram. **Fundamentos de bioética**. São Paulo: Loyola; 1996, p. 159.

18. MAXWELL PENNA; Moira, DUARTE; Ivoethe, COHEN; Claudio; AYER DE OLIVEIRA, Reinaldo. **Concepções sobre o princípio da não maleficência e suas relações com a prudência**. Revista Bioética. 2012, 20(1), pp. 78-86. ISSN: 1983-8042. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533258010>> Acesso em: 07 de abril de 2020.

Esta compreensão se relaciona diretamente com a conduta do sujeito do caso objeto de estudo, uma vez que é possível verificar a prática de uma conduta moralmente proibida, que ocasionou prejuízo a uma coletividade.

Entretanto, é importante esclarecer o que seria esse “mal” que o princípio da não-maleficência tenta impedir de se realizar. Para tanto, recorre-se mais uma vez a Beauchamp e Childress.

Nesta senda, os autores trabalham com o conceito de *harm* ^[19], compreendendo-o, dentro do princípio da não-maleficência, como prejuízo ou dano que não tem justificativa moral. Em outras palavras, a ação prejudicial que causa o mal a outrem infringe obrigações de não-maleficência, além de não estar respaldada pela superação de algum outro princípio ético. Dentro disso, seriam exemplos de condutas não-maleficientes: a) não matar; b) não causar dor ou sofrimento; c) não incapacitar; d) não ofender; e) não privar outros de bens da vida ^[20].

Considerando esse contexto, nota-se que o sujeito do caso em estudo, consciente da sua condição de possibilidade de estar infectado pelo novo coronavírus, assume o risco de propagação do contágio e torna-se vetor do vírus. Por conta disso, a informação traz consigo a obrigação de não propagar a doença, sob pena de comprometimento da saúde de toda uma coletividade. O diagnóstico médico claro que foi dado ao sujeito potencializa sua autonomia, uma vez que lhe permite direcionar sua conduta ciente de todos os denominadores envolvidos no processo decisório.

Para melhor visualização da violação praticada pelo sujeito do caso em estudo, faz-se necessário, em primeiro lugar, definir quais seriam as condutas incorporadas no conceito de conduta negativa ou omissão que deveria ter sido observada.

19. A ideia de “prejuízo”, em tradução livre.

20. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. New York. Oxford University Press, 2013. pp. 153-154.

A conduta maléfica praticada foi a contribuição do sujeito na disseminação do vírus. Portanto, de acordo com o princípio da não-maleficência, causou dor e sofrimento, e deveria ter procurado se abster de propagar a doença. Nesse contexto, é aceitável dizer que o sujeito deveria ter seguido a orientação médica e se isolado socialmente assim que soube da possibilidade de diagnóstico positivo. Trata-se de uma determinação técnica especializada cuja finalidade era evitar a propagação da doença contagiosa. Além disso, o sujeito estava devidamente informado das circunstâncias.

Em seguida, é de primordial interesse observar o grau de adequação da conduta não-maleficente esperada e cada um dos critérios apontados por Beauchamp e Childress. Nesta senda, o primeiro ponto a ser observado é o risco inerente ao contexto da pandemia. Por estar contaminado com o novo coronavírus, o sujeito do caso em estudo se torna vetor do vírus. Sendo assim, ficar em isolamento social – seguindo as recomendações médicas – neutralizaria o risco de transmitir a doença para outras pessoas.

A ação de se isolar era a principal medida de prevenção que o sujeito poderia ter tomado para não causar danos a outros indivíduos. Sendo assim, o isolamento se fazia necessário para prevenir a perda ou dano, explicitando a adequação aos critérios que trazem obrigatoriedade à conduta não maleficente. Analisando o caso à luz do principialismo de Beauchamp e Childress percebe-se que muito mais do que não causar objetivamente um dano, o princípio da não-maleficência também obriga o sujeito a não colocar outros em risco de dano^[21].

Nota-se, assim, que a conduta do agente do caso em estudo representa dupla violação ao referido princípio. Primeiro porque a viagem do

21. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. New York. Oxford University Press, 2013. p. 154.

sujeito significou o adoecimento três pessoas – sua esposa, uma amiga e seu cozinheiro. Dano concreto realizado. Segundo pois a mesma viagem colocou em risco ao menos dezesseis pessoas com quem o empresário teve contato e que foram obrigadas a se recolher em isolamento^[22].

A Organização Mundial de Saúde tem reforçado a recomendação de isolamento social como forma de enfrentamento ao Coronavírus[4]. Sendo assim, caso agisse de forma não-maleficente, o sujeito provavelmente teria tido sucesso na prevenção da transmissão – seja pela especificidade da recomendação médica, seja pela dedução lógica de que a ausência de contato com outras pessoas iria impedir o contágio. Logo, teria evitado contaminar e colocar em risco outras pessoas.

Não há como dizer que havia qualquer óbice à conduta não-maleficente. É razoável afirmar que o isolamento social não acarretaria nenhum risco ao agente do caso em estudo, vez que a viagem feita foi puramente para diversão pessoal. O sujeito do caso em estudo foi, em seu jatinho particular, para Trancoso – local notadamente turístico na Bahia. Sendo assim, caso não realizasse a viagem, nada perderia, visto que o lazer efêmero não deve se sobrepor à saúde da população. Portanto, o fator imparcialidade permanece exigível no caso em estudo. Não contrair COVID-19 é mais benéfico para toda a coletividade de sujeitos indeterminados envolvidos na conduta, do que o sujeito do caso em estudo aproveitar alguns dias de lazer na praia em Trancoso.

Segundo a ótica de Beauchamp e Childress, enquanto o princípio da beneficência dá ao sujeito possibilidade de promover o bem apenas para aqueles com os quais tem relação especial, a não-maleficência implica na obrigação moral de não causar danos à saúde de forma universal. Neste

22. Conforme: < <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/empresario-que-levou-coronavirus-para-trancoso-vira-alvo-de-inquerito-policial/>> Acesso em 08 de abril de 2020.

ponto, impõe-se ao sujeito do caso em estudo o dever de não propagar o contágio da doença contagiosa, tampouco colocar outros indivíduos em risco de contaminação. É uma conduta negativa que deve ser observada imparcialmente. Ocorre que, ao viajar para Trancoso, o sujeito pratica a conduta que deveria abster, causando danos e criando riscos. Sua ação, nos moldes do principialismo, é proibida e danosa. A vítima é a sociedade. Não-maleficência é obrigação impositiva, logo, passível de sanção.

5. Referências

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of biomedical ethics**. New York. Oxford University Press, 2013.

ENGELHARDT JR, Hugo Tristram. **Fundamentos de bioética**. São Paulo: Loyola; 1996

FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2005.

MAXWELL PENNA; Moira, DUARTE; Ivolethe, COHEN; Claudio; AYER DE OLIVEIRA, Reinaldo. **Concepções sobre o princípio da não maleficência e suas relações com a prudência**. Revista Bioética. 2012, 20(1), pp. 78-86. ISSN: 1983-8042. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533258010>> Acesso em: 07 de abril de 2020.

Promoção da Confiança Pública e Paralisa Decisória Durante a Pandemia do COVID-19: Encontro Marcado com o RE 1.133.118 (nepotismo em cargos político-administrativos)

PAULO MODESTO

Sumário: 1. *Promoção da Confiança Pública*; 2. *Paralisa Decisória em Tempos de Crise na Área de Saúde*; 3. *Nepotismo em Cargos Político-Administrativos em Repercussão Geral (Tema 1000)*; 4. *Integridade e Governança*; 5. *Referências*.

1. Promoção da Confiança Pública

A confiança é um fator essencial ao funcionamento da Administração Pública. Durante a pandemia do COVID-19 a confiança é um fator crítico. As autoridades devem evitar conduzir as pessoas ao pânico e devem evitar entrar em pânico. Precisam oferecer cenários críveis e coerentes de resposta administrativa a problemas de saúde pública, planejar e executar com rapidez medidas que ampliem a mobilização dos cidadãos em favor de comportamentos de redução de risco. Mas também precisam atuar em cenário de emergência, sem um quadro referencial preciso, seguros de agir com cobertura legal e dentro de suas competências. O direito pode contribuir para promover essas duas vertentes da confiança?

É extensa a literatura jurídica sobre proteção da confiança legítima, mas nesse domínio tradicional o ângulo de observação volta-se à reparação ou correção da confiança fraudada e à fixação de limites à revisão de atos concretos ou normas abstratas favoráveis e previamente estabelecidas pelo

Poder Público. A confiança é protegida à luz da segurança jurídica e do Estado de Direito. Trata-se de tema analisado entre nós de forma sofisticada e ainda atual por ALMIRO DO COUTO E SILVA^[1], referido e desenvolvido por vários estudiosos contemporâneos^[2]. Essa abordagem pressupõe a identificação da base de confiança, isto é, de uma “condição fática de confiança”: comportamento, declaração, decisão ou omissão relevante do Poder Público que suscite a expectativa justificada de uma atuação coerente futura. A finalidade da invocação do princípio da proteção da confiança, nos domínios da administração pública, é proteger o cidadão contra o exercício caprichoso, surpreendente, contraditório, desigual ou arbitrário do poder. A confiança salienta nesse território limites de segurança para o cidadão.

A abordagem que proponho nesse texto convoca outra dimensão do tema confiança pública e outras interrogações: quais as medidas concretas, envolvendo o desenho organizacional e funcional da administração pública, contribuem para a construção da confiança administrativa em tempos de crise sanitária? Nessa abordagem a confiança comparece igualmente como elemento de redução de complexidade e antecipação da atuação futura do Poder Público. Mas o foco não é a proteção do cidadão e sim a ampliação do seu envolvimento com a ação governamental, sendo a confiança sob esse ângulo não um limite, mas um *reforço à eficácia da atuação do Poder Público*. A confiança como substrato para a colaboração ativa do cidadão no cumprimento eficaz da própria decisão administrativa.

1. Vários textos fundamentais do querido mestre e amigo gaúcho, publicados na década de oitenta e seguintes, foram reunidos em livro e são de consulta obrigatória: COUTO E SILVA, Almiro. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. Vale conferir também os estudos em homenagem ao mestre reunidos por um dos seus discípulos mais próximos: ÁVILA, Humberto (org). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2015. Trabalhei com ALMIRO em duas comissões de elaboração legislativa: a primeira destinada a preparar o anteprojeto da atual Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9784/99) e a segunda destinada a esboçar o anteprojeto de nova organização administrativa da União, com substituição do Decreto-Lei 200/67, projeto ainda pendente de decisão política. Era um jurista fascinante e maduro, sóbrio e ao mesmo tempo espirituoso e bem humorado, um amigo de décadas que deixou uma lacuna enorme há exatos dois anos, em 16/04/2018. Pela coincidência das datas em que este texto foi escrito e pela lembrança forte do seu exemplo, dedico esse breve texto a este amigo inesquecível.

2. Destaco, entre muitas monografias, no Brasil: ARAUJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016; ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016; MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006; BAPTISTA, Patrícia. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006; QUINTELA, Guilherme Camargo. *Segurança Jurídica e proteção da confiança*. Belo Horizonte: Fórum, 2013; SIMONETTI, José Augusto. *O Princípio da Proteção da Confiança no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2017; VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010; DAL POZZO, Antonio Aroldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. *Ensaio sobre o conteúdo jurídico da confiança legítima e sua incidência no setor de infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Esse segundo ângulo de abordagem - confiança pública como *fator de eficácia para programas governamentais* - é usual em estudos de teoria social e análise política.^[3] Mas o direito pode também identificar decisões, normas e formas de atuação e de organização da administração que incrementam a confiança pública nesse segundo sentido. Algo essencial em tempos de pandemia. Se o cidadão não confia na orientação de autoridades públicas, ou recusa a legitimidade da própria autoridade, como fortalecer a colaboração e o envolvimento do cidadão no combate à disseminação do COVID-19?

O tema permite várias estradas de acesso. Para referir a algo mais específico, destaco três questões urgentes, para as quais o direito pode oferecer contribuição: a) reforço à credibilidade da liderança administrativa; b) incremento da velocidade de resposta administrativa; c) ampliação da segurança da ação.

Neste artigo abordo apenas o primeiro tema, que admite igualmente vários ângulos de consideração. Mas destaco aspecto que está na ordem do dia no STF, em vias de decisão, embora a Corte não o tenha ainda visualizado à luz do direito administrativo da crise e da promoção da confiança pública.^[4]

2. Paralisia Decisória em Tempos de Crise na Área de Saúde

Em períodos de crise a história acelera e múltiplas decisões devem ser adotadas pela Administração Pública e por agentes privados. Paradigmas tradicionais de administrar, bilaterais e simplórios, mostram-se ineficazes diante de relações poligonais, envolventes de diversos agentes, centros de

3. Cf., por exemplo, MOISÉS, José Álvaro (org). *Democracia e Confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: Edusp, 2010. Confira também sob o ângulo de administradores: BOUCKAERT, Geert. Trust and public administration. *Administration*. 60. 91-115, 2012.

4. Os itens dois e três desse artigo foram destacados e publicados pelo autor na Coluna Interesse Público, do Conjur, de 16 de abril de 2020, sob o título "Paralisia decisória, nepotismo e a pandemia da Covid-19", cf. <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/interesse-publico-paralisia-decisoria-nepotismo-pandemia-covid-19>

poder e interesses públicos e privados, que disputam recursos escassos. Em tempos de grave incerteza, com a rápida dissolução da rotina, agentes burocráticos simplesmente paralisam ante a complexidade técnica e política dos litígios e, outros, diante dos novos desafios, adotam postura de negação, isto é, recusam-se a reconhecer a ocorrência de eventos relevantes e que exigem decisão imediata. Essa paralisia decisória é um tema importante para o direito administrativo.

Na administração pública, práticas clientelistas, como o loteamento de cargos estratégicos com pessoal sem vocação de liderança, muitas vezes sem nível superior ou formação técnica suficiente, agravam a crise, pois momentos extraordinários não suportam apenas a continuidade da rotina. Em momentos de pandemia ou medo pandêmico, o “código do fracasso” (de DROMI) converte-se em “código de tragédia” ^[5].

Essa é a primeira questão que um olhar atento sobre a crise atual não pode desconsiderar: não se pode mais aceitar como juridicamente legítima a improvisação de lideranças administrativas. Aceitar a nomeação de secretários(as) de saúde que nada entendem de medicina, que não são médicos(as), biólogos(as), enfermeiros(as) ou administradores (as) especializados, mas simplesmente familiares da autoridade política. Em momentos de emergência sanitária e humanitária fica evidente a intolerabilidade da nomeação de autoridades administrativas ou político-administrativas sem preparo técnico para funções que exigem liderança técnica, convocadas unicamente a partir de relações de parentesco ou vínculos circunstanciais, que na crise simplesmente cruzam os braços ou vociferam frivolidades. A credibilidade da Administração Pública sucumbe quando o cidadão não localiza nos cargos de direção técnica agentes

5. Recordo aqui o conhecido “código do fracasso”, que ROBERTO DROMI utilizou para explicar como alguns setores da administração pública argentina haviam se convertido em “caras máquinas de impedir”: “Artigo primeiro: não pode. Artigo segundo: em caso de dúvida, abstenha-se. Artigo terceiro: se é urgente, espere. Artigo quarto: sempre é mais prudente não fazer nada”. Ver DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 35.

preparados para atender aos desafios da liderança.

Pode surpreender alguns, mas neste país continental, em cidades grandes e pequenas, é comum encontrar secretários de saúde sem formação técnica e é possível que isto esteja ocorrendo em plena crise sanitária. Há secretários de saúde com apenas segundo grau, sem noções mínimas de administração ou medicina, mas que precisam coordenar hospitais e centros de saúde, comandar equipes de atendimento e socorro, apenas com um carimbo na testa: são irmãos, sobrinhos, maridos, esposas, filhos e filhas de agentes políticos. Foram nomeados livremente e defendem a lisura da nomeação administrativa familiar, unilateral e discricionária, sob o argumento de ocuparem cargos políticos, embora não tenham sido eleitos para cargo algum. Invocam precedentes do STF e afirmam que contra as suas designações não se pode aplicar a Súmula Vinculante 13 (Antinepotismo) ou qualquer princípio republicano da Constituição Federal.^{6]} De fato existem precedentes, mas é uma leitura simplificada, falsa e injuriosa ao Supremo Tribunal afirmar que o órgão autoriza qualquer espécie de *farra administrativa familiar de primeiro escalão*.

3. Nepotismo em Cargos Político-Administrativos em Repercussão Geral (Tema 1000)

Em agosto de 2008, sob a Presidência do Min. GILMAR MENDES, com fundamento direto nos princípios da impessoalidade, igualdade, eficiência e moralidade enunciados expressamente na cabeça do art. 37 da Constituição da República, no princípio republicano e em três precedentes da

6. Não são hipóteses acadêmicas. Em diversos precedentes do STF o cargo de Secretário de Saúde, que mobiliza recursos expressivos, era o *locus* do questionamento. Ver, por exemplo, Rcl 26448 / RJ, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 12/09/2019 (nomeação do pai do vice-prefeito da cidade para o cargo de Secretário Municipal de Saúde); Rcl 33818 / MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 01/04/2019 (filha do Prefeito nomeada Secretária Municipal de Saúde); RE 579.951, Pleno, DJe 24.10.2008, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (irmão de Vereador nomeado Secretário Municipal de Saúde); Rcl 26424 MC/RN, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, J. 28/06/2018 (filho do Prefeito nomeado Secretário de Saúde). Os exemplos poderiam ser multiplicados à exaustão.

Corte^[7], o STF editou Súmula Vinculante *proibindo a nomeação de cônjuges, companheiros e parentes até o terceiro grau para os cargos comissionados ou funções gratificadas nos três Poderes*, inclusive mediante designações cruzadas, com o seguinte teor:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

A Súmula Vinculante n. 13 não pretendeu esgotar todas as hipóteses de nepotismo^[8] ou enunciar qualquer autorização para o provimento administrativo unilateral e discricionário de cargos de primeiro escalão do Poder Executivo com finalidade de favorecimento familiar.^[9]

Porém, a SV13 constituía uma norma, elaborada a partir de precedentes da Corte e, como toda norma, foi objeto de interpretações diversas na intimidade do próprio STF. Algumas decisões estabeleceram exceções à proibição enunciada ou restringiram os seus limites. A mais grave das ressalvas foi germinada nas primeiras decisões da Corte sobre o tema nepotismo, a partir de uma distinção ausente do enunciado da súmula *entre o favorecimento familiar de agentes no provimento de cargos administrativos*

7. Cf. ADC 12, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgamento em 16/2/2006, DJ de 1º/9/2006; MS 23.780, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2005, DJ 3/3/2006; RE 579.951 RG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Dje de 24/10/2008, Tema 66.

