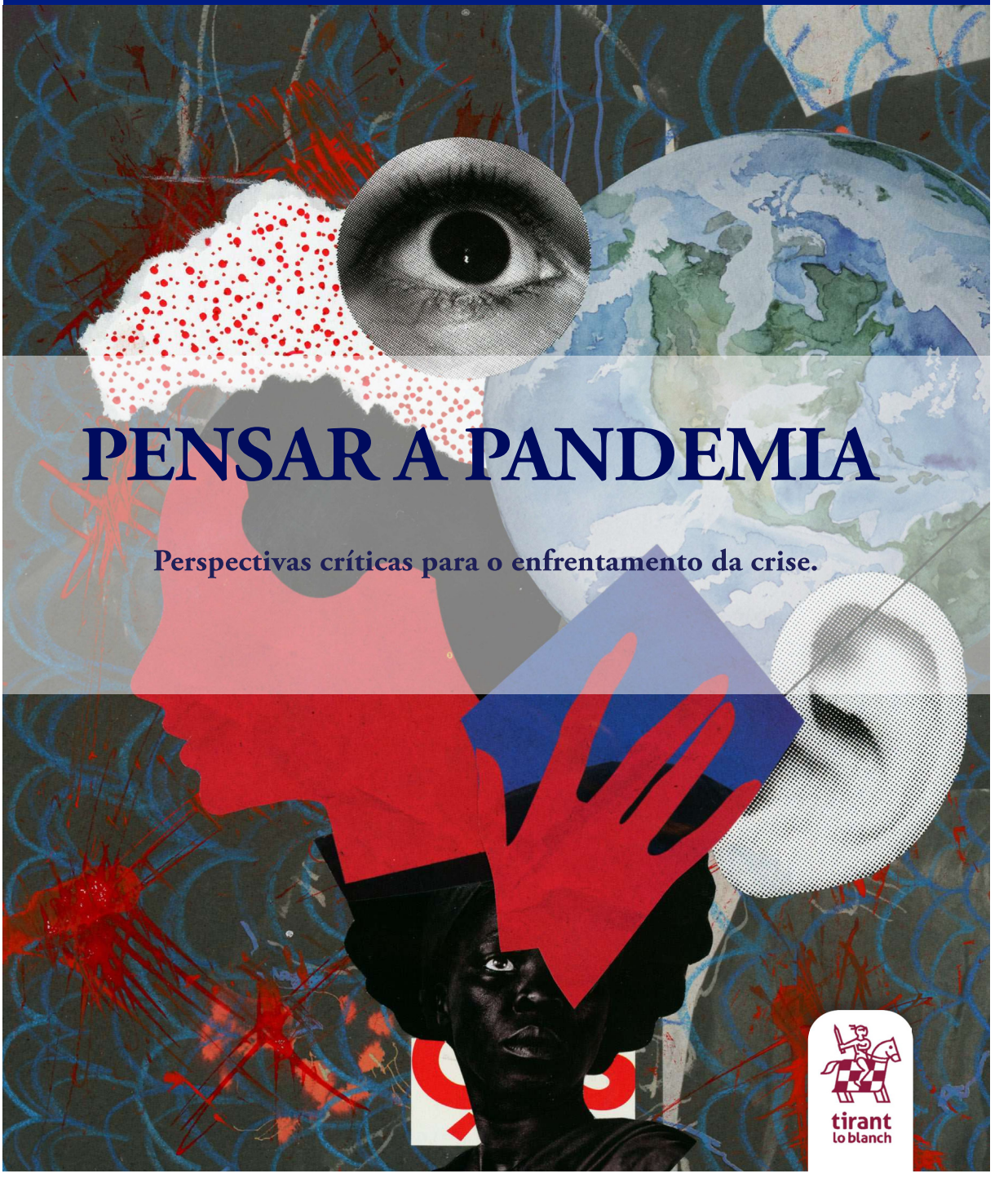
ORGANIZADOR
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA



PENSAR A PANDEMIA

Perspectivas críticas para o enfrentamento da crise.

tirant lo blanch

Organizador
João Paulo Allain Teixeira

PENSAR A PANDEMIA:
PERSPECTIVAS CRÍTICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE

tirant
lo blanch

São Paulo
2020

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil
Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e diagramação: Natália Carrascoza Vasco
Ilustração da capa: Lia Testa

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

Juarez Tavares
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

Luis López Guerra
Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

Owen M. Fiss
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).
Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editoral Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.
Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.
Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000
Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com - atendimento@tirant.com
www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Organizador
João Paulo Allain Teixeira

PENSAR A PANDEMIA:
PERSPECTIVAS CRÍTICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE

tirant
lo blanch

São Paulo
2020

AUTORES

ALESSA PAGAN VEIGA
ALEXANDRE HENRIQUE TAVARES
ALINE GOMES MENDES
AMANDA MARIA DE ALMEIDA NUNES
ANA CECÍLIA DE BARROS GOMES
ANA CRISTINA BARUFFI
ANA PAULA DA SILVA SOTERO
ANA PAULA MARCHESINI DIAS
ANITA MATTES
ANÍZIO PIRES GAVIÃO
ARTHUR DE OLIVEIRA XAVIER RAMOS
BETÂNIA ALFONSIN
BRUNO BOTI BERNARDI
CAROLINE LOBATO
CATARINA CARDOSO SOUSA
CIANI SUELI DAS NEVES
CÍNTIA BURILLE
CLAUDIA MARIA BARBOSA
CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES
CONRADO PAULINO DA ROSA
DÉBORA PATRICIA SEGER
DÉBORAH SILVA DO MONTE
EMERSON RAMOS
ÉRICA BABINI
EZILDA MELO
GILMARA BENEVIDES
GISELE RICOBOM
GLAUCO SALOMÃO LEITE
GUSTAVO FERREIRA SANTOS
HELDER BARUFFI
HELDER FELIPE OLIVEIRA CORREIA
HÉLIO EDUARDO DE PAIVA ARAÚJO
HUGO FERNANDES MATIAS
IVONE FERNANDES MORCILO LIXA
IZABELLA BARROS-MELO
JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ
JEAN LUCCA DE OLIVEIRA BECKER
JHULIA FERREIRA MEDEIROS
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA
JOÃO RICARDO DORNELLES
JOSÉ ARTHUR CASTILLO DE MACEDO
JULIANA TEIXEIRA ESTEVES
KAREN ROSA DE ALMEIDA
LEONAM LIZIERO
LILIAN BALMANT EMERIQUE
LÍVIA BARROS
LUANNA TOMAZ DE SOUZA
LUCAS M. AGUIAR
LUCAS MACHADO FAGUNDES
LUCAS MORESCHI PAULO
LUCIANA BOITEUX
LUCIANA BRASILEIRO
LUCIANA GRASSANO MELO
LUCIANO DE OLIVEIRA SOUZA TOURINHO
LUIS EMMANUEL CUNHA
LUIZ RENATO VIEIRA
MANOEL SEVERINO MORAES
MANUEL E. GÁNDARA CARBALLIDO
MANUELLITA HERMES
MARCELO LABANCA CORRÊA
MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR
MARGARETH VETIS ZAGANELLI
MARIA JÚLIA POLETINE ADVINCULA
MARINA FALCÃO LISBOA BRITO
MARTA CAROLINA GIMÉNEZ PEREIRA
MATEUS CÔRTE VITÓRIA
MAURÍCIO MARTINS REIS
MONALIZA MONTINEGRO
NARA FONSECA DE SANTA CRUZ
NATALIA BEZERRA VALENÇA
PALOMA MENDES SALDANHA
PAOLA CANTARINI
PATRÍCIA VERÔNICA NUNES
PAULO FERREIRA DA CUNHA
PAULO HENRIQUE MENEZES DA SILVA
PHABLO FREIRE
PEDRO PULZATTO PERUZZO
RAISSA LUSTOSA COELHO RAMOS
RAQUEL FABIANA SPAREMBERGER
REBECA DE SOUZA VIEIRA
RENATO BERNARDI
ROBERTA OLIVEIRA LIMA
RODRIGO VIEIRA COSTA
SAMUEL MÂNICA RADAELLI
TIAGO RESENDE BOTELHO
VEYZON CAMPOS MUNIZ
VITOR GOMES DANTAS GURGEL
WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

SUMÁRIO

PALAVRAS INICIAIS: AO QUE O DIA NOS CONVIDA 9

A PANDEMIA E A FLEXIBILIZAÇÃO DA ARQUITETURA PENAL A ZERO: A CARNE HUMANA ENLATADA 11

DIREITOS AUTORAIS E VALOR DE USO DA CULTURA NA CRISE SOCIAL DO CORONAVIRUS 19

"I CAN'T BREATHE": O DIREITO UNIVERSAL À RESPIRAÇÃO, COVID-19 E RACISMO ESTRUTURAL. 29

A PANDEMIA DA DESINFORMAÇÃO EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS 40

RACIALIZANDO O DEBATE SOBRE COVID-19: OLHARES A PARTIR DA BRANQUITUDE. 53

DIREITOS TRABALHISTAS DAS GESTANTES EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS. 61

O IMPACTO DO CORONAVÍRUS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: ENTRE A NECROPOLÍTICA E A NECROJURISDIÇÃO. 75

A VULNERABILIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA DIANTE DO COVID-19. 83

OS EFEITOS DA PANDEMIA DO COVID-19 PARA O DIREITO ITALIANO 96

COMO O DIREITO URBANÍSTICO PODE CONTRIBUIR PARA O ENFRENTAMENTO À COVID-19 NO BRASIL?. 105

A SITUAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS KAIOWÁ E GUARANI NO MATO GROSSO DO SUL FRENTE À PANDEMIA: A NÃO APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS NORMATIVOS DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 113

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO IDOSO NO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO EM FACE DA PANDEMIA DO COVID-19. 120

O LEGADO DA PANDEMIA PROVOCADA PELO COVID-19 NA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 130

VULNERABILIZAÇÃO SOCIAL E NECROPOLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASÍL PÓS-2016: TRABALHO DOMÉSTICO, PANDEMIAS E OUTRAS TRAGÉDIAS SOCIAIS EM TERRAE BRASILIS 140

COVID-19: NOVOS DESAFIOS AO DIREITO A ALIMENTOS 151

A ACCOUNTABILITY JUDICIAL NA CONJUNTURA DA CRISE DA COVID-19 158

REFUGIADOS E A PANDEMIA DO COVID-19 165

GÊNERO, RAÇA E CLASSE: OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NA VIDA DAS MULHERES BRASILEIRAS. . . 170

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO COMBATE AO SUPERENCARCERAMENTO EM TEMPOS DE COVID-19 177

ENTRE "LUTAS PELO DIREITO DE VIVER" E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI – O "DEIXAR MORRER". 183

A COVID-19 NO BRASIL E AS MULHERES: UMA PANDEMIA SEXISTA, CLASSISTA E RACIALIZADA 193

A LEI DE EMERGÊNCIA CULTURAL "ALDIR BLANC" NO CONTEXTO DO DESMONTE DAS POLÍTICAS CULTURAIS NO BRASIL E EM TEMPOS DE COVID-19 198

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE O BULLYING CONSTITUCIONAL E A RESILIÊNCIA INSTITUCIONAL 213

UMA PANDEMIA DE "FAKE NEWS": DESINFORMAÇÃO NA INTERNET E A CRISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. 224

COVID-19 E FEDERALISMO NO BRASIL: UM MODELO PORVIR?. . 231

O INVISÍVEL VIRUS INTERPELA O PROJETO DA MODERNIDADE 241

RISCO, RESSENTIMENTO E TERRORISMO: SOBRE A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA. . . . 248

COVID-19: UM TESTE PARA A SOLIDARIEDADE EUROPEIA 261

A PESTE NÃO É DEMOCRÁTICA: A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO, A LUTA ANTIFASCISTA E ANTICAPITALISTA NO BRASIL ATUAL 275

INSPIRAÇÕES DA LEI N.º 10.835/04 NO AUXÍLIO-EMERGENCIAL: REFLEXOS DA COVID-19 PARA A EFETIVAÇÃO DE UM DIREITO 282

MEDIAÇÃO JUDICIAL ON-LINE: USO DE PLATAFORMAS-ODR EM TEMPOS DE COVID-19 290

ENFERMIDADE DEMOCRÁTICA NA PANDEMIA DA COVID-19 . . . 296

A PANDEMIA DA COVID-19 E O RISCO DOS MEDICAMENTOS "MILAGROSOS": O USO OFF LABEL DA CLOROQUINA E HIDROXICLOROQUINA 306

RESILIÊNCIA OU ADAPTAÇÃO: DILEMA PÓS-CORONAVÍRUS 316

RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL PANDÊMICO 323

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS EM TEMPOS DE PANDEMIA: A VULNERABILIDADE, O PRECONCEITO E A URGÊNCIA DA PROTEÇÃO 333

COVID-19 NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DO FEDERALISMO PARA A DEMOCRACIA 339

CAPOEIRA, CONFINAMENTO E SALVAGUARDA 347

RECOMENDAÇÕES DA CIDH, COVID-19 E O CONTEXTO BRASILEIRO NO PÓS-PANDEMIA 352

NO PODEMOS LAVARNOS LAS MANOS 362

UNIÃO EUROPEIA E A PANDEMIA DE COVID-19: NOVA FORTALEZA MEDIEVAL EM PLENO SÉCULO XXI? 369

REPOSICIONANDO O DEBATE FEDERALISTA NO BRASIL EM RAZÃO DA PANDEMIA COVID-19: HÁ MESMO UMA TENDÊNCIA À DESCENTRALIZAÇÃO?. 380

ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO DO TRABALHO EMERGENCIAL OU DE EXCEÇÃO 392

UN REPENSAR PANDÉMICO EN LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS 399

PERSPECTIVAS DO FEDERALISMO BRASILEIRO A PARTIR DOS CONFLITOS FEDERATIVOS SURGIDOS EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA EM 2020 417

PRIVACIDADE E VIGILÂNCIA: A COVID-19 COMO JUSTIFICATIVA E A SOCIEDADE COMO FRUTO DA COLHEITA DIGITAL. 429

A CRISE DO NOVO CORONAVÍRUS: AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA LEI ANTI-COVID 444

CIDADANIA & ÉTICA – RELECTIO PARA TEMPOS DE PESTE 453

COVID19 E POVOS INDÍGENAS: HISTÓRIA DE ABUSOS E RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL. 466

REPENSAR A COLONIALIDADE: O HUMANO E O SUB-HUMANO EM TEMPOS DE PANDEMIA 481

DIREITOS AUTORAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA – A INTERRUPÇÃO DO PROCESSO DE TRANSPOSIÇÃO DO ARTIGO 17 DA DIRETIVA SOBRE DIREITOS DE AUTOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL DA UNIÃO EUROPEIA. 491

A PANDEMIA ENCONTRA A PESTE: O CONTENTAMENTO PERVERSO E A COVID-19 501

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA E ALÉM 509

DA RENOVAÇÃO FILOSÓFICA QUE A COVID-19 REQUER NO DIREITO E EM NÓS. 515

PALAVRAS INICIAIS: AO QUE O DIA NOS CONVIDA

Desde o início do ano de 2020 o mundo tem aprendido a conviver com a pandemia decorrente da disseminação da COVID-19. Em poucos meses todas as certezas secularmente consolidadas viraram poeira. Os impactos da COVID nas várias dimensões existenciais do cotidiano são evidentes. A ausência de vacina ou de tratamento eficaz torna o horizonte ainda mais nebuloso e as perspectivas para o futuro, cada vez mais incertas.

Em pano de fundo, a crise econômica global que se insinua mais claramente desde o ano de 2008 e a ascensão de governos populistas em todo o mundo demandando um exercício analítico interdisciplinar para a compreensão do cenário em sua multiplicidade de nuances. Quanto aos valores democráticos e a realização das promessas de felicidade no horizonte das democracias liberais, resta o desafio de compreender a complexidade do momento oferecendo perspectivas suficientemente aptas ao enfrentamento da crise em suas múltiplas facetas. Temos assim, crises superpostas (crise sanitária, crise econômica e crise política) que entrelaçadas e em permanente ciclo de retroalimentação, nos convida a refletir sobre os limites do projeto civilizatório moderno.

Pensar a pandemia nesses termos significa empreender um esforço de desnaturalização do óbvio e acreditar que um novo mundo é possível. Os trabalhos aqui reunidos representam um bom testemunho deste desafio. Selecionados a partir do caráter formativo e informativo que cada texto apresenta, constituem em conjunto, um rico mosaico de questões que testemunham a complexidade dos desafios do nosso tempo. O amplo espectro analítico aqui reunido oferece ao leitor a possibilidade de perceber os limites da institucionalidade contemporânea no que se refere à proteção de direitos, à atuação dos tribunais quanto às demandas políticas e econômicas, ao papel da arte quanto à valorização e emancipação da condição humana, à importância dos espaços de luta e reconhecimento dos movimentos de mulheres, dos povos originários, dos negros e todos os grupos historicamente vulnerabilizados e subalternizados.

Atribuo o sucesso deste esforço ao empenho dos autores e autoras presentes na coletânea e à qualidade dos textos aqui reunidos. A ideia do livro nasceu no âmbito das atividades desenvolvidas pelo grupo REC (Recife Estudos Constitucionais), cadastrado no CNPq e vinculado ao Programa de Pós-Graduação

em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Com o surgimento da pandemia e a suspensão das atividades presenciais, começamos a realizar durante três semanas uma série de entrevistas ao vivo através do instagram (@recifeestudosconstitucionais) com os parceiros com os quais interagimos nas nossas redes de pesquisa. A ideia logo evoluiu para a viabilização de registros escritos a serem publicados em momento posterior. Da mesma forma, percebemos que ante a pluralidade de questões enfrentadas pelos entrevistados, seria oportuno contextualizar também a publicação no âmbito da recém criada Clínica Interdisciplinar de Direitos Humanos da UNICAP, contribuindo para a ampliação do debate com a comunidade acadêmica e social do país.

Para viabilizar a publicação do trabalho decorreram pouco mais de 30 dias desde a sua concepção original até a sua publicação. Como resultado final do esforço, a coletânea "Pensar a Pandemia" apresenta 53 textos e conta com a colaboração de 88 autores. Juntos, apresentam um mosaico de temas e reflexões que oferecem ao leitor múltiplas perspectivas para pensar sobre os efeitos da pandemia na sociedade contemporânea. Agradeço a cada um dos autores da coletânea por terem acreditado no projeto e oferecerem suas contribuições em tempo tão exíguo. Agradeço particularmente a Ezilda Melo pela presença constante e pelo apoio durante todo o processo de construção do livro. Dela recebi inestimáveis contribuições e sugestões que vão desde a formatação dos textos até a ilustração da capa. Agradeço também a Raquel Sparemberger pelo diálogo e pelas sugestões para o sucesso do projeto. A ela, agradeço também pelo debate e pelas considerações quando da definição do título e linhas gerais da coletânea. Agradeço também a Lia Testa pela dedicação na elaboração da capa. Espero que o resultado do trabalho cumpra com o seu objetivo: despertar a inquietação do leitor e mobilizá-lo positivamente para a ação.

Da quarentena,

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Recife, junho de 2020

A PANDEMIA E A FLEXIBILIZAÇÃO DA ARQUITETURA PENAL A ZERO: A CARNE HUMANA ENLATADA

Alessa Pagan Veiga[1]

Hugo Fernandes Matias[2]

Luciana Boiteux[3]

Luanna Tomaz de Souza[4]

O presente artigo tem como objetivo avaliar as propostas de flexibilização de arquitetura prisional apresentadas pelo governo brasileiro em decorrência da pandemia de coronavírus. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental analisam-se as propostas apresentadas ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é um dos primeiros e mais relevantes órgãos de execução penal[5]. Criado em junho de 1980, subordinado ao Ministério da Justiça, oferece subsídios à implementação da política criminal e penitenciária em âmbito nacional e estadual. Em que pese tenha sido criado em 1980 é somente em 1984, com o advento da Lei de Execução Penal (LEP)[6], Lei Federal 7.210 de 11 de julho de 1984, que se tem consolida um conteúdo garantidor de direitos das pessoas encarceradas.

O art. 64 da LEP dispõe que incumbe ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual "estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados".

---

1 Defensora Pública do Estado de Minas Gerais.

2 Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

3 Professora Associada de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

4 Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal doPará. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal. Coordenadora Estadual do IBCCRIM-Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

5 Já foi presidido por Evandro Cavalcanti Lins e Silva, Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Antonio Claudio Mariz de Oliveira, Sérgio Salomão Shecaira, Alamiro Velludo Salvador Netto, Eduardo Muylaert, Geder Gomes, Luiz Bressani, Eduardo Pizzo Carnelós, Geder Luiz Rocha Gomes, Hebert José Almeida Carneiro, dentre outros grandes nomes da área criminal e prisional.

6 MENEZES, Ana Maria; VERONEZE, Renato Tadeu. O papel do fundo penitenciário nacional no desenvolvimento das políticas públicas frente à questão social presente no sistema prisional feminino. In: I Circuito Acadêmico Do IPEA, 1, 2011, São Paulo. Anais [...]. São Paulo: IPEA, 2011. Disponível em: www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2- artigo15.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

A prisão tem inúmeras funções, algumas oficialmente declaradas e outras simbólicas e instrumentais, opostas às declaradas[7]. Nesse contexto, a arquitetura, definitivamente, possui sua inegável influência[8]. Isso torna fundamental discutirmos de que forma tais modelos podem contribuir para o acirramento ou não de lógicas violadoras de direitos humanos.

1. PROPOSTAS DE ARQUITETURA PENAL

Diversos são os modelos de construção de penitenciárias no Brasil. Segundo Garbelini[9], o Brasil tem hoje uma arquitetura prisional própria, que teve suas raízes a partir da década de 60 quando alguns dos arranjos arquitetônicos americanos e europeus copiados começaram a se mostrar ineficazes para os propósitos governamentais. Tais arranjos, contudo, avolumam-se de críticas pelas condições impostas e pela falta de estrutura digna ao que impõe a Lei de Execução Penal. Isto já levou, inclusive, o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer o Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro no julgamento da ADPF 347.

Várias foram as diretrizes estabelecidas pelo CNPCP. Em 1994, a Resolução n. 16, de 12 de dezembro, estabelece as primeiras Diretrizes para Elaboração de Projetos e Construção de Unidades Penais no Brasil. Em 2005, a Resolução n. 3, de 23 de setembro, revoga a anterior e estabelece as Diretrizes Básicas para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais. A Resolução nº 9, de 9 de novembro de 2011 do CNPCP, editou as Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal, revogando as disposições anteriores.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) apoia a construção de estabelecimentos penais em consonância com as regras e diretrizes de arquitetura definidas pelo CNPCP. O apoio pode ser financeiro, com a utilização dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), para os projetos de construção, reforma, aparelhamento e aprimoramento de estabelecimentos prisionais.

A primeira premissa é a de que esse apoio financeiro do DEPEN para projetos é proveniente do FUNPEN e, portanto, de natureza federal, resultante das hipóteses do art. 2º da Lei Complementar n. 79/1994. Dessa forma, existe

7 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

8 SUN, Érika Wen Yih. Pena, prisão, penitência. 2008. 264f. Dissertação de Mestrado - Arquitetura e Urbanismo - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

9 GARBELINI, Sandra Mara. Arquitetura prisional, a construção de penitenciárias e a devida execução penal. Revista de Ciências Penais/ UFG, 2005.

o controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do parágrafo único do art. 70 e artigo 71, II, da Constituição Federal.

Há, contudo, diversas pressões para a flexibilização das medidas estabelecidas. Já no ano seguinte à publicação da Resolução n. 09/2011, em 2012, o Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária (CONSEJ) realizou propostas ao DEPEN para a relativização das regras de arquitetura penal previstas na Resolução n. 9/2011. Sem sucesso.

Em 2017, o CONSEJ apresentou nova proposta para a alteração das Diretrizes de Arquitetura Penal, que tinha como fundamento o alto custo para construção das unidades nos moldes fornecidos pela Resolução em vigência; a falta de flexibilidade para atendimento de situações específicas; bem como afirmou que o regramento estabelecido nas Diretrizes Básicas de Arquitetura Penal desce a minúcias a ponto de inviabilizar a construção de novos estabelecimentos penais, impedindo a necessária e urgente ampliação de vagas.

A proposta desejava tornar facultativa, para todos os estabelecimentos, a área para tratamento de dependentes químicos e flexibilizar as exigências de metragem mínima não relacionadas ao espaço das celas e de instalação de todos os espaços em alguns tipos de estabelecimentos penais, levando em conta as suas peculiaridades. As mudanças sugeridas não afetavam as celas individuais e coletivas, nem as exigências de segurança e saúde voltadas à área interna.

Começa, assim, uma sequência de reuniões, votações e Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que cada vez mais relativizam as Diretrizes Básicas da Arquitetura Penal, sem qualquer participação dos Ministérios e da sociedade civil, consultados na formulação da Resolução n. 09 de 2011.

A Resolução n. 6, de 7 de dezembro de 2017, publicada no DOU de 13.12.2017, dispôs sobre a flexibilização das Diretrizes Básicas para a Arquitetura Penal do anexo I, da Resolução n. 9 de 18 de novembro de 2011. Em referida resolução, no art. 2º, o CNPCP determinou a reedição do anexo da Resolução 9/2011, para a exclusão das tabelas as colunas verticais que tratam da metragem quadrada dos módulos, exceto o módulo de vivência coletiva; módulo de vivência individual; e módulo de saúde. No parágrafo único, solicitou memorial justificativo para o não atendimento dos demais espaços previstos nas Diretrizes.

No dia 12 de abril de 2018, o CNPCP aprovou a Resolução n. 2, que também tratava da flexibilização das Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal. Com referida aprovação, suprimiu-se da Resolução n. 9/2011, o item 2, do anexo I, bem como as notas de rodapé referentes à Tabela 2, do anexo IV .

No dia 13 de dezembro de 2018, o CNPCP publicou a Resolução n. 6, que dispõe sobre as Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal no caso de reformas e ampliações de estabelecimentos. Basicamente regulamentou que nas "demandas relativas à reforma ou ampliação de estabelecimentos penais construídos antes da vigência da Resolução 9/2011 - CNPCP ou que, por justificativa técnica ou econômica, não puderem atender às diretrizes básicas para arquitetura penal estabelecidas na referida resolução, as Unidades da Federação poderão apresentar projetos arquitetônicos para análise do Departamento Penitenciário Nacional, sem caráter vinculante".

No dia 13 de setembro de 2019, o CNPCP publicou a Resolução n.3, que regulamentou sobre a Diretriz de Política Penitenciária e o fortalecimento da participação da sociedade civil na Execução Penal através do Método APAC. No art. 2º, consta recomendação para o DEPEN para que "na aplicação dos recursos do FUNPEN, proporcione meios de apoio financeiro para os projetos de construção, reforma, aparelhamento e aprimoramento de serviços penais dos Centros de Reintegração Social, administrados por organizações da sociedade civil que adotem o método apaqueano".

Com isso, os módulos para construção de unidades prisionais, exceto os módulos I, da Tabela 20, II da Tabela 21 e III da Tabela 13, tiveram a metragem excluída e não terão fiscalização vinculante pelo DEPEN; passou-se a aceitar a utilização do FUNPEN para construção, reforma e ampliação de APAC's; e, ainda, para reformas de unidades prisionais antes da vigência da Resolução 9/2011 – CNPCP. Restou apenas o esqueleto de uma unidade prisional sem metragem mínima e sem fiscalização de áreas essenciais, que até então ainda são previstas na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).

2. ARQUITETURA PENAL E PANDEMIA

O Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional, no dia 17 de abril de 2020, no ofício n. 806/2020/GAB-DEPEN/DEPEN/MJ, propôs ao CNPCP minuta com nova flexibilização da arquitetura penal, possibilitando a utilização de contêineres, estruturas metálicas temporárias destinadas ao aumento de vagas. Estas estruturas já foram condenadas pelo Superior Tribunal de Justiça

(STJ) no julgamento do no Habeas Corpus 142513/ES, DJe 10.05.2010, entendeu que o uso de contêiner como cela é inadequado e ilegítimo. Caso de manifesta ilegalidade e indignidade[10]. Tal medida levaria a relativização da arquitetura penal seria levada a zero.

A justificativa, do dia 24 de abril de 2020, em ofício complementar n. 864/2020/GAB-DEPEN/DEPEN/MJ, é a de que seriam instalações provisórias para utilização como celas de custódia e hospital de campanha dentro das unidades prisionais, para enfrentamento da pandemia do covid-19.

A proposta foi distribuída para um Conselheiro Relator do CNPCP, apresentada para votação, mas logo foi redistribuída e substituída por outra minuta de Resolução. Nesta última versão, os contêineres ficariam expressamente proibidos, mas mantidas as construções de blocos, estruturas que podem ser tão precárias quanto. A votação resultou na aprovação da Resolução nº 5, de 15 de maio de 2020.

O planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, é atribuição do Sistema Único de Saúde, nos termos do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990.

A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), do Ministério da Saúde, a qual todos os Estados foram signatários, tem como objetivo específico promover as relações intersetoriais com as políticas de direitos humanos, afirmativas e sociais básicas, bem como as da Justiça Criminal.

Os protocolos contidos nas próprias Resoluções do CNPCP, de n. 11, de 07 de dezembro de 2006; n. 4, de 18 de Julho de 2014; e n. 3, de 7 de Junho 2018, que tratam de diretrizes básicas para detecção de casos de doenças infecto-contagiosas, foram desenhados para análise conjunta com o setor de saúde.

A viabilidade da demanda, a forma de identificação das pessoas privadas de liberdade, a necessidade de ventilação, iluminação e a forma de acomodação de grupo de risco ou contaminados deve passar por análise técnica para não esbarrar em normas internas e externas.

Destarte, a segunda premissa é a de que a questão da saúde prisional, que

10 VEIGA, Alessa Pagan; SOUZA, Luanna Tomaz de; BOITEUX, Luciana; MATIAS, Hugo Fernandes. Contêineres, sistema prisional e a crônica de uma tragédia anunciada. Empório do Direito. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/conteineres-sistema-prisional-e-a-cronica-de-uma-tragedia-anunciada. Acesso em: 31 maio 2020.

envolve diretrizes para a construção de unidades de saúde, mesmo dentro de unidades prisionais, é de competência do Ministério da Saúde.

Ao se permitir a construção e o aumento do número de vagas sem qualquer critério mínimo de arquitetura, além do poder de risco de dano à pessoa privada de liberdade, agravará a situação já existente de falta de estudo do custo da vaga a ser gerada.

O custo mensal da pessoa presa, nos termos do art. 3º, da Resolução n. 6 de 2012, do CNPCP, deve compreender as despesas com o pessoal, aluguéis, transportes, água, luz, telefone, manutenção predial, equipamentos, alimentação e recursos para assistência à saúde.

O relatório elaborado pela equipe de auditoria coordenada, com a participação dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios sobre o sistema prisional, em 2017, transcrito no acórdão n. 2643/2017, do Tribunal de Contas da União, descreve que: "Com a sistemática atual de repasse, na qual não existem critérios seguros para aceitação do custo da vaga a ser gerada, há grande risco de aportes de recursos federais em obras excessivamente onerosas e/ou superfaturadas". Consta, ainda, que o Ministério da Justiça "se exime da responsabilidade pelos maus resultados do programa, considerando encerrada a sua participação, no que tange ao atingimento da meta, no momento da contratação"

Na forma atual, disponibiliza-se verba pública para construção sem acompanhamento posterior, sem participação do Ministério da Justiça, o que pode demandar alto custo de manutenção das novas vagas, a cargo dos Estados.

O relatório do Tribunal de Contas da União - TCU cita que a Controladoria-Geral da União em auditoria de contas do exercício de 2015 apurou diversos problemas encontrados na execução dos contratos de repasse: inadequação do local de construção; falha no edital de licitação; inadequação dos projetos de engenharia; descontinuidade administrativa; mobilização social desfavorável à construção da unidade prisional; prazos longos para análise e instrução processual na Caixa Econômica Federal (CEF); contingenciamento de recursos; licitação sem autorização da CEF. A CGU atribuiu responsabilidades pelos entraves na seguinte proporção: 56% aos estados, 22% à CEF e 22% ao DEPEN.