8. “A redação do enunciado da Súmula Vinculante 13 não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo da Administração Pública, uma vez que a tese constitucional nele consagrada consiste na proposição de que essa irregularidade decorre diretamente do caput do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal sobre o tema” (STF, Rcl 15.451 AgR, Rel. min. DIAS TOFFOLI, P, j. 27-2-2014, DJE 66 de 3-4-2014).

9. Cf. Rcl 12.478 MC, rel. min. JOAQUIM BARBOSA, dec. monocrática, j. 3-11-2011, DJE 212 de 8-11-2011; RCL 26424 MC/RN, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 04/09/2018, Dje-188 DIVULG 06/09/2018.

e no provimento de “cargos políticos” ou “político-administrativos” (STF, RE 579.951/RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Rcl 6650 MC-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE; Rcl 7.590-MC/PR, Rel. Min. MENEZES DIREITO).

Segundo essa interpretação, difundida amplamente sem os matizes presentes nos debates da Corte, a SV 13 seria aplicável apenas a funções de confiança e cargos em comissão puramente administrativos, de livre nomeação e livre exoneração. O provimento de cargos políticos, mesmo os não eletivos, não sofreria as limitações da proibição de nepotismo. É dizer: cargos de secretários municipais, secretários estaduais, ministro de estado, situados no cume da administração pública, poderiam ser titularizados por parentes imediatos do governante, sem a possibilidade de se qualificar o respectivo ato de designação como inválido por nepotismo.^[10]

Para exemplificar de forma simples: o Prefeito Municipal não poderia nomear a sua esposa para o cargo de diretora de estabelecimento escolar, mas poderia nomeá-la para Secretária Municipal de Educação. Não poderia nomear o irmão motorista, mas poderia nomeá-lo Secretário de Transportes. Não poderia nomear o filho estudante de medicina diretor de hospital, mas poderia nomeá-lo Secretário de Saúde.

É equívoco afirmar, porém, que o STF tenha admitido a nomeação irrestrita de parentes para cargos de primeiro escalão da administração pública brasileira. A Corte, ao tratar da matéria, assentou em diversos julgados reservar-se a apurar caso a caso situações de abuso, nepotismo

10. Tratei com maior detalhe do tema em artigo escrito em 2012 e publicado em 2013 na coletânea organizada em homenagem a MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: MODESTO, Paulo. Nepotismo em Cargos Político-Administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago (organizadores). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 260-298. O texto integral do artigo está disponível também na web: <https://www.academia.edu/7789409> (Acesso em 15/04/2020). Ampliei também aspectos diversos do tema, a exemplo do princípio republicano e das exigências atuais da liderança pública, em texto escrito por ocasião das celebrações dos trinta anos da Constituição: MODESTO, Paulo. É possível superar o clientelismo na Administração Pública do Brasil? Argumentos jurídicos e sugestões para limitar a criação e o provimento abusivo de cargos públicos em comissão nos 30 anos da constituição de 1988. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 9-55, jul./set. 2018. Disponível também na web: <https://www.academia.edu/37780364>

cruzado e falta de razoabilidade em designações de primeiro escalão, inclusive eventual ausência de qualificação técnica dos nomeados como indicativo de fraude à lei e aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência na administração pública (STF, Rcl 8625/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, J. 01/12/2009; Rcl 6938 MC/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 22/08/2011; Rcl 11605 MC / SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 29/06/2012; Rcl 14.497 MC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 11/10/2012) Trata-se de orientação que atenua o problema, mas é evidentemente imprópria para uma Suprema Corte, que não deve cuidar de avaliar situações concretas^[11], cumprindo-lhe antes fixar critérios gerais e objetivos de aplicação da Constituição Federal na matéria.

Com o tempo e a sucessão de abusos, alguns Ministros em decisões de turma passaram a recusar explicitamente, para efeitos de censura por nepotismo, a relevância da distinção entre cargo administrativo/cargos político-administrativo, e a proclamar inválidas as nomeações familiares para cargos de primeiro escalão independentemente da análise concreta de aptidão técnica ou presença de fraude ou nepotismo cruzado nas nomeações. Essas decisões ora invocavam diretamente os princípios republicanos da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, implícitos na Súmula Vinculante 13^[12], ora recusavam qualquer ressalva expressa a

11. Cf. “Ementa: Direito Administrativo. Agravo interno em reclamação. Nepotismo. Súmula Vinculante 13. 1. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral. Precedentes. 2. Não há nos autos qualquer elemento que demonstre a ausência de razoabilidade da nomeação. 3. Agravo interno a que se nega provimento.” (Rcl 28024 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, DJe-125 DIVULG 22-06-2018, PUBLIC 25-06-2018). Cf. também Rcl 23.131 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 18/04/2017).

12. EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE N. 13. CONCEITO DE PARENTESCO DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. SERVIDOR COM VÍNCULO EFETIVO. CONFLITO DE INTERESSE CONFIGURADO. APLICABILIDADE DA SÚMULA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O nepotismo subverte os valores que devem pautar o desempenho das funções administrativas. Ao invés de se avaliar a pessoa subordinada à autoridade nomeante por critérios de eficiência, privilegiam-se critérios alheios ao bom desempenho da Administração. 2. A proibição ao nepotismo decorre diretamente dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência e é evidente que eles também incidem sobre os chamados cargos políticos. Quanto mais próximo da legitimidade do voto popular, maior a responsabilidade do governante para afastar qualquer conflito de interesse que possa macular sua atuação. Quanto mais alto o cargo, maior deve ser a exigência pela obediência incondicional à Constituição e a seus princípios. 3. Quando a nomeação para cargo ou a designação para função recai sobre servidor que tem relação de parentesco ou relação íntima com a autoridade nomeante, há incidência da Súmula Vinculante n. 13, mesmo se houver vínculo efetivo, pois, nesses casos, tal como se dá com a nomeação de quem não o tem, o exercício do cargo passa a atender critérios que não são exclusivamente públicos e a confiança que se deve ter no desempenho da função pública é prejudicada. 4. O conceito de parentesco para efeitos da incidência da Súmula não coincide com o do Código Civil, pois o problema não é de definir quais

essas hipóteses na Súmula.^[13]

Hoje a situação é de incerteza jurídica e quase loteria na Corte. Para alguns, a Constituição autoriza ampla liberdade para a designação unilateral dos agentes de primeiro escalão da administração pública e a SV 13 não os abrange; para outros, a Súmula 13 não cuida do tema, tendo sintetizado restrições apenas ao provimento de cargos administrativos simples, podendo ser objeto de reformulação ou alteração para abranger outras hipóteses; outros ainda, consideram a SV abrangente dos provimentos administrativos de primeiro escalão desde sempre, pois sintetiza princípios republicanos que colhem a todos os agentes públicos. A própria extensão do conceito de cargo político é problemática^[14].

A decisão uniforme dessa matéria sensível parece estar mais próxima. Em 19/02/2020 voltou ao Gabinete do Relator, Min. LUIZ FUX, já com todos os pareceres e informes cabíveis, os autos do *RE 1133118*, para fixação em Plenário do STF da legitimidade constitucional ou não da exclusão, em lei, do conceito de nepotismo para designação de cargos de primeiro escalão na administração pública. Em 15/06/2018 o Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral para a questão constitucional

são os parentes para efeitos civis, mas definir quais aquelas pessoas que, sob a classe de parentela, tendem a ser escolhidas, não por interesse público, mas por interesse de caráter pessoal. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Rcl 26448 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 20/12/2019, DJe-023 DIVULG 05-02-2020)

13. Voto vencido do Min. MARCO AURÉLIO na Recl. 6650 MC-AgR/PR. E esse tem sido o seu entendimento, mantido em decisões monocráticas ao longo do tempo, por exemplo RCL 26424 MC/RN, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 04/09/2018, DJe-188 DIVULG 06/09/2018.

14. O conceito de cargo político no Brasil não é preciso ou unívoco. Admite inteligência doutrinária e jurisprudencial ampla ou restritiva. No texto *Nepotismo em Cargos Político-Administrativos*, de 2012, sugiro que o regime jurídico dos cargos políticos não é uniforme: há cargos políticos de provimento vinculado (v.g. cargos político-representativos, como os deputados, e cargos a que se acende por concurso público, como os juízes e promotores); cargos políticos de provimento condicionado ou compartilhado entre mais de um órgão (cargos político-funcionais, a exemplo dos embaixadores) e cargos de provimento unilateral e precário (cargos político-administrativos, a exemplo dos secretários e Ministros de Estado). Nos dois últimos casos, os cargos político-funcionais e cargos político-administrativos, a apuração sobre desvio na escolha do governante é sempre cabível, sendo possível cogitar inclusive de situações típicas de desvio de finalidade e ilegitimidade constitucional por nepotismo. Os cargos político-representativos não suscitam o tema do nepotismo por ser a eleição forma de provimento vinculado. E não se diga que esta diferenciação com base no provimento é artificial ou acadêmica. O STF tem atuado em casos paradigmáticos em matéria de provimento – por exemplo, em 2016, decisão do Ministro GILMAR MENDES no MS 34.070, considerou hipótese de “desvio de finalidade” e sustou nomeação do Ex-Presidente Lula como Ministro Chefe da Casa Civil (cargo político-administrativo típico, de provimento unilateral e precário); em 2017, na Reclamação (RCL) 26303, o Ministro MARCO AURÉLIO suspendeu decreto do Prefeito do Município do Rio de Janeiro, MARCELO CRIVELLA, que nomeava seu filho MARCELO HODGE CRIVELLA, para o cargo de secretário chefe da Casa Civil da Prefeitura. E muitas outras decisões poderiam ser referidas (v.g. Rcl8.625-ELLEN GRACIE, DJe 26.4.2010; RCL6.938 MC/MG-CÁRMEN LÚCIA, DJE 02/09/2011; Rcl 12.478-MC/DF, JOAQUIM BARBOSA).

suscitada, que passou a ser o *Tema 1000* na lista da Corte ^[15]. A decisão do caso terá efeito vinculante e fulminará, espera-se, a situação atual de insegurança jurídica para os gestores e para os próprios órgãos de controle. É um tema que merece atenção de todos, especialmente neste momento em que a credibilidade do poder público é essencial para a própria proteção da saúde pública.

4. Integridade e Governança

Em uma democracia, a decisão política de escolha de representantes deve ser livre e soberana, pois o titular da soberania é o povo. Ainda assim a liberdade não é plena, pois a própria Constituição Federal impede a criação e manutenção de partidos políticos que contravenham ao regime democrático, violem os direitos fundamentais da pessoa humana ou a soberania nacional, recebam recursos financeiros de governos estrangeiros ou utilizem organizações paramilitares. Mas as decisões administrativas subseqüentes, emitidas por governantes, estas devem estar sujeitas a limites e a escrutínio jurídico ainda mais rigoroso. É erro confundir eleição (forma de provimento vinculado) com nomeação unilateral (forma de provimento discricionário). Eleição respeita-se, observada a lisura do procedimento de escolha e exigências democráticas elementares; nomeação é ato administrativo vinculado a fins, o que em uma República significa observância de limites materiais incontornáveis. Exigências materiais que não se compatibilizam com o favorecimento de interesses domésticos na gestão pública, que contrastam com práticas que já deveriam estar superadas, inclusive por serem incompatíveis com a promoção da confiança pública.

Essa constatação é universal. Cada vez mais os governos, mesmo em Estados unitários, compõem sistemas de vários níveis, que não são

15. O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no site do Supremo Tribunal Federal através do link: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314646429&tipoApp=.pdf>

administrados de forma imperial e exclusiva, mas em rede, mediante procedimentos cooperativos complexos (supervisão, co-decisão, transferências de competência e transferências financeiras), exigentes de confiança recíproca, profissionalismo e um alto nível de integridade. Governar hoje é em grande parte suscitar e fortalecer a confiança entre os parceiros privados, na população e entre os diversos níveis de governo da área pública. Não por acaso, na 36ª Sessão do Congresso dos Poderes Locais e Regionais do Conselho da Europa, realizada em 2 a 4 de abril de 2019, foram aprovadas duas resoluções (as Resoluções 441 e 428) e um relatório especial dedicado à redução do nepotismo através de procedimentos de recrutamento claros, equitativos e transparentes. No item 3 da Resolução 441, por exemplo, a confiança pública é um dos motes do combate ao nepotismo.^[16]:

Confiança não é sentimento ou esperança. Não é delegação cega, mas crédito fundado em expectativas racionais e específicas. Como ensina LUHMANN, confiança vincula-se a cálculo de riscos, sendo forma de redução da complexidade sobre as múltiplas alternativas de atuação de outros no futuro.^[17] Confiamos para decidir, inclusive para cooperar, pois para cooperar precisamos acreditar que o outro retribuirá a cooperação e será fiel ao compromisso assumido. Nessa crença há uma avaliação crítica do resultado e o risco de frustração das expectativas. A confiança suscita a presunção de estabilidade e continuidade, certa ilusão sobre as variáveis envolvidas e supõe comportamento consequente e coerente. Se a opinião pública, ou grande número dos cidadãos, identificar que as decisões administrativas não visam ao bem comum e sim apenas ao bem familiar ou de grupos próximos, em manifestação de nepotismo ou clientelismo, desmoronam os pilares da confiança pública,

16. "Local and regional authorities are especially vulnerable to nepotism, and other forms of favouritism, due to their size, autonomy and proximity with citizens. As nepotism practices in these circumstances can be more visible to the general public, they have greater potential to damage the public trust. The establishment of sound human resources management practices is therefore of utmost importance for underpinning public trust and fighting corruption." Em tradução livre: "As autoridades locais e regionais são especialmente vulneráveis ao nepotismo e a outras formas de favoritismo, devido ao seu tamanho, autonomia e proximidade com os cidadãos. Como as práticas de nepotismo nestas circunstâncias podem ser mais visíveis para o público em geral, elas têm maior potencial para prejudicar a confiança do público. O estabelecimento de boas práticas de gestão de recursos humanos é, portanto, de suma importância para sustentar a confiança pública e combater a corrupção". As resoluções são acompanhadas do relatório, de extraordinária clareza. Ver o inteiro teor do documento em <https://rm.coe.int/fighting-nepotism-within-local-and-regional-authorities-governance-com/16809312c3> [acesso em 16/04/2020].

17. LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução de Amanda Flores, corrigida e cotejada com original alemão por Dario Rodrigues Mansila. 1ª reimpressão. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 39e segs.

comprime-se o horizonte do tempo, e o compromisso com o futuro deixa de contar com a adesão dos agentes desiludidos. Em plena crise da pandemia do Covid-19 essa desilusão custa vidas.

5. Referências

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2016.

ÁVILA, Humberto (org). Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Teoria da Segurança Jurídica. 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BAPTISTA, Patrícia. Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006.

COUTO E SILVA, Almiro. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

DAL POZZO, Antonio Aroldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. Ensaio sobre o conteúdo jurídico da confiança legítima e sua incidência no setor de infraestrutura. São Paulo: Contracorrente, 2019.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. In <https://rm.coe.int/fighting-nepotism-within-local-and-regional-authorities-governance-com/16809312c3>. Acesso em: 16/04/2020.

LUHMANN, Niklas. Confianza. Tradução de Amanda Flores, corrigida e cotejada com original alemão por Dario Rodrigues Mansila. 1ª reimpressão. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

MAFFINI, Rafael. Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MODESTO, Paulo. É possível superar o clientelismo na Administração Pública do Brasil? Argumentos jurídicos e sugestões para limitar a criação e o provimento abusivo de cargos públicos em comissão nos 30 anos da constituição de 1988. In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 9-55, jul./set. 2018. Disponível também na web: <https://www.academia.edu/37780364>

_____. Nepotismo em Cargos Político-Administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago (organizadores). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 260-298.

_____. Paralisa decisória, nepotismo e a pandemia da Covid-19. In <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/interesse-publico-paralisa-decisoria-nepotismo-pandemia-covid-19>. Acesso em: 16 de abril de 2022

MOISÉS, José Álvaro (org). *Democracia e Confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: Edusp, 2010.

QUINTELA, Guilherme Camargo. *Segurança Jurídica e proteção da confiança*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SIMONETTI, José Augusto. *O Princípio da Proteção da Confiança no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2017.

VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

A Crise do Coronavírus (COVID-19) à Luz dos Direitos Humanos e Seus Efeitos nas Contratações Públicas

PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Sumário: 1. Introdução; 2. Pandemia do covid-19: a saúde pública, os direitos humanos e o princípio da transparência; 2.1 Quarentena, bloqueios e proibições de viagens em conformidade com as normas de Direito; 2.2 Proteção às pessoas sob custódia e em Instituições; 3. Proteção dos pacientes e dos trabalhadores da saúde na pandemia; 4. A educação em meio à pandemia do covid-19; 5. Os efeitos do covid-19 nas contratações e gestão pública; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. Introdução

A lei internacional de direitos humanos assegura a todos os indivíduos o direito à uma saúde de qualidade, obrigando os governos a adotarem medidas que combatam possíveis danos à saúde pública e prestem assistência médica àqueles que dela necessitem. Esta lei também reconhece que, no contexto de emergências públicas e sérias ameaças à saúde pública de uma nação, algumas restrições a direitos podem ser justificadas, desde que sejam estritamente necessárias, pautadas em evidências científicas, de duração limitada, de aplicação não discriminatória, mas respeitadoras da dignidade humana, com lastro na lei.

Em dezembro apareceram casos de pessoas contaminadas com uma nova doença infecciosa, o novo coronavírus - COVID-19 e até o momento inexistente uma vacina para prevenir o COVID-19, motivo de preocupações

às autoridades de saúde e governamentais sobre a sua propagação pelo mundo e local.

Indubitavelmente, as pandemias demonstram que o capitalismo neoliberal não capacitou o Estado para atender às urgências, onde cada um deles responde de forma autônoma a situações de emergência.

À medida que a pandemia do COVID-19 se espalha, as pessoas em todo o mundo enfrentam o impacto devastador que está causando agora sobre famílias, amigos e comunidades, e continuarão a ocorrer no futuro. Esta é uma crise de direitos humanos no sentido mais amplo e imediato - e um lembrete de nossa humanidade comum e de que todos somos iguais em dignidade e direitos humanos^[1].

O sistema internacional de direitos humanos como o conhecemos hoje nasceu das lições das décadas de 1930 e 1940 e das esperanças de um futuro melhor. Hoje, os direitos humanos são fundamentais para a situação que todos enfrentamos. No fundo, os direitos humanos são uma proteção contra o poder do Estado e uma exigência de que nossos governos usem seu considerável poder para proteger nossas vidas, saúde e bem-estar^[2].

Todos nós temos responsabilidades um com o outro nesta crise, mas o governo tem um dever abrangente de proteger nossa saúde e bem-estar. Só pode cumprir sua obrigação se colocar os direitos humanos no centro de sua resposta, como contido no art 1º, III, da Carta Magna de 1988.

Ao introduzir medidas de emergência, é vital desde o início que o governo garanta que os direitos humanos estejam no centro de todos os

1. PIRONTI ADVOGADOS. COVID-19: Reflexos e implicações nas contratações públicas. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-REFLEXOS-E-IMPLICAC%CC%A7O%CC%83ES-NAS-CONTRATAAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS.pdf.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

2. REIS, Luciano Elias.; ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de. *Contratação Pública Extraordinária no Período de Coronavírus*. Disponível em: https://www.zeniteneews.com.br/legislacao-covid-19/contratacao_publica_extraordinaria_no_per%C3%ADodo_do_coronavirus_19.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

esforços de prevenção, preparação, contenção e tratamento, a fim de melhor proteger a saúde pública, o bem-estar e apoiar os grupos e indivíduos mais em risco^[3].

O governo deve fornecer apoio econômico completo para proteger o direito das pessoas a uma casa, ao trabalho e a um padrão de vida adequado. Eles precisarão agir e estender os braços de proteção e apoio do Estado, talvez mais amplamente do que nunca^[4].

Essas medidas devem se concentrar principalmente nos mais vulneráveis, nos que já estão lutando e nos menos protegidos. Nessas circunstâncias excepcionais e na emergência de saúde pública, o governo está introduzindo poderes, decorrentes do poder de polícia, em face da emergência. Isso deve ser feito com cuidado para proteger e respeitar nossos direitos humanos. Citadas medidas devem ser temporárias, sujeitas a um exame regular, e passarem por uma revisão genuína antes de qualquer extensão. As disposições do projeto de lei devem ser proporcionais e quaisquer derrogações aos direitos humanos e devem estar de acordo com o direito internacional dos direitos humanos^[5].

O vírus não discrimina, embora se saiba que certos grupos parecem estar em maior risco de doenças graves e morte. Segundo a Organização Mundial da Saúde, idosos e pessoas com condições médicas pré-existentes, como asma, diabetes ou doenças cardíacas, dentre outras, são mais vulneráveis a contrair o vírus.

Enquanto vemos as histórias de incidentes de racismo e discriminação-atos motivados pelo medo e pela ignorância -, também vemos como as

3. JUSTEN FILHO, Marçal. **Efeitos jurídicos da crise sobre as contratações administrativas**. 2020. Disponível em: <https://seac-rj.com.br/artigo-efeitos-juridicos-da-crise-sobre-as-contratacoes-administrativas/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

4. PIRONTI ADVOGADOS. **COVID-19: Reflexos e implicações nas contratações públicas**. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-REFLEXOS-E-IMPLICAC%CC%A7O%CC%83ES-NAS-CONTRATAAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS.pdf.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

5. *Ibidem*.

comunidades se reúnem para apoiar umas às outras, através de atos individuais e coletivos de bondade, seja observando vizinhos idosos ou aplausos em massa para demonstrar sua apreciação para com os profissionais de saúde. Estamos orgulhosos de que grupos e ativistas da Anistia Internacional estejam fazendo sua parte, oferecendo apoio aos mais necessitados em suas comunidades ^[6].

São importantes as medidas que incluem alívio de hipotecas e apoio a empresas, mas deve haver preocupação com as lacunas e questões significativas que ainda restam, inclusive para quem está alugando suas casas.

Os programas de apoio financeiro tanto aos cidadãos quanto às empresas são bem-vindos, como forma de manter, de alguma maneira, o mínimo poder aquisitivo e a economia funcionando ^[7]. Diante disso, no âmbito do direito administrativo, em razão da pandemia, no Brasil, em 06 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei nº 13.979, seguida da Medida provisória nº 926 de 20 de março de 2020, que determinaram medidas de enfrentamento na emergência de saúde pública decorrente do coronavírus – COVID-19, responsável pelo surto mundial.

Posto isto, o presente artigo objetiva abordar a pandemia do COVID-19 à luz dos direitos humanos, apresentando dados sobre sua propagação e, ainda, analisando as principais providências e modificações, no que se refere às contratações públicas. Para tanto, foram analisados dispositivos legais do ordenamento jurídico pátrio, correlacionando as informações com os acontecimentos atuais, a fim de aguçar a capacidade crítica do leitor. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica e qualitativa, com caráter exploratório. A pesquisa concluiu que a escala e gravidade da pandemia

6. ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Declaração sobre o Coronavírus**. 2020.

7. PIRONTI ADVOGADOS. **COVID-19: Reflexos e implicações nas contratações públicas**. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-REFLEXOS-E-IMPLICAC%CC%A7O%CC%83ES-NAS-CONTRATAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

do COVID-19 se intensificaram a ponto de ameaçar a saúde pública e por consequência, a vida humana, justificadoras de limitações a determinados direitos, como os que resultam na imposição de quarentena ou isolamento, limitando a liberdade de ir e vir e, em outra parte, quanto a alteração dos procedimentos na Administração Pública relativamente a contratações, pois exige a tomada de decisão célere em prol da sociedade que requer rápida solução, de uma maneira mais simplificada e pouco burocrática.

2. Pandemia do covid-19: a saúde pública, os direitos humanos e o princípio da transparência

O COVID-19 é uma variação da família coronavírus. Sua propagação teve início em 31 de dezembro de 2019, na China, conforme alerta emitido pela Organização Mundial da Saúde-OMS^[8].

A primeira vítima letal do vírus ocorreu na china e foi um homem de 60 anos com problemas de saúde e a doença assemelha-se à Síndrome Respiratória Aguda Severa - Sars^[9].

Boaventura de Sousa Santos^[10] reitera que “a actual pandemia não é uma situação de crise claramente contraposta a uma situação de normalidade”.

Atualmente, a nível mundial, o vírus já atingiu 3 milhões de pessoas e mais de 200 mil mortes foram confirmadas, sendo os Estados Unidos o país que concentra o maior número de infectados, com mais de 1 milhão de casos e com mais de 66 mil mortes, mais de 18 mil apenas em Nova Iorque.

8. AGÊNCIA BRASIL. **Saiba tudo sobre o novo Coronavírus e a doença que ele provoca**. 12/03/2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/saiba-tudo-sobre-o-novo-coronavirus-e-covid-19>. Acesso em: 15 abr. 2020.

9. UOL NOTÍCIAS. **O perfil dos mortos pelo novo coronavírus: mais de 60 anos e com problemas de saúde**. 04/02/2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/afp/2020/02/04/o-perfil-dos-mortos-pelo-nov...> Acesso em: 16 abr. 2020.

10. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. São Paulo: Almedina, 2020, s/p.

Na Europa o número de infectados também é alta, a Espanha totaliza mais de 200 mil casos infectados e mais de 25 mil mortes e a Itália totaliza mais de 210 casos e mais de 28 mil mortes^[11].

No Brasil, segundo dados divulgados pelo Ministério da Saúde, 96.559 casos foram confirmados com 6.750 mortes. O maior índice se encontra em São Paulo, com a média de 31.174 e 2.586 mortes, seguida do Rio de Janeiro com 10.546 casos e 971 mortes e Ceará com 8.309 casos e 638 mortes^[12].

Neste viés, o Sistema Único de Saúde (SUS) pode, de acordo com projeções, sofrer um crescimento da **demanda em proporções imensuráveis** por causa da **propagação do coronavírus no Brasil**. Logo, deve o governo mediante a implementação da Rede de Atenção à Saúde, estabelecer o “conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde”^[13], eis que se assim não fizer inviabilizará o sistema nacional de saúde.

A declaração de Emergência em Saúde Pública contempla situações epidemiológicas que apresentem risco de disseminação nacional^[14]. Como outras doenças infecciosas, o novo coronavírus – COVID-19 apresenta um risco maior para as populações que vivem próximas umas das outras. A doença também afeta desproporcionalmente idosos e indivíduos com comorbidades, como doenças cardiovasculares, diabetes, doenças respiratórias crônicas e hipertensão.

11. Dados divulgados no dia 03/05/2020 (JOHNS HOPKINS. **Coronavirus Resource Center**. 29/04/2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 03 mai. 2020.)

12. Dados divulgados no dia 02/05/2020 (BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**. 15/04/2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 02 mai. 2020.)

13. BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

14. BRASIL. **Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011**. Dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

Sob o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela maioria dos países, todos têm o direito ao “mais alto padrão possível de saúde física e mental”. Nesse passo, os governos são obrigados a adotar medidas efetivas para prevenir, tratar e controlar doenças epidêmicas, endêmicas, ocupacionais entre outras^[15].

O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que controla a conformidade do Estado com o pacto, assevera que:

O direito à saúde está intimamente relacionado e depende da realização de outros direitos humanos, conforme contidos na Declaração Internacional de Direitos, incluindo os direitos à alimentação, moradia, trabalho, educação, dignidade humana, vida, não discriminação, igualdade, a proibição de tortura, privacidade, acesso à informação e as liberdades de associação, reunião e movimento. Esses e outros direitos e liberdades tratam de componentes integrais do direito à saúde.^[16]

O direito à saúde prevê que as instalações, bens e serviços a ele pertinentes sejam: a) disponíveis em quantidade suficiente; b) acessíveis a todos sem discriminação e acessível a todos, mesmo grupos marginalizados; c) aceitáveis, ou seja, consonante com a ética médica e devem ser culturalmente adequados; e d) cientificamente e medicamente apropriados e de boa qualidade.

Os Princípios de Siracusa, adotados pelo Conselho Econômico e Social da ONU em 1984, bem como os comentários gerais do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre estado de emergência e liberdade de

15. BRASIL. Decreto nº 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

16. HUMAN RIGHTS WATCH. Dimensões de direitos humanos na resposta à COVID 19. 23/03/2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339866>. Acesso em: 15 mar. 2020.

movimento dispõem de orientações autorizadas sobre as respostas do governo que restringem os direitos humanos por razões de saúde pública ou emergência nacional.

Quaisquer medidas tomadas para proteger a população, que limitem os direitos e liberdades das pessoas, devem ser legais, necessárias e proporcionais. Diante deste contexto, o Direito Administrativo ganha destaque como aquele que deve equilibrar de um lado as prerrogativas do Estado e do outro os direitos fundamentais dos cidadãos. Os estados de emergência devem ter duração limitada e qualquer restrição de direitos deve levar em consideração o impacto desproporcional em populações específicas ou grupos marginalizados (ONU, 2020). Em 16 de março de 2020, um grupo de especialistas em direitos humanos da ONU certificou que:

Declarações de emergência baseadas no surto de COVID-19 não devem ser usadas como base para atingir grupos, minorias ou indivíduos específicos. Não deve funcionar como uma cobertura para ações repressivas sob o pretexto de proteger a saúde ... e não deve ser usado simplesmente para reprimir a dissidência.^[17]

Os Princípios de Siracusa especificam que as restrições devem, no mínimo, ser: a) previstas e realizadas de acordo com a lei; b) direcionadas a um objetivo legítimo de interesse geral; c) estritamente necessárias em uma sociedade democrática para atingir o objetivo; d) o menos intrusiva e restritiva disponível para alcançar o objetivo; e) com base em evidências científicas e nem arbitrárias nem discriminatórias na aplicação; e, f) de duração limitada, respeitando a dignidade humana e sujeita a revisão.

As normas internacionais de Direitos Humanos estabelecem que os governos têm a obrigação de defender o direito à liberdade de expressão

17. NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. Países não devem abusar de medidas emergenciais que possam violar direitos humanos. 17/03/2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-pandemia-de-coronavirus-e-um-teste-de-nossos-sistemas-valores-e-humanidade/>. Acesso em: 03 mai. 2020.

e, ainda, assegurar o direito de buscar, receber e transmitir informações de todos os tipos, independentemente de fronteiras. Nesse sentido, limitações cabíveis à liberdade de expressão por razões de saúde pública não podem colocar em risco o próprio direito.

Portanto, conforme mencionado, os governos devem disponibilizar informações necessárias para a proteção e promoção dos direitos, especialmente, o direito à saúde. Assim, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece como uma “obrigação essencial” propiciar “educação e acesso a informações sobre os principais problemas de saúde da comunidade, incluindo métodos para preveni-los e controlá-los”. Igualmente deve assegurar que informações corretas e atualizadas sobre o vírus, acesso a serviços, interrupções de serviço e outros aspectos de resposta ao surto estejam imediatamente disponíveis e acessíveis a todos, atendendo ao princípio constitucional da transparência^[18].

Os governos devem, como já dito, respeitar plenamente os direitos à liberdade de expressão e o acesso à informação. Apenas devem restringi-los conforme permissão de normas internacionais. Têm de assegurar que as informações fornecidas ao público sobre o coronavírus COVID-19 sejam adequadas, corretas, oportunas e consistentes com os princípios de direitos humanos. Isso é imprescindível para evitar a propagação de informações falsas e enganosas.

Todas as informações sobre o COVID-19 devem estar acessíveis e disponíveis em vários idiomas, inclusive para aqueles cidadãos com pouco ou nenhum conhecimento. Isso deve incluir interpretação precisa da linguagem de sinais para anúncios na televisão, como Taiwan fez; e, sites e linhas telefônicas acessíveis a pessoas com problemas de visão, audição,

18. PIRONTI ADVOGADOS. COVID-19: Reflexos e implicações nas contratações públicas. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19...pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

aprendizagem e outras portadoras de deficiência. As comunicações devem utilizar linguagem clara e simples para maximizar o entendimento. Informações apropriadas à idade devem ser fornecidas às crianças para ajudá-las a tomar medidas para se protegerem^[19].

Os dados sobre a saúde são considerados particularmente sensíveis e a publicação de informações *online* pode representar um risco significativo para as pessoas afetadas, bem como às pessoas que já estão em condições de vulnerabilidade ou marginalização na sociedade. As proteções legais devem regular a utilização e o manuseio adequados dos dados pessoais de saúde.

O acesso transparente (de fácil compreensão) e sem limitações à Internet deve ser mantido e, ainda, devem ser adotadas medidas para assegurar que o acesso à Internet esteja aberto para pessoas de baixa renda. Demais medidas podem ser adotadas para aumentar os limites de dados, atualizar as velocidades e extinguir os requisitos de elegibilidade para quaisquer planos direcionados de baixa renda durante a pandemia. Embora não ocorra de forma satisfatória no Estado Brasileiro, em face das precárias condições sócio-econômicas e culturais de boa parte da população que não reivindica do Governo tal acesso^[20].

2.1. Quarentena, bloqueios e proibições de viagens em conformidade com as normas de Direito

O direito internacional dos direitos humanos, notadamente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), como já mencionado, exige que as restrições aos direitos por razões de saúde

19. NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. Pandemia de Coronavírus é um teste de nossos sistemas, valores e humanidade. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-pandemia-de-coronavirus-e...>. Acesso em: 15 abr. 2020.

20. HUMAN RIGHTS WATCH. Dimensões de direitos humanos na resposta à COVID 19. 23/03/2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339866>. Acesso em: 15 mar. 2020.

pública ou emergência nacional sejam legais, necessárias e proporcionais. Dessa forma, restrições como quarentena obrigatória ou isolamento de pessoas sintomáticas devem, no mínimo, ser realizadas em conformidade com a lei^[21].

Elas devem ser estritamente necessárias para alcançar um objetivo legítimo, com base em evidências científicas, nem arbitrárias nem discriminatórias na aplicação, de duração limitada, respeitosa à dignidade humana e sujeitas a revisão^[22].

Sem dúvidas, as crises sucessivas vivenciadas pela sociedade e, em muitos casos, simultaneamente ocasionam um fenômeno de relativização da Constituição que possui como base “a necessidade de se adotar uma normatividade distinta da constitucional para os tempos de crise^[23].

Nesse contexto, a crise provocada pela Pandemia do Coronavírus-COVID 19, mesmo que apresente repercussões catastróficas superlativas no que concerne às crises anteriores experimentadas pelo país, se consubstancia judicialmente pela naturalização da restrições por uma ideologia pós-democrática que, no momento atual, enfraquece a limitação que os direitos fundamentais representariam^[24].

Quarentenas e bloqueios amplos com prazos indeterminados raramente atendem a esses critérios e são frequentemente determinados de

21. BRASIL. **Decreto nº 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

22. BRASIL. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13982.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

23. GOMES, Romeu da Cunha. A Constituição em Tempos de Crises e a Pandemia da Covid-19. In: BAHIA, Saulo José Casali (coord. e org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus**. 1ª ed. São Paulo: Editora IASP, 2020, p. 236.

24. *Ibidem*.

forma precipitada, sem assegurar qualquer proteção dos indivíduos que se encontram em quarentena, especialmente àqueles em risco.