Após esse estudo, a Lei complementar 13.500/2017, alterou a Lei Complementar 75/1994, para proibir o contingenciamento de recursos. Ainda, foi permitido o repasse de modo descentralizado, chamado de "fundo a fundo", diretamente ao fundo penitenciário estadual e municipal. O DEPEN passou a

elaborar os projetos de construção, reforma e ampliação das unidades prisionais aos Estados.

Vê-se, portanto, que é uma inverdade que a falta de construção de novas unidades prisionais se dá em razão das diretrizes de arquitetura penal contidas da Resolução n. 09/2011. Em verdade, que a criação de vagas apenas piora a crise na falta de manutenção das vagas já existente nos Estados.

Conforme pontuou o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), Laboratório de Gestão de Políticas Penais (LABGEPEN), da Universidade de Brasília, e Núcleo de Pesquisas sobre Projetos Especiais, da Universidade Federal de Alagoas, em 2018, quando iniciadas as propostas de relativização:

> (...) Dificuldades e atrasos nas obras de estabelecimentos prisionais foram alguns dos argumentos utilizados como justificativa pelos conselheiros do CNPCP para a edição da resolução que flexibilizou as regras. No entanto, foram feitas análises com base em um estudo minucioso realizado pela Controladoria Geral da União quanto às obras do Programa Nacional do Sistema Prisional (2011 a 2016). As evidências demonstram que a etapa de análise e aprovação do projeto de arquitetura de obras prisio construções do programa após 5 anos, sendo as reais causas: alteração ou inadequação de terrenos, descontinuidade administrativa, inadequação ou incompletude de projetos de engenharia, falha no edital de licitação e mobilização social desfavorável para construção do estabelecimento prisional. Ou seja, a justificativa apresentada pelo CNPCP para realizar a alteração normativa não se sustenta
>
> (...)
>
> A princípio, essas medidas poderiam parecer boas considerando a grave situação dos serviços penais no país, em especial a ausência de programas em meio aberto e a indigna condição de custódia nas prisões. Mas, se examinada com mais atenção, a liberação desse saldo bilionário majoritariamente para construções, com fragilização do processo licitatório e, agora, com a flexibilização da Resolução nº 09/2011 pode configurar em um dos piores cenários de emprego do dinheiro público. Sem investir nos serviços que possibilitam condições mais dignas de cumprimento de pena, sem apostar na revisão da gestão prisional e na qualificação dos servidores e tampouco criar estruturas para alternativas penais ou apoiar as pessoas que são egressas do sistema, a tendência é a ampliação do encarceramento em locais sem estrutura de reinserção social, potencializando as situações de vulnerabilidade e recrutamento para os grupos criminais organizados, fora e dentro das prisões. É possível que assistamos, assim, ao fortalecimento das condições que geram violência e criminalidade e não o contrário.

Justamente para entender e otimizar a pretensão dos Estados é que estudos técnicos devem ser realizados e precedidos de qualquer análise de resolução que

flexibilize a arquitetura penal. Estudos principalmente feitos pelo Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério das Cidades, Corpo de Bombeiros, Anvisa e consulta pública. Conforme bem lembrado pelas Defensorias Públicas e sociedade civil em ofício encaminhado ao CNPCP,

> O relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados de 2009 traz a experiência fracassada dos contêineres no Estado do Espirito Santo, com a fala do vice-presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos, Padre Savério Paolillo, que descreve que os contêineres pareciam latas de sardinha, cheios de buracos e, embaixo deles, o esgoto a céu aberto, "desperdício de dinheiro público.

Ademais, devemos destacar que a questão da saúde prisional, que envolve diretrizes para a construção de unidades de saúde, mesmo dentro de unidades prisionais, é de competência do Ministério da Saúde e deve ser tratada em sua dimensão de saúde para além do debate exclusivamente de segurança.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As propostas de flexibilização de arquitetura penal visam apenas a utilização de dinheiro público federal para o aumento do número de vagas sem contraprestação de manutenção. Estruturas provisórias, que na própria proposta, poderão restar para sempre nas "masmorras medievais" . Nada mais. Apenas uso de dinheiro público para enlatar carne humana.

Nesse contexto, é fundamental evidenciar estas prisões e retrocessos, que tem a pandemia como justificativa, para impor mais e mais violações aos direitos humanos da população carcerária. Relevam-se evidentes lógicas necropolíticas[11] de um Estado que atua para matar e não para defender a vida.

11 MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018.

DIREITOS AUTORAIS E VALOR DE USO DA CULTURA NA CRISE SOCIAL DO CORONAVIRUS

Alexandre Henrique Tavares Saldanha[1]

Este trabalho foi escrito no decorrer do confinamento proposto como um dos caminhos de enfrentamento da pandemia do coronavirus que, na primeira metade de 2020, gerou uma crise sem precedentes em diversas áreas dos sistemas sociais, como o de saúde e educação, por exemplo. Mas a proposta aqui apresentada é a de refletir sobre como em situações caóticas e críticas como esta, o valor de uso da produção cultural pode ser redimensionado, aumentando o acesso à cultura e a necessidade de fruição da arte, satisfazendo vazios humanos preenchíveis. Daí que os direitos autorais passam a exercer um papel significativo na dinâmica de acesso e fruição da produção artística, principalmente considerando que tais acessos e fruições ocorrem com uso das ferramentas digitais que caracterizam uma sociedade em que se manifesta uma hiperconectividade entre pessoas e entre pessoas e informações, pois estes direitos podem interferir na valoração da criatividade e da arte em geral.

Com proposta discursiva e mediante revisão bibliográfica, o texto parte de determinadas premissas buscando chegar a uma opinião sobre como os direitos de autor podem colaborar com a necessidade de satisfação de fruição das artes surgida em pessoas inseridas numa situação de crise. Inicialmente, será analisada a questão do valor de uso da produção cultural. Com base neste conceito usualmente posto em discussões econômicas e com matriz marxista, busca-se criar uma premissa aceitável sobre a relação entre valor de uso e valor de troca das manifestações artísticas. Após isto, analisa-se o papel que os direitos autorais exercem na dinâmica do acesso à produção cultural, já que estes interferem na obtenção de lucros dos criadores e dos fornecedores de conteúdo, e, consequentemente, nos preços a serem pagos por quem procurar gozar de um produto artístico.

Por fim, inserido numa hipótese de crise no cenário de hiperconectividade social (a exemplo da reconstrução do cotidiano provocada pela pandemia do coronavirus), será analisada a questão sobre a possibilidade dos valores envolvendo

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco.

a arte, o de uso e o de troca, sofrerem uma espécie de reequilíbrio. Vamos lá.

1. VALOR DE USO E VALOR DE TROCA DOS BENS CULTURAIS

Os conceitos de valor de uso e valor de troca remetem a análises de conteúdos com referências a Marx e suas análises. Considerando a natureza e os objetivos deste trabalho, dispensaremos maiores aprofundamentos nas inúmeras críticas discussões e variações sobre o tema. Muito em resumo, consideraremos valor de uso como os benefícios que os bens que adquirimos podem oferecer, compreendendo por benefícios quaisquer vantagens ou melhorias produzidas na vida da pessoa, seja relacionando com subsistência, ou relacionado com deleites e fruições de mercadorias não exatamente necessárias para a vida no sentido biológico (no primeiro caso, o valor de uso dos alimentos que ingerimos, e no segundo caso, o valor de um livro que lemos, um filme que assistimos ou um quadro que adquirimos). Já por valor de troca, entenderemos como sendo a quantificação monetária dos bens que adquirimos, aquilo que está associado aos preços investidos para aquisição de tudo que pode ser comprado. Na cultura capital, tudo que pode ser adquirido possui um valor de uso e um valor de troca, normalmente havendo conflito entre estas formas de valor, representando assim uma espécie de contradição no sistema, ao ponto de poderem gerar crises em seu funcionamento[2].

O autor referenciado usa o exemplo da moradia para exemplificar a diferença entre estas formas de valor e para demonstrar como podem ocorrer crises de equilíbrio entre eles. O local de moradia da pessoa oferece abrigo, salubridade, segurança, conforto etc, valores estes que fazem parte do valor de uso da unidade habitacional, seja qual for sua natureza. Já a quantia em crédito investida para aquisição de tal unidade, ou para autorização de uso como no caso do aluguel, consiste em seu valor de troca. Sendo aquele valor, o de uso, tendencialmente estável, pois suas funções não necessariamente sofrem alterações, enquanto que o valor de troca é naturalmente variável, pois depende de uma série de fatores socioeconômicos.

O exemplo da habitação serve para demonstrar como os valores de uso e de troca podem se tornar antagônicos, no sentido de existirem em situação de desequilíbrio, pois dependendo de escolhas e variáveis do sistema de capital, a situação de predominância que naturalmente seria atribuída ao valor de uso, pode

2 HARVEY, David. 17 contradições e o fim do capitalismo. São Paulo: Ed. Boitempo, 2016. Página 27.

ser atribuída aos valores de troca[3], tendo em vista os benefícios financeiros que a exploração imobiliária pode produzir. Mas, considerando a discussão proposta no texto, o valor dos bens culturais pode também ser analisado sob esta dupla dimensão de uso de troca?

Na hipótese aqui trabalhada, sim. O consumo do patrimônio cultural (ou das produções de natureza artística ou científica) envolve tanto um valor de uso, quanto um valor de troca. O valor de uso da cultura está no benefício que o acesso às diversas produções culturais traz ao desenvolvimento da personalidade humana, inspirando, aumentando conhecimentos, ajudando a transcender ou simplesmente entretendo. Compreender a relação entre arte e seu valor de uso envolve considerar que somos seres incompletos em nossa individualidade e de certa forma insatisfeitos com nossa existência apenas física ou material. Nós seres humanos buscamos sempre um sentido de plenitude de vida que nos é frustrado pelas limitações de nosso cotidiano individualista, nos fazendo buscar significações em alguma coisa além do existir em primeira pessoa[4]. Daí, por mais que não haja um conceito único e definitivo de arte e cultura, ambos estão intrinsecamente relacionados com esta busca por significações. "A arte é o meio indispensável para essa união do indivíduo com o todo; reflete a infinita capacidade humana para a associação, para a circulação de experiências e ideias"[5].

Daí a premissa de que há valor de uso no consumo de bens culturais, pois eles ajudam os seres humanos em suas buscas por emancipação em relação às suas limitações individuais. Sem arte e ciência, ficamos limitados a um cotidiano automático, e corremos o risco de nos alienarmos quanto aos eventos que nos circundam, aceitando qualquer informação transmitida como verdade indiscutível. Porém, os benefícios do consumo de cultura surgem a um determinado preço, uma vez que, na história do desenvolvimento do capital, os produtos da arte e da ciência se tornam mercadorias. Para que a produção de bens culturais ocorra, uma cadeia de inúmeros atos envolvendo inúmeras pessoas deve se desenvolver e em todas as etapas há valores envolvidos, justificando que haja um valor de troca para fruição dos benefícios que a cultura pode produzir.

O criador da obra, as pessoas que o auxiliam, as pessoas responsáveis pela produção e divulgação pública da criação, dentre outras, devem de alguma forma receber retorno financeiro de seu esforço para que o público tenha acesso à determinada produção cultural. Esta ideia não justifica monopólios culturais,

3 HARVEY, David. 17 contradições e o fim do capitalismo. São Paulo: Ed. Boitempo, 2016. Página 33.
4 FISCHER, Ernst. A necessidade da arte. Rio de Janeiro: Ed. LTC, 1987. Página 12.
5 FISCHER, Ernst. A necessidade da arte. Rio de Janeiro: Ed. LTC, 1987. Página 13.

produção industrial ou empobrecimentos artísticos do entretenimento, apenas identifica que no sistema capitalista é necessário que haja remuneração a quem quer que esteja envolvido na cadeia de atos necessária à criação de uma obra e sua chegada ao público alvo, ainda que haja permanente necessidade de revisão dos preços e formas de acesso à cultura, em decorrência do surgimento de novas necessidades sociais, novos modelos de negócio e novas crises que desequilibram a relação benefício da arte versus o preço que se paga por ela. Assim, identificada a existência de valores de uso e de troca dos bens culturais, pois há benefícios trazidos pelo consumo cultural, mas há também cadeias de produção destes bens, é interessante analisar, dentre os elementos que compõem esta cadeia e influenciam no acesso à cultura, os direitos autorais. Vamos lá.

2. INFLUÊNCIA DOS DIREITOS AUTORAIS NO ACESSO À CULTURA

Quando se fala em Direitos Autorais, muito se associa a questões envolvendo plágios, piratarias e tópicos sobre o trabalho do ECAD. Para a análise sobre como estes direitos interferem no acesso à produção cultural, é importante compreender que estes representam uma categoria de direitos com dupla natureza, como uma espécie *sui generis* de ramo jurídico. Isto porque existem os direitos autorais morais, relacionados com aspectos pessoais decorrentes da relação entre a criação e a pessoa que criou (e aqui se aproximando de direitos da personalidade), e existem os direitos autorais patrimoniais, envolvendo aspectos quanto à exploração econômica das obras protegidas por estas regras, no intuído de controlar seus possíveis usos.

Os direitos autorais de natureza moral/pessoal se manifestam em situações envolvendo atribuição de identificação da pessoa criadora da obra, podendo envolver também a integridade da obra, quanto à sua identidade artística e usos que possam viola-la. Então, não é sob esta dimensão que os direitos autorais interferem no acesso à produção cultural, considerando que a perspectiva dada aqui é a de ter acesso mediante algum mecanismo, algum suporte, ou algum preço que se pague para isto.

Mas, como isto ocorre? Porque exatamente este conjunto de regras é capaz de interferir no aspecto econômico da necessidade de cultura? Isto pode ser respondido pode dois aspectos. Um, por se referirem às hipóteses de utilização econômica das obras protegidas, os direitos autorais patrimoniais se manifestam justamente em momentos de circulação pública destas criações. Estes direitos

atribuem ao autor exclusividade para explorar economicamente sua obra, ficando qualquer forma de reprodução sujeita à sua vontade, ao seu controle[6]. Uma das características destes direitos patrimoniais é que são alienáveis. São transferíveis a outras pessoas diferentes da que realmente criou o produto.

Daí, usualmente, as pessoas criadoras transferem este controle econômico das produções culturais a outras pessoas que ficarão responsáveis pela divulgação e circulação das obras, ou seja, normalmente, empresas e grupos empresariais que investem na economia da cultura e do entretenimento, que, naturalmente, pretendem obter lucros destes empreendimentos. Sendo assim, tais empresas terão controle sobre qualquer reprodução do conteúdo cultural recebido, e qualquer reprodução em geral só será lícita se previamente autorizada por elas. Autorização que, presume-se, será onerosa em decorrência da lucratividade pretendida. Disto surge a necessidade de se precificar o acesso à cultura, para pagar os ônus decorrentes dos contratos e alcançar objetivos de lucro envolvidos.

Outro argumento para identificar a interferência dos direitos autorais patrimoniais no acesso às artes e ciências é em decorrência dos chamados "direitos conexos" aos do autor. Estes direitos são regulados pelos mesmos estatutos e sob as mesmas garantias dos direitos dos autores e titulares, representando um conjunto de direitos reconhecidos às diversas categorias profissionais que trabalham para a criação, produção e difusão da produção intelectual[7], conjunto este que se manifesta também em aspecto patrimonial, pois tais profissionais precisam ser remunerados pelo esforço produzido. Confirmando existir uma cadeia de atividades profissionais na linha entre a criação de algo e sua fruição pelo público alvo. Daí, mais uma vez a necessidade de se precificar os bens intelectuais e do quanto os direitos de autor interferem em seu acesso.

Porém, esta precificação deve ocorrer em equilíbrio a outros fatores que envolvem o acesso à cultura, para que não haja monopólios, exclusões e distorções que podem impedir que tal direito fundamental (o de acessar cultura) se desenvolva. Em situações de crise, envolvendo transformações socioculturais, tudo isto pode sofrer alterações. Vamos lá.

3. VALOR DO ACESSO À CULTURA EM CRISES SOCIAIS COMO A DA PANDEMIA DO CORONAVÍURUS

A pandemia do coronavírus levou a diversas mudanças em, também diver-

6 BITTAR, Carlos Alberto. Direitos de autor. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. Página 71.
7 BITTAR, Carlos Alberto. Direitos de autor. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. Página 168.

sos, padrões de comportamentos sociais. Seja nas formas de educação, nas dinâmicas econômicas ou nas relações de trabalho (e em outros setores que sociais), o confinamento social proposto como uma das formas de mitigar os efeitos do covid-19 produziu impactos de efeitos ainda imprevisíveis. Enquanto a pandemia ainda produz tais efeitos, algumas transformações já ficam perceptíveis, a exemplo da rápida inclusão digital a que todas as pessoas envolvidas no processo de ensino e aprendizagem tiveram que passar (aqui generalizando, considerando uma espécie de padrão médio de vida cotidiana). É neste sentido que é aqui se usa a expressão "crise".

Crise como algo que transforma, algo que quebra padrões e gera desafios às ciências de diferentes naturezas, uma vez que todas passam a buscar novos equilíbrios, formas, regras, padrões etc. Com base numa espécie de imagem de normalidade, é possível identificar que passamos por crises, pois desta consciência de normalidade elas surgem e se tornam perceptíveis[8]. Expressões vêm sendo usadas neste período de crise decorrente do coronavírus, a exemplo de "novo normal" ou algo deste tipo, representando o fato de termos assimilado que estamos num momento de rupturas e transformações. Independente das expressões usadas é mais relevante que tudo isto seja compreendido como referências a experiências que tendem a mudar e interpretar mudanças na condição de vivência humana[9].

Dentre estas alterações na experiência cotidiana, e também uma das características do confinamento social provocado pela crise gerada pelo coronavírus, está o aumento da procura por bens culturais disponíveis na rede mundial de computadores, bem como nos novos modelos de negócio culturais surgidos com tal situação. O fato das pessoas terem sido levadas a passar mais tempo em suas casas (e, consequentemente, menos tempo em engarrafamentos, em encontros informais etc.), elevou a procura por serviços de entretenimento e por bens associados às necessidades de fruição pessoal das artes e produção cultural em geral. Estima-se que tanto canais de streaming (tanto os regularizados quantos os de downloads considerados ilegais), bem como a compra de livros, por exemplo, tenham sofrido aumentos de procura em mais de 30%, em algumas situações chegando a mais de 70%[10], demonstrando que em situações específicas, e sob

8 SALDANHA, Nelson. Filosofia, povos e ruínas: páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Ed. Calíban, 2002. Página 60.

9 SALDANHA, Nelson. Filosofia, povos e ruínas: páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Ed. Calíban, 2002. Página 61.

10 Percentuais apresentados por pesquisas realizadas por institutos competentes, divulgados em sites como: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/03/streaming-tem-estouro-de-audiencia-com-pandemia-mas-pirataria-tambem-cresce.shtml e https://olhardigital.com.br/cinema-e-streaming/noticia/coronavirus-aumenta-procura-por-servicos-de-streaming-piratas/98203, ou https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/04/14/Como-est%C3%A1-a-procura-por-livros-durante-a-quarentena.

condições psicológicas também específicas, o acesso à cultura exerce papel fundamental no bem estar da coletividade, seja qual for a modalidade de produtos e negócios culturais em análise.

Por negócios culturais, entende-se aqui como qualquer oferta de produtos envolvendo a necessidade de arte. Ou seja, a crise em análise provocou alterações nas formas como os criadores de conteúdo cultural passaram a fazer oferta e divulgação de sua produção, e, evidentemente, na forma como o público interessado no consumo daquele bem artístico passou a acessa-lo e assim gozar dos benefícios pessoais por ele proporcionados. Estamos falando aqui do acima mencionado aumento de procura pelos serviços de streaming e das muitas "lives" que foram realizadas por artistas, além da disponibilização de shows nas plataformas digitais.

Neste contexto, a internet exerce papel fundamental como mecanismo pelo qual o acesso às artes ocorre, confirmando as razões esta etapa social pode ser chamada de sociedade hiperconectada, sociedade da informação ou qualquer expressão que possa representar o quanto nossos valores e práticas sociais se manifestam intensivamente em ambientes digitais proporcionados pela rede mundial de computadores. Neste potencial para aumentar o acesso à cultura, principalmente na crise de confinamento social, reside um ponto positivo da hiperconectividade, uma vez que nossas necessidades de fruir arte podem ser de alguma forma satisfeitas. Seguindo este raciocínio, a dinâmica pela qual se manifestam diversos direitos e exigências humanos passa a ocorrer pela internet, a exemplo do acesso à cultura, da liberdade de expressão artística, da necessidade de consumo de bens culturais, dentre outros.

Diante disto tudo, surgem possíveis reflexões. Dentre elas. Os fornecedores de conteúdo cultural estão disponibilizando seus produtos em prol da satisfação social de acesso à cultura? Estamos neste momento de crise podendo realmente acessar nossos bens culturais de preferência? A lógica por trás dos direitos autorais está sendo revista em prol do valor de uso do acesso à cultura, ainda que em detrimento de seu valor de troca? São questões de difícil resposta, mas que podem gerar ricos debates e algumas considerações, como o aqui proposto.

Para a reflexão, é interessante compreender que a internet gera muita renda derivada de direitos autorais. O fato dela consistir num grande fluxo de informações, que permite inúmeras oportunidades de acesso e compartilhamento de conteúdo, não significa que estas estejam livremente acessíveis, sem haver qualquer preço pago por acessa-las. Ainda que se parta da premissa de que a rede mundial

de computadores representa ambiente propício para trocas de informações, e propício para permitir acesso a conteúdos culturais sem os quais as pessoas em isolamento social estariam em situação psicológica ainda pior, a dinâmica capital cria uma forma de fazer com que a navegação pela internet gere rendimentos, ainda que isto crie (ou mantenha) desigualdades ou ainda esta especulação impeça eventuais benefícios coletivos trazidos pela cultura do amplo acesso.

Da mesma forma como a ampliação da capacidade de interconexão promovida pela rede de computadores reinventou certos comportamentos e padrões sociais, os interesses empresariais por trás do acesso à internet descobriram todo um novo ambiente a ser explorado, fazendo da internet o eixo principal não somente de nossas vidas comuns, quanto da própria dinâmica da exploração econômica. Mesmo que haja algo próximo de uma "cultura pelo comum" na cultura da internet, em decorrência da sua proposta de livre fluxo de dados, há em paralelo uma corrida de segmentos empresariais para que as lógicas da propriedade privada e do domínio fechado dos acessos sejam impostos à rede, e uma das formas passa pela gestão das leis de propriedade intelectual[11]. Assim, papel fundamental nesta questão da obtenção de lucros por meio destas formas digitais de oferta e acesso dos bens culturais é exercido pelos direitos autorais patrimoniais, relacionados com as formas como conteúdos culturais são ou podem ser reproduzidos.

Tais direitos se manifestam como "fechaduras" que abrem ou fecham dependendo da vontade de seu titular. Independente da autoria no sentido da criação, a titularidade dos direitos autorais, no sentido do controle das reproduções, podem gerar não acessos às obras criadas e protegidas por estas regras, uma vez que, regra geral, toda forma de reproduzir e acessar produtos culturais dependerá de prévias autorizações de seus controladores, presumidamente onerosas. Assim, mesmo no contexto da internet, qualquer hipótese de reprodução de um bem cultural, seja escutar música, assistir um vídeo ou ler um texto, está de alguma forma ligada à rede de atos de controle e remuneração de direitos autorais.

Mas estamos vivenciando uma crise, na qual o ato de acessar a arte se manifesta muito intensamente pela internet, surgiria então algum redimensionamento desta lógica proprietária dos direitos autorais em prol do benefício coletivo que o acesso à cultura pode proporcionar? Ou, em outras palavras, ainda que o valor de uso da cultura tenha se mantido (ou até aumentado) neste cenário de crise, o seu valor de troca foi alterado?

11 ZIZEK, Slavoj. Problema no paraíso: do fim da história ao fim do capitalismo. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2015. Página 65.

Me parece que não. A face de avareza que a dinâmica capitalista pode ter permanece em cenários de crise, podendo, inclusive, ter seu momento de triunfo nesta circunstância, pois mesmo nas crises o dinheiro não perde seu valor, nem de uso, nem de troca[12]. No período de isolamento social, muito conteúdo cultural foi disponibilizado na internet. Serviços de streaming aumentaram a quantidade de clientes, livros foram mais lidos, e artistas inventaram um novo modelo de negócio que são as *lives*. Alguns titulares de conteúdo tiveram iniciativas de real abertura de acesso à cultura, disponibilizando gratuitamente acervos e permitindo navegação livre (a exemplo de livros em pdf e visitas digitais a museus).

Mas, em geral, a grande indústria cultural não partiu para uma intensa abertura e mesmo modelos aparentemente gratuitos, como as mencionadas *lives*, estão permeadas de injeção de patrocínio e nem todas ficam disponíveis abertamente em canais como o *youtube*, forçando o interessado a pagar para acessar tal conteúdo. E, além disto, a apresentação de conteúdo pode ser fruto de uma estratégia comercial para promover determinados autores, quando se permite acessar tal manifestação criativa, em detrimento do acesso a outras que permanecem não expostas em decorrência das fechaduras dos direitos autorais.

O fato de haver conteúdo cultural disponível na internet não significa que haja abertura para amplo acesso à cultura, pois pode ser que tal conteúdo seja imposto por inúmeros "valores de troca" envolvidos. A disponibilidade de mais informações proporcionadas pela internet não significa que haja melhores opções ou decisões quanto ao uso delas[13], por parte das pessoas conectadas. A liberação de mais conteúdo cultural não representa mais luz, pois tais informações podem ser direcionadas ao ponto de deformar capacidades e gostos autônomos[14].

Assim, se no confinamento social conteúdos foram direcionados e não realmente livremente acessados, isto provavelmente ocorre em decorrência de interesses hábeis a revelar que mesmo na crise, o valor de troca do acesso à cultura permanece mais em evidência do que seu valor de uso. Não havendo reais e livres escolhas culturais, não há reais e livres saciamentos da necessidade humana por artes, há massificação capital da cultura, com ajuda dos direitos autorais

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

12 ZIZEK, Slavoj. Problema no paraíso: do fim da história ao fim do capitalismo. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2015. Página 37.

13 HAN, Byung-Chul. No enxame: perspectivas do digital. Petrópolis: Ed. Vozes, 2018. Página 105.

14 HAN, Byung-Chul. No enxame: perspectivas do digital. Petrópolis: Ed. Vozes, 2018. Página 106.

Cabe então, por fim, ressaltar a natureza propositiva deste trabalho, no sentido de tentar colaborar com reanálise do papel dos direitos autorais na dinâmica do acesso à cultura, principalmente em circunstâncias sociais críticas, como a vivenciada com a pandemia do coronavírus. É natural que haja cobranças e é mais do que compreensível que haja incidência de direitos de autor no consumo das artes e bens culturais, considerando a existência de todo um sistema de produção e oferta dos bens que compõem o patrimônio cultural, envolvendo profissionais de diferentes naturezas a serem devidamente remunerados. Porém, a lógica da fechadura que direciona o controle dos direitos de reprodução das obras pode provocar desequilíbrios entre acessar qualquer informação e acessar informações que querem que sejam acessadas. Além disto, numa crise humanitária o acesso à cultura deveria ser analisado mais sob a perspectiva de seu valor de uso do que sob os parâmetros dos valores de troca envolvidos, a exemplo dos que dizem respeito aos direitos autorais. Nada de exatamente gratuito foi disponibilizado pelas grandes corporações da indústria do entretenimento nestes tempos de crise, ainda que modelos de negócio menos avarentos, mas financeiramente retornáveis sejam possíveis. Fica parecendo então que a gestão dos direitos autorais se aproximou da lógica da ênfase econômica, a despeito da ênfase humanitária.

"I CAN'T BREATHE": O DIREITO UNIVERSAL À RESPIRAÇÃO, COVID-19 E RACISMO ESTRUTURAL

Aline Gomes Mendes[1]

Jhulia Ferreira Medeiros[2]

Roberta Oliveira Lima[3]

Se a Covid-19 é expressão espetacular do impasse planetário no qual a humanidade se encontra, então trata-se, nada mais nada menos, de recompormos uma Terra habitável, e assim ela poderá oferecer a todos uma vida respirável. Seremos capazes de redescobrir a nossa pertença à mesma espécie e o nosso inquebrável vínculo à totalidade do vivo? Talvez esta seja a derradeira questão, antes que a porta se feche para sempre. (Achille Mbembe)

I can´t breathe, eu não consigo respirar! Esta frase ecoa de forma brutal em nossas mentes. Sufoca, asfixia, atordoa!

Em primeiro lugar, torna-se importante mencionar que as autoras optaram por ter um cuidado epistemológico em utilizar como fontes e citações pesquisadores e autores do movimento negro[4].

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo levar a uma reflexão acerca do quanto o racismo estrutural e institucional impacta diretamente e de forma desproporcional a população negra no Brasil, buscando-se, em certa medida, a proposição comparativa fazendo um paralelo aos impactos da mesma com a população afrodescendente dos EUA.

Sendo assim, num primeiro momento, o trabalho busca abordar de forma conceitual o racismo, como foi a construção desta estrutura racista no Brasil, bem como aborda o racismo estrutural e institucional no país e as barreiras que tal

---

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estácio de Sá, aluna do 10º período do Campus Alcântara. E-mail: linemendes1984@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2479060021750247>.

2 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Campus Alcântara, pesquisadora nos temas relacionados ao Discurso Jurídico; Direitos Humanos e Evolução Social. E-mail: jhuliamedeiros.adv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2689705424197491>.

3 Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais - Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: roberta_lima@id.uff.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7570024218484240>.

4 Pela expressão negro compreende-se pretos e pardos. Ressaltamos que não há consenso entre o próprio movimento negro sobre a expressão pretos ou negros, sendo ambas as formas utilizadas para referência da população racializada brasilera. Para maior compreensão de referida discussão sugere-se a leitura de Levi Kaique Ferreira.

construção social impõe a população negra.

Em seguida, o artigo traz dados estatísticos acerca de como tal fenômeno escancara a desigualdade social e racial frente a pandemia de Covid-19. Para tanto, traz dados acerca dos casos confirmados e mortes envolvendo a população negra tanto no Brasil, quanto nos EUA, bem como as semelhanças existentes em ambos os países quanto a ausência de políticas básicas voltadas para essa população.

Por fim, o artigo aborda o direito universal à respiração trazendo os aspectos acerca da violência e da própria incidência do covid-19 na população negra.

1. RACISMO ESTRUTURAL E INSTITUCIONAL NO BRASIL

De acordo com o dicionário michaelis, entende-se o racismo[5] como teoria ou crença que estabelece uma hierarquia entre as raças, uma doutrina que fundamenta a superioridade de uma raça vista como pura que tem direito de dominar outras raças (etnias). Assim, o racismo é, além de aversão a pessoas pertencentes a uma raça, um conjunto de ações que estabelecem uma hierarquia social, que mantém o status de superioridade de uma raça em detrimento da outra.

> Podemos dizer que o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam. [6]

Para Silvio Almeida, advogado, pesquisador, professor e doutor em filosofia "racismo é a manifestação normal de uma sociedade, e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade".[7] O racismo fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea. [8] Ou seja, é o que mantém a estrutura da sociedade que coloca como superior a raça do colonizador. É "um processo em condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais e se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das rela-

---

5 Segundo o dicionário Michaelis, entende-se o racismo como: "1 teoria ou crença que estabelece uma hierarquia entre as raças (etnias); 2 doutrina que fundamenta o direito de uma raça, vista como pura e superior, de dominar outras; 3 preconceito exagerado contra pessoas pertencentes a uma raça (etnia) diferente, geralmente considerada inferior; 4 atitude hostil em relação a certas categorias de indivíduos". Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/racismo/> Acesso em 02.06.2020.

6 ALMEIDA, Silvio. *Racismo Estrutural*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=LyqsDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=racismo+estrutural&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiaideciuTpAhXIIbkGHUDpC-cQ6AEIJzAA#v=onepage&q=racismo%20estrutural&f=false> Acesso em 02.06.2020.