A Lei Internacional de Direitos Humanos determina que a liberdade de circulação, em princípio, protege o direito de todos de deixar qualquer país, de entrar em seu próprio país de nacionalidade, como também o direito de todos estarem em um país a se moverem livremente por todo o território. Quando houver restrições a tais direitos, estas apenas podem ser estabelecidas quando forem lícitas, tenham propósito legítimo e sejam determinadas de forma proporcional, inclusive quanto a consideração do seu impacto. As proibições de viagens e restrições à liberdade de circulação não podem ser discriminatórias, nem negar às pessoas o direito de pedir asilo ou de violar a proibição absoluta de retornar ao local onde enfrentam perseguição ou tortura.

Destarte, em respeito à solidariedade, inexistente garantia aos direitos fundamentais sem o cumprimento de deveres essenciais ao funcionamento da comunidade. Assim, os titulares desses direitos têm um conjunto de obrigações em auxílio à ordem social, entre elas a obrigação de redistribuição ^[25].

Dessa forma, a efetivação constitucional e o pensamento solidarista andam juntos, que mesmo um estando separado do outro, minimizam as possibilidades de constituição de “uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CRFB)” ^[26].

Nesse sentido, o dever geral de recolhimento domiciliar é fundamental no período de coronavírus, que para ser definido como novo

25. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (coord. e org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus**. 1ª ed. São Paulo: Editora IASP, 2020.

26. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir ferreira de.; SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. O Estado Constitucional Solidarista e a Pandemia de COVID-19: Breves Lineamentos. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (coord. e org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus**. 1ª ed. São Paulo: Editora IASP, 2020, p. 270.

dever fundamental necessita demonstrar base jurídica suficiente, uma vez que os deveres fundamentais não são simples determinações fundadas em qualidades humanas e, sim, são um modelo pautado na reciprocidade, atributo próprio do contrato social, no qual os cidadãos possuem o dever de obediência aos ditames do Estado. Já o Estado, por seu turno, terá o dever de assegurar direitos e, dessa forma, e se “desenvolverá a sociedade política” ^[27].

Os governos devem evitar amplas e excessivas restrições ao movimento e à liberdade pessoal, e somente avançar para restrições obrigatórias quando for cientificamente justificado e necessário e quando mecanismos de apoio às pessoas afetadas puderem ser garantidos.

Com a edição da Lei nº 13.979/2020 e da MP 926 deste mesmo ano, foram estabelecidas medidas de enfrentamento à emergência de saúde pública decorrente do coronavírus – COVID-19. A priori, a Lei 13.979/2020, dispõe logo no seu art. 1º, §1º, como diretriz essencial, a proteção da coletividade, que deve ser assegurada enquanto perdurar a situação pandêmica. A lei é objetiva no sentido de trazer, *ab initio*, qual é o escopo a que se destina, diante da emergência, estabelecendo regras e situações vinculadas ao enfrentamento da crise de saúde pública.

A referida lei determina o isolamento das pessoas e até a quarentena (art. 3º, I e II), inclusive exceções para as contratações públicas, para evitar a contaminação ou mitigar a propagação da pandemia. Para fins de conhecimento, cabe conceituar as medidas de isolamento e quarentena, *in verbis*:

Art. 2º [...]

I – isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou

27. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (coord. e org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus**. 1ª ed. São Paulo: Editora IASP, 2020.

de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II – quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.^[28]

A pandemia que assola o mundo traz o medo e a morte decorrentes de um inimigo invisível. Contudo, o coronavírus COVID-19 não se atém apenas a este fato, indo para o campo dos mercados. A quarentena que traz um caráter discriminatório, também assola aqueles que mantêm a quarentena da população^[29].

Quando são impostas quarentenas, isolamentos ou bloqueios, os governos se encontram obrigados a viabilizar o acesso a alimentos, água, assistência médica e apoio prestador de cuidados. Ainda, a grande parcela populacional de idosos e as pessoas deficientes dependem de serviços e apoio domiciliar e comunitário ininterruptos^[30].

Todavia, existem outros grupos que se tornam mais vulneráveis nesse período. Para Boaventura de Souza Santos^[31], são os grupos denominados de Sul^[32]. São eles: as mulheres, como as “cuidadoras do

28. BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 15 abr. 2020.

29. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. São Paulo: Almedina, 2020.

30. BRASIL. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13982.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

31. SANTOS, Boaventura de Souza. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. São Paulo: Almedina, 2020, s/p.

32. Para o autor o Sul não é um espaço geográfico e, sim, corresponde a um espaço-tempo político, social e cultural. Assim, para ele é a metáfora do sofrimento humano causado de forma injusta pela exploração capitalista, pela discriminação racial e pela discriminação sexual (SANTOS, 2020).

mundo” assumem a “prestação de cuidados dentro e fora das famílias”; os trabalhadores precários, informais, ditos autônomos, para estes o *home office* e o autoisolamento são impossíveis; os trabalhadores da rua, aqueles em que o negócio depende da rua; os sem-abrigo ou populações de rua, nos Estados Unidos são conhecidos como *tunnel people*, aqueles que não possuem residência.

Ainda, tem-se os moradores das zonas pobres das cidades, aqueles que não possuem saneamento básico. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, em média 11,4 milhões de pessoas habitavam favelas no Brasil e, em certas capitais do país, tais números são ainda maiores. Por exemplo, em Belém (PA) 54% da população vive em favelas, em Salvador (BA) 33% e no Rio de Janeiro (RJ), 22%^[33].

Os internados em campus de internamento para refugiados, imigrantes indocumentados ou populações deslocadas internamente, que totalizam 70 milhões de pessoas no mundo, também sofrem com a pandemia que apesar de viverem em constante isolamento, são considerados grupos de risco pelo fato de o vírus se propagar entre si^[34].

Assim sendo, assegurar a continuidade desses serviços e operações importa que os órgãos públicos, as organizações comunitárias, os prestadores de serviços de saúde e de outros serviços essenciais possam continuar exercendo as suas funções, de caráter essencial, para atender às demandas de idosos e de pessoas com deficiência, como se verá no tópico seguinte. Nesta senda, o governo deve determinar estratégias para minimizar a interrupção nos serviços e desenvolver fontes contingentes de serviços comparáveis. A interrupção dos serviços comunitários pode

33. ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Campanha do ONU-HABITAT aborda efeitos da pandemia de coronavírus nas cidades. 17/04/2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/campanha-do-onu-habitat-aborda-efeitos-da-pandemia-de-coronavirus-nas-cidades/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

34. SANTOS, Boaventura de Souza. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. São Paulo: Almedina, 2020.

ocasionar a precarização de pessoas com deficiência e idosos, o que pode levar a resultados negativos à saúde destes, inclusive resultar em morte.

2.2. Proteção às pessoas sob custódia e em Instituições

O coronavírus COVID-19, como outras doenças infecciosas, ocasiona um risco maior para as populações que convivem entre si, afetando especialmente e desproporcionalmente idosos e indivíduos com doenças subjacentes, como doenças cardiovasculares, diabetes, doenças respiratórias crônicas e hipertensão. Nesse prisma, 80% das pessoas que morreram de COVID-19 na China tinham mais de 60 anos^[35].

Esse risco é particularmente grave em locais de detenção, como prisões e centros de detenção de imigração, bem como em instituições residenciais para pessoas com deficiência e instalações de enfermagem para idosos, onde o vírus pode se espalhar rapidamente, especialmente se o acesso a cuidados de saúde já é pobre.

Os Estados têm a obrigação de garantir assistência médica àqueles sob custódia pelo menos equivalentes aos disponíveis para a população em geral e não devem negar aos detidos, incluindo solicitantes de asilo ou migrantes sem documentos, acesso igual a cuidados de saúde preventivos, curativos ou paliativos.

Os solicitantes de asilo, os refugiados que vivem em campos e as pessoas em situação de rua se encontram em situação de risco em decorrência da falta de acesso a água e instalações de higiene adequadas. Nos locais de enfermagem e em outros espaços com grande número de idosos, as políticas de visitantes devem equilibrar a proteção dos residentes mais velhos e em risco com a necessidade de família e conexão.

35. UOL NOTÍCIAS. **O perfil dos mortos pelo novo coronavírus: mais de 60 anos e com problemas de saúde.** 04/02/2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/afp/2020/02/04/o-perfil-dos-mortos-pelo-novo/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

Pessoas em qualquer forma de detenção, também, possuem o mesmo direito à saúde que a população não encarcerada e têm direito as mesmas medidas de prevenção e tratamento. A população detida e a população em geral possuem um interesse em saber antecipadamente quais planos as autoridades implementaram para lidar com o COVID-19.

Quaisquer planos para quarentenas, bloqueios ou isolamento devem se limitar ao objetivo proposto e sua duração deve ser curta, com base na melhor ciência disponível, sem ser ou parecer punitivos, pois o medo de serem colocados em bloqueios ou isolamento pode atrasar as pessoas que notificam a equipe médica se apresentarem sintomas de infecção.

3. Proteção dos pacientes e dos trabalhadores da saúde na pandemia

Mesmo antes do coronavírus (COVID-19), as vítimas de doenças infecciosas e as suas famílias enfrentavam frequentemente discriminação e estigma. A mídia mostrou e mostra ainda que, com o surto de Coronavírus, diversos países apresentaram casos de preconceito, racismo, xenofobia e discriminação contra pessoas de descendência asiática.

A partir de janeiro de 2020, os diversos meios de comunicação relatam incidentes consideráveis de crimes de ódio no Reino Unido, EUA, Espanha e Itália, entre outros países, cuja vítimas são os indivíduos de ascendência asiática, aparentemente ligadas ao COVID-19.

Os governos devem tomar medidas rápidas para a proteção de indivíduos e comunidades que possam ser alvos de responsabilidade pelo COVID-19, no combate a atos de discriminação a grupos religiosos ou étnicos específicos, com respostas inclusivas, salvaguardando, também, as pessoas com deficiência e idosos.

Em relação aos pacientes infectados pelo COVID-19, estes possuem direito a confidencialidade, embora as autoridades possam tomar medidas para identificar aqueles que tenham sido expostos ao vírus.

Ademais, devem ser asseguradas a todos, inclusive aos profissionais de saúde, providências médicas em caso de contaminação. Nesse sentido, os governos têm a obrigação de minimizar o risco de acidentes e doenças profissionais, inclusive garantindo que os trabalhadores tenham informações seguras sobre saúde, roupas e equipamentos de proteção adequados^[36].

Isso importa dizer que devem ser disponibilizados aos profissionais de saúde, e a outras pessoas envolvidas na resposta/combate do COVID-19, treinamento e equipamentos adequados no controle de infecções. O combate à disseminação do COVID-19 requer que os estabelecimentos de saúde disponibilizem água, saneamento, higiene, gerenciamento de resíduos de saúde e limpeza suficientemente eficazes.

Compreenda-se que em tempos de pandemia todo cuidado é mínimo quando se trata dos profissionais de saúde e a estes devem ser garantidos todos os equipamentos hábeis para sua segurança. É dizer: contenção do contágio e programas de proteção social devem ser implementados para as famílias dos trabalhadores que adoecem (física/mental) ou morrem em consequência de seu trabalho.

4. A educação em meio à pandemia do COVID-19

Por conta da pandemia e para minimizar a propagação do coronavírus, muitos países determinaram o fechamento de instituições de ensino ao redor do mundo.

36. BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

Por conta da pandemia metade dos alunos do mundo estão sem aulas ^[37]. Sem dúvidas, em tempos de crise, as escolas oportunizam às crianças percepção de estabilidade/normalidade e asseguram que estas tenham uma rotina e sejam emocionalmente apoiadas para lidar com situações de mudança.

Além disso, as escolas fornecem espaços importantes para as crianças e as suas famílias aprenderem sobre os cuidados com a higiene e transmitem informações para lidar com situações que quebram rotinas. Dessa forma, sem acesso às escolas, a responsabilidade de ensino recai sobre os pais, responsáveis e cuidadores.

Diante do fechamento das escolas, as instituições governamentais devem disponibilizar esclarecimentos sobre saúde pública através da mídia apropriada. Nesse intuito, para assegurar que os sistemas educacionais respondam adequadamente, a UNESCO recomendou que os Estados “adotassem uma variedade de soluções de alta tecnologia, baixa tecnologia e sem tecnologia para garantir a continuidade do aprendizado” ^[38].

Para minimizar os impactos por conta da suspensão das aulas presenciais, em diversos países, inclusive no Brasil, os professores utilizam plataformas de aprendizado *online* para suprir/complementar a carga horária das escolas, através de exercícios em sala de aula virtual e pesquisa, voltados aos alunos que demandam de equipamentos tecnológicos em casa.

Nesse contexto, o aprendizado *online* deve ser utilizado para reduzir o impacto imediato da perda do tempo normal da escola. As escolas que inserem a tecnologia educacional deste aprendizado devem assegurar que tais mecanismos protejam os direitos e a privacidade da criança.

37. FOLHA DE SÃO PAULO. Fechamento generalizado de escolas impõe desafio inédito à educação. 23/03/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/03/fechamento-....> Acesso em: 16 abr. 2020.

38. PRIMEIRA EDIÇÃO. Coronavírus priva de aulas 1 a cada 5 alunos no mundo, segundo Unesco. 11/03/2020. Disponível em: <http://primeiraedicao.com.br/noticia/2020/03/11/coronavirus-....> Acesso em: 15 mar. 2020.

Em países com alto número de crianças fora da escola, a situação exposta acima, sem dúvidas, pode comprometer os esforços para aumentar as matrículas e a retenção nas escolas, principalmente no nível secundário. Diante disso, os governos devem adotar ações adicionais objetivando controlar o cumprimento das diretrizes da educação obrigatória.

Um grave fato, observado nos países subdesenvolvidos, foi que a suspensão repentina de aulas deixou as famílias de baixa renda em situação crítica pela falta de merenda escolar. Tal fato exige dos governos o fornecimento contínuo de refeições, ao longo do período de fechamento das escolas, para crianças de famílias de baixa renda que perderam refeições subsidiadas. Para suprir estas e outras situações, o Governo simplificou o procedimento de licitações para a aquisição de bens, obras e serviços, como se examinará a seguir.

5. Os efeitos do covid-19 nas contratações e gestão pública

Como já mencionado, o governo brasileiro editou a Lei nº 13.979/2020 que cuida do isolamento das pessoas, da quarentena e inclusive das exceções para as contratações públicas, visando obstar a contaminação ou a propagação da pandemia.

Ressalte-se que a lei, ao dispor sobre contratações, é norma geral de licitações e contratos públicos, nos moldes do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, esta lei é plenamente aplicável a todos os entes da federação^[39].

É de se destacar que, em casos emergenciais, o uso regular da licitação tanto com base na Lei Geral de Licitação, quanto com pauta na própria Lei do

39. REIS, Luciano Elias.; ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de. **Contratação Pública Extraordinária no Período de Coronavírus**. Disponível em: https://www.zeniteneews.com.br/legislacao-covid-19/contratacao_publica_extraordinaria_no_per%C3%ADodo_do_coronavirus_19.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

Pregão, de forma burocrática para a seleção objetiva do contratado, não atende integralmente ao interesse público.

No âmbito das contratações pela Administração Pública, a Lei nº 13.979/2020, com as alterações decorrentes da Medida Provisória nº 926, estabelece a dispensa temporária de procedimento licitatório na aquisição de bens, serviços, mesmo os de engenharia, além da compra materiais direcionados ao combate ao vírus (art. 4º, caput e §1º). A contratação deve ocorrer mediante as condições de (art. 4º-B): a) situação de emergência; b) exigência de pronto atendimento na referida situação; c) presença de risco à população, obras, serviços, equipamentos e outros bens (públicos ou particulares); e, d) limitação de contratação a uma determinada parcela de atendimento em situação emergencial.

As contratações ou aquisições serão realizadas via internet, mediante a apresentação das informações como o nome do fornecedor/contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o tempo de contratação, além do valor e do processo referente à contratação/aquisição (§2º).

Ainda, de forma excepcional, poderá ser admitida a contratação com empresa declarada inidônea e suspensa de contratar com a administração pública, desde que, comprovadamente, seja a única fornecedora do bem, material, insumo ou serviço a ser adquirido (§3º). Possibilidade que em tempos de normalidade afronta diretamente a razão de ser das contratações públicas.

Inclui também a possibilidade de contratação de bens, serviços e insumos comuns para o combate a situação de emergência de propagação do vírus, independente de serem novos, desde que comprovada sua efetiva condição de utilização (art. 4º-A), dispensam-se a elaboração de estudos preliminares (art. 4º-C), além da admissão do termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado (art. 4º-D). Ademais, o

Gerenciamento de Riscos da contratação apenas ocorrerá durante a gestão do contrato (arts. 4º-E).

Não obstante, o art. 4º-E, em seu §1º, determina os requisitos mínimos que devem conter o termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado, entre eles, a **estimativa de preços**. Esta poderá ser dispensada, excepcionalmente, diante de justificativa da autoridade competente, ou ainda, quando os preços apurados forem acima dos preços encontrados não serão impeditivos à contratação pelo Poder Público por valores superiores resultantes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, caso que exige a justificativa nos autos.

Em relação às licitações realizadas na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, de bens, serviços e insumos para o combate à propagação do vírus COVID-19, conforme dispõe o art. 4º-G e §§, da Lei 13.979/20, os prazos serão reduzidos pela metade, sob a seguinte regra: a) quando a diminuição do prazo for número ímpar, o mesmo será convertido no número inteiro posterior; b) os recursos apenas terão efeito devolutivo; e, c) dispensam-se as audiências públicas previstas no art. 39, da Lei nº 8.666/93.

Em tais contratos decorrentes dessa situação emergencial, a administração pública pode estabelecer que os contratados aceitem acréscimos/supressões do quanto contratado, em até 50% do valor inicial e atualizado do contrato (art. 4º-I).

Os contratos terão prazo máximo de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos, somente enquanto durar a necessidade de combate à propagação do vírus (art.4º-H).

Possibilita-se a inexigibilidade de licitação em fase de pandemia do COVID-19, disposta no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, de objetos relacionados a pandemia do COVID-19, como a contratação de notório-

especialistas em gerenciamento de riscos, consultorias e treinamentos em produtividade de trabalho remoto, dentre outros^[40].

É possível a utilização de suprimento de fundos e por item de despesa, através de Cartão de Pagamento do Governo observados os limites de valor dos incisos I e II, do art. 6º-A.

Já em relação às sanções, o seu afastamento ocorre em decorrência de caracterização de caso fortuito ou força maior que impeça a execução parcial ou integral do contrato é medida que se impõe.

O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente dos resultados do COVID-19 que onerem as empresas contratadas, quando efetivamente apresentado, poderá requerer a revisão de valores pela Administração^[41].

De outro lado, os Tribunais de Contas devem ponderar no exercício de suas fiscalizações, observando o caso em concreto, levando em consideração a justificativa; o objeto da contratação e se este foi efetivamente entregue ou implementado na qualidade devida e dentro dos padrões contratados; os critérios de risco, usando da maior razoabilidade possível. Quanto à remuneração do contratado, em respeito ao princípio da economicidade, será muito útil observar preços de referência do mercado, pois em razão da lei da oferta e da procura, muitos bens sofreram variação de valor. As Cortes de Contas, neste momento peculiar, devem maximizar o princípio da eficiência e não servir de obstáculos ao alcance de interesse público. Assim, em tempos de crise, as contratações públicas devem ser razoáveis, céleres, voltando-se em benefício da coletividade e não de se coadunar unicamente aos propósitos formais dos controladores públicos.

40. HUMAN RIGHTS WATCH. *Dimensões de direitos humanos na resposta à COVID 19*. 23/03/2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339866>. Acesso em: 15 mar. 2020.

41. *Ibidem*.

6. Considerações finais

Desta crise que afeta todas as searas do direito, seja pública ou privada, emergem questões graves para o direito administrativo quanto ao poder de polícia voltados à saúde e ao isolamento social (“fique em casa”), com medidas severas ou não, a depender da localidade geográfica pátria. É certo que a pandemia intensifica os riscos para muitas pessoas já vulneráveis e para o público em geral. Então a análise do seu impacto deve ser constantemente avaliada, de forma acertada, para garantir a saúde individual e pública, com alcance físico e mental.

Os governos devem adotar medidas políticas para mitigar os impactos econômicos do COVID-19, que, inicialmente, afetam os trabalhadores com salários mais baixos. Logo, as medidas de distanciamento social, quarentena e fechamento de empresas podem ter graves consequências econômicas. Sem dúvidas, as pessoas com baixos salários em famílias de baixa renda também são vulneráveis. Os governos devem criar ferramentas para que os trabalhadores afetados pelo COVID-19 não sofram perda de renda que possa impedi-los de se auto isolar para conter a propagação do vírus.

Especialistas em saúde pública recomendam que as empresas promovam ações que incentivem os funcionários a trabalhar em casa para obstar a propagação do vírus. Contudo, o trabalho remoto não se coaduna como opção para milhões de trabalhadores. Assim, nessas esferas as situações de emprego são mais precárias, os salários mais baixos e, em alguns países, os trabalhadores têm baixas taxas de licença médica paga ou mesmo a falta de remuneração.

Para apoiar as famílias durante o surto, as licenças por doença devem cobrir o auto isolamento e as responsabilidades de cuidar durante o fechamento da escola e das instalações de atendimento.

Cabe pontuar que a Lei nº 13.979/2020 trata das medidas de enfrentamento quanto a emergência de saúde internacional resultante do coronavírus e tem caráter provisório, visto que só será utilizada enquanto perdurar o estado de emergência pública de combate ao COVID-19. A edição desta Lei foi providencial, posto que estabeleceu regras flexíveis para a contratação de bens, serviços e insumos voltados para enfrentar a emergência de saúde pública, desburocratizando a máquina pública ao permitir adquirir bens novos ou usados; reduzir os prazos das modalidades licitatórias e de vigência dos contratos, bem como dispensar as audiências públicas; facilitar o uso do suprimento de fundos e até contratar empresas declaradas inidôneas e suspensas pelo poder público, quando se tratar de fornecedor exclusivo, fato último que, em situações normais, afrontaria diametralmente a razão de ser das licitações e contratações públicas. Assim, não há dúvidas de que esta lei em muito facilitou o trâmite das compras governamentais de bens, obras e serviços para este momento de crise que requer ações mais ágeis do poder público.

Por outro lado, o Poder Público deve proteger os trabalhadores quanto a percepção dos seus salários e a manutenção dos seus empregos, com o fornecimento de subsídios pontuais para estes e para as famílias cujas crianças recebem refeições escolares gratuitas ou que recebem assistência específica de segurança social relacionada à família.

Neste sentido, o Brasil optou pelo Benefício de Prestação Continuada (BPC), cujo pagamento é de R\$ 600,00 a trabalhadores pelo período de 3 meses, limitados a 2 membros da família; contemplará a mulher provedora de família monoparental receberá 2 (duas) cotas do auxílio; pode ainda substituir o Auxílio do Bolsa Família, desde que aquele seja mais vantajoso e cumpra, de forma cumulativa, os seguintes requisitos, discriminados na Lei 13.982/2020 : Seja maior de 18 (dezoito) anos de idade; Não tenha emprego

formal ativo; Não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família; cuja renda familiar mensal per capita seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos; Que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e que exerça atividade na condição de: microempreendedor individual (MEI); contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do *caput* ou do **inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**; ou trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV.

Dessa forma, pode-se inferir que todas as abordagens tratadas neste estudo conferirão não só aos brasileiros, mas também a toda a humanidade uma concepção diferenciada de solidariedade em todos os âmbitos, não apenas no jurídico, que é positiva para conciliação de todos os indivíduos. Dessarte, vê-se que há permissibilidade quanto a aspectos que, por vezes, em situação de normalidade, violaria os direitos humanos. Contudo numa era pandêmica, há um estigma novo como o da suportabilidade. Assim, também ocorre no mundo jurídico, em todas as áreas do direito, mormente a do direito público/administrativo, com a sua atuação quanto ao combate ao COVID-19, via poder de polícia, acelerando, outrossim, o trâmite das contratações públicas, pois a comunidade não pode/deve esperar pelo prazo burocrático legal existente em tempos de normalidade, demandando por parte da Administração Pública, uma atuação célere, pontual e eficaz em benefício da sociedade.

7. Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Saiba tudo sobre o novo Coronavírus e a doença que ele provoca.** 12/03/2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/saiba-tudo-sobre-o-novo-coronavirus-e-covid-19>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011.** Dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13982.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus.** 15/04/2020. Disponível em:

<https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Fechamento generalizado de escolas impõe desafio inédito à educação.** 23/03/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/03/fechamento-generalizado-de-escolas-impoe-desafio-inedito-a-educacao.shtml>. Acesso em: 16 abr. 2020.

GOMES, Romeu da Cunha. A Constituição em Tempos de Crises e a Pandemia da Covid-19. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (coord. e org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus.** 1ª ed. São Paulo: Editora IASP, 2020.

HUMANRIGHTSWATCH. **Dimensões de direitos humanos na resposta à COVID 19.** 23/03/2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339866>. Acesso em: 15 mar. 2020.

JOHNS HOPKINS. **Coronavirus Resource Center.** 29/04/2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Efeitos jurídicos da crise sobre as contratações administrativas.** 2020. Disponível em: <https://seac-rj.com.br/artigo-efeitos-juridicos-da-crise-sobre-as-contratacoes-administrativas/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (coord. e org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus.** 1ª ed. São Paulo: Editora IASP, 2020.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Pandemia de Coronavírus é um teste de nossos sistemas, valores e humanidade.** 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-pandemia-de-coronavirus-e-um-teste-de-nossos-sistemas-valores-e-humanidade/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Países não devem abusar de medidas emergenciais que possam violar direitos humanos.** 17/03/2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-pandemia-de-coronavirus-e-um-teste-de-nossos-sistemas-valores-e-humanidade/>. Acesso em: 03 mai. 2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir ferreira de.; SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. O Estado Constitucional Solidarista e a Pandemia de COVID-19: Breves Lineamentos. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (coord. e org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus.** 1ª ed. São Paulo: Editora IASP, 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Declaração sobre o Coronavírus.** 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Campanha do ONU-HABITAT aborda efeitos da pandemia de coronavírus nas cidades**. 17/04/2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/campanha-do-onu-habitat-aborda-efeitos-da-pandemia-de-coronavirus-nas-cidades/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

PIRONTI ADVOGADOS. **COVID-19: Reflexos e implicações nas contratações públicas**. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-REFLEXOS-E-IMPLICAC%CC%A7O%CC%83ES-NAS-CONTRATAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS.pdf.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

Panorama das Alterações Trabalhistas Durante a Pandemia da COVID-19

RODOLFO PAMPLONA FILHO

LEANDRO FERNANDEZ

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *O Decreto Legislativo n.º 06/20*; 3. *A Lei n.º 13.979/20*; 4. *A Medida Provisória n.º 927/2*; 5. *A Medida Provisória n.º 936/20 e a Portaria n.º 10.486/20*; 6. *A Medida Provisória n.º 944/20*; 7. *A Medida Provisória n.º 945/20*; 8. *A Medida Provisória n.º 946/20*; 9. *Conclusões*.

*“Nada do que foi será
De novo do jeito que já foi um dia”
(Lulu Santos)*

1. Introdução

A pandemia da covid-19, doença causada pelo coronavírus da espécie SARS-CoV-2, provocou, em curtíssimo intervalo de tempo, profundas alterações sociais e econômicas por todo o mundo.

Ao longo do período de desenvolvimento de estratégias de enfrentamento da emergência de saúde pública, o Direito do Trabalho tem sido, sem dúvidas, uma das áreas mais dramaticamente afetadas em dezenas de países.

Diante da profusão legislativa observada entre os meses de março e abril de 2020, este trabalho destina-se a apresentar ao público um panorama geral das alterações concernentes à seara juslaboralista no Brasil.

Conquanto sejam variadas as questões polêmicas envolvendo cada

uma das recentes modificações legislativas, a pretensão dos autores, neste espaço, é exclusivamente oferecer ao leitor uma visão ampla da evolução da legislação de crise e do seu conteúdo.

O adequado desempenho da tarefa proposta exige, em um primeiro momento, a análise de uma espécie legislativa que, a despeito de não abordar matéria trabalhista, é indispensável para a compreensão do atual cenário normativo: o Decreto Legislativo n.º 6/20, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública.

2. O Decreto Legislativo n.º 06/20

Diversamente do estado de defesa e do estado de sítio, o estado de calamidade pública não está previsto na Constituição Federal. A figura jurídica encontra-se regulada no art. 65 da Lei Complementar n.º 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

De acordo com o citado dispositivo, durante o período de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, serão observadas as seguintes medidas:

- a) suspensão da contagem dos prazos e das disposições referentes
 - a.1) às providências de controle da despesa com pessoal previstas no art. 23;
 - a.2) à recondução da dívida a quadrimestres subsequentes (art. 31);
 - a.3) à eliminação de excessos com despesas de pessoal em até dois exercícios;

- b) dispensada do atingimento dos resultados fiscais e da limitação de empenho.

A gravidade da situação da pandemia conduziu à decretação de

estado de calamidade pelas Assembleias Legislativas de inúmeros Estados e Municípios.

Interessa-nos, porém, de maneira mais próxima, a situação jurídica da União, já que, como se sabe, a competência legislativa em matéria trabalhista é reservada à esfera federal (CF/88, art. 22, I).

Por intermédio do Decreto Legislativo n.º 6/20, o Congresso Nacional reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, fixando sua duração até 31 de dezembro de 2020.

É importante observar que, *a priori*, todos os atos normativos editados em razão da pandemia da covid-19 consideram como referência temporal para sua incidência (e aplicação das respectivas medidas) o período determinado no Decreto Legislativo.

O primeiro dos diplomas merecedores de especial atenção é a Lei n.º 13.979/20.

3. A Lei n.º 13.979/20

A Lei n.º 13.979/20 estabelece medidas gerais para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do vírus SARS-CoV-2.

Em consonância com seu propósito de regulamentação geral, o diploma veiculou dois conceitos essenciais no período da pandemia da covid-19, esclarecendo a distinção entre isolamento e quarentena: esta se dirige a pessoas *suspeitas* de contaminação, ao passo que aquele se destina a pessoas contaminadas ou doentes.

Assim, o **isolamento** consiste na “*separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas*”

*postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus”. Por sua vez, a **quarentena** é a “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus” (art. 2º).*

O art. 3º da Lei n.º 13.979/2020 prevê uma série de medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, a exemplo da adoção dos já citados isolamento e quarentena, da determinação compulsória de exames, testes e tratamentos, bem como da restrição ao trânsito interno e à entrada e saída do país. Em seu § 3º, fixa-se que “*será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo*”.

Nessa ordem de ideias, não será o receio quanto a eventual possibilidade de contaminação o elemento autorizador da ausência ao serviço. A justificativa para a falta apenas estará presente no caso de encontrar-se o trabalhador sujeito a alguma das medidas arroladas no art. 3º da legislação em comento.

Em casos de locais de trabalho com potencial de exposição ao vírus, havendo recalcitrância do empregador em relação ao fornecimento de EPI's adequados e à adoção de providências para preservação da saúde dos trabalhadores (em razão, por exemplo, da inobservância de lei municipal que determine a utilização de máscaras), pode-se cogitar da recusa da prestação de serviços pelo obreiro, não por um receio abstrato de contaminação, mas pela concreta exposição a risco acentuado, em consonância com o art. 13 da Convenção n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho.

Interessa-nos, agora, avançar à sucessão de Medidas Provisórias

específicas acerca do Direito do Trabalho no período do estado de calamidade pública, principiando pela MP n.º 927/20.

4. A Medida Provisória n.º 927/20

A Medida Provisória n.º 927/20 prevê uma série de medidas que, em regrea, podem ser estabelecidas unilateralmente pelo empregador, reconhecendo em seu favor amplos contornos ao *jus variandi* durante o estado de calamidade. Além disso, declara que, para fins trabalhistas, este constitui-se em hipótese de força maior, nos termos do art. 501 da CLT.

O art. 2º da MP consagra ainda a polêmica possibilidade de prevalência da negociação individual sobre a legislação e as normas coletivas, respeitados os limites constitucionais. Medida assemelhada foi adotada na Reforma de 2017, mas apenas em relação ao empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (CLT, art. 444, parágrafo único), não sem a reprimenda de parcela expressiva da doutrina e a advertência da OIT quanto à violação das suas Convenções n.º 98 e n.º 154.

A **primeira** medida prevista na MP n.º 927/20 é o **teletrabalho**. De acordo com seu art. 4º, o empregador poderá, a seu critério, *“alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho”*. A providência é aplicável inclusive em relação a aprendizes e estagiários.

A modificação deve ser comunicada ao trabalhador com antecedência mínima de 48 horas, por meio eletrônico ou por escrito.

A regulamentação quanto à responsabilidade pela aquisição e manutenção de equipamentos e infraestrutura para a prestação de serviços e ao reembolso de despesas arcadas pelo trabalhador deverá constar de contrato escrito, celebrado previamente ou no prazo de 30 dias, contados da alteração do regime de trabalho.

Se o trabalhador não possuir os equipamentos e a infraestrutura necessários, o empregador poderá fornecê-los em regime de comodato, bem como pagar por serviços de infraestrutura, sem caracterização de natureza salarial de tais parcelas. Não sendo possível o oferecimento dos equipamentos em comodato, considerar-se-á que o trabalhador encontra-se à disposição do empregador, sendo normalmente computada a sua jornada.

Por fim, prevê a MP que o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo. A regra é polêmica e demanda cuidadosa interpretação. Se o trabalhador estiver efetivamente prestando serviços por meio de tais aplicativos e programas após a sua jornada normal, não há dúvidas de que aquele período deverá ser computado como carga horária de labor.

A segunda medida é a **antecipação das férias individuais**, que deverá ser comunicada com antecedência mínima de 48 horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado, sendo vedada a concessão de férias em períodos inferiores a cinco dias corridos.

O empregador poderá conceder as férias ainda que o correspondente período aquisitivo não tenha sido concluído. Mais: poderá conceder férias

relativas a períodos aquisitivos sequer iniciados. Neste caso, entretanto, exige-se a celebração de acordo individual escrito.

O pagamento das férias também recebeu tratamento específico, podendo ser efetuado até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias. Já o terço constitucional de férias poderá ser pago após a sua concessão, até 20 de dezembro de 2020.

Em relação aos profissionais que desempenham funções essenciais, a MP autoriza a suspensão das férias ou de licença não remunerada, mediante comunicação formal, preferencialmente com antecedência de 48 horas.

A terceira providência prevista na MP é a **concessão de férias coletivas**. Para tanto, o diploma excepcionou o regramento contido na CLT, autorizando a comunicação ao conjunto de trabalhadores afetados com antecedência de, no mínimo, 48 horas, dispensada a comunicação prévia ao Ministério da Economia e ao sindicato da categoria profissional.

Uma quarta medida é o **aproveitamento e a antecipação de feriados**. O empregador está autorizado a antecipar o gozo de feriados não religiosos federais, estaduais, distritais e municipais, devendo notificar o conjunto de funcionários atingidos com antecedência de, no mínimo, 48 horas, apontando especificamente quais serão os funcionários aproveitados. Em genuflexão ao direito fundamental da liberdade religiosa, a antecipação de feriados religiosos depende da celebração de acordo individual escrito com o empregado.

Outra providência passível de adoção é o recurso a uma modalidade especial de **banco de horas**. Este peculiar regime admite a compensação de horas de trabalho no prazo de até dezoito meses, contados da data de encerramento do estado de calamidade pública (cuja duração foi estabelecida até 31/12/2020 pelo Decreto Legislativo n.º 06/20).

A MP n.º 927/20 também **suspendeu** a exigência de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, exceto dos exames demissionais, bem como a obrigatoriedade de realização de treinamentos periódicos e eventuais dos atuais empregados, previstos em normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho. A MP autorizou, ainda, a suspensão de processos eleitorais em curso nas comissões internas de prevenção de acidentes, com a manutenção dos atuais dirigentes durante o estado de calamidade.

O art. 18 da Medida Provisória previa uma figura altamente polêmica, a ponto de o dispositivo ter sido revogado já no dia seguinte, pela MP n.º 928/20. De fato, a **suspensão contratual para qualificação profissional** permitiria o decurso de quatro meses sem obrigatoriedade de pagamento do salário, situação que evidentemente exporia o empregado a um estado de extrema fragilidade social.