7 Ibidem.

8 Ibidem.

ções cotidianas".[9]

A sociedade brasileira foi constituída por um processo de colonização e marcada por mais de 300 anos de escravidão de pessoas negras transformadas em mercadoria. Para justificar a escravização das pessoas negras, no século XIX, acreditava-se em teorias que tinham o objetivo de inferioriza-las, como a ausência de alma e de história dos mesmos, demonizando suas práticas, sua cor, sua fé e sua cultura, e associando suas características físicas a bestialidade e ferocidade, em um processo de desumanização, que antecede, até os dias de hoje, práticas discriminatórias e genocídios.[10]

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o racismo no Brasil é estrutural e institucionalizado, e permeia todas as áreas da vida. E considera-se que o racismo estrutural e institucional tem origem na transição do trabalho escravo para o trabalho assalariado no Brasil.[11] Há que se recordar o dia 14 de março de 1888, dia seguinte à abolição da escravatura. Apesar de "livres", a igualdade não veio. Como bem elucida a pesquisadora, mestranda em sociologia política, Carine Passos[12], "a Lei Áurea de 1888 não discute a situação integrativa das pessoas negras no pós-abolição"[13]. Não havia direito à moradia, terra ou renda, nenhum direito básico de cidadania foi assegurado às pessoas negras.

Florestan Fernandes argumenta que após a abolição da escravidão, a luta das pessoas negras era cruel. Sem nenhum plano de assistência do Estado que visasse sua inclusão na sociedade de classes, sua direção foi à marginalização. Homens e mulheres negras foram deixados à margem da sociedade.[14] "Livres" e sem qualquer reparação histórica pelo horror da escravidão, foram parar nas ruas, nas favelas, no subemprego, na miséria".[15]

Almeida[16] traz as concepções institucionais e estruturais do racismo. Tais concepções são necessárias para demonstrar que o racismo transcende o âmbito

9 Ibidem.

10 ALMEIDA. op. cit.

11 ALBIERO, Gabrielle. *Especialistas discutem racismo e preconceito na sociedade brasileira*. Geledes. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/especialistas-discutem-racismo-e-preconceito-na-sociedade-brasileira/> Acesso em 02.06.2020.

12 Carine Passos é mestranda em sociologia política, multiplicadora no coletivo Elas Pretas e diretora no Núcleo Cultural CIMH2. Disponível em: <https://www.instagram.com/passorine/> Acesso em 02.06.2020.

13 PASSOS, Carine. *E o 13 de maio?* Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/CAHrKn3goq6/?utm_source=ig_web_copy_link> Acesso em 02.06.2020.

14 FERNANDES, Florestan *apud* NUNES, Gilcerlância. A *Integração do Negro na Sociedade de Classes: uma difícil via crucis ainda a caminho da redenção.* UFRN. Disponível em: < file:///C:/Users/jhuli/Desktop/1805-Texto%20do%20artigo-5307-1-10-20120429.pdf> Acesso em 02.06.2020.

15 REDAÇÃO, Portal Geledes. *14 de maio: o dia que nunca acabou.* Disponível em: <https://www.geledes.org.br/14-de-maio-o-dia-que-nunca-acabou/> Acesso em 02.06.2020.

16 ALMEIDA. Op. Cit.

da ação individual e destacar a dimensão do poder como fundamento das relações raciais, não apenas de um indivíduo sobre o outro, mas de um grupo sobre o outro, com o aparato institucional. A concepção institucional do racismo é demonstrada pela atuação das instituições (o próprio Estado e suas organizações) que, ainda que indiretamente, conferem desvantagens e privilégios com base na raça. Consequência disso é a cultura, os padrões estéticos e as práticas de poder de um determinado grupo dominante em detrimento de outro historicamente discriminado.

Já a concepção estrutural demonstra-se na percepção de que a estrutura social por si só gera a opressão de um grupo, ainda que não haja uma conduta direcionada a oprimir e discriminar as pessoas pela raça (etnia). Assim, como explica Levi Kaique Ferreira[17], "a sociedade funcionando na sua normalidade gera opressões simplesmente por tensionar e gerar constrangimentos raciais nas relações entre indivíduos. Simplesmente por existir como existe hoje".[18]

Dentre as diversas barreiras estruturais enfrentadas por pessoas negras está o acesso a serviços de saúde por sua renda, condições de vida e por ausência de políticas públicas. Observa-se, ainda, que, no Brasil, trabalhadores e população de baixa renda, em sua maioria negros, têm sua saúde mais exposta a riscos em decorrência da falta de saneamento básico; habitações precárias sujeitas a enchentes e próximas ou dentro de depósitos de dejetos (lixões), produto de uma urbanização desigual desde a fundação da sociedade brasileira. [19] Tal situação os coloca em maior vulnerabilidade também ao novo Coronavírus (COVID-19), o que será abordado mais adiante.

Sobre o tema, vale mencionar Lúcia Xavier[20]:

> A população negra não é uma população doente. O que acontece é que ela vive com menos qualidade. O grupo é mais vulnerável às doenças porque está sob maior influência dos determinantes sociais de saúde, ou seja, as condições em que uma pessoa vive e trabalha, a insalubridade, as baixas condições sanitárias às quais está submetida, por exemplo. E a soma desses diversos indicadores de vulnerabilidade aumenta também o risco de perder a vida.[21]

---

17 Levi Kaique Ferreira é engenheiro civil, diretor no site O Retalho, colunista no Site Mundo Negro, apresentador do Influência Negra e Colaborador em Mansão Black e Pretitudes. Disponível em <https://www.instagram.com/levikaiquef/> Acesso em 02.06. 2020.

18 FERREIRA, Levi Kaique. *O que é racismo estrutural.* Disponível em: <https://www.instagram.com/p/B-sFxI6ph9N/?utm_source=ig_web_copy_link> Acesso em 02.06.2020.

19 ALMEIDA. Op. Cit.

20 Lúcia Xavier é assistente social, coordenadora da ONG Criola. Disponível em <https://www.geledes.org.br/tag/lucia-xavier/> Acesso em 02.06.2020.

21 ONUBR, Organização das Nações Unidas. *Negros tem maior incidência de problemas de saúde evitáveis no Brasil, alerta ONU*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/negros-tem-maior-incidencia-de-problemas-de-

Toda a construção da sociedade brasileira e todo o histórico de falta de oportunidades e falta de inclusão de pessoas negras em políticas de urbanização, a ausência de direitos básicos de cidadania, e a política de branqueamento, faz com que seja naturalizada, atualmente, a concepção de pessoas negras como suspeitas, perigosas, violentas, agressivas, criminosas, menos inteligentes, menos capazes e sujas, sobretudo as que vivem em territórios periféricos.[22] Essa construção também naturaliza a desumanização de pessoas negras, a ausência destas nos espaços de poder, o encarceramento em massa e o genocídio dos jovens negros, e mesmo identificando esses problemas, não há políticas públicas efetivas de combate a eles. Esta visão está impregnada na concepção social e contribui para a manutenção das desigualdades refletidas em números.[23] Isso é racismo estrutural.

2. DESIGUALDADE SOCIAL E RACIAL NA DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS E COVID-19

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) caracterizou a COVID-19 como uma Pandemia. Ao todo, de acordo dom a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), até o dia 01 de junho de 2020 foram confirmados 6.057.853 casos de COVID-19 no mundo e 371.166 mortes, sendo: 104.242 casos e 2.638 mortes na região Africana; 2.817.232 casos e 160.514 mortes na região das Américas; 2.159.791 casos e 180.594 mortes na região Europeia; 520.137 casos e 12.627 mortes na região do Mediterrâneo Oriental; 183.198 casos e 7.037 mortes na região do Pacífico Ocidental; e 272.512 casos e 7.743 mortes na região do Sudeste Asiático. [24]

Todavia, a pandemia do COVID-19 escancara, mais do que nunca, as desigualdades sociais e raciais existentes na nossa sociedade. Dentre as populações mais vulneráveis aos impactos, aos efeitos do COVID-19, estão as populações

-saude-evitaveis-no-brasil-alerta-onu/amp/> Acesso em 02.06.2020.

22 Sobre o tema sugere-se o vídeo de Djamila Ribeiro para Elle Brasil "As origens do racismo". Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/CA73wMAFUSu/?utm_source=ig_web_copy_link>. Acesso em 02.06.2020.

23 Sobre o tema é necessário mencionar alguns dados: a chance de um negro ser assassinado no Brasil é quase três vezes maior do que de um jovem branco. Em 10 anos, assassinatos de mulheres negras aumentaram 15,4%, enquanto o de mulheres brancas diminuíram 8%. 75% dos mortos pelas polícias brasileiras são negros. 80% da população negra tem apenas o SUS como opção de saúde. O índice de suicídio entre jovens e adolescentes negros cresce e é 45% maior do que entre brancos. Negros tem mais dificuldade de obter emprego e recebem até 31% menos que brancos. Mulher só ganha mais que homem quando ela é branca e ele é negro. 4 em cada 10 jovens negros não terminaram o ensino médio. Negros são 75% entre os mais pobres; brancos, 70% entre os mais ricos. Para mais informações sugere-se o conteúdo trazido por Levi Kaique em "Números que mostram o que é ser negro no Brasil". Disponível em <https://www.instagram.com/p/CAVV3WpJOgu/?utm_source=ig_web_copy_link> Acesso em 02.06.2020.

24 ONU - OPAS, 2020. *Organização das Nações Unidas. OPAS. Folha Informativa – COVID-19.* Disponível em:<https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em 01.06.2020.

negras, pobres e periféricas. Tal fato se dá em razão da ausência de um atendimento adequado, isonômico desta população pelos meios de sistemas de saúde oferecidos, ou seja, uma manifestação da necropolítica[25], do racismo institucional, de práticas onde o Estado não se faz presente para a população negra, seja na criação de políticas institucionais, públicas ou afirmativas.

A Alta Comissária da ONU para Direitos Humanos, por sua vez, destaca que "Os dados nos falam de um impacto devastador da covid-19 sobre pessoas de ascendência africana, assim como minorias étnicas em alguns países, incluindo Brasil, França, Reino Unido e Estados Unidos".[26]

Nesse sentido, os dados obtidos por meio do boletim epidemiológico da Prefeitura de São Paulo datado de 30 de abril de 2020, apontam que a população negra possui risco de morte na proporção de 62% maior em relação população branca. Tais fatos decorrem de questões socioeconômicas, tais como dificuldade de acesso à assistência médica adequada, ausência de alimentos, ausência ou precariedade do serviço de saneamento básico. [27]

De acordo com a biomédica, Dra. Joilda Silva Nery[28], "Piores condições de vida e trabalho determinam o maior risco de adoecimento e morte, não apenas pela COVID-19, mas também por outras doenças. A dificuldade de acesso aos serviços de saúde é um fator crucial para aumentar o risco de complicações e óbitos"[29]

De acordo com a médica Denize Ornelas[30], "Uma pessoa negra não consegue fazer o isolamento social quando está doente porque tem uma casa menor que as casas de classe média, com menos cômodos, um banheiro só e até falta de água. Com isso, uma pessoa infectada traz maior risco de contaminação das

25 MBEMBE, Achille. Necropolítica. Disponível em: < https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em 02.06.2020.

26 UOL, 2020. *ONU: covid-19 escancarou discriminação racial "endêmica" no Brasil e EUA.* Disponível em< https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/06/02/onu-covid-19-revelou-desigualdade-endemica-no-brasil-e-eua.amp.htm?cmpid=copiaecola&__twitter_impression=true>. Acesso em 01.06.2020.

27 Estadão, 2020. *EM SP, risco de morte de negros por covid-10 é 62% maior em relação aos brancos*. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-sp-risco-de-morte-de-negros-por-covid-19-e-62-maior-em-relacao-aos-brancos,70003291431>. Acesso em 01.06.2020.

28 A Dra. Joilda Silva Nery é mulher, negra, biomédica, mestre, doutora e professora adjunta do Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e integrante do grupo de trabalho: Racismo e Saúde da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO). Para maiores informações, acessar: <http://www.isc.ufba.br/team/joilda-silva-nery/>.

29 Estadão, 2020. *EM SP, risco de morte de negros por covid-10 é 62% maior em relação aos brancos*. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-sp-risco-de-morte-de-negros-por-covid-19-e-62-maior-em-relacao-aos-brancos,70003291431>. Acesso em 01.06.2020.

30 Denize Ornelas é mulher, negra, possui graduação em Medicina pela Universidade Federal Fluminense (2008). Para maiores informações, acessar: <https://www.escavador.com/sobre/8340771/denize-ornelas-pereira-salvador-de-oliveira>. Acesso em 01.06.2020.

pessoas ao redor".[31]

Celso Athayde[32], por sua vez, avalia que "é natural que os negros sofram as maiores baixas por vários motivos. Somos 78% da base da pirâmide, que está exposta desde o início da pandemia para o Brasil não parar, como frentistas, garis, balconistas de farmácia ou caixas de supermercado. O colapso do sistema acerta em cheio os mais vulneráveis, aqueles que têm cor".[33]

Luís Eduardo Batista[34], por sua vez, destaca o contexto histórico do impacto das epidemias sobre a população negra. "Quando estudamos a história das endemias e das epidemias no Brasil com a lente da determinação social do processo saúde, doença e morte, percebemos que a população negra foi sempre uma das mais duramente impactadas e na pandemia da covid-19 não será diferente. O que nos cabe agora é mitigar esse impacto é é por isso que várias organizações da sociedade civil estão atuando para proteger e garantir o direito de todas e todos à saúde".[35]

Situação semelhante observa-se nos EUA. O COVID-19, de acordo com dados divulgados por vários Estados e grandes cidades, está matando e contaminando mais negros em índices desproporcionalmente altos e escancarando as profundas desigualdades de acesso à assistência médica provenientes da baixa renda que essa população possui. [36]

A Prefeita de Chicago, Lori Lightfoot, alertou que mais da metade das pessoas diagnosticadas com COVID-19 na cidade e 72% dos óbitos são de pessoas negras. Já em Illinois, 43% das mortes causadas por COVID-19 e 28% das pessoas infectadas são negras. Importante aqui destacar que menos de um terço dos habitantes do Estado de Illinois são negros.[37]

Já em Michigan, um terço dos testes com resultados positivos e 40% das mortes no Estado são de pessoas negras. Porém, a população negra é o equivalen-

31 Estadão. Op. Cit.

32 Celso Athayde é o fundador da CUFA, Central Única das Favelas. Para maiores informações, acessar: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Celso_Athayde>.

33 Estadão. Op. Cit.

34 Luiz Eduardo Batista é negro, mestre e doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Pós-doutorado pela Escola de Enfermagem da USP. Integra o colegiado gestor do Grupo de Trabalho Racismo e Saúde da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO). Para maiores informações, acessar: < https://www.escavador.com/sobre/2008737/luis-eduardo-batista>.

35 Estadão. Op. Cit.

36 Folha de São Paulo, 2020. *Negros enfrentam índices alarmantes de contaminação pelo coronavírus nos EUA.* Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/negros-enfrentam-indices-alarmantes-de-contaminacao-pelo-coronavirus-nos-eua.shtml> Acesso em 01.06.2020.

37 Folha de São Paulo. Op. Cit.

te a 14% da população do Estado. [38]

De acordo com a pesquisadora da Universidade de Drexel, Sharrelle Barber[39], tais fatos são efeitos de anos de políticas públicas discriminatórias contra a população negra que se iniciaram na década de 1930. Até hoje, a população negra em sua maioria vive em bairros segregados ondem estão ausentes oportunidades de trabalho, não possuem habitação estável, como também acesso a supermercados com comidas saudáveis. [40]

Gustavo Silva[41], chefe de laboratório da Universidade de Duke, afirma que o impacto desproporcional dos efeitos da COVID-19 na comunidade negra dos dois países se dá por conta da suscetibilidade ao vírus em função de outras doenças pré-existente e da falta de acesso ao tratamento adequado. [42]

Sabe-se que os sistemas de saúde são distintos, uma vez não existe sistema público de saúde nos EUA e o acesso à saúde privada é absurdamente caro. Porém, o pesquisador avalia que existem semelhanças na ausência de políticas de assistência para a população negra. O pesquisador sustenta que:[43]

"Isso demonstra que nos dois países os negros são mais suscetíveis às complicações do vírus devido ao menor acesso aos leitos, aos profissionais de saúde e à infraestrutura como um todo, de forma que são impactados de forma semelhante tanto nos EUA como no Brasil".

O pesquisador reforça ainda que "Embora as pessoas digam que o vírus é democrático e não escolhe quem será infectado, a comunidade negra tem sido desproporcionalmente afetada e os índices de mortalidade ultrapassam a porcentagem desse grupo na população". Tal fato, de acordo com o pesquisador, pode ser explicado pela "exposição ao contágio, a suscetibilidade à doença e a falta de acesso ao tratamento adequado."[44]

Por fim, o pesquisador ressalta que:

> "Existe uma alta proporção de negros e negras nas comunidades de baixa renda. Nem todos podem trabalhar de casa e ter suas refeições entregues em domicílio, além de que muitos ainda dependem do transporte público, aumentando ainda mais a chance de contaminação. [..] Em muitas famílias também existe a limitação

38 Folha de São Paulo. Op. Cit.

39 Sharrelle Barber é professora assistente de epidemiologia e bioestatística na Universidade de Drexel.

40 Folha de São Paulo. Op. Cit.

41 Gustavo Silva é negro, brasileiro, doutor em Biologia e chefe de laboratório da Universidade de Duke nos EUA.

42 Alma Preta, 2020. *Biólogo explica porque a população negra é a mais impactada pelo coronavírus no Brasil e nos EUA.* Disponível em: https://www.almapreta.com/editorias/realidade/biologo-explica-porque-a-populacao-negra-e-a-mais-impactada-pelo-coronavirus-no-brasil-e-nos-eua. Acesso em 01.06.2020.

43 Alma Preta. Op. Cit.

44 Alma Preta. Op. Cit.

> de espaço, o que maximiza a chance de as pessoas se infectarem e contaminarem pessoas próximas. As políticas públicas precisam focar no bem estar dessa população, para que elas fiquem em casa de forma segura e sem se expor ao vírus. O segundo ponto é a suscetibilidade à doença de pessoas que já possuem doenças crônicas. Estudos mostram que há uma prevalência de enfermidades como diabetes e hipertensão na comunidade negra, que a torna mais suscetível ao desenvolvimento de um quadro grave em decorrência do vírus. [...] O terceiro ponto é o acesso e a qualidade do tratamento. A disparidade de renda, em diferentes públicos raciais, impacta nas formas de tratamento e de prevenção e bem estar que as famílias podem investir. Grande parte da população negra não possui acesso a diversos serviços de saúde e, quando consegue acessar, não necessariamente são os melhores recursos. Outras práticas discriminatórias também podem levar ao descaso da condição real do paciente e à falta de diagnóstico e tratamento adequado [...]."[45]

3. O DIREITO UNIVERSAL À RESPIRAÇÃO: RACISMO PANDÊMICO E COVID-19

Nos últimos dias correu o mundo a imagem do assassinato de George Floyd, um estadunidense negro de 46 anos, morto covardemente por asfixia por um policial branco, que se ajoelhou em seu pescoço por mais de 8 minutos. A vítima pedia por socorro e dizia "*I can't breathe*" (Eu não consigo respirar).[46]

O caso provocou manifestações em mais de 75 cidades nos EUA e teve repercussão internacional, inclusive no Brasil, com manifestações pelo movimento "Vidas Negras Importam", tendo em vista que, embora viva-se uma pandemia de COVID-19, pessoas pretas continuam sendo vítimas fatais de violência policial dentro de suas casas cumprindo o isolamento social recomendado pela Organização Mundial de Saúde. Um dos muitos exemplos é o caso do jovem João Pedro Matos Pinto, de 14 anos, assassinado em operação da polícia na comunidade do Salgueiro, no município de São Gonçalo.[47]

Sobre o tema, Silvio Almeida fez uma interessante colocação em sua rede social twitter:

Há uma mórbida coincidência entre a COVID-19 – que tem atingido em maior proporção as populações negras – e a forma com que negros têm sido assassinados nos EUA

45 Ibidem.

46 BERMÚDEZ, Ángel. Morte de George Floyd: *4 fatores que explicam por que caso gerou onda tão grande de protestos nos EUA. BBC*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52893434> Acesso em 02.06.2020.

47 COELHO, Henrique. MPRJ *começa a ouvir amigos e familiares do menino João Pedro, morto em ação da polícia. G1*. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/01/mprj-comeca-a-ouvir-depoimentos-de-amigos-e-familiares-do-menino-joao-pedro-morto-em-acao-da-policia.ghtml> Acesso em 02.06.2020.

e Brasil: o sufocamento. É a negação do que Mbembe chama de "direito universal de respirar". Esvazia-se o corpo de ar, de sangue, de sentido. O corpo nada mais é do que um "saco vazio" que pode desaparecer repentinamente ou ser colocado em vala comum. COVID-19, estrangulamento, enforcamento, um corpo negro e a última sentença: "*I can't breathe*" (não posso respirar).[48]

Uma rápida menção a teoria do Direito Universal à respiração se faz necessária. Achille Mbembe afirma que antes da COVID-19, que tem como um dos sintomas graves a dificuldade de respirar, a humanidade já estava ameaçada de asfixia. O autor declara:

> Se tiver de haver guerra, deverá ser, em consequência, não contra um vírus em particular, mas contra tudo o que condena a grande maioria da humanidade à paragem prematura de respiração, tudo o que ataca fundamentalmente as vias respiratórias, tudo o que, na longa duração do capitalismo, confinou segmentos inteiros de populações e raças inteiras a uma respiração difícil, ofegante, a uma vida pesada. (...) Se de fato a COVID-19 é a expressão espetacular do impasse planetário em que se encontra a humanidade, então não se trata senão, nem mais nem menos, de recompormos uma terra habitável, porque ela oferecerá a todos a possibilidade de uma vida respirável.[49]

Verifica-se, portanto, que a humanidade está presa às desigualdades e injustiças. A população negra, por sua vez, sofre desproporcionalmente e encontra-se em grande asfixia. O direito fundamental à respiração torna-se, portanto, um direito universal e fundamental para se estar vivo, para existir e resistir.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente capítulo, talvez fique muito claro, aos leitores e leitoras, o fato de que a pandemia do SARS-COV-2, novo coronavírus, causador da COVID-19 é algo totalmente novo para a humanidade. Sua solução traz debates, pesquisas e ações globais e conjuntas. Todavia, infelizmente, o mesmo não se pode dizer em relação ao racismo pandêmico que se perpetua pelo tecido social ao longo dos séculos sem ações contundentes de enfrentamento e tentativas de solução.

O sagrado direito à respiração retirado pela COVID-19, em alguns de seus infectados, é sintoma conhecido de longa data pelas populações negras e periféricas em países como Brasil e EUA, como observados ao longo do presente texto.

---

48 ALMEIDA, Silvio. Disponível em <https://twitter.com/silviolual/status/1265725093403115521?s=20> Acesso em 02.06.2020.

49 MBEMBE, Achille. O direito universal à respiração. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598111-o-direito-universal-a-respiracao-artigo-de-achille-mbembe> Acesso em 02.06.2020.

O antirracismo como abordagem humanista, paritária e igualitária é a abordagem buscada no presente ensaio, desejando-se que o antirracismo contagie a elaboração de políticas públicas para o povo negro e demais grupos vulneráveis de nossa sociedade.

Por fim, cabe a lembrança da simbólica e potente Angela Davis que declara: "em uma sociedade racista, não basta não ser racista, é necessário ser antirracista."

A PANDEMIA DA DESINFORMAÇÃO EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS

Amanda Maria de Almeida Nunes[1]

João Paulo Allain Teixeira[2]

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde atribuiu ao Sars-cov-2, conhecido como COVID-19, a categoria de Pandemia. O vírus que surgiu em meados de dezembro, na China, rapidamente espalhou-se por diversos países ao redor do mundo, fato que não surpreendente no contexto globalizado como o nosso.

Entretanto, o que deveria ser tão somente uma questão sanitária e de saúde pública mundial, enfrentada outras vezes pela humanidade, tornou-se um problema informacional e jurídico, inflado pela influência das Redes Sociais. Plataformas como o Whatsapp, Facebook, Youtube, Instagram e o Twitter, trazem à tona uma espécie de pandemia da desinformação, já vivenciada no Brasil de maneira mais evidente desde meados de 2018, por ocasião das eleições presidenciais brasileiras, marcadas por notícias falsas e o uso robôs para disseminação de conteúdo malicioso no ambiente virtual.

Se por um lado essas ferramentas são úteis para informar a sociedade sobre dados oficiais, o avanço da doença e medidas de prevenção ao contágio; por outro identifica-se um terreno propício para disseminação em massa de notícias falsas, distorcidas ou descontextualizadas que contribuem para a manutenção do sistema de desinformação, perigosamente implantado nesses espaços.

Utilizando-se do argumento da liberdade de expressão e contando com o apoio e capacidade de disseminação em volume propiciado pelo uso de robôs nas redes sociais, discursos fundados em informações falsas percorrem rapidamente a

---

1 Advogada; Mestre em Ciência da Informação (Universidade Federal de Pernambuco); Bacharel em Gestão da Informação (Universidade Federal de Pernambuco).

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2005) Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2000). Master em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha (1998). Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor do curso de graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Estágio de pesquisa Pós-Doutoral no CES- Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal (2018). Líder do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais REC - CNPq. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

internet chegando ao cidadão comum, fato preocupante que assume proporções maiores e repercussões alarmantes, como a morte de milhões pelo descumprimento das ordens de isolamento social, a utilização de medicamentos de forma inadequada, pânico ou até mesmo o acirramento das disputas na sociedade civil.

A justificativa deste trabalho está na necessidade de avaliar a questão da desinformação do ponto de vista social e jurídico, bem como as implicações trazidas para o contexto da pandemia em razão do compartilhamento ininterrupto e indiscriminado de informações não verificadas.

O objetivo geral da pesquisa consiste em evidenciar os principais episódios de desinformação desencadeados durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo Federal 06/2020, discorrendo sobre os seus impactos sociais e jurídicos. Os objetivos específicos do trabalho são (i) analisar a desinformação como uma questão social levantando dados que corroborem para o debate; (ii) destacar iniciativas jurídicas de combate a disseminação de informações inverídicas por ocasião da situação trazida pelo COVID- 19.

Esta é uma pesquisa bibliográfica *ad-hoc,* sendo utilizada para a sua elaboração a base de dados da Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (DAPP – FGV), ademais buscou-se trabalhos relacionados a temática indexados no Google Acadêmico, além da mineração de informações e notícias veiculadas aos sítios especializados em tecnologia e direito de credibilidade reconhecida.

O presente escrito propõe-se a discorrer sobre a desinformação enquanto um problema social da vida moderna e as consequências trazidas por este fenômeno.

1. DESINFORMAÇÃO: NOTÍCIAS FALSAS NAS PLATAFORMAS VIRTUAIS, UM PROBLEMA SOCIAL DA VIDA MODERNA?

Historicamente a desinformação é uma questão que atravessa o tempo, confundindo-se com a trajetória da humanidade, estando intimamente relacionada a situações estratégicas de guerra, política ou social. O termo por vezes empregado de forma equivocada, na verdade refere-se a um conglomerado de categorias que tem como objetivo distorcer a realidade.

Neste sentido Nunes e Santana (2018) apresenta diversas acepções e conceitos para a desinformação, contudo destacam que o termo dispensa uma con-

ceituação única e fechada, devendo a esse ser atribuído facetas, sob pena de cometermos equívocos ao observar o fenômeno.

Assim, categorizam a desinformação através das formas que se manifestam nas redes sociais, destacando que pode ser identificada como Pós Verdade, Notícias Falsas (*fake news*); *Data Flood* (Enxurrada de Dados); Falsa Propaganda; *Internet Bias* (Viés da Internet); *Social Spam* e *Deepfake* (NUNES; SANTANA, 2018).

Não nos cabe aqui discorrer sobre classificação evidenciada pelos autores, contudo, é possível através deste estudo observar que a desinformação é na verdade um "guarda-chuva" conceitual que conta com diversas modalidades, das quais, especialmente no Brasil, observamos o sucesso no emprego da Pós-Verdade e Notícias Falsas no contexto das redes sociais virtuais.

Sobre a Pós Verdade, Silva Filho; Silva e Luce (2017, p. 271) relatam se tratar de um fenômeno recente, datando a sua ascensão em meados de 2016, quando foi escolhida pelo Dicionário de Oxford como a palavra com mais destaque durante o ano, registrando um aumento de 2000% do seu uso no período.

Côrrea e Custódio (2018) destacam que este fenômeno se apresenta com mais força em ambientes como a web, onde é comum a disseminação de inverdades, em virtude do compartilhamento de conteúdo de forma irrestrita e indiscriminada. Segundo os autores "essas inverdades vêm ganhando um espaço cada vez maior no ambiente virtual, seja através da veiculação de notícias falsas, seja por meio das chamadas 'pós-verdades' (*post-truth*)" (CORREIA; CUSTÓDIO, 2018, p. 2).

Quanto as notícias falsas, é possível notar que essas fazem parte do nosso cotidiano mais tempo do que possamos imaginar. Neste sentido, Burkhardt (2017) faz uma linha temporal e evolutiva sobre os principais momentos da história em que esse artifício foi utilizado causando impactos sociais de grande relevância.

De acordo com a autora a primeira notícia falsa foi empregada no século VI d.C, por Procópio de Cesária (500-ca. 554 d.C.), principal historiador de Bizâncio, na intenção de manchar a reputação do então imperador Justiano e sua esposa, utilizando-se de notícias falsas para difamá-los, por meio de seu escrito chamado 'História Secreta'.

Em 1522, após a criação da imprensa, e certa ampliação da alfabetização, pelo menos entre as classes mais favorecidas, é possível também verificar a pro-

pagação de notícias manipuladas, deturpadas, sendo essas utilizadas como objeto de poder. Neste toar, Burkhardt (2017, p. 6) cita o caso escritor e satírico italiano Pietro Aretino, que se utilizava dos seus escritos para angariar fundos juntos aos nobres e poderosos daquela sociedade, caso não conseguisse os valores almejados suas indiscrições seriam expostas, causando nos leitores dúvidas sobre as pessoas que detinham o poder na Itália.

A mesma autora traz ainda a deliberada utilização do termo '*Canard*' na França do século XVII, que significa boato ou história infundada, nesse sentido ilustra histórias que se tornaram corriqueiras na época como um *Canard* que informou que um monstro (dragão) estava sendo trazido do Chile para a França, neste relatório a figura do suposto dragão era sobreposta a imagem da então Rainha Maria Antonieta, o que lhe custou grande impopularidade em seu país.

Burkhardt (2017, p.6) menciona o ensaio de Jonathan Swift, lançado em 1710 cujo título era "A Arte da Mentira Política", onde fala sobre o dano causado por uma mentira, defendendo que "a falsidade voa e a verdade vem mancando depois disso, de modo que quando os homens se tornam indecisos, é tarde demais; a brincadeira acabou e o conto teve seu efeito" (SWIFT, 1710 apud Burkhardt, 2017, p. 6, *tradução nossa*). As descrições de Swift são semelhantes aos problemas enfrentados no século XXI, se revelando mais do que nunca atuais.

Na era da mídia de massa, Burkhardt (2017, p. 6) aponta exemplos ao longo do século XX que envolveram a divulgação de notícias falsas em noticiários de rádio como foi o caso da BBC que divulgou um suposto ataque comunista a Londres em 1926 e em 1948 quando o jornal Chicago Daily Tribune publicou, antes mesmo do resultado da eleição presidencial, uma matéria onde o então candidato à presidência Truman aparecia como derrotado. Segundo a autora:

> É fácil ver que notícias falsas existem há muito tempo (...) os efeitos das notícias falsas têm variado amplamente, desde a diversão até a morte. Alguns autores de notícias falsas provavelmente tinham motivações benignas para produzi-lo. Outros parecem ter pretendido prejudicar indivíduos, famílias ou governos (Burkhardt, 2017, p.6, *tradução nossa*).