A oitava medida prevista na MP é o **diferimento de recolhimentos do FGTS**, suspendendo a exigibilidade dos depósitos referentes aos meses de março a maio de 2020. O pagamento poderá ser realizado em seis parcelas, a partir de julho de 2020.

A Medida Provisória encerra-se com a autorização para adoção de algumas providências especialmente polêmicas:

- a) escala de trabalho de até 24 horas em estabelecimentos de saúde, mesmo em locais insalubres;
- b) prorrogação, por manifestação unilateral do empregador, de acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho, pelo prazo de noventa dias;
- c) restrição às atividades dos Auditores Fiscais do Trabalho, que,

como regra geral, devem limitar-se à atuação orientadora;

d) convalidação das medidas trabalhistas adotadas por empregadores, no período dos trinta dias anteriores à data de entrada em vigor da MP, que não contrariem o disposto na Medida Provisória.

Dez dias depois do advento da MP n.º 927/20, foi editada a MP n.º 936/20, que será examinada adiante.

5. A Medida Provisória n.º 936/20 e a Portaria n.º 10.486/20

A Medida Provisória n.º 936/20 instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, fundado em **três eixos**: a) possibilidade de pactuação individual da redução da jornada e do salário; b) possibilidade de acordo individual para suspensão do contrato de trabalho; c) pagamento, pela União Federal, do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

O Benefício é devido a partir da data do início da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão do contrato, observado o seguinte: 1) caberá ao empregador informar ao Ministério da Economia acerca do acordo individual, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo, sob pena de arcar com a remuneração integral do período; 2) o pagamento do Benefício ocorre apenas durante o período de redução de jornada e salário ou suspensão do contrato; 3) a primeira parcela do Benefício será paga no prazo de trinta dias, contado da data da celebração do acordo, desde que informada no prazo de dez dias anteriormente mencionado.

O art. 7º MP autoriza a celebração de acordo individual para redução proporcional da jornada e do salário por até 90 dias. A redução poderá ser pactuada nos percentuais de 25%, 50% e 70%. É possível, ainda, a adoção

da redução proporcional por intermédio de diploma coletivo, caso em que os percentuais poderão ser distintos.

Especificamente em relação aos trabalhadores com salário superior a R\$ 3.135,00 e inferior a R\$ 12.202,12, apenas a redução no percentual de 25% pode ser ajustada por acordo individual, exigindo-se a negociação coletiva para percentuais superiores.

Por sua vez, o art. 8º da MP franqueia a pactuação de suspensão temporária do contrato pelo prazo máximo de 60 dias, que pode ser fracionado em dois períodos de 30 dias. Durante o período de suspensão do contrato, o empregado fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador e ficará autorizado a recolher para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo.

A suspensão contratual deve ser levada a sério. Se houver prestação de serviços durante o período, ainda que por teletrabalho, sua pactuação será descaracterizada e o empregador será responsável pelo pagamento da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período.

A MP reservou previsão específica em relação aos empregadores de maior porte. A empresa que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 somente poderá suspender o contrato de trabalho de seus empregados mediante o pagamento de ajuda compensatória mensal no valor de 30% do valor do salário do empregado durante o respectivo período. Para as empresas com patamar inferior de faturamento, a ajuda compensatória mensal poderá ser ajustada no acordo individual ou na negociação coletiva.

Registre-se que, do ponto de vista global, o tempo máximo de redução proporcional de jornada e de salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho, ainda que sucessivos, não poderá ser superior a noventa dias.

O trabalhador que houver pactuado a redução da jornada e salário ou a suspensão contratual será beneficiado por garantia provisória de emprego, que perdurará durante a redução ou suspensão e, após sua cessação, por período equivalente àquele acordado para a duração da medida.

No caso de redução de jornada e salário, o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será calculado mediante a aplicação do mesmo percentual de redução sobre o valor que seria correspondente ao seguro-desemprego.

Na hipótese da suspensão temporária do contrato, o Benefício terá o mesmo valor do seguro-desemprego, exceto em relação aos casos dos trabalhadores de empresas com receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00. Neste caso, o Benefício equivalerá a 70% do seguro-desemprego.

A disciplina normativa do Benefício de Emergência foi detalhada na Portaria n.º 10.486/20. Uma de suas regras merece destaque: o Benefício não será devido àquele que tiver o contrato de trabalho celebrado após a data de entrada em vigor da Medida Provisória 936/20. A previsão é polêmica e claramente inova ao restringir em nível infraconstitucional o rol de destinatários da parcela.

Por fim, registre-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, em juízo de cognição sumária a constitucionalidade da MP n.º 936/20, ao apreciar, em 17/04/20, o pedido de medida liminar formulado na ADI n.º 6.363, cassando decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, que exigia a negociação coletiva para convalidação do acordo individual.

6. A Medida Provisória n.º 944/20

A Medida Provisória n.º 944/20 não veiculou providências diretamente trabalhistas, mas de gestão financeira, instituindo o Programa Emergencial

de Suporte a Empregos.

Por meio dele, empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas com receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 10.000.000,00 podem obter linhas de crédito para custeio da folha de pagamento, pelo período de dois meses, limitadas ao valor equivalente a até duas vezes o salário-mínimo por empregado.

O crédito é concedido em condições especiais, com taxa de juros de 3,65% ao ano, prazo de trinta e seis meses para o pagamento e carência de seis meses para início do vencimento das parcelas, com capitalização de juros durante esse período.

Os beneficiários das linhas de crédito deverão observar algumas obrigações: o fornecimento de informações verídicas na transação, a impossibilidade de utilização dos recursos para finalidade distinta do pagamento de seus trabalhadores e a proibição de despedida sem justa causa dos empregados no período compreendido entre a data da contratação da linha de crédito e o sexagésimo dia após o recebimento da sua última parcela. O descumprimento de qualquer desses deveres importará em grave consequência: o vencimento antecipado da dívida assumida perante a instituição financeira.

A despeito de não abordar diretamente o Direito do Trabalho, a MP n.º 944 está em consonância com as diretrizes da Organização Internacional do Trabalho relativas à preservação de empresas e postos de trabalho.

7. A Medida Provisória n.º 945/20

A Medida Provisória n.º 945/20 dirige-se especificamente aos trabalhadores do setor portuário.

Como providência de preservação da saúde do próprio indivíduo e de toda a coletividade envolvida com a atividade nos portos, a MP proíbe o Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) de escalar portuários avulsos que apresentem sintomas típicos da covid-19, bem como aqueles situados em grupos de risco da doença.

O afastamento é medida indeclinável de cautela sanitária, mas provoca uma dramática consequência para a renda desses trabalhadores. Por isso, prevê o art. 3º da MP que, durante o período de proibição de escalação, o trabalhador terá direito ao recebimento de indenização compensatória mensal no valor correspondente a 50% sobre a média mensal recebida por ele por intermédio do OGMO entre 01/10/19 e 31/03/20.

O papel do Órgão Gestor de Mão de Obra será o de calcular, arrecadar e transferir aos trabalhadores o pagamento, mas a despesa será efetivamente arcada pelo operador portuário ou por qualquer tomador de serviço que requisitar trabalhador portuário avulso, proporcionalmente à quantidade de serviço demandado.

O art. 4º da MP n.º 945/20 oferece uma saída para a hipótese de insuficiência de trabalhadores avulsos portuários para fazer frente às requisições de serviços, autorizando a livre contratação de trabalhadores com vínculo empregatício por tempo determinado para a realização de serviços de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações.

Finalmente, a MP consagra a utilização de meios eletrônicos para a escalação dos trabalhadores portuários avulsos, com o louvável propósito de evitar aglomerações.

8. A Medida Provisória n.º 946/20

Por intermédio da Medida Provisória n.º 946/2020, o Executivo federal

extinguiu o Fundo PIS-Pasep, instituído pela Lei Complementar nº 26/75, promovendo o remanejamento dos seus recursos, estimados em mais de R\$ 21 bilhões, ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, disciplinado pela Lei n.º 8.036/90.

O ato normativo preserva o patrimônio acumulado nas contas individuais dos participantes do Fundo PIS-Pasep, prevendo ainda que o agente operador do FGTS definirá os procedimentos operacionais para a transferência das suas informações cadastrais e financeiras. Assegura, também, em relação aos valores transferidos, a utilização dos critérios de remuneração aplicáveis às contas vinculadas do FGTS. A Medida Provisória prevê, ademais, a livre movimentação do patrimônio transferido, nos termos já consagrados na Lei Complementar nº 26/75.

Trata-se de providência destinada a assegurar maior liquidez ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que vem sendo utilizado, nos últimos anos, como verdadeira complementação de renda dos trabalhadores, especialmente em momentos de crise econômica. Sob essa perspectiva e considerando o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n.º 06/2020 e seus graves efeitos sociais, é salutar a adoção de medidas que concorram para o equilíbrio financeiro do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tendo em vista as relevantes políticas públicas por ele financiadas.

Quanto aos aspectos jurídicos da Medida Provisória n.º 946/2020, dois pontos devem ser objeto de atenção: a) a possibilidade ou não de extinção do Fundo PIS-Pasep por Medida Provisória; b) a ocorrência ou não de efeitos deletérios sobre direitos sociais em decorrência da adoção da medida.

Em relação ao primeiro aspecto, não se visualiza inconstitucionalidade

no diploma normativo *pelo simples fato de constituir-se em Medida Provisória* (CF/88, art. 62, § 1º, III). O Fundo PIS-Pasep, concebido na LC n.º 26/75 a partir dos recursos oriundos dos fundos criados pela LC n.º 07/70 e pela LC n.º 08/70, foi instituído por Lei Complementar, mas sua regulamentação (ou mesmo extinção) não figura como matéria constitucionalmente reservada a disciplina por intermédio de tal espécie legislativa. Essa interpretação é corroborada pela constatação da existência jurisprudência sedimentada no Supremo Tribunal Federal no sentido da validade da alteração da LC n.º 26/75 por Medida Provisória (RE 390.840, Relator Ministro Marco Aurélio; RE 511.581 AgR, Relator Ministro Eros Grau; AI 623.157 AgR, Relator Ministro Cezar Peluso).

Quanto ao segundo aspecto, é necessário breve esclarecimento histórico. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 239, estabeleceu duas distintas providências em relação ao Programa de Integração Social e ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público: a) a consolidação e preservação dos valores arrecadados entre 1971 e outubro de 1988, que seriam liberados apenas nas hipóteses de saque previstas nas leis anteriormente mencionadas (exceto em relação ao saque por motivo de casamento, modalidade extinta com o advento da Carta de 1988) (art. 239, § 2º); b) a destinação dos valores das contribuições doravante arrecadadas para financiamento do programa do seguro-desemprego, do abono do PIS e de outras ações da previdência social (art. 239, *caput* e § 3º).

Registre-se que, na atualidade, em conformidade com a Lei n.º 7.998/90, o custeio do programa do seguro-desemprego, do abono salarial e de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico é realizado por meio do Fundo de Amparo ao Trabalhador, que *possui como uma de suas fontes de recursos o produto da arrecadação das contribuições devidas ao PIS e ao Pasep* (art. 11), em observância ao comando

contido no *caput* do art. 239.

A MP n.º 946/2020 não veicula qualquer regulamentação a respeito do abono salarial, do seguro-desemprego ou de programas de educação e desenvolvimento econômico, benefícios e medidas que não são, portanto, por ela afetadas. O objeto da MP é distinto, consistente na extinção do Fundo PIS-Pasep e no redirecionamento dos seus ativos e passivos para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Sublinhe-se que o montante consolidado no Fundo PIS-Pasep refere-se aos valores arrecadados nos respectivos programas entre 1971 e outubro de 1988, que poderiam ser sacados pelos titulares ou por seus dependentes nas hipóteses legais, mas não o foram até o momento. É esse o montante que será transferido ao FGTS, sem, todavia, ensejar prejuízos a tais sujeitos, já que a Medida Provisória prevê a preservação do patrimônio acumulado nas contas (art. 1º, parágrafo único), com individualização dos valores transferidos e identificação de origem (art. 2º, § 1º), assegurada a livre movimentação da conta pelo titular ou seus dependentes (art. 3º, II). Vale recordar, a propósito, que a Lei n.º 13.932/19 alterou a redação do § 1º do art. 4º da Lei Complementar n.º 26/75 para tornar “*disponível a qualquer titular da conta individual dos participantes do PIS-Pasep o saque integral do seu saldo a partir de 19 de agosto de 2019*”.

9. Conclusões

A pandemia da covid-19 provocou a inauguração de um cenário jurídico absolutamente excepcional no Direito do Trabalho brasileiro, franqueando o manejo de instrumentos e medidas pouco convencionais ou, mesmo, impensáveis em tempos de normalidade.

Nesse contexto, dois dos diplomas normativos editados durante o

estado de calamidade pública assumem especial relevância: A Medida Provisória n.º 927/20 e a n.º 936/20.

A primeira veiculou uma série de providências que, como regra, podem ser adotadas unilateralmente pelo empregador, nomeadamente o teletrabalho, a antecipação de férias, a concessão de férias coletivas, a antecipação de feriados e uma peculiar configuração do banco de horas.

A seu turno, a MP n.º 936/20 consagrou duas delicadas possibilidades: a redução proporcional de jornada e de salário e a suspensão contratual. Os impactos financeiros sofridos pelo trabalhador serão minorados em razão do pagamento do Benefício Emergencial pela União Federal.

O Direito do Trabalho de crise, que emerge na atualidade, oferece a todos, empregadores, trabalhadores, sindicatos e operadores do Direito, desafios sem precedentes. Como na canção de Lulu Santos, *“nada do que foi será de novo do jeito que já foi um dia”*.

COVID-19 e o Art. 268 do Código Penal: um Velho-Novo Crime de um Tempo Esquecido

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

ALANA STEFANELLO GONÇALVES

Sumário: 1. O Problema; 2. As medidas do Poder Público destinadas a impedir a propagação do COVID-19; 3. Embates etiológicos e jurídicos sobre o seu alcance do artigo 268 do Código Penal; 4. Responsabilidade penal de quem viola medidas sanitárias adotadas pelo Poder Público e funções instrumentalistas de sua criminalização; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. O problema

No decorrer do século XX, fatores como a ampliação do saneamento urbano, a elevação do grau de escolaridade e o desenvolvimento da ciência e de tecnologias médicas permitiram expressiva melhora nas condições de vida do ser humano, contribuindo inclusive para uma queda vertiginosa na mortalidade por doenças infecciosas. Por conseguinte, a relevância jurídico-penal de crimes relacionados à propagação de doença contagiosas perderam seu espaço no século XXI.

Nesse diapasão, o artigo 268 do Código Penal^[1] tornou-se um daqueles dispositivos costumeiramente negligenciados nos cursos de graduação e pós-graduação. Um crime contra a saúde coletiva que parecia perdido no tempo, nos rincões dos séculos anteriores, quando epidemias dizimavam

1. Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

pessoas aos borbotões.

Pondera Harari que o Século XXI trouxe boas razões para acreditar que, na “corrida armamentista” entre médicos e germes, a ciência médica esteve em vantagem ^[2]. Em escala global, o presente Século, como antes nunca visto, parecia ser o do triunfo da humanidade sobre as doenças virais e bacterianas. A despeito disso, após o surto de COVID-19 na China, em poucos meses, tudo mudou.

Em uma época na qual a ciência médica se encontrava no mais alto grau de desenvolvimento de sua história, pareceria inimaginável, até o fim de 2019, pensar acerca de uma intervenção penal para quem descumprisse determinadas normas do Poder Público destinadas a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. Todavia, a COVID-19 é uma doença viral infecciosa de fácil transmissão que rapidamente já deixou milhares de mortos ao redor do mundo ^[3].

E o impacto mundial da pandemia dessa doença fez surgir novos desafios ao Poder Público. Visando a minoração do contágio em massa, autoridades federais, estaduais e municipais procederam a imposições normativas, notadamente de caráter alarmista e de natureza restritiva de direitos.

A partir de tais medidas, instalou-se o medo. E a contaminação pelo medo passou a atingir número infinitamente maior de pessoas, se comparada ao contágio pelo vírus SARS-CoV-2. Essa disseminação do temor coletivo, juntamente com a ansiedade decorrente da frustração de uma expectativa de segurança não alcançada, trouxe à tona sensação de

2. HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução Paulo Geiger. — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.22.

3. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Folha Informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 10 abr. 2020.

que é necessário canalizar a ansiedade para um desejo de localizar e punir culpados, como forma de expiação das esperanças não correspondidas^[4].

Ressurge, portanto, a relevância da discussão sobre a incidência da intervenção penal em caso de infringência das determinações do Poder Público para obstar a propagação de COVID-19, bem como à exposição da vida de terceiros a perigo em virtude da referida exposição. Assim, imperioso reexaminar o sentido, o alcance e o grau de responsabilidade penal de quem desobedece a medidas do Poder Público para conter a disseminação do vírus, bem como as funções instrumentais e simbólicas de tal criminalização em tempos de pandemia.

2. As medidas do poder público destinadas a impedir a propagação do covid-19

O portador de COVID-19, uma vez identificado, não é mais considerado apenas um caso de doença individual, mas sim um problema de saúde coletiva. E as agências de notícias e as redes sociais têm divulgado, com certa frequência, comportamentos de indivíduos que não atendem as recomendações das autoridades e violam regras de isolamento social e quarentena^[5], e eventualmente a adoção de medidas criminais contra tais pessoas.

Deve-se perguntar, nessa linha de intelecção, se tais comportamentos podem ter algum tipo de relevância penal. Para tanto, faz-se mister analisar quais medidas do Poder Público foram tomadas para impedir a introdução

4. BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido: tradução Carlos Alberto Medeiros*. Rio de Janeiro, Zahar, 2008. P.172

5. MIGALHAS. Empresário que escapou da quarentena e levou covid-19 pra sul da BA será processado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/322002/empresario-que-escapou-de-quarentena-e-levou-covid-19-para-sul-da-ba-sera-processado>. Acesso em: 10 abr. 2020; CONJUR. Juíza fixa multa para casal que não cumpre quarentena da Covid-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/juiza-multa-casal-nao-cumpre-quarentena-covid-19>. Acesso em: 10 abr. 2020; CORREIO. Coronavírus: primeira paciente contaminada sai de isolamento em Feira de Santana. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/coronavirus-primeira-paciente-contaminada-sai-de-isolamento-em-feira-de-santana/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

e propagação de COVID-19 no país.

No dia 03 de fevereiro de 2020 a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 23/2020, com o escopo de aprovar “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”. Nas razões apresentadas ^[6], o Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, ponderou que a legislação atual está defasada em relação a medidas e instrumentos jurídicos e sanitários para que o Estado e a sociedade brasileira possam organizar-se para o combate à COVID-19.

Três dias depois, em 06 de fevereiro, foi aprovada às pressas a Lei n.º 13.979, que estabeleceu, como formas de enfrentamento da situação de emergência, a possibilidade de que as autoridades poderão adotar medidas como isolamento ^[7], quarentena ^[8], realização compulsória de procedimentos médicos e laboratoriais.

Em 20 de março de 2020, a Medida Provisória 956 introduziu a restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal;

Antes mesmo da edição da referida Medida Provisória, a Portaria n.º 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, regulamentou a aplicação da medida de isolamento (mediante prescrição médica ou recomendação do agente de vigilância epidemiológica - art. 3º, § 1º). A quarentena, por seu turno, depende de ato administrativo formal e devidamente motivado por secretários de Saúde de Estados, Municípios e Distrito Federal art. 4º, § 1º).

6. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_WebExterno2?codteor. Acesso em 07 abr. 2020.

7. “Separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus”. Art. 2º, I, da Lei 13.979/20

8. “Restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus” Art. 2º, I, da Lei 13.979/20.

Em 17 de Março, a Portaria Interministerial nº 5, por fim, determina (art. 4º) que o descumprimento das medidas estabelecidas na Lei 13.979/20 poderão sujeitar os infratores às infrações penais previstas nos arts. 268 e 330 do Código penal

Como a Lei 13.979/20 (art. 3º, § 7º) autoriza que as medidas de combate à COVID-19 sejam tomadas por autoridades federais, estaduais e municipais, surge uma pletora de atos normativos, presumivelmente do conhecimento de todos, a partir dos quais é possível estabelecer um conjunto de comportamentos devidos pelo cidadão, como mecanismo de prevenção à COVID-19. E a partir da proposta inicial, resta saber se o descumprimento de tais medidas pode gerar responsabilidade penal.

3. Embates etiológicos e jurídicos sobre o alcance do artigo 268 do código penal

O crime previsto no art. 268 do Código Penal – infração de medida sanitária preventiva – consiste em um típico delito de infração de dever. No sentido emprestado por Falivene de Sousa^[9], em tais infrações, o dever está contido numa norma antecedente de natureza não penal. Deste modo, as normas extrapenais – no caso, as medidas legais e administrativas relacionadas à saúde pública – constituem-se nos antecedentes necessários para a existência do crime previsto no art. 268 do Código Penal.

Cuida-se, portanto, de crime cuja prática depende da violação de determinações do Poder público, as quais não constam do texto do art. 268 do Código Penal. Particularmente, está-se diante de uma típica norma penal em branco. Como o conteúdo material da infração está no descumprimento das medidas administrativas (Portaria nº. 356, do Ministério da Saúde, em

9. SOUSA, Matheus Herren Falivene de. **Estruturação Linguística dos tipos Penais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.274.

conjunto com a Portaria Interministerial nº. 5), trata-se de norma penal em branco heterogênea.

Obviamente, tais medidas causam, como ponderam Viana e Montenegro, fricções ao princípio da legalidade, já que não fica claro para um cidadão comum saber quais são efetivamente as condutas proibidas^[10], sobretudo quando tais medidas, como a quarentena e o isolamento social, são determinadas por autoridades pertencentes a diversos entes federativos (União, Estados e Municípios). Assim, para saber se uma conduta é passível de reprimenda estatal, é preciso transpassar por uma enxurrada de regras.

No entanto, para além da constitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas, já reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal^[11], demanda a segurança jurídica das relações sociais que a aplicabilidade do art. 268 do Código Penal atenha-se a uma lei de competência federal. *In casu*, a Lei nº. 13.979/2020, que é regulamentada pela Portaria nº. 356/2020.

Das normas mencionadas, depreende-se que as condutas possivelmente alcançáveis pelo art. 268 do Código Penal consistiram em: a) descumprimento de determinações de isolamento e quarentena; b) oposição a exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos.

Nada obstante, é certo que os arts. 3º, 4º e 6º da Portaria nº. 356/20, esmiuçando as medidas previstas na Lei nº. 13.979/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus, estabelecem condições para que haja a implementação dos atos administrativos dos entes federativos. Veja-se:

O isolamento referido na Portaria em questão somente poderá ser determinado por prescrição médica ou recomendação do agente

10. VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas, Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>. Acesso em 08 abr. 2020.

11. STF. RE 943938, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 17 jun. 2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 17 set. 2018. PUBLIC 18 set. 2018.

de vigilância epidemiológica (art. 3º, § 1º), por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias, que pode ser renovado por igual período, dependendo do resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão. O parágrafo 3º do mesmo artigo deixa bem claro que não se admite medida de isolamento quando o diagnóstico laboratorial for negativo para a presença do vírus.

Diante desse quadro, resta evidente que, sendo a medida de isolamento determinada apenas para pessoas que testem positivo para a COVID-19, a violação da medida de isolamento torna-se crime de mão própria, que somente pode ser realizado pessoal e diretamente pela pessoa contaminada, não podendo ser cometido por interposta pessoa. Logo, o terceiro não contaminado, quando muito, poderia ser partícipe do delito executado diretamente pela pessoa contaminada.

Ante tal perspectiva, torna-se impossível juridicamente dizer que pessoas não contaminadas pela COVID-19 podem praticar, *sponte própria*, o delito do art. 268 do Código Penal pela infringência de regras de isolamento. Pois, não estando a pessoa contaminada, a partir das regras atualmente postas, é juridicamente impossível a adoção da medida de isolamento para tal pessoa.

E ainda que haja suspeita de contaminação, não se pode estabelecer medidas de isolamento. No caso, não estão presentes os parâmetros normativos para a adoção de medida restritiva. Aliás, como expressamente consta no art. 3º, § 7º, da Portaria nº. 356/20, para que haja isolamento, é preciso comunicação prévia à pessoa afetada sobre a compulsoriedade da medida, mediante notificação expressa e devidamente fundamentada.

Por sua vez, há de se criticar a infeliz técnica normativa de afirmar que o isolamento pode ser determinado por “recomendação” do agente de vigilância epidemiológica. Na verdade, trata-se de ordem. “Recomendação”

e “ordem” são termos completamente distintos. O termo “*recomendar*” tem um significado de “aconselhamento” ou, talvez, um conselho ou advertência para que se adote um comportamento^[12]. Não gera para o destinatário a obrigação de obedecer.

“*Ordem*”, por outro lado, tem de ser dada por funcionário público competente e com conteúdo de legalidade. “*Ordenar*” não é pedido, conselho, ônus ou recomendação. Ordem nos remete a um dever legal de obedecer^[13]. Logo, refere-se a uma determinação com conteúdo imperativo.

Alusivo à quarentena, por sua vez, é possível que seja estabelecida a pessoas com suspeita de contaminação. Diferentemente do isolamento, que é medida individual e depende de prescrição médica ou determinação do agente de vigilância epidemiológica, a quarentena é medida coletiva, determinada por “ato administrativo formal e devidamente motivado”, estabelecido por autoridades da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal, devendo ser “amplamente divulgada pelos meios de comunicação” (art. 4º, §1º).

Nessas hipóteses, é possível que pessoa que não esteja contaminada pratique a infração penal prevista no art. 268 do Código Penal. No entanto, há uma interessante condicionante, prevista no art. 5º, parágrafo único, da Portaria nº. 356/20. Determina-se que “*caberá ao médico ou agente de vigilância epidemiológica informar à autoridade policial e o Ministério Público sobre o descumprimento de que trata o caput*”.

No que concerne a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos, deixa-se de fora o debate acerca da prevalência do direito difuso de saúde coletiva sobre a autonomia do indivíduo. Sem embargo, estabelece-se que para a implementação de

12. ROCHA, Ruth. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Editora Scipione: 13ª Ed., 2012, p. 507.

13. *Ibidem*. p. 594.

tais providências é necessária a indicação mediante ato médico ou por profissional de saúde (art. 6º), excetuadas a coleta de amostras clínicas, vacinação e medidas profiláticas.

Com efeito, infere-se que para que exista a infração de medida sanitária preventiva, nos termos do art. 268 do Código Penal e da substância das normas penais em branco, é imprescindível a presença dos requisitos acima consignados. Enquanto ausentes, não há qualquer alcance penal.

4. Responsabilidade penal de quem viola medidas sanitárias adotadas pelo poder público e funções instrumentalistas de sua criminalização

Ainda que a Portaria nº. 365/2020 restrinja o alcance das determinações públicas, à transgressão ao art. 268 cabe Ação Penal Pública Incondicionada. A infração de medida sanitária preventiva consiste em delito de perigo abstrato. Consuma-se com a desobediência às determinações do Poder Público destinadas a impedir a propagação da doença contagiosa^[14]. Assim, considerando o contexto de COVID-19, exceto nos casos de isolamento, o qual efetivamente demanda a contaminação, também cometem o delito em exame pessoas não contaminadas que não cumprem a quarentena e que recusam submeterem-se a exames e testes laboratoriais. Dessarte, a infração pode ser tanto comissiva quanto omissiva.

Além disso, importa anotar que caso o sujeito ativo do delito seja funcionário da saúde pública ou exerça profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro encontrará a pena de detenção de 01 (um) mês a 01 (um) ano aumentada em 1/3 (um terço). E se da infração da medida sanitária preventiva sobrevier lesão corporal de natureza grave, a pena

14. PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 5ª Ed, 2010, p. 771.

será aumentada até a metade; se resultar morte, em dobro.

A repercussão do crescimento exponencial de COVID-19 prontamente fez surgir tensão social, pautada na busca por culpados pela instabilidade da ordem. O inconsciente social faz pensar – equivocadamente - que a criminalização vertiginosa se reputa solução suficiente e apta a obstar a propagação da doença.

Ressalta-se que para a configuração do delito do art. 268 são necessárias determinações legais ou regulamentares de cunho obrigatório, não sendo cabíveis meros conselhos ou advertências. A normas tidas em consideração também devem ser específicas para a COVID-19, e não medidas gerais de higiene.

Eventual intervenção penal no caso em tela não tutela – certamente não com eficácia – a saúde pública, apenas produz impacto tranquilizador sobre os cidadãos e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. Mais do que nunca salta aos olhos a hipertrofia da função simbólica da atividade legiferante, principalmente no que diz respeito ao Direito Penal.

5. Considerações finais

Muito provavelmente, a partir de um inconsciente clamor público pela intervenção penal, deterá relevo a aplicação do artigo 268 do Código Penal na conjuntura de pandemia que acomete a humanidade no ano de 2020, em que pese existam questionamentos sobre sua função social e alcance. Em razão disso, se faz importante atentar que minimamente devem ser observados os preceitos da Lei 13.979/2020 e requisitos de suas normas regulamentadoras.

Contudo, é preciso proceder com cautela. O Direito Penal em sua

face simbólica não raramente se esquivava de ter em consideração causas históricas, sociais e políticas. E a comoção comunitária não tem forças suficientes para aplacar e desconstruir estigmas e preconceitos.

De impactos humanitários já bastam os causados pelo vírus. Diz-se isto sobretudo porque, vide art. 3º do Código Penal, futura revogação de tais normas não elimina o crime, visto que são excepcionais e os fatos ocorridos em sua vigência alcançam a ultratividade.

E não é só. Presídios, como espaços de confinamento, são locais de alto risco de contágio, sobretudo para presos que estão em situação de vulnerabilidade. Não é por acaso que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n.º 62, determinando uma série de medidas visando minorar o superencarceramento. Parece, em certa medida, contraditório, pensar que a intervenção penal pode resolver tais questões. Não obstante, o tipo está presente justamente como *ultima ratio*, para questões extremas que não consigam ser solucionadas por meios extrapenais.

6. Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido: tradução Carlos Alberto Medeiros**. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

CONJUR. **Juíza fixa multa para casal que não cumpre quarentena da Covid-19**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/juiza-multa-casal-nao-cumpre-quarentena-covid-19>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CORREIO. **Coronavírus: primeira paciente contaminada sai de isolamento em Feira de Santana**. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/coronavirus-primeira-paciente-contaminada-sai-de-isolamento-em-feira-de-santana/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução Paulo Geiger. — 1ª ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MIGALHAS. **Empresário que escapou da quarentena e levou covid-19 pra**

sul da BA será processado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/322002/empresario-que-escapou-de-quarentena-e-levou-covid-19-para-sul-da-ba-sera-processado>. Acesso em: 10 abr. 2020;

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Folha Informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 5ª Ed. 2010.

ROCHA, Ruth. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Editora Scipione: 13ª Ed., 2012.

SOUSA, Matheus Herren Falivene de. **Estruturação Linguística dos tipos Penais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

STF. RE 943938, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 17 jun. 2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 17 set. 2018. PUBLIC 18 set. 2018.

VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas, **Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal**. Disponível em [https://www.jota.info/ opiniao-e-analise/colunas/ penal-em-foco](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco). Acesso em 08 abr. 2020.

Direito Penal e a Proteção às Mulheres: Conflitos entre os Direitos da Vítima, Funções do Direito Penal e as Leis Afirmativas

THAIS BANDEIRA

Sumário. 1. *Introdução: delineamentos iniciais acerca do tema, justificativa e importância jurídico-social;* 2. *O COVID-19 e a violência de gênero. Como a pandemia afetou as mulheres em situação de violência;* 3. *Possíveis funções atribuídas ao Direito Penal no combate à violência de gênero;* 4. *Instrumentos de proteção à mulher em tempos de isolamento social;* 5. *Referências.*

“As rosas da resistência nascem no asfalto. A gente recebe rosas, mas vamos estar com o punho cerrado falando de nossa existência contra os mandos e desmandos que afetam nossas vidas”.

Marielle

1. Introdução: delineamentos iniciais acerca do tema, justificativa e importância jurídico-social

O tema da violência será aqui retratado com uma leitura de violência de gênero e completamente voltado à perspectiva do Feminismo, entendido enquanto (busca da) igualdade entre homens e mulheres. Isso porque, é preciso demonstrar e entender que a violência contra a mulher (inserida enquanto modalidade específica de violência de gênero) tem origem “num *status* de subordinação que as mulheres e meninas possuem na sociedade.” (SOUZA, 2010, p. 16)

A própria acepção da expressão 'gênero' traduz-se como uma construção histórico-sócio-cultural^[1] dos sexos, onde estão estabelecidas as funções esperadas para os papéis do masculino e do feminino. A partir dessa (pre) determinação é que podem surgir as relações de dominação x submissão, uma vez que atividades diferentes estão estabelecidas para o masculino e feminino, sendo criadas distinções de acesso à educação, à saúde e ao trabalho e até mesmo de acesso ao poder.

Quando o tema é tratado à luz do Feminismo, muitas críticas são tecidas, sobretudo por força dos movimentos criminológicos relacionados ao Abolicionismo e Minimalismo, que estariam em franca oposição à criação de novos tipos penais ou medidas penais restritivas. Questiona-se sobre a necessidade de criação da qualificadora do Femicídio e sobre outros institutos do Direito Penal e Processual Penal relacionados às mulheres e a proteção diferenciada que é dada a seus direitos fundamentais. Esses temas serão tratados mais adiante.

Ocorre que teoria e militância se misturam no Feminismo. Contudo, ser feminista é também aceitar críticas. Sabe-se que se trata de um estudo social, plural, dinâmico, que tem o autoquestionamento como “marca de nascença”, nos dizeres de Guacira Louro. Há mesmo “uma característica muito particular que deve ser tomada em consideração pelos interessados em entender sua história e seus processos: é um movimento que produz sua própria reflexão crítica, sua própria teoria” (PINTO, 2010, p.01)

Importante que se faça, então e de logo, esta observação, pois, “nos dias atuais existe uma intenção maior de fazer com que a ‘sociedade’ acredite que as mulheres não precisam mais lutar por seus direitos ou a intenção de fazer acreditar que não há mais necessidade de revolução, de mudanças.” (NOGUEIRA, 2001).

1. A partir desse entendimento de que o gênero é uma construção, Beauvoir afirma: “ninguém nasce mulher; torna-se mulher”. (BEAUVOIR, 2016, p.11)

Estamos longe dessa desnecessidade de luta. Léguas. A sociedade ainda se mostra machista, héteronormativa, patriarcal. Pode-se sentir isso nos mínimos detalhes. Quem é (se tornou) mulher passou por diversos momentos de castração de seu gênero, passou por diversos momentos de invisibilidade, passou por vários momentos em que foi colocada em cheque, diante de uma opinião, fala ou comportamento de um homem. Muitas delas, inclusive, nem se deram conta de todos esses percalços... É que, mais das vezes, “as mulheres frequentemente apagam de si mesmas as marcas tênues de seus passos neste mundo, como se sua aparição fosse uma ofensa à ordem. Este ato de autodestruição é também uma forma de adesão ao silêncio que a sociedade impõe às mulheres” (PERROT, 2005, p. 37)

Feitas essas considerações iniciais, que devem ser lidas em tom de desabafo, sem que, nesse espaço, nenhuma consideração feita por uma mulher possa sofrer o *gaslighting*^[2], ou seja, a desqualificação do discurso, sem que seja considerada exagerada, neurótica ou sensível demais, passemos a tratar da violência doméstica e familiar contra a mulher no cenário atual de pandemia.

Fazer um Boletim de Ocorrência, conseguir um deferimento de medidas protetivas de urgência, ser ouvida perante uma autoridade policial... coisas que seriam muito mais simples num período comum, ganham diferentes contornos quando se está diante de uma determinação global de permanecer em casa.