Com a popularização das redes sociais virtuais, a disseminação de conteúdos inverídicos tomou proporções inimagináveis, tornando-se um problema endêmico. Observa Burkhardt (2017, p. 6, *tradução nossa*) que "no final do século XX, a internet forneceu novos meios para disseminar notícias falsas em grande escala".

Desta feita, nota-se que o aumento de conteúdo inverídico, principalmen-

te nas redes sociais virtuais, contribui também para a desinformação em massa, tendo em vista que apesar de possuir a aparência de notícia, que vem para informar o leitor, em verdade está transvestida de inverdades, meias verdades ou de conteúdo manipulado. Neste sentido, Côrreia e Custódio (2018, p. 3) alertam que:

> As fake news, assim como notícias carregadas de pós-verdades, ocupam diariamente as páginas de mídias sociais como Facebook, por exemplo, influenciando milhares de pessoas ávidas por conteúdos fáceis de digerir que se apresentam de forma colorida e em movimento que são compartilhados compulsivamente sem a devida checagem dos fatos e dos danos que esta ação pode suscitar (CORREA; CUSTODIO, 2018, p.3).

O aumento da incidência de notícias falsas e a crescente desinformação tem como fator contributivo o contexto informacional de produção, uso e disseminação de informações na internet, propiciado pela popularização do compartilhamento nas redes sociais (*twitter* e *facebook*), bem como os aplicativos de mensagens instantâneas, dentre eles, o *whatsapp,* facilitando a propagação de notícias, que nem sempre são fidedignas.

Sobre o tráfego de informações nesses ambientes aponta Leite e Matos (2017, p. 2336) que "por meio de novas formas de acesso e produção de conteúdo, porém, tem possibilitado o consumo e disseminação de informações falsas, distorcidas, manipuladas, servindo às mais diversas finalidades pessoais e institucionais".

O cenário de inverdades e notícias falsas revelado nos últimos anos, influenciou a política, a democracia e a sociedade profundamente, mas ao que parece ainda assistimos apáticos aos desdobramentos desta prática. Não há desde então esforço expressivo de combate a essa conduta, tampouco resposta por parte dos três poderes sobre as formas de regularização, punição e prevenção do direito à informação precisa e correta, fator indispensável para a vida em sociedade.

O resultado não poderia ser outro, senão uma grande crise informacional instaurada em meio ao enfrentamento da pandemia do COVID-19, quando a demanda por informações aumentou, sendo o principal meio de propagação a internet. Destaca a Comscore (2020) que o consumo de notícia, durante a pandemia do coronavírus no Brasil, cresceu 42,6%, enquanto que o uso das redes sociais apresentou um aumento de 26,2%, em números isso representa um salto de 34 bilhões para 43 bilhões de sessões, com 19% do aumento em tempo médio de permanência nas plataformas.

Desta forma, as disputas já travadas pela polarização e crise política no país, permeada pelo grande volume de mentiras espalhadas nas redes sociais para conduzir o debate, confundem-se a própria crise sanitária, trazendo para os holofotes um protagonista preocupante em tempos de quarentena, o problema sistêmico da desinformação, comprometendo diretamente a condução a saúde pública no país.

2. CORONAVÍRUS VERSUS NOTÍCIAS FALSAS: DUAS PANDEMIAS.

Antes mesmo da primeira notificação do COVID-19 no Brasil, as notícias falsas já se apresentavam com protagonistas do debate sobre a doença nas redes sociais, ensaiando o cenário que seria enfrentado pelo país em momento oportuno.

A Fundação Getúlio Vargas (2020) mapeou desde 27 de janeiro de 2020, por quatro dias, as postagens e interações em links compartilhados no *Twitter* e *Facebook*, constatando um aumento 500% no número de vídeos em português, que se referiam ao novo coronavírus, dentre os quais muitos traziam informações falaciosas, sem qualquer lastro probatório, que iam desde o vírus fabricado como forma de estratégia internacional até suposições de que a sopa de morcego teria sido a razão de disseminação da doença na China.

No dia 26 de fevereiro de 2020 o Ministério da Saúde confirmou o primeiro caso do Coronavírus no Brasil [3], nas primeiras 48 horas após o anúncio oficial, o debate sobre a nova epidemia já atingia a marca de mais de um milhão de twitters no país, de acordo com levantamento apresentado pela Fundação Getúlio Vargas (2020).

Iniciava-se ali os alertas sobre as dificuldades de enfrentamento da doença ante ao impacto negativo que a presença das notícias falsas, questão não superada pelo Brasil, poderia trazer, nas repercussões sobre a doença, modos de prevenção, tratamento e métodos de curas. O enfrentamento de uma doença dessa magnitude torna-se bastante precário em um ambiente onde as informações são fabricadas a partir de opiniões ou mentiras, desviando a atenção e adesão da sociedade em relação as medidas de cuidado e prevenção ao contágio do vírus.

O resultado não foi outro, em alguns dias a disseminação de situações de pânico, euforia e notícias falaciosas sobre o COVID-19 tomaram conta das redes sociais. A Organização Mundial da Saúde chegou a declarar que além do

3 Ministério da Saúde confirma o primeiro caso de COVID: <https://bit.ly/3cHXSWW>.

enfrentamento ao surto do vírus, era imprescindível medidas de enfrentamento a "*disinfodemic*" (no português "desinfodemia"), causada pela desinformação, que compromete a batalha contra a doença em razão da grande quantidade de mentiras, mitos e informações imprecisas que circulam nas redes sociais. O termo cunhado pela OMS, segundo Posetti; Bontcheva (2020, sem paginação, *tradução nossa*) se refere a "desinformação básica sobre a doença de Covid-19".

A preocupação do órgão internacional não se revela absurda, uma vez que, a desinformação é um fenômeno generalizado, que atinge diversos países e sendo de grande letalidade, pois prejudica as orientações de saúde com teorias da conspiração e falácias.

A observação da OMS sobre a pandemia desinformacional não deve ser descartada considerando, inclusive, que boa parte da população busca informações sobre a epidemia exclusivamente nas redes sociais. É o que revela mapeamento realizado pelo Instituto Reuters em parceria com a Universidade de Oxford, onde constatou-se que 70% das informações relacionadas ao COVID-19 estão nas redes sociais e são produzidas ou compartilhadas pelos chamados influenciadores digitais, categoria que inclui políticos, celebridades e figuras públicas (BRENNEN et al., 2020).

O estudo vai mais além, afirmando que desse total, pelo menos 20% são notícias falsas. O levantamento realizado por Brennen et al. (2020) contou com a análise de 225 (duzentos e vinte e cinco) notícias em inglês, coletadas no período de janeiro a março de 2020 e classificadas como enganosas ou falsas.

As análises demonstram que, das informações classificadas como falsas, pelo menos 59% permanecem sendo amplamente retuítadas, no youtube 27% dos vídeos (falsos ou enganosos) seguem ativos e no facebook 24% do conteúdo que recebeu essa classificação continuam sem rótulos ou alertas de que se trata de uma informação falsa (BRENNEN et al., 2020).

A partir da amostragem trazida por Brennen et. al. (2020) é possível observar dois pontos críticos da desinformação na pandemia: (i) apesar das supostas investidas sinalizadas pelas empresas, que detém as principais ferramentas sociais, o que se verifica é uma falha ou até mesmo a ausência de interesse corporativo em exercer o controle, filtragem e análise da qualidade do conteúdo ali disponibilizado; (ii) a pandemia da desinformação segue atingindo diversos setores da sociedade, ultrapassando as questões políticas/democráticas e influenciando negativamente no enfrentamento do COVID-19.

Apesar da aparente falha em conter o processo desinformacional nas re-

des sociais, Pierro (2020) destaca as iniciativas capitaneadas pelas autoridades de saúde e instituições de ensinos para que a população possa checar a veracidade das informações antes do compartilhamento, ressalta que a OMS criou um site onde disponibiliza diariamente infográficos para desmentir boatos; o Ministério da Saúde também criou página na web como forma de combater as notícias falsas sobre o COVID-19, além de um contato no Whatsapp, onde a população pode enviar informações de caráter duvidoso veiculados nas redes sociais, que serão chegados por uma equipe técnica; a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e a Universidade de São Paulo (USP) também assumiram a dianteira e criaram observatórios e centros de checagem.

Apesar das investidas, o que se verifica é o avanço das notícias falsas nas redes sociais, Pierro (2020) atribui esse crescimento ao posicionamento do Chefe do Executivo, que condena o isolamento social generalizado, neste sentido afirma que as declarações "contribuíram para difundir generalizações e desinformação a respeito dos métodos utilizados para conter a transmissão do novo coronavírus" (PIERRO, 2020, sem paginação).

A politização da crise epidêmica no país elevou o discurso das redes sociais a outro patamar redirecionando a produção e disseminação de notícias falsas, neste sentido destaca-se que o debate sobre o coronavírus no Brasil, assumiu sua faceta política, tornando-se o epicentro das discussões nas redes sociais.

A título de exemplo destacamos o estudo da Fundação Getúlio Vargas (2020) sobre narrativas de desinformação iniciada nas redes sociais por bolsonaristas, que mobilizaram o debate político sobre o coronavírus. Destaca o estudo que o discurso iniciado pela deputada Bia Kicis (PSL-DF) sobre fraudes na contabilização de mortes pelo COVID-19, atingiu 103,5 mil postagens no Twitter, de acordo com a FGV (2020, sem paginação) "o primeiro pico de engajamento, a partir da própria parlamentar, foi a partir das 20h de sábado (28), com média de 40 novos tuítes/minuto".

Ocorre que tal notícia era falsa, na explanação orquestrada, a parlamentar afirmava que o falecimento por acidente do primo de um porteiro, morto por um pneu que estourou, foi contabilizado como morte por COVID-19, sem nenhuma averiguação. A FGV (2020) ao mapear o caminho percorrido pela notícia fabricada observou que o perfil @rejanepaiva deu impulso a narrativa da deputada confirmando a história relatada, afirmando que "um seguidor, vizinho da "família da vítima", confirmou o erro de notificação na morte".

Esse é apenas um exemplo de conteúdo enganoso dentro de um universo muito maior de desinformação que desafia as autoridades, a ética, a boa-fé e aproveita-se do negacionismo confortavelmente instalado em nossa sociedade, que contribui para um sistema que promove a deturpação das redes sociais resultando em impactos imensuráveis para a sociedade civil.

A repercussão das notícias falsas também foi objeto de mapeamento da empresa Torabit, que desde a confirmação do primeiro caso de coronavírus no brasil, passou monitorar a repercussão do tema nas redes sociais, destacando que "em grande parte, as menções positivas e negativas sobre o tema estão ligadas à política" (TORABIT, 2020).

Da análise apresentada pela Torabit (2020) é possível destacar que das menções negativas sobre o coronavírus, pelo menos 20% refere-se a notícias falsas, semifalsas ou distorcidas. O conteúdo falacioso refere-se a política, saúde, sociedade, xenofobia e economia, aparecendo sempre em uma perspectiva crescente à medida que a doença avança pelo país.

Diante desse contexto, surge a necessidade de debater qual o papel dos três poderes, da sociedade e das entidades públicas no combate a tal prática. Estaríamos de mãos atadas diante de um cenário apocalíptico impulsionado pela *fake news* (notícias falsas)? Quais as respostas podemos esperar?

3. REPERCUSSÕES JURÍDICAS: A LEI É O SUFICIENTE PARA SANAR O PROBLEMA?

Quando abordamos as possíveis soluções que podem ser empregadas no combate a desinformação na era da internet, a primeira indagação que surge é: Até onde tais medidas podem avançar e quais os impactos dessas na liberdade de expressão e opinião.

Reconhecida internacionalmente, a liberdade de expressão encontra guarida na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1949, sendo objeto de tratados e convenções ratificados por diversos países ao longo do tempo. Na Constituição Federal de 1988 foi elevada ao patamar de direito fundamental, sendo considerada elemento que integra a dignidade humana (art. 5º, IV da Constituição Federal[4]).

Entretanto como todo direito exercido dentro da esfera do Estado Demo-

4 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

crático de Direito, a liberdade de expressão, pensamento e opinião não repousa no manto do absolutismo, portanto não é intocável. Neste sentido relembra Morais (2014, p. 45) que "os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário".

Quando tratamos do uso da desinformação como meio para condução do debate para desestabilização social, política, econômica ou até sanitária, como a que estamos vivenciando no momento, visualizamos ações ilegais (enganar) que põem em riscos reais à vida, à saúde e à integridade física das pessoas, portanto, há limites que foram claramente ultrapassados, e ferem outro direito, também constitucionalmente garantido, o da informação.

Não cabe dentro da nossa conjuntura jurídica a invocação um direito com o objetivo legitimar a prática deliberada de uma conduta ilícita. Neste sentido Kim (2018) alerta que a proteção constitucional conferida a liberdade de expressão, veda o anonimato e não protege o excesso ou abuso do direito, vejamos:

> A equivocada noção de que existiria na nossa CF a garantia ao exercício de uma ampla e irrestrita liberdade. Trata-se de evidente imaginário de alguns cidadãos e que, mesmo sob o ponto de vista jurídico, a aplicação equivocada das suas regras pode importar num terrorismo moral e gerar danos a terceiros e, até mesmo, a toda a sociedade (KIM, 2018, p. 95)

Fato é que a desinformação encontra terreno fértil no cotidiano do brasileiro, que é vítima, inclusive, das distorções trazidas no número de mortes pela covid-19, divulgadas pelo Ministério da Saúde[5]. Contudo, institucionalizada ou não, a veiculação de dados enganosos traz para o centro de debate a coalisão de dois direitos igualmente importantes para o nosso ordenamento jurídico, a liberdade de expressão e o direito à informação.

Ao judiciário não há outra alternativa a não ser adotar métodos que torne menos danoso o conflito normativo. No tocante as notícias falsas e ao uso deliberado destes conteúdos nas redes sociais, já é possível identificar o movimento jurisprudencial que se reorganiza aplicando sanções civis ou penais contra os que utilizam deste artifício para promover o clima de instabilidade e desconfiança perante a população, vejamos:

> (...) 1 - insurge-se contra a decisão que indeferiu o pedido de urgência, sob a premissa de que não restou demonstrada a probabilidade do direito perseguido;
>
> 2 – o agravante, enquanto Prefeito de Campo Grande, instituiu uma série de medi-

5 Ministério da Saúde divulga levantamento divergente no número de mortes por covid-19. Disponível em: < https://glo.bo/2A4KxuQ>.

das temporárias e emergenciais, a fim de evitar os impactos causados pela pandemia causada pelo COVID-19, sobretudo em relação à prática de esportes em condomínios, praças e quadras poliesportivas da Cidade;

3 – sem qualquer motivo plausível, **o agravado difundiu em sua rede social, notícia falsa no sentido de que estaria descumprindo as suas próprias orientações, colocando em dúvida a seriedade das medidas instituídas, a fim de criar clima de instabilidade e desconfiança perante a população**;

4 - os fundamentos da decisão que indeferiu a tutela postulada não merecem subsistir, eis que **não busca censura prévia, negar direito à informação ou repelir direito à liberdade de expressão de pensamento**, como entendeu o magistrado singular;

5 - **não se aplica ao caso a decisão proferida pelo STF na ADPF 130, pois esta veda única e exclusivamente à censura prévia**, o que não é o caso tratado;

6 –**a conduta do agravado não pode ser mantida sob o manto da liberdade de expressão**;

7 – tanto é falsa a manifestação veiculada que há nos autos declaração de morador do condomínio fotografado, afirmando ser a pessoa apontada na imagem divulgada pelo agravado;

8 – **havendo abusos no exercício de liberdade de expressão do pensamento e manifestação, estes devem ser imediatamente coibidos**;

9 – é imperiosa a concessão de efeito ativo ao presente recurso, determinando-se ao **agravado que proceda à exclusão/remoção do conteúdo inverídico publicado, sob pena de cominação de multa diária**;

10 – **o perigo de dano é nítido, pois se persistir a manutenção da publicação realizada, sem qualquer indício de verdade, a "fake news" publicada atingirá maior número de pessoas, causando profundos danos a imagem, credibilidade, reputação e honra do agravante, notadamente por se tratar de figura pública e Chefe do Executivo Municipal** (...)

(TJ-MS- AI: 1404572092020812000 MS 1402572-09.2020.8.12.0000, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Data de Julgamento: 23/04/2020, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/04/2020)

Do ponto de vista legal resta claro também o enquadramento desta conduta na perspectiva da responsabilidade civil e penal. Na esfera criminal, podemos analisar a criação e compartilhamento de notícias falsas em tempos de pandemia sob a ótica da contravenção penal, especialmente no que tange a previsão do artigo 41 da Lei que destaca a punição de quem "provocar alarma, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto" (BRASIL, 1940).

A prática também pode resulta em crimes contra a honra, penalizados entre os artigos 138 a 140 do Código Penal. Ademais os crimes de denunciação caluniosa também podem figurar no universo da desinformação, resultando, inclusive no agravamento da pena para os que utilizarem do anonimato, conforme dispõe o artigo 339, parágrafo primeiro do Código Penal

Quanto a Responsabilidade Civil determina o artigo 186 do código civil que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002). Neste toar facilmente poderia ser identificada a ilicitude do ato de quem cria ou compartilha o conteúdo inverídico.

Iniciativas mais contundentes e específicas para frear as ações da desinformação no país começam a surgir, ainda que tardiamente, considerando que desde 2018 enfrentamos essa problemática. Neste sentido cabe registrar avanços tanto no poder legislativo federal, quanto em algumas assembleias estaduais, destacando projetos de lei, que têm como objetivo principal regular a questão das notícias falsas nas redes sociais.

Destaca-se aqui, o Projeto de Lei nº 2630, de 2020, que atualmente tramita no Senado Federal[6], mas não tem data definida para votação. De acordo com o artigo 1º do texto inicial, a lei "estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência de redes sociais e de serviços de mensageria privada através da internet, para desestimular o seu abuso ou manipulação com potencial de dar causa a danos individuais ou coletivos" (BRASIL, 2020).

Em uma análise mais profundada verifica-se que o texto legal apresenta a definição de desinformação, conta inautêntica (aquela cujo propósito é disseminar desinformação ou assumir identidade de terceira pessoa para enganar o público), entre outros. Ademais, aborda medidas contra desinformação e sanções que resultaria de práticas que contrarie a lei.

Apesar do aparato legal já existente e das promessas legislativas, estamos diante de um problema efetivamente social, devendo as medidas de combate ultrapassarem mera coibição da prática e responsabilização dos envolvidos. São necessárias iniciativas de conscientização da população, educação e informação que derivem da sociedade civil e dos órgãos competentes.

É indiscutível que a liberdade de expressão nesses casos não se mostra como suficiente para dar azo a condutas que resultem em atos ilícitos ou abuso do

6 Sem relatório, projeto de lei contra fake news tem votação adiada. Disponível em: <https://bit.ly/3dHX45W>.

direito, devendo sobressair o interesse da coletividade. A manifestação de opinião é um elemento inerente da dignidade humana, entretanto não afasta o nosso dever de cidadania, respeito e observância dos limites.

Cabe ressaltar aqui a necessidade de um debate mundial, destacando que as gigantes do Vale do Silício, administram as redes sociais mais utilizadas do mundo, não podendo se omitirem diante dos conteúdos negacionistas, que clamam por celeridade para que sejam excluídos, notificados e analisados, sob pena de trazerem efeitos nefastos para toda sociedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os debates sobre a temática apesar de urgentes, principalmente considerando o contexto da pandemia trazida pelo COVID-19, não se esgotam neste trabalho, tampouco encontrará solução única e efetiva na aplicação da lei. A Internet tem o poder de reinventar-se rapidamente, assim como os seus agentes e fenômenos, dentre eles a desinformação.

A capacidade de reorganização do debate nas redes sociais orientada por conteúdos falaciosos é assustadora, pois retroalimenta-se do achismo e do negacionismo oculto em cada indivíduo da sociedade, que busca abrigo em opiniões reconfortantes, rechaçando as verdades inconvenientes do mundo real (fatos).

Portanto, é imprescindível o estabelecimento de políticas públicas que orientem a coletividade sobre as consequências e os efeitos trazidos pelas práticas de desinformação, que assolam as redes sociais virtuais. Observa-se ainda que a responsabilização justa e reparação equivalente a magnitude do dano causado por essas investidas devem assumir um caráter pedagógico, refletindo na esfera civil do sujeito que deixa de observar o bom uso da internet.

Por fim, é indiscutível a importância que os limites da liberdade de expressão, opinião e manifestação não deve ferir a esfera de outros direitos tão importantes quanto aquele. Destaca-se que dentro da conjuntura do Estado Democrático de Direito, o livre exercício de direitos como informação, saúde, democracia e estabilidade social deve prevalecer a *pseudoliberdade* de expressão, quando esta baseia-se em posturas manifestamente ilegais como é o caso da criação e disseminação de notícias falsas.

RACIALIZANDO O DEBATE SOBRE COVID-19: OLHARES A PARTIR DA BRANQUITUDE

Ana Cecília de Barros Gomes[1]

Nara Fonseca de Santa Cruz Oliveira[2]

Os noticiários estão abarrotados de notícias sobre o Covid-19. São reportagens que dizem respeito à prevenção, número de casos (suspeitos e confirmados), mortalidade, impactos na economia, expectativas para o futuro, entre outros assuntos. Atualmente, não é raro ver, nas diversas redes sociais, discussões entre os mais renomados juristas sobre a pandemia e o Direito. Coronavírus se tornou o tema de várias *lives* no Instagram e isso é entendível, tendo em vista a excepcionalidade do momento e o colapso que estamos vivendo em todas as áreas. Todavia, é interessante perceber que esses debates, dificilmente, estão sendo racializados. O silêncio, acompanhado da ausência do incômodo em racializar a discussão, gera o que Maria Aparecida Bento chama de pactos narcísicos da branquitude.

Para Maria Aparecida Bento (2002), ter a si mesmo como modelo universal relaciona-se ao narcisismo[3], gerando uma espécie de um pacto – acordo tácito - entre brancos de não se reconhecer como parte das desigualdades no Brasil (Bento, 2017; Bento 2002). Ou seja, não se reconhecem a partir do local de privilégio, em que a branquitude narcisicamente é empática com os seus semelhantes. Esses silêncios protetores desdobram-se na manutenção das desigualdades sociais e raciais em que o branco não se reconhece como partícipe desse local de privilégio e silencia sobre e como ocupa as relações de poder (Bento, 2002a, p. 28).

A omissão e o silêncio são elementos narcísicos de autopreservação, porque acompanham um investimento histórico de construção de um grupo que possui o controle dominante das instituições, e que se denomina como universal (Bento, 2002b).

---

1 Doutora de Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora adjunta da Universidade de Pernambuco (UPE).

2 Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Mestra em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professora da UNIBRA.

3 O semelhante é o ego ideal em que se ama o que é, o que foi e, o principalmente, o que se gostaria de ser (Bento, 2002a; Bento 2002b). Assim: "O narcisismo, como elemento que trabalha para a preservação do indivíduo e que gera aversões ao que é estranho, diferente. É como se o diferente, o estranho pusesse em questão o 'normal', o 'universal' exigindo que se modifique" (Bento, 2002a, p. 32).

Pretendendo romper com os pactos narcísicos da branquitiude (Bento, 2002a; Bento 2002b) e, partindo da compreensão que raça e gênero são categorizações abstratas que se materializam em grupo de indivíduos (Gomes, 2019), este ensaio apresenta olhares sobre os desdobramentos diferenciados que a atual pandemia gera a partir da categoria raça como norteadora das nossas análises.

1. ROMPENDO COM PACTOS NARCÍSICOS DA BRANQUITUDE: O OLHAR RACIALIZADO SOBRE O DIREITO

Thula Pires (2018a) nos convida a racializar o debate sobre os Direitos Humanos centralizando a categoria raça para os olhares políticos, analíticos e normativos. Para tal fim, parte da premissa de que o desenvolvimento normativo, tanto em termos teóricos como em termos jurisprudenciais, ancora-se e reproduz-se na zona do ser, logo, a partir dos olhares da branquitude. Assumindo-se, assim, dentro do universalismo abstrato do direito que é masculino e branco. E, portanto, incapaz de responder as demandas das constantes violências produzidas na zona do não ser.

Tomando por influência os estudos raciais, mobilizamos os estudos sobre a branquitude[4] para as nossas lentes, entendida no trabalho como um lugar de privilégio racial, econômico e político, no qual a racialidade, não nomeada como tal, carregada de valores, de experiências e de identificações afetivas, acaba por definir a sociedade (Bento, 2002a, p. 5).

A branquitude é compreendida como um lugar estrutural de onde o sujeito branco vê os outros e a si mesmo, além de uma posição de poder e um lugar confortável do qual se pode atribuir ao outro aquilo que não se atribui a si mesmo (Bento 2002a; Cardoso, 2014, p. 50). Dentro dessas análises, de vantagem nas estruturas de dominação, a branquitude é um lugar de privilégios simbólicos, subjetivos e objetivos, isto é, materialmente palpáveis.

Diante disso, é urgente centrarmos nossos olhares sobre a branquitude, retirando o olhar "confortável" da não marcação do branco/a enquanto sujeito racializado, seja como: produtor/a de política pública, produtor/a normativo, interpretador/a normativo. Devemos usar essas lentes – racializadas - para observar as marcações sobre a pandemia, pois é evidente que o vírus não atinge todos os

4 Os estudos de branquitude chegam ao Brasil nos anos 2000, a primeira tese de doutorado sobre branquitude ocorre em 2002 com Maria Aparecida Bento. Porém, é importante mencionar que, já em 1957, Alberto Guerreiro Ramos (1995), em a Patologia social do branco, traz como é o branco que é a "norma", teorizando sobre as relações raciais (Cardoso, 2010).

corpos da mesma forma. Nesse sentido, é ineficaz qualquer análise sobre o coronavírus sem as imbricações raciais da colonialidade, que reproduzem as perversas consequências na atualidade.

Quando dizemos que o vírus não atinge todos os corpos de maneira igual, podemos citar como exemplo o caso dos "ricos de Belém", que escaparam em jatinhos de luxo, equipados com UTIs, do colapso dos hospitais do Pará (Lima, 2020). O destino? Os melhores hospitais de São Paulo! No mesmo dia, o Estado anunciava que as empregadas domésticas - marcadas pelas imbricações de classe, raça e gênero – eram consideradas serviços essenciais, mesmo em *lockdowm*, e não teriam direito ao isolamento social. No caso dos povos originários, em um período de 15 dias, durante o mês de abril, as mortes aumentaram 800% (APIB, 2020).

Portanto, há uma disseminação da pandemia que rompe fronteiras, podendo ser encontrada nos bairros nobres e nas favelas, nas capitais e nos interiores, mas a vulnerabilidade produzida não é igual para todas e todos.

O olhar racializado sobre a sociedade, retirando os silêncios sobre a branquitude, gera também um olhar racializado sobre o Direito, permitindo-nos uma análise mais coerente das desigualdades no Brasil. É necessário que o enfrentamento ao Covid-19 assuma uma perspectiva racial e contra-colonial.

E por falar em enfrentamento ao vírus, será ele o nosso único inimigo, como vem sendo colocado nas políticas de combate? Pensamos que é importante refletir sobre estas, afinal vírus são organismos e, antes mesmo da pandemia, existem outras questões dissociadas do Covid-19, que tendem a se acirrar ainda mais. Mas, preferimos deixar para aprofundar esse debate em outra oportunidade, talvez em outro ensaio.

2. UNIVERSALISMO JURÍDICO E OS ATRAVESSAMENTOS RACIALIZADOS DA PANDEMIA

O Brasil inaugura sua história constitucional com a Constituinte de 1824 que, como nos lembra Marcos Queiroz (2017), não pode ser compreendida sem destacar sua composição exclusiva pela elite branca e a exclusão política e jurídica dos negros e dos povos originários. Assim, desenha-se: "o local da nação é o local dos homens brancos e proprietários, conectando identidade política nacional à identidade de gênero, raça e classe" (Queiroz, 2017, p.153). Observa-se que "os dispositivos constitucionais eram racializados, assim: nação, cidadania, liberdade

tinha como sujeito específico a branquitude". (Gomes, 2019, p. 115)

O Código Penal de 1890, embora tenha abolido a pena de morte, manteve artigos com aplicabilidade restrita para a população não-branca, entre eles destacamos: "a responsabilidade penal em 09 anos; punição do crime de capoeiragem; punição do crime de curandeirismo; punição do crime de mendicância; punição do crime de vadiagem; punição do crime de espiritismo". (Sales Junior, 2009, p. 21).

Dora Lúcia de Lima Bertúlio (1989, p. 151) confronta a suposta universalidade e nos lembra da omissão das Constituições brasileiras em relação à questão racial, inclusive as Republicanas.

A Constituição do período republicano (1891) ampliava os direitos civis e políticos (para os homens), porém limitava o acesso aos direitos políticos pela população negra masculina – as mulheres negras já não teriam direito ao voto pela questão de gênero - quando exigia a condição de alfabetização - ou não mendicância – para o exercício dos direitos em questão (Bertulio, 1989).

Seria então a nossa Constituinte de 1988 um divisor de águas, já que amplia a cidadania e propõe a igualdade material?

O artigo 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988 contempla, pela primeira vez, a discriminação racial como crime inafiançável e imprescritível, mas a aplicabilidade desse dispositivo é um problema no Brasil, pois o Direito brasileiro se distancia das discussões raciais e age expressamente para o grupo branco, estabelecendo, assim, a manutenção e legitimação de ações racistas (Bertúlio, 1989, p. 208).

Thula Pires (2018, p. 69) explica que a proposta de criminalização do racismo foi disputada pelos Movimentos Negros brasileiros e a sua constitucionalização tinha o objetivo de tornar o racismo um problema de ordem pública e, portanto, de responsabilidade das instituições políticas e de toda a sociedade:

> Mais do que "simples ofensas" ou "mal entendidos", as condutas tipificadas como representativas do crime de racismo se não coibidas oferecem as condições de possibilidade para manutenção de hierarquias de humanidade entre nós e das justificativas públicas para nosso extermínio (Pires, 2018, p. 69).

No Brasil, temos a Lei nº 7.716/89 que aponta duas formas de tratar o crime de racismo - de maneira casuística ou sob a conduta geral. Se a discriminação é realizada através de insultos com motivação racial, o crime é de injúria racial, previsto no Código Penal, que até 2009 somente era processado através de ação

penal privada (Pires, 2018, p. 70).

Sobre a criminalização do racismo, é fundamental entender que as normas tratam sempre do racismo aberto, como bem observa Thula Pires (2018, p. 70). Acontece que o racismo, no Brasil, é velado e se apresenta muito mais por denegação do que de forma aberta, o que é bem mais perverso, pois as dinâmicas muitas vezes incluem violências "sutis". Lélia Gonzalez afirma que o racismo se apresenta com, pelo menos, duas faces "que só se diferenciam enquanto táticas que visam ao mesmo objetivo: exploração/opressão" (Gonzalez, 1988, p. 72). A autora se refere ao racismo aberto e ao racismo disfarçado.

Além das discussões sobre atos considerados pelo Direito como racistas, agrega-se ao debate o racismo pela ótica estrutural (Almeida, 2018), na qual o racismo é elemento constitutivo da prática política e dos institutos jurídicos.

Assim, diante de silêncios e omissões, ainda não se consegue responder as desigualdades fáticas geradoras pelo Direito supostamente neutro e universal.

O mito da democracia racial, amplamente difundido e aceito na sociedade brasileira, é usado para ocultar as violências perpetradas contra a população negra e indígena:

> A narrativa do direito como universal, que "todos são iguais perante a lei", mascara todas as diferenças ao mesmo tempo em que se cria uma narrativa de acesso igualitário aos sistemas de justiça. A matriz liberal burguesa do constitucionalismo (e também do direito moderno) não é capaz de responder aos processos fáticos de desumanização (Pires, 2018a, p.467) produzidos e (re)produzidos pela matriz de poder moderna/colonial (Gomes, 2019, p. 153).