2. O COVID-19 e a violência de gênero. Como a pandemia afetou as mulheres em situação de violência.

Todos em casa: homens, mulheres, filhos e filhas, avós e todos os demais membros da família. Sem tempo determinado para acabar a

2. Máira Ligouri (2015) explica de forma simples e direta, em seu artigo “O machismo também mora nos detalhes - Think Olga” alguns termos como *manterrupting*, *bropropriating* e *mansplaining*” sofrido frequentemente pelas mulheres.

quarentena, as relações domésticas se intensificaram nesses últimos tempos. Todos aqueles que mantinham suas rotinas externas aos muros da residência agora estão confinados, dividindo, diuturnamente, o mesmo espaço.

É um momento em que as pessoas passam a se observar melhor, observar seus hábitos, preferências musicais, preferências alimentares, mas também começa uma fase de julgamento que recai sobre o outro. Quem é mesmo esta pessoa que divide o mesmo espaço comigo? Esta observação sobre o outro, natural, passa a acontecer com maior frequência por conta do confinamento.

Ocorre que, em uma relação abusiva, este olhar sobre o outro certamente acarretará em algum formato de violência contra a mulher.^[3] E, percebam que, não se está falando aqui, necessariamente, de violência física.

A Lei 11340/2006, legislação esta que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, vulgarmente conhecida como Lei Maria da Penha, elenca – em seu art. 7º - diversas formas de violência^[4], descrevendo, além da violência física, a patrimonial, a sexual, as ofensas contra a honra, e a violência psicológica.

3. As Secretarias de Segurança Pública de alguns Estados já começam a divulgar o aumento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

4. Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A sociedade há de questionar esta mulher – seja em período convencionais, seja agora, em meio à pandemia - que se mantém em um relacionamento como tal. Qual seria a razão para estar com um parceiro(a) abusivo(a)? A resposta não é simples, mas as correntes que estudam a violência de gênero indicam que os namoros, casamentos e relações abusivas passam por um ciclo: começam com uma fase de romantismo denominada lua-de mel, fase em que o casal se comporta de maneira amorosa e compreensiva; em seguida, evoluem para momentos de tensão. Nessa fase, as mulheres são levadas a acreditar que o comportamento dominador e autoritário, de alguma forma, faz parte da relação. É comum ouvirmos frases como “ele só está com ciúmes”; “faço isso porque te amo”; “estou protegendo nossa relação”. Desta fase, há uma evolução para a explosão, que, muitas vezes, termina em agressões físicas e até mesmo no Femicídio.

Assim, a vítima de um crime praticado no âmbito doméstico ou familiar sofre, segundo estudos da Vitimologia (corrente criminológica que estuda a vítima), processos distintos de vitimização. A denominada vitimização primária decorre do contato entre vítima e agressor. No âmbito doméstico ou familiar, lidamos ainda com o problema de que o agressor, no mais das vezes, mantém (ou mantinha) um relacionamento conjugal, afetivo, ou algum tipo de vínculo emocional com a vítima. Ana Angélica P. Souza explica que a violência de gênero não é igual a uma violência interpessoal qualquer. Isso se dá porque “os homens [...] estão mais suscetíveis a serem vítimas de um estranho ou conhecido, enquanto as mulheres a serem vítimas de violência praticada por um familiar ou parceiro íntimo.” (SOUZA, 2010, p.17)

Em um segundo momento, a vítima de violência doméstica passa pela vitimização secundária: seu contato com as instâncias formais de controle,

tais como Delegacias, Ministério Público, etc. As situações são, nos dizeres de Selma Santana, no mínimo incômodas! Justiça despreparada para receber essas mulheres, crimes materiais demandando exame de corpo de delito, advogados de defesa imbuídos da tarefa de desqualificar os depoimentos das vítimas, muitas vezes, levando a crer que elas mentem... “Na melhor das hipóteses, a vítima é utilizada exclusivamente como meio de prova, e suas necessidades não são levadas em conta”. (SANTANA, 2010, p. 23)

Na sequência, própria sociedade se incumbe de revitimizar esta mulher, num processo denominado vitimização terciária. A mulher é questionada em seu comportamento, como se, de alguma forma, houvesse contribuído para uma conduta criminosa. Não raro ouvimos frase como “o que ela estava fazendo naquele local?”; “quem mandou namorar com esse cara”; algo ela deve ter feito para apanhar”.

Esses questionamentos e desqualificações das falas das vítimas são, sem dúvidas, ainda um resquício da sociedade machista em que a mulher é marginalizada, sobretudo em seu comportamento sexual.

A pergunta, então, é se o Direito Penal seria o ramo legítimo para a defesa dos direitos dessas pessoas em situação de violência e como pode este ramo, em tempos de COVID-19, ajustar-se à nova realidade de isolamento social para proteção dessas mulheres.

3. Possíveis funções atribuídas ao Direito Penal no combate à violência de gênero

São breves as linhas desse artigo para detalhar um tema tão denso para o Direito Penal. Por ora, importante delinear que existem teorias legitimadoras, que buscam definir uma função para o Direito Penal, porém há também teorias deslegitimadoras, que apontam diversas críticas e chegam

a pregar a redução drástica desse formato de repressão (Minimalismo) e até mesmo a sua completa desapareição (Abolicionismo).

Dentre as teorias legitimadoras, tem prevalecido aquelas que indicam que a função do Direito Penal é precipuamente a de proteção de bens jurídicos^[5], entendidos esses como sendo os bens da vida mais essenciais para a convivência harmônica em sociedade. Para explicitar a função do Direito Penal, Roxin explica que esta reside numa proteção subsidiária de bens jurídicos – uma vez que o Direito Penal deve ser sempre visto enquanto *ultima ratio* - e só está justificada a existência de um tipo penal quando este se mostrar imprescindível para a convivência dos cidadãos através de uma ameaça punitiva. Arremata explicando que “essa justificação decorre da finalidade do Estado cujo poder, por sua vez, repousa sobre o desejo do povo expresso nas eleições.” (ROXIN, ARTZ, TIEDMANN, 2007, p. 5-6).

Seguindo a noção de legitimar o Direito Penal como ramo do Direito apto a proteger esses bens jurídicos essenciais, entende-se que há uma função preventiva, dividindo-se em prevenção geral e especial. No que diz respeito à prevenção geral, esta ideia relativa vê na pena uma forma de influência sobre toda a comunidade, que, mediante as ameaças penais e ameaças sobre a possibilidade de execução da pena, deve ser instruída sobre as proibições contidas em lei e, portanto, afastadas de sua violação. A prevenção especial seria aquela que deve atuar sob o sujeito delinquente.

Porém, é preciso lembrar que, para além dessas funções explícitas do Direito Penal, há outras, não expressas, mas que igualmente legitimam a sua atuação. A primeira função não expressa é a função ético-social, também denominada função configuradora dos costumes. Para esta função, é papel do Direito Penal, através dos processos de penalização e despenalização,

5. O conceito de bem jurídico proposto por Roxin pode ser assim resumido: “*son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo em el marco de um sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema*”. (ROXIN, 1997, p. 66-67).

incutir nos indivíduos valores éticos fundamentais. Esta função reside numa prática antiga de localizar o Direito Penal num âmbito de “mínimo ético”, integrado pelas convicções mais aceites pela comunidade. (SILVA SÁNCHEZ, 2008, p.452)

Hans Welzel sustenta esta função configuradora dos costumes do Direito Penal, sem, entretanto, negar a função de proteção de bens jurídicos, mas atribuindo uma característica subsidiária face à função ético-social. A proteção de bens jurídicos efetivamente se dá, para o autor, através e por meio da tutela de valores elementares ético-sociais da ação. O fundamento de tal posicionamento reside na conexão entre Direito Penal e valores elementares da ética social. Ainda, Welzel considera que a função ético-social é muito mais eficaz (no campo político criminal) do que a clássica função de proteção de bens jurídicos, enquanto meio de defesa da sociedade e luta contra o delito. (WELZEL, 1956, p. 5)

Questão relevante é saber, entretanto, se o Direito Penal é ramo legítimo para determinar, além de um comportamento externo do agente conforme a norma, uma consciência interna, “produzindo os fenômenos de adesão e fidelidade”. (SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 453)

Hassemer e Muñoz Conde indicam que o Direito Penal, ao empregar seus instrumentos de controle, realiza uma função “pedagógico-social”: reforça valores ético-sociais, o que é exatamente a função de prevenção geral positiva. (CONDE, HASSEMER, 1989, p.121)

Em que pese haver discussões acerca da legitimidade do Direito Penal em cumprir esta função de educar a sociedade, é cada vez mais comum que a legislação penal traga dispositivos que, mais do que apenas proteger o bem jurídico, estão ocupadas em cumprir uma função formadora e pedagógica. No Brasil, tem-se os exemplos da Lei 11.340/06, a consagrada

Lei Maria da Penha, que, por exemplo, informa à sociedade, em preceito não sancionador, o que se entende por violência contra a mulher.

Como dito anteriormente, ao descrever em que consiste a violência moral, patrimonial, sexual, psicológica e a violência física, chegando até mesmo a exemplificar condutas capazes de ensejar esses formatos de violência, o objetivo da Lei foi exatamente o de criar uma mudança social de comportamentos, abarcando a função não expressa do Direito Penal.

Porém, mais do que “educar” ou sancionar os agressores, é importante que a Lei busque também conscientizar a mulher sobre essas formas de violência. Em que pese a maioria delas só perceberem ou só se darem conta da violência sofrida quando esta se reveste do caráter físico, a Lei demonstrou este conceito mais amplo, testificando que as relações abusivas podem ter lugar muito antes do tapa, soco ou empurrão.

4. Instrumentos de proteção à mulher em tempos de isolamento social

O sistema penal não estava preparado para o isolamento social, para as determinações de Prefeitos e Governadores no sentido de fechar escolas, cinemas, bares, restaurantes, shopping center e centros comerciais. Poucos são os que ainda circulam.

Porém, *intra* muros, como vimos, os números de casos de violência contra a mulher não diminuem, tendendo até mesmo a aumentar.

Alguns Estados conseguiram implementar – de forma acertada – um sistema *on line* de registro de ocorrência nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, em vários outros, o formato continua a ser presencial. Ocorre que, exigir a presença física da vítima para este

registro, em tempos de isolamento social, é submeter a mulher a novo processo de vitimização (secundária), pois exigirá dela uma colocação em risco nos transportes públicos, circulação pela cidade e contato presencial com agentes de segurança pública nas Delegacias Especializadas.

Outro problema que passou a existir foi o término dos prazos de algumas medidas protetivas de urgência já estabelecidas pelas Varas Especializadas, o que, em situações convencionais, demandaria uma manifestação da vítima sobre a necessidade de prorrogação ou não de tais medidas. A recomendação feita por diversas entidades^[6] foi no sentido da prorrogação automática dessas medidas de proteção, dispensando-se a manifestação da vítima que, muitas vezes, não consegue acesso presencial às Defensorias Públicas para renovação dos pedidos.

Importante salientar que as Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (em alguns locais, chamadas de Varas pela Paz em Casa) estão funcionando em regime de plantão remoto. Assim, continua a ser possível o peticionamento eletrônico no sentido de assegurar a integridade física e psicológica das mulheres vítimas de violência.

5. Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismo e abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Disponível em: <<http://www.mp.to.gov.br/cint/cesaf/arqs/040908090302.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2009.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: a experiência vivida, v. 2. Tradução: Sérgio Millet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. Introducción a Criminología y al Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989.

LIGOURI, Maíra. O machismo também mora nos detalhes” - Think Olga. <http://>

6. <http://www.oab-ba.org.br/noticia/coronavirus-aumento-da-violencia-domestica-contramulher-preocupa-cfoab>

thinkolga.com/2015/04/09/o-machismotambem-mora-nos-detalhes/ 2015.

LOURO, Guacira. Epistemologia feminista e teorização social – desafios, subversões e alianças. Coletânea Gênero plural. Miriam ADELMAN; Celsi Brönstrup SILVESTRIN (organizadoras). Curitiba. UFPR, 2002.

NOGUEIRA, Conceição. Um novo olhar sobre as relações sociais de gênero: feminismo e perspectiva crítica na psicologia social. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. Notas sobre o Feminicídio. Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/notas-sobre-feminicidio>.

PERROT, M. As mulheres ou os silêncios da história / Michelle Perrot: tradução Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

PINTO, Céli Regina Jardim. Dossiê Feminismo, História e Poder. Revista de Sociologia e Política V. 18, nº 36: 15-23 jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>.

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito. Madrid, Espanha: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDMANN, Klaus. Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Tradução Gercelia Batista de Oliveira Mendes. Coord e Supervisor Luiz Moreira – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2008.

SOUZA. Ana Angélica Pereira. Violência nas relações íntimas: uma análise psicossociológica. João Pessoa, 2010. Disponível em <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/7022/1/arquivototal.pdf>

WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p.5.

I SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
**DIREITOS E DEVERES
FUNDAMENTAIS EM
TEMPOS DE
CORONAVÍRUS**

01/abril - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rátis



Rodolfo Pamplona

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings



Fábio Perliandro

Tema: *Reflexos do COVID-19
no Constitucionalismo*



Gabriel Marques

Tema: *Estado de Defesa e
Estado de Sítio*



Marcos Sampaio

Tema: *Constitucionalismo
Digital*



Miguel Calmon

Tema: *Direitos das Minorias*



Rosângela Lacerda

Tema: *Direito do Trabalho
e Fato do Príncipe*



Saulo Casali

Tema: *Direitos
Fundamentais e
Pandemia*

II SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
**DIREITOS E DEVERES
FUNDAMENTAIS EM
TEMPOS DE
CORONAVÍRUS**

08/abril - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rátis



Rodolfo Pamplona

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings



Adriano Pedra

Tema: *Reformas
Constitucionais em
Tempos de Pandemia*



André Batista

Tema: *A Recusa ao Exame
Diagnóstico do Covid-19*



Christianne Gurgel

Tema: *Autonomia
Privada Coletiva de
Trabalho e as MPs 927 e
936*



Geovane Peixoto

Tema: *Direitos
Fundamentais e Sistema
Penitenciário em Tempos
de Covid-19*



Jaime Barreiros

Tema: *Os impactos do
Covid-19 nas eleições 2020
e a proposta de unificação
do calendário eleitoral*



Marcos Borel

Tema: *A Recuperação de
Empresas e o Estado de
Calamidade.
Recomendações do CNJ*

III SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

15/abril - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rátis



Rodolfo Pamplona

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings



Josinaldo Leal
Tema: *As Relações de Consumo - Harmonização de Interesses.*



Leonardo Cunha
Tema: *Relações familiares e o impacto da Covid-19*



Maria Elisa Villas-Bôas
Tema: *A População idosa e o Agrar na Atual Pandemia: O Desafio de Uma Abordagem Humanista*



Ricardo Maurício
Tema: *Estado Solidarista: Possibilidades, Limites e Desafios*



Thaís Bandeira
Tema: *A violência de Gênero em Tempos de Covid-19*



Washington Pimentel
Tema: *Prevenção à Insolvência em Tempos de Crise*

IV SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

22/abril - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rátis



Rodolfo Pamplona



Saulo Casali

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings



Antonio Adonias
Tema: *O Sistema de precedentes judiciais e os conflitos surgidos na época da pandemia*



Cristiane Cabral
Tema: *A OMS e sua atuação no âmbito da saúde pública internacional*



Cristiano Chaves
Tema: *Relativização dos contratos em tempos de pandemia*



Fredie Didier
Tema: *Processo estrutural*



Hilda Vargas
Tema: *O direito à convivência familiar e o isolamento social imposto pela pandemia de Covid-19*



Luiz Viana
Tema: *A defesa da advocacia em tempos de pandemia*

V SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

29/abril - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rätis



Rodolfo Pamplona



Saulo Casali

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings



Alessia Magliacane

Tema: *Covid: uma história italiana.*



Alex Cabral

Tema: *Um "novo" propósito para a inovação: a pandemia que reinventou o Estado.*



Francesco Rubinho

Tema: *Covid: uma história europeia.*



Heron Gordilho

Tema: *Direito Penal de risco e os crimes contra a saúde pública.*



Luciano Martinez

Tema: *Dever patronal de acomodação racional nos tempos do Coronavírus.*



Marta Gimenez

Tema: *Dinâmica inclusiva do desenvolvimento tecnológico em patentes farmacêuticas. Um pensamento pandêmico.*

VI SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

TEMA: UNIVERSIDADE E
PANDEMIA

06/maio - 18 horas

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings

Haverá transmissão pelo canal
do Instituto dos Advogados da
Bahia no YouTube



João Carlos Salles
Reitor da Universidade
Federal da Bahia



VII SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

13/maio - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rátis



Rodolfo Pamplona



Saulo Casali

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings



Antônio Menezes

Tema: *A advocacia trabalhista pós-pandemia.*



Fernanda Barretto

Tema: *Os alimentos e a pandemia: Uma questão urgente.*



Gláucia Brasil

Tema: *O papel do Administrador Judicial em tempos de pandemia.*



João Glicério

Tema: *Direito empresarial na pandemia.*



Lucas Castelo Branco

Tema: *O direito contratual Inglês no contexto da pandemia.*



Sérgio Schlang

Tema: *Contratos: Reajustes, alterações e aumentos abusivos em tempos de Coronavírus.*

VIII SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

20/maio - 18 horas

MODERADORES



Carlos Rátis



Rodolfo Pamplona



Saulo Casali

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings



Antonio Sá

Tema: *Enfermidade, isolamento social e tragédia no "Filóctetes" de Sófocles: Um fundamento possível ao direito constitucional da saúde?*



Cláudia Albagli

Tema: *Sociedade Virtual e o direito.*



Clóvis Reimão

Tema: *Liberdade de locomoção em tempo de coronavírus: Um equilíbrio Aristotélico em direitos e deveres fundamentais.*



Gamil Föppel

Tema: *Advocacia criminal e o covid-19.*



Liliane Lopes

Tema: *A Mediação e os impactos durante e pós pandemia de covid-19.*



Maria Auxiliadora Minahim

Tema: *Direito à vida em tempos de pandemia.*

REALIZAÇÃO:

IDCB
INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA



INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA



Academia de Letras Jurídicas da Bahia



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU

ISBN: 978-65-87082-01-1



9 786587 082011



EDITORA
IASP