Agora mesmo, em tempos pandêmicos, muito ouvimos falar sobre o vírus não escolher suas vítimas, uma vez que pode atingir qualquer pessoa, independentemente de raça ou classe social. Mas até que ponto isso é de todo verdade? As interpretações apressadas sobre essa questão muito nos preocupam, pois, as pessoas não estão sofrendo as consequências da pandemia da mesma forma. Parece-nos que a engrenagem da morte tem cor, todavia isso vem sendo desprezado em boa parte dos debates sobre Covid-19.

O professor português Boaventura de Sousa Santos (2020), em sua "A cruel pedagogia do vírus", considera o vírus antidemocrático, pois, embora não escolha suas vítimas, quando se instala agrava todas as desigualdades. Então, as vítimas que são selecionadas são aquelas que já eram mais vulneráveis, antes da pandemia.

Em um primeiro momento, muito se falou sobre o vírus ter sido disseminado por uma elite viajada e, portanto, o maior número de óbitos, supostamente, estaria dentro desse grupo de brancos, todavia, no Brasil, o coronavírus tem matado mais pretas e pretos e também são esses sujeitos que encontram uma dificuldade maior de responder às situações de vulnerabilidade.

Nas semanas de abril (de 11 a 26 de abril), conforme pesquisa da Agência Pública (2020), mesmo apresentando índice de hospitalizações equivalentes, o número de pessoas negras que morreram quintuplicou no Brasil. As mortes de pacientes negros confirmadas pelo Governo Federal foram de pouco mais de 180 para mais de 930. Já o número de óbitos de pacientes brancos triplicou (Agência Pública, 2020). Outro dado alarmante é que, entre negros, há uma morte a cada três hospitalizados por SRAG - Síndrome Respiratória Aguda Grave - causada pelo coronavírus; já entre brancos, há uma morte a cada 4,4 hospitalizações (Agência Pública, 2020).

As estatísticas de testagem e óbitos foram expostas pelo Ministério da Saúde somente no dia 10 de abril, ainda assim insuficientes, porque, em média, em 1/3 dos dados a variável raça/cor é ignorada, estando fora das análises. Essas questões foram, posteriormente, pauta de discussões judiciais, como a decisão da 11ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro que, a pedido da Defensoria Pública da União e do Instituto Luiz Gama, reconheceu a necessidade de detalhamento dos dados racializados e, ainda, a inclusão de dados cruzados como gênero e localização (município) [5].

Há também a tramitação de um Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (PL 2726/20[6]) que torna obrigatória a inclusão de marcador étnico-racial nos dados oficiais de contaminação e mortalidade pela Covid-19, tanto para os órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) como para os hospitais privados.

Atualizando os dados para o mês de maio, o Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde (NOIS), fez uma análise socioeconômica da taxa de letalidade da Covid-19 no Brasil, demonstrando que o percentual de pretos e pardos que vieram a óbito (54,78%) foi maior do que os brancos (37,93%) (NOIS, 2020).

Em todas as faixas etárias o número de óbitos da população branca é menor. Na linha acima de 90 anos, podemos observar uma diferença menor do que nas outras faixas, mas, ainda assim, há um nível de maior sobrevivência para a

5 A decisão foi no dia 04 de maio de 2020. A suspensão da decisão ocorreu no dia 15 de maio de 2020. Ver: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-05/justica-determina-registro-obrigatorio-de-raca-em-casos-da-covid-19

6 Para mais ver: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2252866

população branca. Como é possível visualizar na tabela abaixo:

	Raça/Cor	
Faixa etária	Branca	Preta e Parda
20-29	42 (10,45%)	66 (19,53%)
30-39	110 (9,91%)	244 (25,47%)
40-49	244 (16,49%)	443 (32,24%)
50-59	485 (26,37%)	782 (48,75%)
60-69	797 (44,25%)	1.096 (66,10%)
70-79	923 (60,96%)	1.082 (77,67%)
80-89	798 (72,55%)	727 (82,80%)
90+	261 (82,59%)	150 (86,71%)

Tabela 1. Proporção e número de óbitos por faixa de idade em cada grupo Raça/Cor (Fonte: NOIS, 2020).

A pesquisa ainda trouxe comparações cruzando dados relativos à raça, índice de escolaridade, faixa etária e IDH de municípios, verificando que a proporção de sobrevivência em pacientes brancos é maior em todas as variáveis. Outro dado assustador se refere às chances de morte de um paciente preto ou pardo analfabeto (76%), sendo 3,8 vezes maior do que as chances de um paciente branco com nível superior (19,6%), o que confirma as enormes disparidades no acesso e qualidade do tratamento no Brasil (NOIS, 2002, p. 11).

Entendemos que, biologicamente, não podemos dizer que o vírus escolhe raça, mas, socialmente e materialmente, sim. Existe uma resistência do governo, em abrir dados e racializar o debate sobre os mesmos. Dessa forma, preferem discutir dados a partir de uma falsa ideia de democracia racial e do silêncio que parece não incomodar.

Devemos reconhecer, portanto que o mito da democracia racial e a ideia de ausência de racismo no Brasil podem ser visualizados também na resistência do Ministério da Saúde em revelar dados racializados sobre a pandemia.

Somente através da compreensão do racismo enquanto estruturante na sociedade é possível promover discussões judiciais com a abertura dos dados raciais no número de óbitos pela doença.

3. CONCLUSÕES

As realidades apresentadas constatam as discrepâncias geradas pelo racismo estrutural e as disparidades acesso/tratamento construídos, sobretudo no mito de uma democracia racial e de um direito cujo acesso é universal e ilimitado.

Propomos, então, observar que o pacto narcísico atua, não somente, na manutenção de privilégios da branquitude para a proteção das demais estruturas de poder, com as quais o sujeito se identifica e os privilégios dessas marcações (Gomes, 2019).

Trabalhos que se constroem na ausência dos efeitos desproporcionais do Direito, de políticas públicas e da pandemia atual sobre as pessoas não-brancas (e, na consequente, reificação da branquitude como racialidade não nomeada), ainda que construídos na perspectiva crítica, não conseguirão responder às lógicas e às demandas de uma sociedade racializada.

Os tempos de pandemia e de grande crise sanitária – marcados também pela instabilidade política – atuam como encruzilhada, servindo ou para repactuações e estabilizações (com silêncios narcísicos) ou para revisão e reconstrução do modelo atual, que não é capaz de responder às perversas consequências do capitalismo, do machismo e do racismo.

DIREITOS TRABALHISTAS DAS GESTANTES EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

Ana Cristina Baruffi[1]

Helder Baruffi[2]

1. INTRODUÇÃO

O Coronavírus, codinome Covid19, trouxe impactos muito além do isolamento social.

A sociedade passa por um processo de transformação e gerência extraordinárias. Acompanha também o sentimento de insegurança em todas as relações existentes, principalmente as empregatícias, diante da medida extrema (porém deveras necessária) de isolamento social. A partir do fevereiro de 2020, passamos a vivenciar momentos de crise política, econômica e social. Uma crise diferenciada.

> "É sabido que em momentos de crises políticas e econômicas muitos segmentos de mercado padecem com o enfraquecimento do consumo, cortes de gastos, suspensão de investimentos, extinção de setores considerados ineficientes nas empresas. Não obstante a relevante competição dos mercados internos e externos, o Brasil ainda sofre com influências políticas de segmentos atrelados a setores reguladores por agentes do governo, e, por vezes, são os primeiros a sentirem o impacto da supressão das perspectivas de crescimento econômico da empresa.
>
> Crises políticas e crises econômicas trazem reflexos negativos no âmbito do Direito do Trabalho porque atingem diretamente o trabalhador, deixando milhares de homens e mulheres sem postos de trabalho.
>
> […]
>
> De se lembrar, ainda, que a crise não surge de um fato isolado ou de uma medida institucional: a crise nasce e desponta pela ganância dos homens e pela ineficiência do Estado que não tem condições técnicas de controle da diversidade de condutas dos agentes econômicos.

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade da Grande Dourados (UFGD/MS 2007). Mestre em Direito Processual Civil (UNIPAR/Umuarama-PR 2011). Advogada. Pesquisadora. anacrisbaruffi@gmail.com

2 Professor doutor titular aposentado da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Professor no curso de Direito do Centro Universitario da Grande Dourados- UNIGRAN.

> […]
>
> Não seria de se esperar, porém, a falta de sensibilidade dos seus dirigentes neste momento de crise no tratamento com os trabalhadores […]"[3]

Na busca de tentar atender a todos os envolvidos como resposta à recomendação do Ministério da Saúde para praticar o isolamento social e com isso interrupção das atividades econômicas e garantir **a manutenção do emprego e renda diante do estado de calamidade em razão do COVID-19**, a União promulgou duas Medidas Provisórias com sugestões de medidas a serem tomadas pelos empregadores: as MPs 927 e 936.

Fez-se o destaque, porque, infelizmente, a realidade foi ver diversos empresários indo na contramão do proposto pelas medidas provisórias e ao invés de organizar a flexibilização do emprego e trabalho, acabam por decidir encerrar os contratos de trabalho (que engana-se que não é custoso para a empresa, o custo é alto também, como consequência a justiça do trabalho que será bombardeada de ações judiciais). Não obstante, a luta pelo respeito e manutenção do emprego foi bandeira levantada por outro grupo de empresários: #nãodemita[4].

E é nesse cenário que surgem as Medidas Provisórias 927 e 936 com regras direcionadas às relações de trabalho privadas, regidos pela CLT. Prestadores de serviços e servidores públicos não estão absorvidos nestas regras.

Resumidamente, para enfrentar os impactos decorrentes do COVID-19, como propostas aos empregadores a União sugeriu na MP 927:

I - o teletrabalho;

II - a antecipação de férias individuais;

III - a concessão de férias coletivas;

IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados;

V - o banco de horas;

VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;

VII - o direcionamento do trabalhador para qualificação; e

VIII - o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

---

3 MARTINS, M.A.M.de M. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE TRABALHO: a efevidade da atuação jurisdicional do TRT da 15ª Região no caso Embraer para resolução de demissões em massa In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 49, 2016, 97- 126. disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103324/2016_martins_marcos_principio_boafe.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 11 de maio de 2020.

4 Para maiores informações acesse: https://www.naodemita.com/

E, com medidas emergenciais na MP 936, que neste texto dedicaremos maior atenção, mas sem deixar de fazer referências a Medida Provisória 927 quando aplicável, a União autorizou aos empresários/empregadores:

I - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; **ou**[5]

II - a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Para as empresas que assim adotarem as medidas emergenciais, poderão pleitear o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

Este benefício foi/será pago pela União diretamente ao trabalhador, independentemente do cumprimento de qualquer período aquisitivo, tempo de vínculo empregatício e número de salários recebidos.

Oportuno destacar que o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda não é destinado a todos os empregados registrados na empresa. Para ter direito ao benefício, conforme disposto no parágrafo segundo do artigo 6o da MP 936, o Empregado **NÃO** poderá:

I- estar ocupando cargo ou emprego público, cargo em comissão de livre nomeação e exoneração ou titular de mandato eletivo;

II- ou estar em gozo de benefício de prestação continuada do Regime Geral de Previdência Social ou dos Regimes Próprios de Previdência Social, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 124 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991[6]

III - do seguro-desemprego, em qualquer de suas modalidades;

IV - e da bolsa de qualificação profissional de que trata o art. 2º-A da Lei n° 7.998, de 1990.

Não se pode deixar de acreditar que a MP936 veio para resguardar ambas as partes da relação jurídica e não priorizar um ou outro, que são dependentes entre si, ao contrário do que se percebe na MP927.

Ela permite coisas impensáveis em outros momentos: que o empregador reduza a jornada e salário ou suspenda o contrato de trabalho, todavia o autoriza desde que haja o livre aceite do trabalhador[7]. De nenhuma forma é possível

5 Uma observação precisa ser feita. A MP936 permitiu a adoção pelos empregadores de uma entre as duas medidas: suspensão **ou** redução da jornada e salário. Todavia, verificou-se na prática, que muitos dos empregadores acabaram por adotar ambas as medidas em um mesmo acordo: suspensão do contrato de trabalho com redução do salário. A maneira encontrada não encontra guarida na legislação e é desrespeitosa ao empregado. Um acordo entabulado desta maneira traz impactos pontuais no recebimento de valores pelo trabalhador lembrando que o cálculo do pagamento é feito com base no seguro desemprego.

6 Quem está recebendo salário maternidade não pode ser beneficiária. Assim, a trabalhadora que se encontra em licença maternidade não pode participar do programa.

7 Sobre a necessidade de aceite livre do trabalhador segue o precedente do TRT da 3a Região em análise liminar nos autos da ATSum 0010274-67.2020.5.03.0178.

admitir possível a imposição de um acordo ainda que diante das peculiaridades do momento ou requerer justo motivo para a recusa quando a lei se omitiu nesse sentido, sob o argumento de garantia de pagamento do benefício[8] em substituição do salário.

Se o empregado não aceitou acordar é porque o empregador não apresentou justo motivo para que houvesse o acordo, afinal, o empregado quer a saúde do seu empregador, mas desde que respeitado o seu direito a voz, afinal enquanto o empregador ganha benefícios fiscais, previdenciários e trabalhistas, o empregador tem seus direitos restringidos. Bom senso é atender o que determina a MP936. Qualquer medida contrária a ela é ilegal, imoral e antiética. Coronavírus não pode ser justificativa para restrições ilegais de direitos.

Neste momento, as duas medidas provisórias tiveram seus prazos prorrogados por 60 dias até que sejam convertidas em lei[9]. Deste a sua promulgação quais foram e são os efeitos destas novas regras provisórias nas relações de trabalho das gestantes? O quanto o COVID-19 afetou ou pode afetar estas relações, quais mudanças trouxe? É o que se propõe a responder neste artigo.

2. OS DIREITOS TRABALHISTAS DA GESTANTE E OS EFEITOS DO COVID-19

A gravidez traz consigo alguns direitos que lhe são peculiares: os direitos decorrentes da maternidade. São direitos que passaram a existir tão logo tomou-se conhecimento do "positivo" no resultado do teste de gravidez.

Quando uma mulher se descobre grávida não é apenas a vida dela que é impactada pela gestação. A do homem, agora futuro pai. A família e sociedade com um novo membro. A atividade laboral exercida por esta mulher que precisará ser adaptada aos novos compromissos, como exames e a ausência futura para o cuidado do bebê.

Por isso, podemos dividir o estudo dos direitos decorrentes da maternidade em quatro campos: sociedade, saúde, trabalho e previdência social. Neste artigo, abordaremos em específico aos direitos trabalhistas com eventual visita ao direito previdenciário.

Os direitos trabalhistas existem em razão da elaboração entre duas partes de um contrato de trabalho. Este é um negócio jurídico e como tal tem a neces-

8 Valor menor que o salário percebido pelo empregado.
9 A prorrogação inicia em 01 de junho de 2020.

sidade de atender a requisitos para existir[10], ser válido[11] e eficaz[12] e os princípios contratuais, em especial o da boa-fé[13].

Todo contrato de trabalho é composto pelas seguintes características: sinalagmático[14], consensual[15], com ***intuito personae***[16] em relação ao empregado. É também de trato sucessivo[17] e de atividade[18]; oneroso[19], dotado de alteridade[20], podendo ainda ser acompanhado de outros contratos[21].

Assim como a livre iniciativa e a liberdade econômica são pressupostos constitucionais que abraçam os empresários, os valores sociais do trabalho são pressupostos constitucionais não apenas de proteção do trabalhador, mas elevados a um dos fundamentos do Estado brasileiro, o que impede a concessão de privilégios econômicos condenáveis, por ser o trabalho imprescindível à promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, CF/88).

A partir do momento em que contribui para o progresso da sociedade à qual pertence, o indivíduo se sente útil e respeitado. Sem ter qualquer perspectiva de obter um trabalho com uma justa remuneração e com razoáveis condições para exercê-lo, o indivíduo acaba tendo sua dignidade violada. Por essa razão, a Constituição consagra o trabalho como um direito social fundamental (CF, art. 6o), conferindo-lhe proteção em diversos dispositivos[22].

O trabalho é uma extensão da própria personalidade do trabalhador.

---

10 Todo negócio precisa ter agente, vontade, objetivo e forma. É um plano substantivo, aonde se identifica sem qualificar. Apenas é. Se não é, não existe ao mundo jurídico.

11 No plano da validade, os substantivos são qualificados, adjetivados. O agente precisa ser capaz. A vontade precisa ser livre. O objeto lícito, possível determinado ou determinável. E a forma, prescrita e não defesa em lei. Não basta apenas ser, é preciso ser qualificado ou será nulo ou anulável.

12 No plano da eficácia, não se analisa os elementos essenciais do negócio jurídico mas características extras (condição, termo ou encargo) que, se presentes, precisam ser atendidas sob pena de ser nulo o negócio jurídico.

13 "A boa-fé objetiva se apresenta como um princípio geral que estabelece um roteiro a ser seguido nos negócios jurídicos, incluindo normas de condutas que devem ser adotadas pelas partes, ou, por outro lado, restringindo o exercício de direitos subjetivos, ou, ainda, como um modo hermenêutico das declarações de vontades das partes de um negócio, em cada caso concreto" (MARTINS, op. Cit).

14 Com obrigações recíprocas.

15 Impossibilidade de imposição ou ordens formais. Acordo livre entre as partes em todas as questões.

16 O empregado é infungível, insubstituível. Ao contrário do empregador, eis que há a hipótese de troca, logo é fungível. Da mesma forma que a prestação de serviço é infungível, não pode ser feita por outra pessoa que o empregado.

17 Não se resolve em um único serviço. Há continuidade na prestação de serviço.

18 A atividade também é contínua, se prolongando no tempo.

19 As obrigações recíprocas são economicamente mensuráveis, representadas através da prestação de serviço e salário em um sistema de troca.

20 Soma junto ao risco do empregador pela atividade econômica, o risco do empregado quanto a prestação de serviço realizada (compromisso e experiencia) que ao ser realizada produz impactos na atividade econômica do empregador.

21 Também conhecido como contrato complexo, que permite a existência concomitante de outros contratos correlatos (como férias, correções salariais, horas extras, jornadas diferenciadas entre outros, sendo o acordo de suspensão de contrato de trabalho ou de redução de jornada e salário um contrato acessório do negócio jurídico relação trabalhista).

22 NOVELINO, M. Direito Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2011 , p. 374

Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência, de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo em troca, a remuneração que lhe é devida[23].

Jamais deve ser desprezado pelo empregador, no exercício de seu empreendimento, que o fator de produção mão de obra **pode**[24] ser uma pessoa. **Um ser humano**. Eis as razões porque ao trabalhador, dentro e fora do ambiente de trabalho, deve-se respeito e proteção, afinal o contrato não é de adesão, logo não disposto aos mandos e desmandos do empregador.

Assim, o contrato de trabalho passa a ser protegido constitucionalmente, concedendo ao trabalhador os direitos decorrentes da relação de trabalho: horário máximo de trabalho por dia (8h) e semana (44h) com pagamento em dobro nas horas extras, salário digno, férias, contribuição social, sindical, entre outros. E como toda a relação jurídica pode haver adaptação às novas realidades ou necessidades a exemplo da gestação e o COVI-19.

Os direitos trabalhistas decorrentes da maternidade serão apresentados considerando os efeitos das medidas adotadas pelo COVID-19 através das MP927 e 936.

Estar grávida não pode ser motivo para negativa de admissão ou rescisão de contrato de trabalho, exceto se assim quiser a gestante[25]. Por isso é deveras importante a comunicação para o empregador da gestação[26].

Tomando-se conhecimento da gestação durante a relação de trabalho[27], a

23 MORAES FILHO, Evaristo de. O direito ao trabalho. In Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Asgráfica, 1974, p. 674.

24 Diante do novo trabalho 4.0, e a substituição de mão de obra humana por máquinas é que se faz o destaque da possibilidade. Ainda que diante de uma inteligência artificial a humanização das máquinas é restrita apenas ao mundo cinematográfico.

25 A estabilidade previne a gestante da rescisão sem justa causa, a arbitrária, mas não da rescisão por justa causa ou acordo demissional (neste há debate doutrinário sobre o direito à indenização da estabilidade ou não uma vez que no acordo demissional a gestante demonstraria interesse em não continuar a relação de trabalho e assim, abriria mão da estabilidade).

26 A comunicação da gestação não precisa acontecer tão logo se tome conhecimento se a gestação for recente. Pode-se aguardar até a 12ª ou 13ª semana, tempo inclusive indicado pelos médicos para segurança da maturação da gestação. Há possibilidade de existência de prazo para comunicação, todavia, na eventualidade da descoberta acontecer logo após haja a comunicação da dispensa da trabalhadora. Não é por determinação legal. O prazo, neste caso, é o definido em Convenções Coletivas – em um período razoável sendo discutido entre a doutrina de 30 dias – surge como uma das obrigações inerentes à boa-fé contratual. Debate que traz novo posicionamento ante a Sumula 244 do TST e a OJ30. É por esta razão que é muito importante não haver omissão da gestação para o empregador.

27 Da experiência ao aviso prévio.

gestante não poderá ser demitida sem justa causa[28]. A trabalhadora gestante possui estabilidade na relação de emprego, que é determinada entre o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto [29].

Importante destacar que a MP936 dá direito a garantia provisória no emprego ao trabalhador beneficiário, durante o período acordado de redução da jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho; e após o restabelecimento da jornada de trabalho e de salário ou do encerramento da suspensão temporária do contrato de trabalho, **por período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão**. Esta estabilidade não pode ser gozada concomitantemente com a da gestação, devendo acontecer após o término desta.

A trabalhadora gestante tem direito a dispensa no trabalho pelo tempo necessário para realização dos exames e consultas médicas:

> II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Destaca-se que, em razão do princípio da boa-fé, é necessário que a gestante informe com antecedência a data do exame, horário, salvo nas hipóteses de saídas emergenciais claro. Como dito anteriormente, a vida do empregador também é impactada com a notícia da gestação que precisa se reorganizar e preparar para a ausência futura desta trabalhadora.

Há o direito de não trabalhar em local insalubre. No artigo 392, parágrafo quarto da CLT, garante-se:

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

somado ao artigo 394-A da CLT que teve o entendimento alterado com base no precedente do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 5938. Antes possível labor em local insalubre, atualmente não mais.

Assim, o STF protegeu as gestantes e lactantes de laborar em local insalubre e, se por ventura for impossível a realocação em local insalubre o afastamento

28 Em sendo inevitável a dispensa, é necessário que haja a indenização à gestante do período referente à estabilidade.

29 A garantia ao emprego prevista na MP936 em nada substitui a estabilidade da gestante, prevista constitucionalmente.

com o recebimento de salário maternidade pelo período da estabilidade[30] (parágrafo 3o, apito 394-A CLT), uma licença remunerada[31].

Este talvez este seja o direito mais difícil direito de ser assegurado neste momento e que justifica o afastamento da trabalhadora gestante do ambiente de trabalho e ao empregador adotar, ao lado da licença remunerada, alguma das medidas sugeridas pela União através das MP 927 e 936.

Para esta situação, a MP 927 dá as respostas ao permitir a antecipação de férias coletivas ou individuais - estas já adquiridas ou a adquirir[32] - o teletrabalho, antecipação de feriados, banco de horas e qualificação da trabalhadora. A MP936 com a suspensão do contrato de trabalho. Justifica-se:

Primeiro, pelo fato da recomendação do Ministério da Saúde em considerar **todas** as gestantes como do grupo de risco.

Segundo. Um dos efeitos do COVID-19 foi ser considerado doença ocupacional em sentido contrário ao que a União propôs quando da promulgação da MP936.

De acordo com a MP 927, o coronavírus não seria uma doença decorrente do trabalho, salvo para aqueles casos em que não fosse possível reconhecer como nas hipóteses de empregados que trabalhassem em atendimento hospitalar (médicos, enfermeiros). Acontece que, quando questionado, o STF entendeu a suspensão desta regra prevista na MP927 e considerar como doença ocupacional[33].

Embora não seja objeto principal do artigo, não podemos negar que esta nova interpretação da regra traz consequência sérias e uma responsabilidade desproporcional (por que não dizer inconstitucional) ao empregador. O COVID-19 atingiu um nível de transmissão coletiva que atribuir ao empregador as consequências da transmissão na qualidade de estabilidade é questionável e necessita maiores reflexões. Afinal, trata-se de uma pandemia mundial.

---

30 Art. 394-A, […] § 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do **caput** deste artigo 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 nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

31 Acreditamos ser esta a melhor resposta para as hipóteses de impossibilidade de labor no local de trabalho em que pese a discordância da posição dos empregadores pelo custo envolvido.

32 Trazemos aqui uma reflexão: a antecipação de férias é medida que precisa se ter bastante atenção para não ser futuramente prejudicial à gestante. Isso porque, a garantia ao emprego tem prazo de duração e infelizmente a realidade enfrentada pela grande maioria das mulheres quando do retorno ao trabalho é a dispensa e não continuidade da relação de trabalho. Neste cenário, antecipar as férias não adquiridas para as gestantes é medida a ser tratada com cuidado e somente se não houver mesmo outra medida a ser adotada. Não podemos deixar de enxergar os efeitos da concessão da antecipação das férias não adquiridas que é diminuir os custos do empregador no momento da rescisão futura.

33 A atual posição do STF quanto aos efeitos do COVID-19 nas relações de trabalho é deveras cruel ao atribuir ao empregador uma irrestrita responsabilidade a um vírus que já atingiu transmissão coletiva não ligada a atividade econômica desenvolvida por ele.

Ainda, possuem o direito a licença maternidade.

A licença maternidade é um caso de afastamento da gestante da atividade laboral em que é mantida a contagem do tempo de serviço para todos os fins e os depósitos do FGTS, além de garantir à gestante o direito ao salário-maternidade (que é pago pelo INSS por intermédio do empregador que se sub-roga no direito da gestante).

A Constituição federal assim prevê:

Art. 7, XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

A CLT acompanha, assim determinando

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

A licença maternidade pode ser gozada a partir do 28 dia antes do parto (calculado a partir da data provável do parto) mediante apresentação de atestado ou da data do parto pelo prazo de 120 dias. Antecipar para antes deste prazo somente através de licença remunerada, não como licença maternidade.

Mas nem um ou outro dispositivo utiliza o termo suspensão ou interrupção para definir, cabendo a doutrina a fazer. Acontece a doutrina também não chegou a um consenso sobre a natureza jurídica da licença maternidade.

Qual a diferença entre interromper ou suspender o contrato de trabalho?

A suspensão ocorre quando tanto a obrigação do empregador (pagar o salário) como do empregado (prestar o serviço) paralisam-se, cessam. É o caso do intervalo inter e intrajornada e da greve. Ainda que as obrigações principais estejam cessadas, as acessórias permanecem (como a boa-fé nas relações trabalhistas).

A interrupção ocorre quando cessa a prestação de serviço, mas as obrigações do empregador continuam. O contrato de trabalho produz parcialmente seus efeitos próprios, tais como a contagem do tempo de serviço para fins de férias e para efeitos previdenciários e a obrigatoriedade de realização de depósitos do FGTS. É o caso das férias e descanso semanal remunerado.

Na relação com a gestante o salário maternidade que é pago neste período de licença maternidade é de obrigação do INSS e, por ser um benefício previdenciário, cessa assim, a princípio, a obrigação do empregador.

É por isso que, Alice Monteiro de Barros e Mozart Victor Russomano entendem que seria a licença maternidade hipótese de suspensão do contrato

de trabalho. O fato de empregada receber benefício previdenciário e não salário durante o afastamento seria determinante, pois não tem obrigação alguma para o empregador.

Por outro lado, parte da doutrina, como Isis de Almeida, considera que se trata de hipótese de interrupção do contrato de trabalho. Isso porque, apenas o efeito pagamento da verba salarial é que não seria paga, continuando o contrato a produzir parcialmente seus efeitos próprios, tais como a contagem do tempo de serviço para fins de férias e para efeitos previdenciários e a obrigatoriedade de realização de depósitos do FGTS.

Diante da indefinição doutrinária - se interrupção ou suspensão - o fato é que quando da licença maternidade o contrato de trabalho **não está ativo**. Por isso é importante analisá-lo sempre sob a ótica constitucional.

Logo, para se ter direito a licença maternidade é preciso que o contrato esteja ativo e, isto não acontece se por ventura estiver sob os efeitos da suspensão do contrato de trabalho prevista na MP936.

O que fazer se o bebê nascer enquanto estiver o contrato de trabalho suspenso? Tem como iniciar imediatamente a licença maternidade?

É importante frisar que o contrato de trabalho sob os efeitos da MP936 vai ser reestabelecido após dois dias corridos da cessação do estado de calamidade pública, a data estipulada como dia de encerramento do período de suspensão pactuado ou da comunicação de antecipação do fim da suspensão pelo empregador. Não está, entre as hipóteses, a previsão de nascimento do bebê e, dificilmente, foi acordada entre as partes, esta hipótese. Como fazer então?

Duas hipóteses pode ser adotada considerando os dias falantes para o término da suspensão:

1. esperar o término da suspensão, reativar o contrato de trabalho após dois dias e iniciar a licença maternidade;
2. comunicar ao Ministério da Economia a antecipação do fima da suspensão e, após dois dias, iniciar a licença maternidade.

Importante que o prazo precisa iniciar quando o contrato de trabalho estiver ativo e não suspenso.

O prazo da licença maternidade é de 120 dias. Regra geral e pode ser prorrogada em três hipóteses.

A primeira possibilidade é a prorrogação por até 15 (quinze) dias mediante

atestado médico. Falta fundamentação? A amamentação exclusiva pode ser uma fundamentação, principalmente considerando que a Organização Mundial da Saúde defende a amamentação exclusiva até os seis meses de idade.

O grande debate desta prorrogação é a liberalidade do empregador em aceitar o atestado. A lei prevê possibilidade não obrigatoriedade da prorrogação mediante apresentação do atestado.

A segunda hipótese de prorrogação é a participação do empregador ao programa Empresa Cidadã. Nestes casos, a trabalhadora gestante terá direito a 180 dias de licença maternidade e não apenas 120 dias. O pedido de prorrogação[34] precisa ser feito pelo empregador no prazo de 30 dias a contar do parto.

Só que este não é um direito adquirido da empregada. É um direito tangencial decorrente de um direito do empregador.

Um dos efeitos da COVID-19 foi que muitas empresas acabaram por se desvincula do programa. Como fica a gestante que teria direito a licença maternidade de 180 dias e agora se sente prejudicada ao ter os 120 dias (regra geral) de licença?

Teria ela direito aos 180 dias? Infelizmente não. E esta é uma das muitas razões para equilibrarem todas as licenças em 180 dias.

Projetos de lei e emenda a constituição não faltam. Mas um foi elaborado exatamente para este período abraçado pelo COVID-19: projeto de lei 2765/2020 de lavra da deputada federal Sâmia Bonfim.

Nele está previsto o direito aos trabalhadores que têm contrato de trabalho regido pela CLT a licença maternidade de 180 dias e a licença paternidade de 45 dias. Vale lembrar que estes direitos estão previstos na constituição federal e na CLT e o projeto apenas altera provisoriamente a CLT.

O projeto está ainda em análise do poder legislativo. A sua promulgação neste momento, ainda que na forma de lei e não PEC pelo tempo determinado da calamidade pública em razão do COVID-19 faz um "test drive" do tempo ideal lutado às licenças, na esperança da votação das PECS sobre o assunto.

A terceira hipótese de prorrogação da licença maternidade é com base na MP936, logo, possível enquanto perdurar os seus efeitos.

Em muito se busca aproximar a regra geral de 120 dias para a regra aplicada às empresas cidadãs e às servidoras públicas - que é de 180 dias.

34 Este pedido de prorrogação é feito perante o INSS para fins de pagamento do salário maternidade.

A suspensão que se autoriza na MP936 é de 60 dias[35], dias que somados aos 120 totalizam os 180 dias (logo estariam dentro do prazo coincidente para todas as mulheres, e de acordo com as propostas de Emenda Constitucionais existentes sobre o assunto).

Lembrando que não pode ser destinada a todas empregadas trabalhadoras gestantes ou lactantes.

Primeiro: é preciso que a trabalhadora se encaixe nos requisitos pessoais vistos acima dispostos no parágrafo segundo do artigo 6o da MP 936.

Isso porque as empregadas que estão em gozo da licença maternidade não podem sofrer qualquer modificação no seu contrato de trabalho. Ainda que fosse possível, encontra obstáculo nos requisitos pessoais da trabalhadora que é não estar ou estar em gozo de benefício de prestação continuada do Regime Geral de Previdência Social ou dos Regimes Próprios de Previdência Social, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 124 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e o salário maternidade é um benefício previdenciário.

Vale lembrar que o salário- maternidade não pode ser acumulado com os seguintes benefícios: auxílio-doença ou outro benefício por incapacidade, **seguro-desemprego**, renda mensal vitalícia, e Benefícios de Prestação Continuada (BPC-LOAS).

Segundo: ter encerrada a licença maternidade e o seu retorno ao trabalho se der dentro do prazo de aplicação das regras da MP 936.

Com estas prorrogações protege-se a gestante, agora lactante, de laborar em ambiente insalubre.

Uma vez concedida a licença maternidade haverá o recebimento do salário maternidade pelo mesmo período.

O salário maternidade muitas das vezes é confundido como um direito trabalhista. Apesar de estar atrelado a um direito trabalhista - a licença maternidade - não é um direito exclusivo das mulheres que trabalham sob o regime da CLT.

Para recebimento do salário maternidade é preciso que haja a contribuição mensal ao INSS, sem a contribuição inexiste o direito ao benefício. Abordaremos ele neste artigo, ainda que seja um direito previdenciário, pois está vinculado a licença maternidade.

No que diz respeito as trabalhadoras sob o regime da CLT, para ter direito

35 Há a previsão de prorrogação do prazo máximo de 90 dias.

ao benefício na qualidade de empregada é preciso, estar na atividade no momento do pedido, sem necessidade de carência. Logo, não é possível que o contrato de trabalho esteja suspenso para percepção do salário maternidade na qualidade de segurada empregada.

Oportuno destacar os efeitos da MP 936 quanto aos recolhimentos previdenciários. No caso de suspensão do contrato de trabalho da MP936 os recolhimentos previdenciários que são de responsabilidade do seu empregador serão suspensos. Se a empregada quiser que o tempo de suspensão seja utilizado para contagem de tempo de serviço para aposentadoria ela deverá contribuir na qualidade de segurado facultativo (artigo 8, parágrafo 2o, inciso II).

No caso da redução da jornada de contrato de trabalho e salário haverá diminuição no recolhimento das contribuições previdenciárias, lembrando que, caso haja a participação da União no pagamento, o valor não é computado para o cálculo da contribuição previdenciária.

Assim, acordar nos termos da MP936 trará impacto diretamente no recebimento do salário maternidade, principalmente se a trabalhadora receber salário variável.

Relembrando que, para trabalhadora empregada receber o salário maternidade na qualidade de empregada **é preciso estar em atividade quando do pedido e, isso não acontece, se o contrato de trabalho está suspenso.**

Se não houver um acordo entre o empregador e a trabalhadora definindo quais medidas irão adotar, a trabalhadora será em muito prejudicada. Isso porque o salário maternidade a princípio não precisa ser pedido juntamente com a licença maternidade. É um benefício que pode ser requerido em até cinco anos a contar do nascimento da criança.

Exemplo: Se no momento do pedido do salário maternidade a trabalhadora estiver com o contrato de trabalho suspenso, não terá como comprovar o requisito estar na ativa e, terá que dar entrada por outro tipo de segurada, como desempregada por exemplo, demonstrando que se encontra no período de graça ou mesmo facultativa (se esta for a sua última forma de contribuição). Mas com o porém, os efeitos serão sentidos no valor do recebimento do salário maternidade ou mesmo na carência necessária a ser atendida que pode inexistir para a trabalhadora empregada.

No caso da redução de jornada e salário, para as trabalhadoras que possuem salário fixo, os efeitos não serão sentidos, desde que, quando do pedido do salário maternidade o contrato já esteja restabelecido, retornando ao *status quo*

ante.

Para as trabalhadoras com salário variável, cujo cálculo do valor do salário maternidade é diferenciado, há impacto pontual. Por isso é importante que o empregador assuma o compromisso de complementar o valor, pois a redução veio para salvaguardar a sua vida financeira em prejuízo da vida financeira da empregada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestação é um momento único na vida da mulher. O Direito percebeu a importância deste momento na vida da mulher, e do homem também, estabelecendo regras para assegurar que ele seja vivido de forma saudável, com os cuidados necessários e com o respeito que esta fase merece.

Os efeitos do Covid-19 ao mesmo tempo que resguardam os direitos das gestantes, operam restrições a direitos que implicam pontualmente no recebimento do salário maternidade e início do gozo da licença maternidade, principalmente para as gestantes com gravidez adiantada. Por isso, é importante cautela no momento de elaboração desses acordos. Fazê-los de forma a não prejudicar o gozo da licença nem o recebimento do salário maternidade na qualidade de empregada, destacando a importância da continuidade do recolhimento previdenciário no momento da suspensão.

O COVID-19, dentre os muitos efeitos que trouxe, trouxe também a reflexão sobre um repensar nas relações jurídicas e interpessoais, com Respeito acima de tudo.

Vale lembrar que falar em COVID-19 é falar em atualizações diárias. Então é sempre necessário ficar atento as mudanças definidas pelo Governo. Pode ser que o cenário que apresentamos aqui, já tenha-se alterado após a publicação deste texto.

O IMPACTO DO CORONAVÍRUS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: ENTRE A NECROPOLÍTICA E A NECROJURISDIÇÃO

Ana Paula da Silva Sotero[1]

Rebeca de Souza Vieira[2]

Luciano de Oliveira Souza Tourinho[3]

A propagação do vírus Covid-19 teve como epicentro originário a cidade de Wuhan, na China. Com alto poder de mutação e com período de incubação elevado, a doença respiratória provocada pelo vírus foi propagada para além das fronteiras daquele país, passando a ser considerada, em março de 2020, como uma pandemia global.

Nesse contexto, a Organização Mundial da Saúde incentivou os países a adotarem medidas para evitar o contágio de forma acelerada, determinando o

---

1 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). E-mail: anapaula_sotero@hotmail.com.

2 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado, assessora do Patronato de Presos e Egressos do Estado da Bahia (PPEBA), membra do Grupo de Estudos Avançados - Sistema Penal e Necropolítica -IBCCRIM/BA- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, membra do Grupo de Estudos Sobre Sanção Penal da Criminologia Crítica e Política Criminal- Núcleo de Estudos Sobre Sanção Penal-NESP/UFBA, membra do grupo de pesquisa Culpabilidade e Responsabilidade/UFBA, membra do CCRIM - Centro de Ciências Criminais Professor Raul Chaves/UFBA, membra do Grupo de Estudo "Estudos sobre Quilombismo e Feminismo-Rompendo Fronteiras da Universidade Federal da Bahia/UFBA, membra do Grupo de Estudo "Estudos sobre Pierre Bourdieu e Antônio Bispo - Rompendo Fronteiras da Universidade Federal da Bahia/UFBA e membra do grupo de pesquisa em Direito Arte e Literatura na Universidade Federal da Bahia/UFBA. E-mail: rebecavieira96@gmail.com.

3 Pós-doutor em Direitos Humanos (Direitos Sociais) pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Professor Adjunto de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade Independente do Nordeste. Professor de Direito Penal na Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Diretor Acadêmico da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Coordenador do Colegiado do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal. Escritor de obras jurídicas. E-mail: luciano.oliveira.jus@hotmail.com.

distanciamento social como medida de achatamento da curva de contaminação. Tal perspectiva foi planejada para evitar o colapso no sistema de saúde dos países e facilitar o acesso à saúde pela população.

O governo federal brasileiro, no entanto, de início, seguiu caminho oposto, apresentando um discurso de tentativa de minoração da problemática, o que conduziu a um retardo da eficácia do combate à doença provocada pelo novo coronavírus. Por essa linha de intelecção, quando se analisa o sistema de saúde brasileiro, observa-se um evidente afastamento do Estado na realização dos direitos de natureza social, o que intensifica os impactos da pandemia no país. É nesse contexto que se percebe uma situação de crise do sistema de saúde pátrio, que resulta em políticas sanitárias inefetivas e de exclusão.

O panorama atual reflete no desdobramento desse processo de eliminação dos corpos socialmente vulneráveis, em regra o corpo negro, indubitavelmente, no caos da rede pública de saúde. Agrega-se a essa situação o elevado contingente da população carcerária, desassistida em seus direitos fundamentais, tornando-os destinados a morte, o que a coloca em situação de risco real diante do cenário de crise epidemiológica que alcançou o País.

A presente incursão teórica tomará como ponto de partida a análise da pandemia do Covid-19 no Brasil, com destaque aos seus efeitos com relação à população negra e, de modo mais específico, à população carcerária, no sentido de verificar as intersecções entre a ineficácia da assistência à saúde no País, o panorama epidemiológico, o agravamento do caos na rede pública de saúde, a necropolítica e a eliminação de corpos negros, como processos de reafirmação de uma ordem social geradora de morte.

Para alcance das finalidades expostas, será necessária uma visitação aos documentos emitidos pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde nacional, bem como às obras científicas que tratam da necropolítica, formulando um processo de construção teórica, com abordagem reflexiva e crítica.

1. A SITUAÇÃO DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NO BRASIL

A pandemia do vírus Covid-19, conhecido de forma científica por SaRS-CoV-2 ou Coronavírus, teve início na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019 e janeiro de 2020[4]. Com alto poder de mutação e com contamina-

4 Zhou P, Yang XL, Wang XG, Hu B, Zhang L, Zhang W, et al. (fevereiro de 2020). A pneumonia outbreak associated with a new coronavirus of probable bat origin. Disponível em: https://www.nature.com/articles/

ção acelerada e silenciosa, o vírus rompeu as fronteiras territoriais e se disseminou pelos países de forma devastadora, apresentando alto poder de letalidade.

A partir desse contexto, a Organização Mundial da Saúde – OMS[5], em 11 de Março de 2020, classificou o vírus como uma pandemia de preocupação internacional, chamando a atenção dos países para a concentração de medidas protetivas de isolamento social, com fechamento das fronteiras e redução dos centros de aglomeração populacional, a fim de conter a contaminação.

No Brasil, o início do contágio da Covid-19 se manifestou com a importação do vírus, em 26 de fevereiro de 2020[6], após um homem de 61 anos começar a sentir os sintomas do vírus, logo após retornar de uma viagem da Itália, região que concentrava o novo epicentro mundial da doença. Desde então, a transmissão do SaRS-CoV-2 em solo brasileiro tem seguido uma curva crescente de contaminados e mortos, em um verdadeiro descontrole da pandemia no país. Segundo os dados oficiais do Ministério da Saúde, até 02 de Junho de 2020[7], foram confirmados 555.383 casos e o número de 31.199 mortes.

Conforme dados da Organização Mundial da Saúde[8], o Brasil já ultrapassou a França no número de mortes e, hoje, é o segundo maior epicentro do mundo, estando atrás apenas dos Estados Unidos. Nessa linha de intelecção, percebe-se que a grande preocupação dos estudiosos da Universidade de Brasília – UNB[9] e da Organização Mundial da Saúde – OMS[10] é a falta de preparo da rede de saúde do país para suportar a quantidade de pessoas infectadas, o que pode contribuir para a ocorrência de agravamentos nos casos do coronavírus no país.

Nessa conjuntura, a situação de pandemia do coronavírus no Brasil representa uma crise de saúde pública, em que não há capacidade de tratamento efetivo de toda a população que hoje está contaminada, o que aumenta a potencialidade dos efeitos do vírus e intensifica o aumento da letalidade viral no país. Segundo as pesquisas realizadas pelos professores da USP[11], o Brasil não tem

s41586-020-2012-7. Acesso em 20.04.2020

5 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

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

7 BRASIL, Ministério da Saúde. Dados atualizados de Coronavírus no Brasil. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em 25.04.2020.

8 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Coronavirus disease (COVID-19) outbreak. Disponível em: https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019. Acesso em 02.06.2020.

9 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

10 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.

11 USP – Universidade de São Paulo. Casos de Coronavírus no Brasil. Disponível em: https://www.uol.com.

capacidade para aguentar o aumento crescente de infectados, pois dentro de 3 meses o sistema de saúde entraria em colapso.

Quando se analisa as reais medidas preventivas incentivadas pelos governadores e prefeitos, observa-se o marco da desigualdade social, em que há localidades que não há sequer saneamento básico e acesso à saúde, tornando evidente que os casos do Brasil da SaRS-CoV-2 podem estar em crescimento exponencial com a presença alarmante de casos de subnotificação[12] pela falta de teste adequado para o reconhecimento da doença pela população.

A partir dessas ilações é preciso refletir sobre a incidência que a necropolítica pode ocasionar para a crise sanitária brasileira. Além de lidar com a ocorrência real de propagação do vírus, as populações mais vulneráveis precisam enfrentar a realidade de não assistência proposital das prestações sociais do Estado e do risco de contaminação sem garantia de acesso à saúde. Em atenção especial, aos estabelecimentos penais, observamos o real descaso do governo brasileiro de solucionar a crise de saúde pública que vivencia o sistema carcerário brasileiro.

A partir de prisões marcadas pela superlotação e pela completa ausência de assistência estatal das prestações sociais de forma efetiva, verifica-se que o impacto do coronavírus nos estabelecimentos penais é ainda mais cruel e letal, o que evidencia a manifestação da necropolítica e da necrojurisdição como fator de ampliação da pandemia para os negros, que somam a maior parcela da população carcerária brasileira[13].

2. A ENGRENAGEM QUE PROPICIA A MORTE NEGRA E A PANDEMIA DO COVID-19

Em um resgate histórico de como a necropolítica age no Brasil, precisamos olhar para sua construção, que se deu por meio da exploração e colonização dos povos indígenas, enquanto ainda era terra dependente de Portugal. Segundo Sérgio de Holanda[14] as raízes do país denotam que o país foi solidificado a partir da dizimação dos povos indígenas e da utilização da mão de obra escrava para mover a sociedade. Nessa conjuntura, o país começou a comprar pessoas negras que

br/vivabem/noticias/redacao/2020/03/22/usp-cria-rede-colaborativa-de-laboratorios-para-diagnosticar-coronavirus.htm. Acesso em 25.04.2020.

12https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2020/04/subnotificacao-esconde-dimensao-da-covid-19-no-brasil/. Acesso em 25.04.2020

13 MBEMBÉ, Achille. NECROPOLÍTICA- biopoder, soberania, estado de exceção política da morte. Arte & Ensaios, revista do ppgav/eba/ufrj | n. 32 dezembro, 2016. Disponível em https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169. Acesso em 25.04.2020

14 HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

eram trazidas do continente africano e eram transformadas em produtos, essas foram desumanizadas e assumiram o caráter de substrato da exploração.[15]

Mesmo diante da exploração e da mercantilização, os povos negros não foram feitos apenas como mercadorias para nutrir o capitalismo, como muitos defendem, eles foram despersonificados, para que antes do "produto final" todos acreditassem que existia diferença entre brancos e negros, assim os dominadores iriam conseguir nutrir qualquer sistema de exploração, como nutriram a história. Abdias Nascimento apresenta uma lupa simples para uma das ferramentas desse processo, ao afirmar que a *história do negro brasileiro foi escrita dos brancos, para os brancos*[16]. É importante identificar essas aparelhagens que são usadas para legitimar um Estado e uma sociedade que se baseia na produção da morte do negro.

As raízes da escravidão dilaceraram a identidade negra e evidenciaram a desigualdade social que vivenciamos na atualidade, a partir da segregação dos espaços sociais e das disparidades das prestações sociais. Nas primeiras décadas, após a abolição, houve uma redução das ofertas de trabalho para os negros. A elite branca resolveu trazer, para o território brasileiro, imigrantes europeus, para que esses ocupassem as vagas de trabalhos, já que agora o era assalariado. Tentou-se disfarçar as desigualdades raciais, assumindo um posicionamento de políticas de democracia racial que acabam sendo mais uma estratégia para gerar a morte do negro no Brasil[17]. A miscigenação é uma forma de enfraquecer e exterminar a perpetuação do negro no Brasil, criando afastamentos fenótipos, sobre o viés de uma democracia racial que é inexistente.

Paralelo a essa entrada de imigrantes e bloqueio da população negra, houve também a expansão urbana das cidades brasileiras. Esse crescimento urbano propiciou o desenvolvimento de outro tipo de desigualdade, a territorial. Com o desenvolvimento e o número de pessoas livres que já não viviam mais nas fazendas e senzalas, os centros eram ocupados pelas elites, gerando o movimento de pessoas para as marginais e cortiços.

No cenário atual das favelas, podemos perceber que ainda persiste a precariedade das prestações estruturais e sociais aos cidadãos, em uma situação de vulnerabilização social. A não intervenção estrutural positiva nesses locais é um fator que alimenta a lógica da exclusão da população negra, sendo mais uma ferramen-

15 MBEMBE, A. A crítica da razão negra. Traduzido por Sebastião Nascimento; São Paulo: n-1 edições, 2018,

16 NASCIMENTO, Abdias, O Quilombismo: Documentos de Uma Militância Pan-Africana. Prefácio de Kabengele Munanga, texto de Elisa Larkin Nascimento E Valdecir Nascimento. 3.Ed Rev. São Paulo. Editora Perspectiva-IPEAFRO; Rio De Janeiro, 2019. p.35.

17 Ibidem, p. 35.

ta para confirmar a incidência da necropolítica no país. Fanon[18] leciona que há uma cidade do colonizador e a cidade do colono, à primeira tem todas as qualidades e condições de estruturação da vida, já a segunda tem todas as condições de não estruturação da vida e se torna um ambiente prostrado ao estruturado.

No entanto, quando observamos a contaminação da população pela pandemia do coronavírus, verificamos a externalização de todo o processo histórico sob a necropolítica. Quando a pandemia do Covid-19 chegou ao Brasil, a sua linha de contaminação, inicialmente, foi importada, atingindo a elite branca e aos bairros mais ricos, onde estas pessoas retornavam de suas viagens internacionais. No entanto, com a incidência da transmissão comunitária, a curva da linha de contaminação tem se concentrado no aumento de casos nos bairros periféricos, decorrente do contato no trabalho com a classe mais rica.

A doença, desde então, vem avançando para as periferias nas cidades brasileiras, alcançando as pessoas que não possuem acesso à saúde de qualidade na rede pública. Verifica-se que o principal problema da contaminação para as populações mais vulneráveis se dá com a engrenagem de ingerência estatal em garantir a constatação e tratamento do vírus, gerando o alto índice de subnotificações no país, por ausência de identificação da doença em tempo suficiente.

Desta feita, percebe-se que a necropolítica tem se manifestado na destinação da escolha dos indivíduos que irão ter acesso à saúde e quais serão os que não conseguirão acesso ao tratamento e estarão na zona da morte pela contaminação, como uma gestão de corpos dentro da crise sanitária brasileira.

Trata-se de uma tragédia esperada diante da ineficiência estatal para garantir qualidade de saúde para toda a população, sendo que o critério que leva para o aumento de casos de morte, na verdade, se subjaz na exclusão dos grupos sociais que estão à margem da efetividade do direito fundamental à saúde, em regra o negro. O desmonte das políticas públicas assistenciais revela a incidência de uma necropolítica como processo de eliminação dos corpos mais frágeis e vulneráveis da sociedade no momento de pandemia, em que, em meio à crise da pandemia global do coronavírus, assistimos à crise dos aparelhos estatais brasileiros de garantir a equidade de direitos essenciais à sobrevivência humana de forma digna.

3. O IMPACTO DO CORONAVÍRUS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Os efeitos da pandemia do coronavírus ganham contornos mais lesivos e

18 FANON, Frantz. Os Condenados da Terra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. p.29.

desastrosos quando nos deparamos com a situação das unidades prisionais brasileiras, que já não oferecem condições dignas de sobrevivência, com ambientes superlotados e sem assistência à saúde, educação e lazer dentro das celas. Segundo os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen[19], os dados carcerários alertam para o completo caos institucionalizado. A taxa de ocupação carcerária alcançou a marca de 156,7%, o que representa o déficit de 70% das vagas dentro dos estabelecimentos prisionais.

Em análise detalhada do relatório do Infopen de Junho 2017, o número de negros (pretos e pardos) era de 63,64%[20] da população prisional brasileira, incluindo homens e mulheres, evidenciando resquícios da desigualdade que o sistema de colonização trouxe em relação à raça, transportando a superlotação por uma população majoritariamente negra, confirmando os efeitos da necropolítica e da seletividade penal dentro da realidade brasileira.

Para amenizar os impactos do coronavírus nos estabelecimentos penais, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução nº 62/2020, recomendando aos magistrados, a reavaliação das prisões provisórias e a aplicação de saída antecipada para os réus sentenciados, nas diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, quando possível a sua concessão.

No entanto, apesar das medidas tomadas pelos magistrados para prevenção da contaminação nos estabelecimentos penais, a doença já atingiu o sistema penitenciário nacional. O Departamento Nacional Penitenciário - Depen[21] informa que há 41 unidades prisionais de São Paulo com índices de contaminação do novo vírus. Essa realidade tem sido semelhante em todo o sistema carcerário brasileiro. Em 02 de Junho de 2020[22], o Distrito Federal já conta com mil casos de contaminados entre agentes penitenciários e detentos, sendo a maior taxa de contaminação entre os apenados, que somam 779 casos, com dois óbitos confirmados.

Sobreleva-se nesse sentido, que os números possuem potencialidade de au-

---

19 BRASIL. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciária. 2. edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019.

20 BRASIL. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017, Organização. Marcos Vinicius Moura. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf. Acesso em 27 abr. 2020.

21 BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. Prevenção do Coronavírus no sistema prisional. Depen. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/prevencao-do-coronavirus-no-sistema-prisional. Acesso em: 25 abr.2020.

22 Número de Mortes e casos de coronavírus no sistema carcerário do Distritto Federal. Disponível em https://www.metropoles.com/distrito-federal/sistema-penitenciario-do-df-ultrapassa-a-marca-de-mil-casos-de-coronavirus. Acesso em 02.06.2020.

mento devido às subnotificações e, segundo o Mecanismo de Combate à Tortura da Assembleia Legislativa do RJ[23], já se tem indícios dessas notificações com o aumento de presos mortos por doenças respiratórias, chegando a 14 casos no Estado do Rio de Janeiro. No estado do Ceará, os números demonstram que já há 224 internos infectados e 03 óbitos, mas a subnotificação é recorrente devido a falta de testagem para o vírus.

Nesse panorama, o que nos chama a atenção é a ausência de meios preventivos capazes de reduzir as contaminações nos estabelecimentos penais. A impossibilidade de isolamento em cenários de superlotação denunciam a incidência de uma política estatal de extermínio dos apenados, que, em regra, são negros, vulneráveis ao contágio e sem acesso às condições de saúde básica.

Diante disso, observa-se que a prevenção só se verifica às classes mais favorecidas, excluindo da prestação social os apenados e os grupos sociais excluídos, marcados pela incidência de negros e pobres, revelando os efeitos da necrojurisdição e da necropolítica. A sociedade que se silenciou diante dos problemas carcerários que, nunca foram recentes, reforçam, agora, essa política de extermínio, no contexto de pandemia, ganhando contornos ainda mais cruéis e amargos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos da pandemia dentro dos estabelecimentos penais revelam as marcas da necropolítica e da política de exclusão social das classes mais vulneráveis da sociedade. Diante da ausência efetiva de prestação social do Estado, notadamente do direito à saúde, observamos o direcionamento seletivo e necropolítico das medidas de tratamento para as classes mais favorecidas. Aos mais vulneráveis, resta a insuficiência de vagas e a espera de uma igualdade de direitos que está longe de ser alcançada.

Dentro da realidade brasileira, os efeitos da pandemia do coronavírus se tornam ainda mais preocupantes diante da deficiência do sistema de saúde pública no sistema carcerário, refletindo na incidência da necropolítica para a escolha dos pacientes que terão acesso ao tratamento de saúde adequado, restando aos encarcerados a eliminação de seus corpos.

23 ALERJ, Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Nota técnica do Mecanismo de Combate à Tortura. Disponível em: http://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/48614?AspxAutoDetectCookieSupport=1. Acesso em 2.04.2020.

A VULNERABILIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA DIANTE DO COVID-19

Ana Paula Marchesini Dias Delatorre[1]

Renato Bernardi[2]

A elevação dos direitos da cidadania e a dignidade da pessoa humana no artigo 1º de nossa Constituição Federal de 1988, como alguns dos fundamentos de nossa República Federativa, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária ainda se faz presente na realidade brasileira atual na qual muitas pessoas ainda não tem acesso a plena cidadania e vida digna como é o caso das pessoas em situação de rua.

Com o advento da declaração de pandemia pelo novo coronavírus (COVID-19), voltamos nossa atenção especificamente a tal grupo e, na busca por soluções, apresentamos as visões filosóficas utilitária e libertária bem como as teorias alemãs do mínimo existencial e da reserva do possível.

Em um contexto social que clama por isolamento, como isolar e proteger quem já se encontra desprotegido e desprovido dos direitos fundamentais? Qual o papel do Estado diante desse segmento? Será que a pandemia causada pelo Covid-19 não aumentará a invisibilidade das pessoas em situação de rua?

Analisaremos, por fim, se a legislação editada no Brasil após o reconhecimento da pandemia pela OMS contribuirá efetivamente para a proteção de direitos desta população e eventualmente o que poderá ser feito a fim de garantir a proteção jurídica às pessoas em situação de rua.

1. A PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19 E OS IMPACTOS LEGISLATIVOS NO BRASIL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS EM

1 Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Conciliadora cadastrada no Conselho Nacional de Justiça e Analista Judiciária da Justiça Federal de São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisa sobre a Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (GP Intervepes), da Faculdade de Direito do CCSA-UENP, Campus de Jacarezinho. Email: anapaula_marchesini@hotmail.com

2 Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) – PUC-SP. Professor efetivo dos cursos de Bacharelado, Mestrado, Doutorado e Membro da Comissão de Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, todos da Faculdade de Direito do CCSA-UENP, Campus de Jacarezinho. Coordenador Pedagógico do PROJURIS, Estudos Jurídicos Ltda. Procurador do Estado de São Paulo desde 1994. Email: bernardi@uenp.edu.br

SITUAÇÃO DE RUA

Inicialmente faremos uma breve análise quanto à competência dos entes federativos no trato desta questão passando pelo conceito da pessoa em situação de rua a fim de, na sequência, indicar as medidas de proteção no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid 19).

O inciso X do artigo 23 da Constituição Federal de 1988 prevê a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para: "X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos desfavorecidos".

Com este destaque é possível afirmar que o combate às causas da exclusão social e da marginalização é um dever de todos os entes da federação e não mero assistencialismo.

Além disso, a ideia de fraternidade estampada no dispositivo sob comento é reflexo do que já está previsto no artigo I da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nos seguintes termos: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

De acordo com a doutrina pátria os direitos de solidariedade e de fraternidade, como o que está se tratando, compõem a terceira geração de direitos, como explica Moraes (1998, p. 52-53):

> (...) modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Feita esta observação inicial, cabe aqui também conceituar a exclusão social em que se encontram as pessoas em situação de rua como "o processo caracterizado pelo afastamento e enfraquecimento da participação de pessoas nas relações sociais fundamentais do contexto em que vivem" (MPRJ, 2018, p. 05).

Entre os anos de 2007 e 2008 a Secretaria Nacional de Gestão e Avaliação da Informação (SAGI) em parceria com a Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), ambas vinculadas ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDF), conceberam e promoveram uma Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua (WWP, 2015).

Assim, entre alguns dos principais resultados da pesquisa mencionada, apontamos os seguintes dados:

> (...) — **70,9% trabalham e exercem alguma atividade remunerada**. Apenas 15,7% dos entrevistados pedem dinheiro como principal meio para a sobrevivência. Mais um dado que contraria a percepção de que a população em situação de rua é composta exclusivamente por "mendigos" ou "pedintes". (...) Dessas atividades, destacam-se: catador de materiais recicláveis (27,5%), flanelinha (14,1%), construção civil (6,3%), limpeza (4,2%) e carregador/estivador (3,1%)
>
> — 24,8% das pessoas em situação de rua não possuem documento de identificação, dificultando a obtenção de emprego formal, o acesso aos serviços e programas governamentais. (...)
>
> — A maioria não tem acesso a programas governamentais: 88,5% afirmaram não receber qualquer benefício do governo. Entre os benefícios recebidos, destacaram-se a aposentadoria (3,2%), o Programa Bolsa Família (2,3%) e o Benefício de Prestação Continuada (1,3%) (...)" (WWP, 2016, p. 07, grifo nosso).
>
> De acordo com outro levantamento, realizado pelo IPEA em 2015 "estima-se que existam 101.854 pessoas em situação de rua no Brasil, sendo que, desse total, dois quintos (40,1%) habitem municípios com mais de 900 mil habitantes e mais de três quartos (70%), habitem municípios de grande porte, com mais de 100 mil habitantes. Apenas a região Sudeste abriga 48,89% da população de rua. Foi recomendada, na ocasião, a realização de pesquisas municipais com a população em situação de rua e que a atividade de vigilância socioassistencial venha acompanhada de esforço no sentido da inclusão deste grupo de pessoas no Cadastro Único para programas sociais de forma a ampliar o acesso da população em situação de rua às políticas públicas, porém, quando da realização da pesquisa, notou-se que apenas 47,1% da população em situação de rua estava cadastrada no Cadastro Único (CARVALHO, 2016).

O conceito de população em situação de rua adveio com o Decreto n. 7053/2009, no qual se passou a prever:

> Considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Se, por um lado, é sabido que a população em situação de rua integra o grupo de risco para circulação viral, por outro, o fato de não serem até então incluídos no senso realizado decenalmente pelo IBGE pode ser um dos motivos para a ausência de políticas públicas voltadas a este segmento.

Esta omissão tem despertado a atuação da Defensoria Pública da União para inclusão da população em situação de rua no senso realizado pelo IBGE decenalmente, uma vez que se trata de importante banco de dados para concretização de políticas públicas. Com efeito, segundo o Defensor Público Thales Treiguer "Esta distinção entre pessoas domiciliadas ou não que o Censo faz é um preconceito similar ao racismo. Pior, porque é escamoteado. Permite ao poder público dizer que não faz políticas para este segmento porque não sabe quantas pessoas precisam ser atendidas" (BALDIOTI, 2018).

Feita a abordagem social pelos agentes municipais, deverão ser adotadas todas as providências necessárias para que sejam providenciados documentos que ensejarão a inclusão de tais pessoas no Cadastro Único (CadÚnico) que é uma importante via de acesso para inclusão em importantes programas sociais, como o Programa Bolsa Família, Programa Minha Casa, Minha Vida; Carteira do Idoso; Tarifa Social de Energia Elétrica, Isenção de Taxas em Concursos Públicos, Carta Social, dentre inúmeros outros (CEF).

O CadÚnico foi criado pelo Decreto n. 9.364 de 24 de outubro de 2001, com o objetivo de coleta de dados e informações para inclusão de pessoas em programas sociais e, os dados coletados na pesquisa acima demonstram que continua havendo deficiência na inclusão das pessoas em situação de rua neste cadastro.

Ressalte-se aqui a preocupação demonstrada na fala do Secretário-Geral da ONU, Antônio Guterres, por meio das seguintes recomendações:

> A melhor ciência nos diz, se os países detectarem, testarem, tratarem, isolarem, rastrearem e mobilizarem suas populações na resposta, podemos percorrer um longo caminho para mitigar a transmissão" e especialmente "Ao lamentarmos todos aqueles que perderam a vida e as muitas famílias que sofrem, devemos mostrar solidariedade aos mais vulneráveis — idosos, doentes, pessoas sem cuidados de saúde confiáveis e pessoas à beira da pobreza (ONU, 2020).

Como se nota da fala do Secretário-Geral, as pessoas "*à beira da pobreza*", dentre outros grupos vulneráveis, devem receber tratamento solidário tanto por parte do Estado quanto da sociedade a fim de "mitigar" o sofrimento humano e a transmissão da doença causada pelo novo vírus, lembrando aqui que se trata de um "dever" constitucional do Estado assistir os desfavorecidos, não havendo qualquer opção de escolha ou omissão.

De acordo com o infectologista Juvêncio Furtado, Professor de Infectologia da Faculdade de Medicina do ABC, a população em situação de rua integra o grupo de risco por viver em locais abertos, sem higienização, complementando

que “eles estão expostos a qualquer tipo de vírus, do influenza ao corona” (CASTOR; BARBOSA, 2020).

Recentemente, a Organização Mundial de Saúde (OMS), por meio de seu diretor-geral, divulgou a seguinte notícia:

> O diretor-geral da OMS, Tedros Ghebreyesus, destacou também que já se sabe que mais vidas serão perdidas, mas sugeriu decisões e ações a serem tomadas para conter o problema. Para Tedros, as medidas para conter o vírus como ‘pedir que pessoas fiquem em casa’ e ‘interromper seu movimento’ ajudam a ganhar tempo e baixar a pressão nos sistemas de saúde. No entanto, estas medidas por si só “não extinguirão a epidemia”, explicou o diretor-geral da OMS (ONU, 2020).

Após referido pronunciamento, adveio no ordenamento jurídico pátrio a Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, trazendo normas gerais de enfrentamento da pandemia.

Entre as medidas trazidas pela Lei n. 13.979/2020, vale destacar:

> I - isolamento: 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; 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.

Note-se que a legislação pátria editada para regular as providências a serem adotadas em relação à pandemia causada pelo novo coronavírus distinguiu as medidas de isolamento em relação à quarentena. Assim o isolamento é uma medida que visa separar pessoas doentes das não doentes, a fim de evitar a propagação do vírus ao passo que a quarentena é a restrição de atividades ou separação de pessoas que foram presumivelmente expostas a uma doença, mas não estão doentes (TELESSAÚDERS, 2020).

Entre as importantes garantias dos cidadãos durante a pandemia, ressalta:

> §2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento; II - o direito de receberem tratamento gratuito; III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

Após a Lei n. 13.979/20 sobreveio o decreto-legislativo n. 6, de 20 de

março de 2020, que reconheceu a situação de calamidade pública e, com o advento da pandemia causada pelo vírus Covid-19 há um grave risco de que este agrupamento que já vive sob privações de direitos não tenha acesso às medidas de proteção, como o isolamento, bem como à higienização a fim de lhes garantir o direito fundamental à vida com dignidade.

Analisando a medida de confinamento, o jornalista Noberto Paredes (BBC, 2020), ouviu o professor e sociólogo francês Hamza Esmili, da Universidade de Paris 8, estudioso sobre temas como a desigualdade e a marginalização urbana que vive em Saint-Denis, uma comuna francesa com altos índices de criminalidade, desemprego e agora de mortalidade pelo novo coronavírus. Em entrevista, o professor apontou que o confinamento social é um "luxo inviável aos mais pobres", acrescentando:

> Acredito que obviamente o confinamento é necessário para frear a pandemia atual. Mas, como sociólogo, vejo que a ideia de confinamento tem um certo número de pressupostos e não corresponde à realidade. Especialmente, não corresponde à realidade da população nos bairros mais pobres. O confinamento é um conceito burguês. A ideia é que todos tenhamos uma casa separada, um pouco burguesa, na qual possamos nos refugiar quando há uma pandemia ou um desastre natural. Mas nos bairros pobres não vejo nada disso. Existe uma realidade rodeada de condições insalubres, mas não é só isso. Nesse tipo de bairro, há casas em que vivem quatro, cinco pessoas por cômodo, por exemplo. Há também moradias que não são habitáveis, onde não é possível ficar ali o dia inteiro porque o espaço não serve para isso. O problema do confinamento é que ele se baseia numa espécie de mentira, de que estamos todos confinados. Mas em bairros mais pobres, como Saint-Denis, muita gente continua trabalhando, já que algumas fábricas continuam abertas, alguns mercados continuam abertos. O mesmo se passa com os agentes de segurança. Tudo isso tem consequências dramáticas. Hoje, a região de Saint-Denis tem uma das mais altas taxas de mortalidade da França por causa do vírus.

Como a mera previsão abstrata de direitos não é o bastante para sua garantia ressalta-se a necessidade de continuidade das ações de serviço de abordagem social, acolhimento e tratamento, sem prejuízo de que o Ministério Público ou a Defensoria Pública, onde esta se fizer presente, adotem medidas protetivas como ações civis públicas com pedidos de antecipação da tutela jurisdicional, termos de ajustamento de conduta ou mesmo recomendações e sobretudo fiscalização quanto ao cumprimento das medidas mediante inspeção pessoal, caso necessário. Caso contrário subsistirão novas versões das velhas declarações de direitos sem qualquer efetividade.

2. O BENEFÍCIO EMERGENCIAL E SEUS REQUISITOS

A Lei n. 13.982, de 2 de abril de 2020 previu o chamado "benefício emergencial" que vulgarmente ficou conhecido como "*coronavoucher*", sendo regulamentada pelo Decreto n. 10.316, de 7 de abril de 2020.

O que fez a Lei n. 13.982/2020 foi, ao instituir o art. 20-A, estender as hipóteses de concessão do benefício emergencial, de natureza temporária e no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), a algumas categorias de "trabalhadores", alterando o critério de aferição de renda *per capta* de ¼ do salário mínimo para meio salário mínimo ou 3 (três) salários mínimos do grupo familiar.

A questão a ser tratada aqui é a de saber se as pessoas em situação de rua terão direito ao benefício emergencial.

Sobre o tema, o art. 2º da Lei n. 13.982/2020, assim previu:

> Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao **trabalhador** que cumpra **cumulativamente** os seguintes requisitos:
>
> I - seja maior de 18 (dezoito) anos de idade;
>
> II - não tenha emprego formal ativo;
>
> III - 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;
>
> IV - 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;
>
> V - 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
>
> VI - **que exerça atividade na condição de:**
>
> a) **microempreendedor individual** (MEI);
>
> b) **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
>
> c) **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 (...) (grifo nosso).

Em relação às pessoas em situação de rua, apenas terão direito ao benefício emergencial aquelas que se enquadrem no conceito de "trabalhador" em uma das modalidades mencionadas: microempreendedor individual, contribuinte individual ou trabalhador informal e, como vimos nos dados da Pesquisa Nacional da População em Situação e Rua, há uma grande parte de *trabalhadores* privados de moradia digna (WWP, 2015).

Quanto às pessoas em situação de rua que não se enquadrem no conceito legal de trabalhador nem tenham direito ao benefício assistencial ao idoso ou deficiente, ambos previstos na Lei n. 8.742/93, não serão contempladas pelo benefício emergencial em questão, havendo, por ora, o projeto de lei (n. 788/20), sob discussão, de autoria da deputada federal Natália Bonavides (PT-RN), que destina auxílio financeiro emergencial para moradores da rua durante a pandemia causada pelo coronavírus. De acordo com a deputada "A orientação das autoridades sanitárias de evitar sair de casa é inócua para a população em situação de rua, uma vez que nem casa possuem", disse. Para a deputada, "o recurso poderia ajudar a cobrir despesas de eventual acolhida do morador de rua por sua família e/ou amigos" (BRASIL, 2020).

A fim de amenizar os efeitos desta deficiência na prestação estatal alguns municípios têm recorrido à criação de abrigos provisórios para pessoas em situação de rua, servindo-se de escolas, ginásios de esportes e outros prédios públicos desocupados.

Ressalte-se que, no caso de indeferimento de quaisquer dos benefícios em questão na seara administrativa poderá ser acionado o Juizado Especial Federal competente a fim de se garantir o direito sob comento.

3. O DESAFIO ÉTICO DO UTILITARISMO X IDEOLOGIA LIBERTÁRIA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

A matéria sob comento relaciona entre si diversas correntes filosóficas quanto ao papel do Estado na vida do indivíduo e aqui podemos examinar a questão sob a ótica do utilitarismo de Jeremy Bentham e da teoria libertária nos moldes propostos por Stuart Mill, assim como relacionar a teoria do mínimo existencial *versus* a reserva do possível.

Em sua obra "Justiça, o que é fazer a coisa certa", o professor Michael Sandel (2013, p. 28), da Universidade de Harvard, faz, dentre inúmeras outras, esta

importante reflexão:

Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Uma sociedade justa distribui esses bens da maneira correta; ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido. As perguntas difíceis começam quando indagamos o que é devido às pessoas e por quê. (...) identificamos três maneiras de abordar a distribuição de bens: a que leva em consideração o bem-estar, a que aborda a questão pela perspectiva da liberdade e a que se baseia no conceito de virtude.

Sob a ótica utilitarista o problema das pessoas em situação de rua chegou a ser objeto de estudo pelo inglês Jeremy Bentham (1748-1832), filósofo e estudioso das leis, além de fundados da teoria chamada utilitária.

Ainda sobre Bentham, complementa Sandel (2013, p. 48-50) que:

> Sua ideia central é formulada de maneira bastante simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objeto da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Benthan, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como "utilidade" ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e evite a dor ou sofrimento.

Relata ainda o professor Sandel (2013, p. 49) que Bentham chegou a propor um projeto para remoção dos mendigos das ruas e sua colocação em abrigos autofinanciáveis, isto é, pago com o próprio trabalho dos ocupantes. A lógica utilitarista desta ideia que, embora não tenha sido adotada está viva até hoje, reside no fato de que haver mendigos nas ruas diminui a felicidade das pessoas que transitam pela cidade e, embora essa transferência compulsória não fosse justa em relação às liberdades dos mendigos, por outro lado, traria maior felicidade coletiva. A lógica utilitarista, portanto, é quase aritmética.

Refletindo mais sobre a teoria utilitarista, Sandel (2013, 47-48) prossegue:

> A moral é uma questão de avaliar vidas quantitativamente e pesar custos e benefícios? Ou certos deveres morais e direitos humanos são tão fundamentais que estão acima dessa natureza? Se certos direitos são fundamentais – sejam eles naturais, sagrados, inalienáveis ou categóricos -, como podemos identifica-los? E o que os torna fundamentais? (...) O inglês Jeremy Bentham (1748-1832) não deixou dúvidas sobre sua opinião a respeito. Ele desprezava profundamente a idéia dos direitos naturais, considerando-os um absurdo total. (...) Sua idéia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor (...).

Em um momento mais adiantado na história, segundo Sandel (2013, p. 64), um outro inglês, John Stuart Mill (1806-1973) funda o princípio da liberdade, partindo da concepção de que:

> (...) as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros. O governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne a melhor maneira de viver. Os únicos atos pelos quais uma pessoa deve explicações à sociedade, segundo Mill, são aqueles que atingem os demais.

Prossegue o professor Sandel (2013, p. 79) explicando que os libertários rejeitam três diretrizes e leis do Estado moderno: 1) são contra leis que protegem as pessoas de si mesmas (paternalismo); 2) ausência de legislação sobre a moral, como por exemplo a prostituição ou homossexualidade e, por fim, 3) nenhuma redistribuição de renda ou riqueza, quer dizer, rejeitam qualquer lei que obrigue as pessoas a ajudar outras.

Vistas aqui, de forma resumida, as correntes ideológicas do utilitarismo e a libertária transpomos para a hipótese das pessoas em situação de rua e como devem ser tratadas pelo Estado: se de forma "útil" para a maioria da sociedade, seja confinando-as em abrigos e tirando-as simplesmente de circulação de forma similar ao modelo de Bentham, ainda que isso vá ferir os direitos e garantias individuais destes indivíduos ou se são reconhecidos individualmente como detentores de dignidade e direitos oponíveis até mesmo em relação ao próprio Estado e, por isso, são merecedores de proteção legal e social.

Sobre o assunto, Moraes (2000, p. 60-61) discorre que:

> O princípio fundamental consagrado na Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

No caso brasileiro, o Estado não pode adotar uma postura libertária extrema deixando cada cidadão que necessite de apoio para sua existência digna entregue ao próprio azar, uma vez que, inspirado pelos princípios preambulares do bem-estar e da fraternidade, nosso ordenamento constitucional prevê expressamente no art. 3º, III da Constituição Federal de 1988, um dos objetivos que é o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que se incrementa a seguir com o conceito o mínimo existencial.

De acordo com Toledo (2017) a primeira contribuição para a formação do

conceito do mínimo existencial foi dada em 1954 pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha. Por uma decisão se reconheceu o direito subjetivo fundado na dignidade humana de o indivíduo carente obter auxílio material do Estado.

Segundo a mesma autora, desde então, a definição do mínimo existencial vem se consolidando não somente na Alemanha como em todos os Estados Democráticos de Direito, sendo que os elementos que compõem o conceito de mínimo existencial são direitos fundamentais mínimos e dignidade humana.

No Brasil, segundo Toledo (2017), o conteúdo do mínimo existencial é maior, uma vez que há autores que incluem o direito à assistência social, o acesso à justiça e até a proteção negativa contra a incidência de tributos.

O marco inicial no Brasil em relação a adoção desta ideia deu-se com o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental de n. 45, em que se reconheceu a possibilidade de atuação positiva do Poder Judiciário visando implementar políticas públicas diante da omissão do Poder Executivo, resultando deste "*não fazer*" a inconstitucionalidade por omissão.

De acordo com Portella (2007):

> Constata-se que o mínimo existencial está ligado à pobreza absoluta, assim compreendida a que deve ser combatida pelo Estado, ao contrário da pobreza relativa, que depende da situação econômica do país, sendo sanada em consonância com o orçamento. O mínimo existencial não possui dicção constitucional própria, devendo-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, nos direitos humanos, nas imunidades e privilégios do cidadão. Carece de conteúdo específico, podendo abranger qualquer direito, ainda que não seja fundamental, como o direito à saúde, à alimentação, etc, considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

Já a chamada "cláusula da reserva do possível" que começou a ser alegada na década de 1970 é criação do Tribunal Constitucional alemão, compreendendo a possibilidade material (financeira) para prestações dos direitos sociais por parte do Estado, um a vez que as prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos" (FERNANDES, 2016, p. 670 apud BELIZÁRIO, 2017, p. 314).

Esclarece ainda Belizário (2017) citando Fernandes (2016, p. 670), que a cláusula da reserva do possível tem dois conteúdos: o fático, entendido como aquele que é necessário analisar a possibilidade material da concretização da prestação estatal, ou seja, é preciso haver disponibilidade financeira para arcar com os custos desta implementação. Já o segundo é o conteúdo jurídico, ou seja, a

autorização legislativa para esta despesa.

Complementa Belizário (2017) esclarecendo que a doutrina brasileira majoritária reconhece o princípio da reserva do possível, uma vez que sem verbas públicas não há como se efetivar direitos sociais, porém, havendo verba, o motivo de não haver previsão nas leis orçamentárias, não inibe o Judiciário de determinar a realização de gastos para satisfazer os interesses sociais, já que as normas que tratam de direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata.

A grande dificuldade no Brasil, de acordo com Ramos (2014) é que a teoria da reserva do possível perdeu o sentido inicial dado pela Corte Constitucional alemã que se limitava a existência de limites à efetivação dos direitos sociais para um esvaziamento de conteúdo no qual a mera ausência de recursos financeiros passou a ser alegada como principal óbice à efetivação de políticas públicas.

Com este dilema entre a garantia do mínimo existencial e a necessidade de dotação orçamentária para implementação de direitos a questão da pessoa em situação de rua se apresenta com dois pesos a serem avaliados: de um lado o direito a ser garantido e, de outro, a possibilidade financeira do Estado em assumir tal obrigação.

O que propomos é uma visão social e equilibrada tendo por base nossos preceitos constitucionais no sentido de que as pessoas em situação de rua sejam reconhecidas como detentoras de direitos e garantias individuais e que o Estado cumpra com elas a obrigação de garantir o mínimo existencial.

4. CONCLUSÃO

A proposta deste artigo foi analisar o papel do Estado diante das pessoas em situação de rua, por se tratar de um dos grupos mais vulneráveis no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19).

Vimos que a instituição do benefício emergencial pela Lei n. 13.982/2020, embora providencial não será suficiente para abranger todos aqueles que se encontrem em situação de rua, mas apenas aqueles enquadráveis no conceito legal de "trabalhador".

Dentro da perspectiva de um país solidário e fraterno, o tratamento das pessoas em situação de rua, a teor do art. 23, X da Constituição Federal de 1988, integra a competência comum dos entes federativos (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) aos quais cabe combater os fatores de pobreza e marginalização, promovendo a integração social dos menos favorecidos.

A mera previsão abstrata de direitos é inócua se não vier acompanhada de políticas públicas e ações de garantia à cidadania prestadas tanto pelo Poder Público quanto pelo Ministério Público enquanto fiscal da lei e pela Defensoria Pública na defesa dos direitos dos hipossuficientes.

Tendo por paradigma os princípios mais elevados emanados de nossa Constituição Federal, concluímos que a liberdade individual e o bem-estar social podem (e devem) conviver em uma sociedade destinada a promover o bem de todos reconhecendo a cada indivíduo, no caso, as pessoas em situação de rua, como legítimo detentores do direito a prestações mínimas para garantir sua existência digna como moradia, saúde, educação e segurança, tratando-se, portanto, de um dever (e não de mero assistencialismo ou paternalismo) do qual o Estado não poderá se furtar.

OS EFEITOS DA PANDEMIA DO COVID-19 PARA O DIREITO ITALIANO

Anita Mattes[1]

A Itália foi um dos países mais atingido pelo COVID-19[2] e a região da Lombardia (Norte) foi identificada como o epicentro da pandemia: o primeiro foco, foram 16 casos, em 21 de fevereiro (especificamente na cidade de Codogno) e, em seguida, outros 60 casos, em 22 de fevereiro, em outras cidades vizinhas. No final de fevereiro, a Itália já era o país com o segundo maior número de contaminados e de mortes no mundo.

Na tentativa de conter o avanço do contágio, o presidente do *Consiglio di Ministri della Republica Italiana* - Giuseppe Conte – declarou à imprensa nacional que "estamos passando por uma passagem histórica" (2020) e, reafirmando as suas prerrogativas de chefe de Estado, introduziu inúmeras medidas excepcionais, limitando a liberdade de circulação, o gozo da vida plena e tantos outros direitos fundamentais. Inicialmente, toda a população dos 11 municípios identificados como os epicentros da pandemia foi colocada em quarentena. Logo em seguida, a região inteira da Lombardia. Na sequência, foram instauradas novas medidas de contenção em todo o país e, ao mesmo tempo, o Presidente Conte advertiu que "qualquer violação dessas regras seria penalizada" com pesada multa e até a responsabilidade criminal[3].

Essas regras fizeram parte de um conjunto crescente e continuado de medidas que afetaram todo o território nacional, limitando direitos e liberdades de seus cidadãos e colocaram a prova uma oportunidade única de testar a resiliência do sistema constitucional. Isto é, a capacidade relativa da sociedade e suas instituições em responder a tensão decorrente de uma situação de emergência, como

1 Doutora em Direito pela Université Paris-Saclay (Paris 11). Mestre em Direito Internacional pela Université Paris-Saclay (Paris 11) e também pela Université Panthén-Sorbone (Paris 1). Mestre em Direito Civil e Formada pela PUC/SP. Cultore della Materia em Direito Internacional na Università Bicocca, Milão. Professora do Curso de Especialização da PUC/SP. Pesquisadora do Centre d'Étude et de Recherche em Droit de l'Immatériel (CERDI/Saclay). Membro da AFPIDA (Association Française pour la Protection Internationale du Droit d'Auteur). Membro da ABDA (Associação Brasileira de Direito do Autor). Conselheira Fiscal do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais – IBDCULT. Advogada. E-mail: amattes@studiomattes.com.br.

2 Na primeira quinzena de fevereiro (precisamente em 11 de fevereiro), a Organização Mundial de Saúde (OMS) anunciou que a doença respiratória causada pelo novo coronavírus se trata do COVID-19. A nova abreviação dos termos D-isease CO-rona VI-rus e o ano da identificação, 2019 (*Ministero della Salute Italiano,* 2020).

3 Conferenza stampa del Presidente Conte con i Ministri Gualtieri e Catalfo de 16 marzo 2020.

a epidemia em andamento, sem renunciar aos princípios do constitucionalismo liberal. A limitação a diversos direitos fundamentais amplamente reconhecidos pela Constituição, levantaram questões fundamentais, como a proporcionalidade das medidas adotadas, a adequação dos instrumentos legais utilizados, as relações entre os poderes do Estado e, por último, mas não menos importante, a alocação de poderes entre os diferentes níveis de governo. Com isso em mente, o objetivo deste artigo é o de analisar alguns dos efeitos dessas medidas adotadas pelo governo italiano ao sistema normativo italiano, bem como as questões que delas resultam.

1. QUAIS FORAM AS PRINCIPAIS MEDIDAS ADOTADAS PELO GOVERNO PARA DO COVID-19 NA ITÁLIA?

O governo italiano criou uma longa série de medidas para lidar com a grave emergência médica do Covid-19. Seguindo uma ordem, estes foram os principais atos regulatórios, que em muito pouco tempo foram publicados:

- Decreto-legge (dl) n. 6, 23 fevereiro 2020 (dl) - "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" + Decreto del Presidente del Consigli (Dpcm) 1° março 2020 - "Ulteriori disposizioni attuative del decreto- legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione del1'emergenza epidemiologica da COVID-19"
- Decreto-legge (dl) n. 9, 2 março 2020 - "Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19";
- Decreto del Presidente del Consigli (Dpcm) 4 março 2020 - "Ulteriori disposizioni attuative del decreto- legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale";
- Decreto-legge (dl) n. 11, 8 março 2020 - "Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento del1'attivita giudiziaria";
- Decreto del Presidente del Consigli (Dpcm) 9 março 2020 - "Nuove misure per il contenimento e i1 contrasto del diffondersi del virus Covid-19 su11'intero territorio nazionale" + Decreto-legge (dl) 9 marzo 2020, n. 14 – "Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19";
- Decreto-legge (dl) n. 18, 17 março 2020 (CuraItalia) – "Misure di potenziamento

del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19";

- Decreto-legge (dl) n. 19, 25 março 2020 – "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19";
- Decreto-legge (dl) n. 28, 30 abril 2020 – "Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori mergenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché' disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19".

2. QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DIANTE DA EMERGÊNCIA EPIDEMIOLÓGICA DO COVID-19 NA ITÁLIA?

A pandemia foi um desafio sem precedentes para qualquer governo, foram atingidos não somente o sistema de saúde, a economia, mas também o sistema legal do país. As infinidades de novas leis, portarias, resoluções que nos últimos meses inundaram o sistema jurídico italiano, causaram inúmeros efeitos nos direitos analisados a seguir.

2.1 LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO

Inicialmente, deve ser esclarecido que a Constituição Republicana da Itália (promulgada em 27 de dezembro de 1947 e em vigore desde 1948) atribui alguns direitos fundamentais aos seus cidadãos, como a liberdade de circulação e residência aos cidadãos em todo o país (Art. 16)[4]. Este direito é reforçado ainda pelo disposto no Art. 120 que proíbe as regiões de limitar de qualquer forma a livre circulação de pessoas entre seus respectivos territórios[5]. A liberdade de circulação, como direito fundamental no sistema italiano, refere-se assim não somente como o direito de "circular e residir livremente em todo território nacional", mas o impedimento ou a limitação da circulação ou do exercício do trabalho entre regiões da Itália.

4 Art. 16°: "Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche". Tradução livre: "Todo cidadão pode circular e residir livremente em qualquer parte do território nacional, exceto pelas limitações que a lei estabelece em geral por razões de saúde ou segurança. Nenhuma restrição pode ser determinada por razões políticas".

5 Art. 120: "La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale". Tradução livre "A Região não pode impor direitos de importação ou exportação ou trânsito entre as Regiões, nem adotar medidas que de alguma forma obstruam a livre circulação de pessoas e coisas entre as Regiões, nem limitar o exercício do direito ao trabalho em qualquer parte do território nacional (…)

Contudo, o Art. 16 prevê uma clara exceção que "por razões de saúde ou segurança" (CANDIDO, 2020), como no caso da propagação da epidemia do COVID-19, esses direitos podem ser limitados. O objetivo é que o Estado tutele a saúde não somente como um direito fundamental do individuo, mas também visando o interesse da coletividade (o Art. 16 e Art. 32 da Constituição italiana[6]). Levando isso em conta, no preambulo do primeiro decreto referente à emergência epidemiológica do Covid-19 (o *Decreto-legge n. 16, 23 fevereiro 2020*) foram mencionadas as considerações da Organização Mundial da Saúde, que classificaram a epidemia de COVID-19 como emergência de saúde pública de importância internacional.

Podemos classificar que a primeira fase do combate ao Covid foi no tocante aos atos de contenção do surto inicial no norte da Itália, especificamente em algumas cidades da região da Lombardia. A primeira *Ordinanza* de 21 de fevereiro de 2020*,* se aplicava somente a poucas cidades da Lombardia (Codogno, Castiglione d'Ada, Casalpusterlengo, Fombio, Maleo, Somaglia, Bertonico, Terranova dei Passerini, Castelgerundo e San Fiorano), objetivando a suspenção de todas as atividades comerciais e escolares, assim como a "proibição de paradas de transporte público nos municípios" (item 8). Como consequência tivemos a uma supressão total do transporte público nessas cidades. Configurando, assim, uma limitação severa no direito de circulação dos moradores nos municípios acima mencionados.

Na fase sucessiva, quando o vírus se espalhou para outras cidades da região, o governo seguiu uma política cada vez mais redutora de direitos. O *decreto-legge n. 6, 23 fevereiro 2020* que contemplava uma serie de medidas importantes de contenção, afetou diretamente a liberdade individual de livre circulação do cidadão italiano: as autoridades competentes poderiam utilizar qualquer medida para conter a epidemia, dentre elas, a quarentena com "vigilância ativa" para indivíduos que tiveram contatos próximos com casos confirmados da doença (Art. 1, h)[7] e a "permanência fiduciária" em casa com "vigilância ativa" para aqueles que retornavam à Itália das áreas de risco[8].

---

6 Art. 32: "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

7 Art. 1°: "Allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. (…) h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva difusiva".

8Art. 1°, i: "i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio

Nota-se que ainda que o decreto além de impactar significativamente a liberdade pessoal do indivíduo[9], prevê, em caso de descumprimento, multa de até 200 euros ou pena de prisão de até três meses, nos termos do artigo 650 do Código Penal Italiano: "Qualquer pessoa que não cumpra uma disposição legalmente outorgada por Autoridade por razões de justiça ou segurança pública, ou ordem ou higiene pública, é punida, se o fato não constituir um crime mais grave [337, 338, 389, 509], com prisão de até três meses ou multa de até € 206"[10].

Quando se entendeu que a curva epidêmica não diminuía e a região norte da Itália estava prestes a tornar-se uma das regiões do mundo com mais contaminações, foram impostas restrições mais severas à livre circulação de cidadãos. Nesse sentido, editou-se o *Decreto-legge (dl)n. 11, 8 marzo 2020,* que estabeleceu a obrigação de evitar qualquer movimento de pessoas singulares que entram e saem dos territórios referidos (a partir de 9 de março em toda a Itália), bem como dentro dos próprios territórios, exceto movimentos motivados de necessidades comprovadas de trabalho ou situações de necessidade ou por razões de saúde (Art. 1°).

Em seguida, o *Decreto-legge (dl) n. 19, 25 marzo 2020* determinando a limitação da circulação de pessoas fora da sua própria residência, domicílio ou casa, senão por exigência de trabalho ou caso de urgência, de saúde ou outro justificado (Art. 1 (2. a). Estabelecendo, ainda, "limitação ou proibição de distanciamento e de ingresso em território, província ou região" (2.b), além da proibição absoluta de sair de casa as pessoas positivas para o vírus (2.c). Na prática, foram montados postos de controle nas rodovias, nas estações de trem e nos aeroportos a fim de evitar qualquer mobilidade desnecessária da população.

Por fim, a última fase de gestão de emergência está centrada nos decretos - *Decreto del Presidente del Consigli (Dpcm) 9 marzo 2020, Decreto-legge (dl) n. 19, 25 marzo 2020* e *Decreto-legge (dl) n. 2, 30 aprile 2020* – que, além do presidente ampliar as medidas de restrições a todo o território nacional, estabelece o fechamento de todas as atividades comerciais e de varejo, com exceção dos negócios de

epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza ativa". Tradução livre: i): "obrigação por parte de indivíduos que entraram na Itália de áreas de risco epidemiológico, identificados pela Organização Mundial da Saúde, de comunicar essa circunstância ao Departamento de Prevenção da autoridade sanitária responsável pelo território, que fornece comunicá-lo à autoridade sanitária competente para a adoção da medida fiduciária de estadia em casa com vigilância ativa.

9 Art. 3°, 4: "Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale".

10 Tradução livre. Art. 640: "Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità(1) per ragione di giustiziao di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene(2), è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato [337, 338, 389, 509](3), con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206".

necessidades básicas e farmácias, vetando igualmente o acesso público a parques, vilas, áreas de recreação infantil e jardins públicos (*i.e. lockdown*):

> "*a) limitação da circulação de pessoas, incluindo limitações à possibilidade de deixar sua residência, domicílio ou residência (…);*
>
> *b) fechar ruas públicas, parques, áreas de lazer, vilas e jardins públicos ou outros espaços públicos; c) limitações ou proibição de remoção e entrada em territórios municipais, provinciais ou regionais, bem como em relação ao território nacional; (…)*
>
> *o) a possibilidade de encomendar ou confiar às autoridades estaduais e regionais competentes a limitação, redução, suspensão ou supressão de serviços de transporte de pessoas e mercadorias, automotivo, ferroviário, aéreo, marítimo, em águas interiores, mesmo que não sejam linha, bem como transporte público local*".

Obviamente, toda exceção ao direito à liberdade mencionada é amplamente justificada diante da proteção do direito à saúde dos cidadãos. No entanto, trata-se de fato sem precedente na história da Itália republicana. Isto é, o governo, de uma forma extremamente eficaz, confinou cerca de 60 milhões de pessoas evitando qualquer movimento de pessoas físicas entre territórios e dentro dos mesmos, exceto em caso de necessidades devidamente motivadas (trabalho, saúde e outros)[11].

2.2 LIBERDADE DE REUNIÃO

Outro direito constitucional que sofreu sério impacto pelas novas regras adotadas diante da emergência COVID-19 foi a liberdade de reunião. Reconhecida com um direito fundamental de ampla garantia, nos termos do Art. 17 da Constituição italiana, essa liberdade garante que todo cidadão italiano tem o direito de se encontrar em paz e desarmados[12].

Trata-se de uma liberdade individual com exercício coletivo. Isto é, a faculdade de realizar um agrupamento de pessoas em um local específico, a fim de satisfazer um interesse comum, podendo ser de várias naturezas: política, cultural, religiosa, esportes, etc (TRECCANI, 2020). Assim, as reuniões podem ser privadas (ocorrem em locais privados), abertas ao público (locais privados, mas onde o acesso pode ser permitido, como cinema) ou públicas (locais públicos que qualquer pessoa pode acessar livremente).

Contudo, as medidas de emergência são claras com relação a proibição de

11 *Decreto-legge (dl) 8 marzo 2020, n. 11*.

12 Art. 17: "*I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi. Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica"*.

reunião, *i.e.,* se referem tanto no tocante as uniões quanto as aglomerações. Isto significa que o elemento presença simultânea de várias pessoas no mesmo local é importante, independentemente de haver um objetivo comum (a reunião real) ou não (por exemplo, a fila no supermercado ou no restaurante completo). O *decreto-legge n. 6, 23 febbraio 2020* regulamenta como medida de contenção de contágio a "suspensão de eventos ou iniciativas de qualquer tipo, eventos e todas as formas de reuniões em locais públicos ou privados, também de natureza cultural, lúdica, esportiva e religiosa, mesmo realizada em locais fechados e abertos ao público" (Art. 2, c). Proibindo assim igualmente reuniões em locais públicos, como reuniões em locais privados, que a Constituição não regula (BALDINI, 2020).

Nesse mesmo sentido, os decretos seguintes - *decreto-legge (dl) n. 11, 8 marzo 2020, decreto-legge (dl) n. 19, 25 marzo 2020* e o *decreto del Presidente del Consigli (Dpcm) 10 aprile 2020* - não alteram significativamente o quadro já traçado pelo decreto de 23 de fevereiro que suspendeu todos os tipos de eventos. Evidentemente, o objetivo seria o de evitar o contágio entre as pessoas, mas as consequências jurídicas foram enormes limitando qualquer tipo de reunião de forma alargada, tanto em locais públicos, quanto em locais privados, nunca antes previsto no ordenamento jurídico italiano (CUOCULO, 2020). Ou seja, o efeito de tais decretos no ordenamento vai além da liberdade de reunião, pois incide na liberdade individual de cada cidadão italiano dentro do seu próprio domicílio.

2.3 OUTROS DIREITOS

As medidas adotadas para combater a emergência do Covid-19 afetaram e limitaram significativamente uma série de muitos outros direitos constitucionalmente garantidos, tanto na área educacional, cultural, esportivo, recreativo, como religioso e de saúde. Sem pretender fornecer uma análise exaustiva, temos a **liberdade de culto**, reconhecida pelo art. 19 da Constituição[13], que garante a todos "o direito de praticar livremente sua fé religiosa, sob qualquer forma, individual ou associada, de propagá-la e de exercer seu culto em privado ou em público, desde que estes não sejam rituais contrários à moral". Os últimos decretos italianos suspenderam expressamente esses direitos: todas as manifestações e eventos, inclusive os de natureza religiosa. Nesse sentido, o *decreto-legge n. 6, 23 febbraio 2020* (art.1, c. 2, letra d) e o *decreto del Presidente del Consigli (Dpcm)*

13 Art. 19: "Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume".

8 marzo 2020 (art. 1, c. 1. g), estabelecendo a suspensão de todas as cerimônias civis e religiosas, incluindo as funerárias.

3. CONCLUSÃO

A imposição de obrigações e limitações ampla de direitos constitucionalmente protegidos fez com que as reflexões filosóficas de Michel Foucault voltassem a serem ponderadas na atual conjuntura. Em *Surveiller et Punir* (1975), o filósofo argumenta que a peste no final do século XVII criou um modelo de sociedade a partir da lógica da quarentena, onde cada indivíduo era constantemente controlado, examinado e dividido entre vivos, doentes e mortos, resultando, consequentemente, num "modelo de dispositivo disciplinar e uma técnica de poder específica de estado".

A finalidade dessa política foi claramente o de conter a epidemia. Certamente, que a proteção da saúde e da vida dos cidadãos prevalece sobre qualquer outro direito. Tanto é assim que não se está discutindo aqui a importância ou não da quarentena imposta. O objetivo é uma reflexão a partir dos conceitos de Foucault que enfatiza que a quarentena também pode ser a oportunidade para os governos exercitam suas autoridades, tais como leis, direitos e ações repressivas, constituindo um verdadeiro *État de la peste*. Ou seja, aproveitando a condição de emergência, limitada no tempo de sua duração, para fortalecer o controle físico, jurídico e político do Estado. O fato de valores fundamentais sejam derrogados, o fato de normas constitucionais - alicerces da nossa sociedade – sejam subvertidas, o fato do poder executivo substituir o legislativo, abolindo o princípio da separação de poderes uma das características da democracia representativa e, assim como, o fato do Estado de Direito ser "posto de lado", tudo isso, deve ser avaliado e questionado (FOUCAULT, 1975). Realmente, as medidas adotadas por vários países, e principalmente pela Itália, acima abordado, produziram um verdadeiro *Estado de Peste,* limitando significativamente direitos e liberdades reconhecidos e amparados de forma efetiva pela Constituição: liberdade de circulação, liberdade de reunião, de educação, área cultural, esportiva, recreativa, como religiosa e de saúde.

Todos esses fatos aclamam por uma reflexão filosófica, sociológica e antropológica. Novos pensamentos, conhecimentos e habilidades devem ser revistos e desenvolvidos, a fim de buscar uma melhor saída para a grave emergência sanitária em que o mundo inteiro se encontra. Portanto, é dever da sociedade e, principalmente, dos operadores do direito de questionar as modalidades, os

limites e efeitos das medidas de emergência adotadas, assim como o necessário cumprimento e balanceamento das regras constitucionais. Tudo isso, sempre em busca de proporcionalidade e do equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo, especialmente diante de uma crise tão abrangente e destinada a durar tempo incerto.

COMO O DIREITO URBANÍSTICO PODE CONTRIBUIR PARA O ENFRENTAMENTO À COVID-19 NO BRASIL?

Betânia Alfonsin[1]

A pandemia da COVID-19 chega ao sul global tendo o Brasil como porta de entrada. A doença não encontrou, na Europa e na América do Norte, tipologias arquitetônicas e urbanísticas como as favelas brasileiras, que há décadas são produzidas informalmente pela população de baixa renda e incorporadas à paisagem urbana do país, em uma naturalização perversa do descaso com o direito à cidade de milhões de famílias. Em pouco tempo, a doença avançou nas periferias de São Paulo e do Rio de Janeiro, vitimando nesses territórios um número assustador de pessoas. Dados do portal "G1", no dia 21/05/2020, davam conta de que só as mortes contabilizadas nas favelas do Rio já somavam um número de óbitos superior ao de 15 estados brasileiros[2].

Infelizmente é a crônica de uma tragédia anunciada. As favelas brasileiras são uma tipologia de fins do século XIX. O processo de urbanização brasileiro, apesar de ter sido iniciado anteriormente, acelera com a abolição da escravidão, período em que surgem as primeiras favelas, principalmente no Rio de Janeiro (ZALUAR et al., 2005). Esse processo foi marcado por profunda iniquidade e a lei que aboliu a escravatura, além de não incorporar formas de reparação do povo negro por 350 anos de práticas abomináveis que envolviam sequestro, escravização, coisificação, maus tratos e tortura da população africana para cá trazida, o Brasil aboliu a escravidão sem dizer uma palavra sobre onde a população descendente de escravos iria morar. Isso explica porque as primeiras favelas brasileiras são contemporâneas da abolição da escravatura. Coletando restos de material nas ruas, os ex-escravos e seus descendentes subiram os morros do Rio de Janeiro e aí construíram casas precárias, em áreas desprovidas de infraestrutura, de serviços e de habitabilidade. O processo se repetiu no conjunto das cidades brasileiras com

---

1 Doutora em Planejamento Urbano e Regional pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano (IPPUR) da UFRJ (2008), é professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS e coordena, desde 2009, o Grupo de Pesquisa em Direito Urbanístico e Direito à cidade. Atua como Coordenadora e professora de Educação à Distância no Curso Fundamentos Jurídicos das Políticas de Solo, vinculado ao Programa para America Latina y el Caribe do Lincoln Institute of Land Policy (EUA). Reeleita DIRETORA GERAL do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico para o biênio 2020/2021, é membro da Diretoria do IBDU desde 2011.

2 Para acesso aos dados, ver https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/21/favelas-do-rio-somam-mais-mortes-por-covid-19-do-que-15-estados-do-brasil.ghtml Acesso em 31/05/2020.

a mesma perversidade.

De lá prá cá, pouca coisa mudou e o processo de urbanização se intensificou, aprofundando a hierarquia social do espaço (BOURDIEU, 2011) e tornando as favelas brasileiras um espaço de alta densidade demográfica, privado da presença do estado e dos serviços públicos, e local privilegiado de violação do direito à cidade e, agora, de contágio crescente pelo coronavírus.

No presente texto, trataremos de analisar as contribuições que o Direito Urbanístico pode dar para o enfrentamento do coronavírus no país mais desigual do mundo, no qual as cidades, objeto do Direito Urbanístico, são o lócus privilegiado da proliferação do vírus.

1. AS VIOLAÇÕES DO DIREITO À CIDADE

A primeira contribuição que o Direito Urbanístico pode dar para o enfrentamento da crise sanitária que enfrentamos é apoiar uma análise do que acontece no Brasil, pensando nessas conexões entre o Direito e o processo de produção de cidades. Em boa medida, como já foi bem analisado em trabalhos de juristas e urbanistas[3], o Direito deu uma parcela importante de contribuição para que tenhamos hoje cidades tão segregadas quanto as brasileiras. O próprio direito individual de propriedade não foi relativizado no país nem com a introdução do princípio da função social da propriedade, que só veio a ter efeitos jurídicos concretos há muito pouco tempo, já na Nova República.

O acesso à terra, nesse cenário, foi muito desigual para ricos e pobres ao longo do Século XX. Para a população de maior renda, título pleno de propriedade e cidadania. Para a população de baixa renda, como povos tradicionais da floresta, povos indígenas, quilombolas, ribeirinhos e favelados, a mera posse e todas as dificuldades de exercer uma cidadania plena para quem não tem sequer um endereço no mapa da cidade. Assentamentos auto-produzidos, com habitações precárias e ocupação desordenada do solo, sem qualquer infra-estrutura, são, sem alternativa, o *habitat* de milhões de famílias brasileiras e, agora, o lugar onde o coronavírus mais se prolifera no país.

Enquanto as autoridades sanitárias recomendam isolamento social e que se lave às mãos com frequência, as famílias moradoras das periferias amontoam-se em barracos em que chegam a viver mais de 6 pessoas em um único cômodo.

3 Ver, por exemplo, o importante trabalho de Edesio Fernandes a respeito do tema: FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (Orgs.). Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

Além do adensamento excessivo, há milhares de assentamentos, favelas e vilas no Brasil que não possuem fornecimento regular de água potável, sendo abastecidas por carro-pipa. Segundo o IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em 2013, apenas 39% das moradias brasileiras tinham acesso a tratamento de esgoto (IPEA, 2016, p.104). É evidente que esse cenário é ideal para o coronavírus ampliar o espectro da contaminação e incrementar o número de óbitos no Brasil, enquanto a área médica intensifica a pesquisa científica em busca da cura da doença COVID-19.

Em um artigo como este, é imprescindível sublinhar que essa realidade urbana ofende o direito à cidade tal como positivado no Brasil, como uma diretriz da política urbana, tal como inscrito no inciso II do artigo 2º do Estatuto da Cidade:

> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
>
> I – Garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

Pode-se dizer que o direito à cidade está no coração do Direito Urbanístico enquanto disciplina, sendo, ao mesmo tempo, o objeto da disciplina, um princípio reitor da política urbana e um direito coletivo dos habitantes das cidades (ALFONSIN *et al,* 2017). Quando se verifica o conteúdo implicado no direito à cidade, percebe-se que ele enfeixa vários direitos urbanos, e é assim mesmo que ele também foi compreendido pelas Nações Unidas na HABITAT, III, que assim mencionou o direito à cidade no documento preparatório à Conferência: "o Direito à Cidade é um novo paradigma que fornece uma estrutura alternativa para repensar a urbanização e as cidades. Tem como perspectiva o cumprimento eficaz de todos os direitos humanos acordados internacionalmente [no território das cidades]."

Assim, é fácil perceber que a situação atual das favelas brasileiras é resultado de décadas de violação do direito à cidade pelos governantes brasileiros de todos os entes da Federação. Da mesma forma, fica fácil entender porque o contágio pelo coronavírus é tão elevado nesses territórios. Vamos ver agora como é possível, durante o período da crise sanitária que atravessamos, usar dos instrumentos de Direito Urbanístico para apoiar o enfrentamento da crise.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUAS APLICAÇÕES DURANTE A CRISE SANITÁRIA

Uma das principais recomendações das autoridades sanitárias e da Organização Mundial da Saúde para o enfrentamento da pandemia é o isolamento social, no entanto, como vimos, uma boa parte da população do país vive em favelas e a densidade dos assentamentos impede esse isolamento. Para que populações vulneráveis possam fazer uma quarentena adequadamente, o Direito Urbanístico recomenda a utilização de instrumentos que garantam a função social da propriedade.

O poder público municipal pode lançar mão da requisição administrativa de imóveis abandonados para que sejam utilizados por populações vulneráveis, como é o caso dos moradores de rua e dos idosos que vivem em favelas, para que possam ter uma quarentena adequada. A requisição administrativa é um instrumento que se fundamenta na função social da propriedade e, segundo o artigo 5º da Constituição Federal, "no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano". A requisição administrativa pode se dirigir a imóveis já identificados como imóveis não utilizados pelo poder público municipal, bem como pode ser direcionada a quartos de hotel durante a pandemia, especialmente nas capitais brasileiras mais atingidas pela pandemia.

Já há uma iniciativa importante neste sentido que é a campanha "Quartos de quarentena"[4], que dá visibilidade à proposta de requisição administrativa especificamente de quartos de hotel. Há campanhas neste sentido em Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife O Instituto dos Arquitetos do Brasil - Seção RS, inclusive, propõe que o poder público utilize estes instrumentos especificamente para que profissionais da área da saúde como médicos, enfermeiros e trabalhadores em hospitais façam isolamento, durante a pandemia de coronavírus, em hotéis que hoje estão ociosos pela baixa demanda durante esse período[5]. Em uma segunda etapa, o IAB pretende ampliar a campanha para abranger imóveis públicos ociosos, que poderiam abrigar populações que vivem em vilas precárias das cidades gaúchas.

Tais campanhas demonstram o quanto o princípio da função social da propriedade, central para o Direito Urbanístico, pode ser importante na motivação

4 Ver os termos da campanha "Quartos de quarentena" no site: https://www.quartosdaquarentena.org/ Acesso em 31/05/2020.

5 Sobre a campanha do RS: http://www.iab-rs.org.br/noticia/quartos-de-quarentena-preve-que-profissionais-da-saude-facam-isolamentos-em-quartos-vagos-de-hoteis.aspx Acesso em 31/05/2020.

de atos administrativos direcionados ao enfrentamento da crise sanitária.

3. JUSTA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS E BENEFÍCIOS DO PROCESSO DE URBANIZAÇÃO

O Estatuto da Cidade prevê, dentre suas diretrizes para a Política Urbana, a justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização. Essa diretriz orienta o poder público a utilizar instrumentos como as operações urbanas consorciadas, por exemplo, para redistribuir a renda gerada pela cidade. Mesmo a legislação de licenciamento ambiental e urbanístico já prevê que contrapartidas possam ser solicitadas aos empreendedores pela implantação de projetos que sobrecarregam a infraestrutura urbana e/ou são potencialmente causadoras de impactos ambientais e de vizinhança.

Em um período de normalidade, é comum que os municípios solicitem contrapartidas que compensem ou mitiguem os danos causados pelo empreendimento, muitas vezes, na própria região da cidade em que o impacto ambiental ou urbanístico. Pois bem: durante a pandemia de COVID-19, o Direito Urbanístico pode contribuir com o direcionamento de recursos oriundos desse processo de licenciamento urbano ambiental para a melhoria da infraestrutura nas periferias brasileiras.

Nesse processo redistributivo, é possível solicitar do empreendedor que instalar um shopping center na região mais nobre da cidade, que, em contrapartida pela sobrecarga da infraestrutura, o empreendimento implante a canalização necessária para o fornecimento de água potável em assentamentos desprovidos do acesso regular à agua, recurso tão necessário durante a pandemia. Além da água potável, infraestruturas emergenciais de coleta de esgoto e de resíduos sólidos também podem ser solicitadas.

Nesse jogo, duas questões devem ser sublinhadas: o incremento do volume de recursos públicos existentes para combater a pandemia, potencializando a participação da iniciativa privada no financiamento do desenvolvimento urbano e, por outro lado, o papel redistributivo que o poder público assume, ao identificar possíveis fontes de recursos e assentamentos carentes e candidatos naturais a destinatários desses recursos.

4. DIREITO À MORADIA E DESPEJO ZERO

A covid-19 é uma doença que se distribui de forma desigual na população, atingindo de forma muito mais dura os mais pobres, que vivem em condições precárias de moradia e, na maior parte dos casos, em locais desprovidos de infraestrutura. Além disso, uma das vulnerabilidades da população que vive em assentamentos informais é a insegurança da posse, já que é frequente a ausência de títulos que lhes garantam a segurança no exercício do direito de morar. Assim, para além das privações decorrentes da inexistência de serviços públicos, as populações das periferias estão muitas vezes sujeitas a despejos determinados por processos de reintegração de posse, muitas vezes em áreas coletivamente ocupadas e coletivamente despejadas.

Os despejos podem ser bastante violentos e as Nações Unidas tem uma preocupação com a violação de direitos humanos nesses eventos, tanto é assim que o Comitê dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais da ONU expediu o Comentário Geral nº7, que recomenda aos países signatários do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (BRASIL, 1992) que abstenham-se de promover despejos forçosos, realizados com violência. Esta já seria uma razão suficiente para que o país passasse a observar uma maior moderação na realização de despejos, todavia, a prática persiste e há casos recentes bastante preocupantes, como foram o despejo da favela Pinheirinho em São José dos Campos (KONZEN, 2014, p.223) e da ocupação Lanceiros Negros, em Porto Alegre (ALFONSIN; D'AVILA, 2019).

Durante o período de contágio do coronavírus, é muito importante que nenhum despejo se realize, tendo em vista que a vulnerabilidade da população de baixa renda se acentuaria ficando sem os precários abrigos que possuem nos assentamentos alvo das ações de reintegração de posse. Nesse sentido, entidades como o IBDU - Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico e o IAB - Instituto de Arquitetos do Brasil[6] lideraram um movimento dirigido ao Conselho Nacional de Justiça e a vários Tribunais de Justiça estaduais no Brasil, para que durante a pandemia de COVID-19, nenhum despejo ocorra no Brasil. A campanha despejo zero teve grande adesão das Defensorias Públicas e mesmo do Ministério Público Federal, que aderiram às razões esboçadas pelo IBDU para requerer, também, a suspensão do cumprimento de mandados de reintegração de posse, ou de qualquer despejo no território brasileiro, já que o tempo é de isolamento e não

6 Leia a íntegra da nota do IBDU e do IAB aqui: http://wp.ibdu.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Apelo-remocoes-covid-19.pdf Acesso em 01/06/2020.

de ficar exposto ao relento.

5. CONCLUSÕES

A pandemia do COVID-19 é vivenciada de maneira dramática pelas cidades brasileiras, em boa medida em função de razões históricas e relacionadas ao processo de produção de cidades no país, marcado por intensas desigualdades socio-espaciais. Nesse cenário, as favelas e periferias serão as áreas mais atingidas, devido à densidade populacional excessiva e à precariedade da infra-estrutura nessas áreas.

A violação do direito à cidade a que a população das periferias brasileiras está exposta,há décadas, revela-se agora como uma parte importante da explicação para os números assustadores da contaminação no país. Sem deixar de levar em conta a (ir)responsabilidade das políticas conduzidas pelo governo federal, é certo que a "questão urbana" pesou para a rápida expansão do vírus nas cidades brasileiras e, muito especialmente, em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro. O epicentro da epidemia é também o epicentro das violações ao direito à cidade.

Nesse cenário, o Direito Urbanístico tem uma grande contribuição a dar para o enfrentamento da pandemia, propondo uma agenda urbana para o COVID-19 que se concentra em três pontos centrais que recapitulamos agora. Em primeiro lugar, se propõe que os municípios tratem de gerar efeitos jurídicos concretos do princípio da função social da propriedade, com a aplicação de instrumentos como a requisição administrativa de imóveis abandonados, tanto públicos quanto privados. Além de medida de justiça social, pode ser medida sanitária de impacto para evitar novos contágios.

Em segundo lugar, é necessário redistribuir a renda urbana gerada pela cidade, direcionando as contrapartidas do licenciamento urbano e ambiental para a implantação imediata de infra-estruturas de emergência nos assentamentos periféricos. Esta medida ataca a crise fiscal dos municípios e permite um enfrentamento mais eficaz à pandemia, chamando os agentes do mercado imobiliário a contribuirem com o financiamento da infra-estrutura urbana necessária para abreviar a crise.

Finalmente, o Direito Urbanístico contribui com a superação da crise do coronavírus propondo a suspensão humanitária de todos os mandados de reintegração de posse e de despejos coletivos no Brasil, evitando, assim, que a crise sanitária seja também uma crise que aguce os conflitos fundiários no país.

Ao dar esta contribuição, os juristas que trabalham com Direito Urbanístico no país esperam que a crise sanitária no COVID-19 sirva de lição ao poder público e à sociedade acerca da necessidade de construir políticas públicas permanentes e capazes garantir o direito à cidade sustentável para todos e todas no país.

A SITUAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS KAIOWÁ E GUARANI NO MATO GROSSO DO SUL FRENTE À PANDEMIA: A NÃO APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS NORMATIVOS DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Bruno Boti Bernardi[1]

No dia 10 de abril de 2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotou a Resolução 1/2020 sobre Pandemia e Direitos Humanos nas Américas (CIDH, 2020a). No documento, a CIDH apresenta 85 recomendações sobre como os Estados americanos devem enfrentar e combater a pandemia sem desrespeitar padrões mínimos de vigência de direitos e com atenção especial, setorializada e prioritária para grupos mais vulneráveis que, por conta de suas posições sociais historicamente marginalizadas, encontram-se mais expostos à doença.

Nesse sentido, a resolução reconhece que a pandemia representa um grave risco à sobrevivência dos povos indígenas, sobretudo em decorrência da sua situação prévia de pobreza, ameaças e denegação secular de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. Consequentemente, a CIDH oferece nesse documento detalhadas recomendações aos Estados sobre políticas de proteção do direito à saúde dos povos indígenas. Esse conjunto de balizas, diretrizes e parâmetros normativos sobre as melhores práticas e padrões a serem seguidos deveria orientar as ações de autoridades e agências públicas no interior dos Estados. Frente ao cenário da pandemia que se coloca perante os povos indígenas Kaiowá e Guarani no Mato Grosso do Sul, o objetivo deste capítulo é o de apresentar tais recomendações da CIDH, a fim de demonstrar seu total desrespeito pelo Estado brasileiro. Essa situação gera um ambiente em que as graves e sistemáticas violações contra esses dois povos adquirem novas dimensões em razão das omissões e descaso com a saúde indígena no contexto da disseminação da Covid-19 nas aldeias, reservas indígenas e áreas de retomada de territórios.

1 Doutor em Ciência Política (USP) e Professor de Relações Internacionais e do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Email: brunoboti@gmail.com

1. POVOS INDÍGENAS E PANDEMIA: PARÂMETROS NORMATIVOS DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Com o propósito de garantir a proteção do direito à saúde dos povos e comunidades indígenas durante a pandemia, por meio da Resolução 1/2020 (CIDH, 2020a, p. 18), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos endereça aos Estados do nosso continente quatro eixos de ação com medidas de urgência, reforçadas por um comunicado de imprensa de 6 de maio de 2020 (CIDH, 2020b). Em primeiro lugar, a CIDH recomenda que os Estados forneçam informações sobre a Covid-19 no idioma tradicional das comunidades e com a ajuda de facilitadores interculturais, a fim de que as pessoas indígenas possam entender os efeitos da pandemia e as medidas adotadas para combatê-la. A manutenção e o fortalecimento das políticas de não contato com os povos indígenas em isolamento voluntário também são destacados como medidas necessárias para conter o avanço da Covid-19, especialmente em razão do risco de disseminação da doença pelas incursões ilegais de madeireiros, grileiros, garimpeiros e missionários religiosos fundamentalistas nos territórios desses povos.

No mesmo sentido, a CIDH exorta os Estados a aumentar as medidas de proteção dos direitos humanos dos demais povos indígenas, particularmente no quesito do direito à saúde, implementando protocolos de prevenção e sistemas de atendimento com uma pertinência cultural adequada, a qual leve em consideração, sempre que possível, cuidados preventivos, práticas curativas e remédios tradicionais usualmente utilizados pelas comunidades, respeitando assim a cosmovisão e diversidade cultural dos povos indígenas. Finalmente, a Comissão solicita a suspensão do andamento de iniciativas legislativas e projetos produtivos e extrativos relacionados com as terras indígenas durante a pandemia, pois as medidas de distanciamento social impedem a realização de processos genuínos de consulta prévia, livre e informada com os povos indígenas sobre o destino de seus territórios.

Assim, em suma,

> No contexto da pandemia da COVID-19, a CIDH reitera que os povos indígenas têm o direito coletivo e individual de usufruir do mais alto padrão possível de saúde física, mental e espiritual. É necessário formular e implementar políticas públicas que garantam o direito à saúde dos povos indígenas, incluindo a acessibilidade dos serviços e a disponibilidade de suprimentos (incluindo exames para o diagnóstico do COVID-19); a elaboração e implementação de protocolos de prevenção e contingência especializados e culturalmente adequados, que incluam o desenho

de estratégias de treinamento para agentes de saúde indígenas (como cuidadores e curandeiros tradicionais), e que forneçam a eles os elementos necessários à sua proteção (máscaras, luvas, desinfetantes, entre outros); bem como a adequação cultural dos cuidados médicos, que devem respeitar as visões de mundo dessas comunidades. Essas políticas públicas devem incorporar os princípios fundamentais da abordagem de direitos humanos, como os de participação social, igualdade e não discriminação (CIDH, 2020b).

2. OS POVOS KAIOWÁ E GUARANI NO MATO GROSSO DO SUL: PRECARIEDADE DO ATENDIMENTO DE SAÚDE E VULNERABILIDADE EXTREMA PERANTE A PANDEMIA

No Estado do Mato Grosso do Sul, que concentra a segunda maior presença de povos indígenas do país, logo depois da região amazônica, a não demarcação das terras indígenas dos povos Kaiowá e Guarani no sul do Estado produz uma situação estrutural e histórica de violação sistemática de direitos humanos. Em visita a Dourados, em 2016, Victoria Tauli-Corpuz, então Relatora das Nações Unidas para Povos Indígenas, demonstrou preocupações com a profunda discriminação racial e violência contra os povos Kaiowá e Guarani (UN, 2016).

Igualmente, em relatório preliminar sobre sua passagem pela cidade em 2018, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos confirmou a "grave situação humanitária enfrentada pelos povos Guarani e Kaiowá" (CIDH, 2018). No contexto da pandemia da Covid-19, esse quadro se agrava consideravelmente. A denegação do direito à terra aumenta a vulnerabilidade diante do avanço da doença, afetando cerca de 50 mil indígenas em diversos municípios da região de Dourados e do Cone Sul do Estado (MAPA GUARANI, 2017).

Tanto na superpovoada Reserva Indígena de Dourados, com seus quase 20 mil moradores em uma área de apenas 3,5 mil hectares, quanto nos inúmeros acampamentos precários dos indígenas nas beiras das estradas e nas áreas de conflito pela terra com fazendeiros, a grande presença populacional de indígenas em pequenos e restritos espaços territoriais gera dificuldades extremas de implementação de medidas de distanciamento social. A maioria das comunidades sofre com a falta d'água nas aldeias urbanas e não-urbanas, o que impossibilita medidas efetivas de higiene pessoal (MORANDI, 2020a). Nas comunidades em que há fontes de água como rios e riachos, sua contaminação por agrotóxicos dificulta também cuidados individuais e coletivos de limpeza (MORANDI, 2020b), assim como a ausência de um sistema de coleta de lixo na Reserva de Dourados (ADUEMS, 2020; CIMI, 2020).

Entre os povos Kaiowá e Guarani, boa parte dos indígenas vive com problemas crônicos de desnutrição, anemia e fome, aos quais se soma a alta incidência de tuberculose, hipertensão e diabetes (ARAÚJO, 2020b). Não bastassem todas essas fontes de vulnerabilidades, até o fim de março, o governo federal havia cancelado a entrega de cestas básicas para inúmeras comunidades indígenas Kaiowá e Guarani que vivem em áreas de litígio pela posse da terra, piorando ainda mais a situação crônica de desnutrição e fome (SHALDERS, 2020).

Além disso, a ausência de regularização das terras e, no caso da Reserva de Dourados, a impossibilidade de manutenção de uma produção agrícola própria em razão da sua restrita extensão territorial, impedem que as comunidades provejam sua subsistência e tenham autonomia econômica, obrigando os indígenas tanto a se deslocar para as cidades em busca de mantimentos e trabalho quanto a receber um fluxo constante de vendedores ambulantes nas comunidades. Como resultado, essa exposição dos indígenas nas cidades e o fluxo de indígenas e não-indígenas entre as aldeias e as áreas urbanas geram potenciais focos de contaminação e disseminação da doença (ADUEMS, 2020).

No dia 13 de maio, uma indígena da Reserva que trabalha em um frigorífico de Dourados testou positivo para Covid-19 após ter tido contato com ao menos outros 43 indígenas. Em 1º. de junho, dos 306 casos confirmados da doença em Dourados, 74 eram de indígenas, com uma morte sob suspeita – perfazendo pouco menos de 10% da população total da cidade, os indígenas concentram mais de 24% das infecções (DSEI/MS, 2020). Frente ao avanço da Covid-19 e à negligência do Estado na implementação do plano de saúde de contingência, em municípios como Dourados, Japorã, Coronel Sapucaia, Caarapó, Paranhos e Eldorado, os próprios indígenas têm montado e mantido bloqueios sanitários improvisados nas vias de acesso às comunidades a fim de conter a contaminação (O PROGRESSO, 2020b). Paralelamente, em um ambiente historicamente já marcado por práticas e discursos de desuminazação e marginalização social, a pandemia fez com que proliferassem os comentários racistas, de ódio e preconceito nas redes sociais contra os indígenas, vistos por parte da população não indígena local como possível ameaça de disseminação do vírus (ARAÚJO, 2020c).

Dada a falta crônica de um sistema de diagnósticos e de insumos e equipamentos médico-hospitalares, o Estado não dispõe de meios nem de monitorar o avanço epidemiológico da doença através da ampla testagem de casos suspeitos e nem de oferecer o atendimento médico de alta complexidade para os pacientes indígenas mais graves (CIMI, 2020). Embora exista um subsistema nacional de

saúde indígena articulado em torno da Secretaria Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde (SESAI/MS), os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs) de todo o país encontram-se subfinanciados ou com aplicação questionável de seus recursos, prestando atendimento precário marcado por postos de saúde em péssimas condições, com ausência de remédios e equipamentos para exames, além da falta de viaturas e de combustível para atender as aldeias e transportar pacientes (ANGELO, 2017; LEITE; TOMAZELA, 2019). Na Reserva de Dourados, no final do mês de abril, 25% dos servidores do subsistema de saúde indígena foram afastados, dificultando o trabalho de mapeamento de casos e o atendimento de pacientes (ARAÚJO, 2020a). No tocante à biossegurança, queixas sobre falta de insumos e equipamentos de proteção individual são constantes, mobilizando campanhas de doações (PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MATO GROSSO DO SUL, 2020).

Ademais, não existem leitos especializados de UTI na maioria dos municípios do sul do Mato Grosso do Sul que concentram a população indígena Kaiowá e Guarani e já se enfrentam problemas de transporte dos indígenas para os hospitais de outras cidades (BUREMA, 2020). Dada a discriminação racial imperante, em cenário de escassez de leitos, há temores bem fundados de que os indígenas não receberão atendimento. A cidade de Dourados dispõe de apenas 51 leitos públicos de UTI para toda a sua população (de indígenas e não indígenas), e garante ainda atendimento para outros 35 municípios do sul do Estado (GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, 2020; ADUEMS, 2020). O Hospital da Vida, referência no município para tratamento de casos de Covid-19 pelo Sistema Único de Saúde (SUS), antes mesmo do pico de casos, já funciona perto do seu limite máximo e terá de atender uma região de 800 mil pessoas, das quais 50 mil indígenas (O PROGRESSO, 2020a).

Por fim, no tocante à situação dos indígenas privados de liberdade, que em março de 2020 conformavam um grupo de 364 pessoas de diversas etnias, dentre as quais as Kaiowá e Guarani (AGEPEN/MS, 2020), o quadro é também preocupante. Nota-se que os presídios e centros de detenção operam acima da sua capacidade máxima e sem plano específico para os indígenas no caso de contágio das instalações carcerárias.

Desse modo, em suma, em um contexto historicamente grave de crise humanitária, fica clara a ausência de um plano do Estado com medidas de proteção e atenção específicas para os povos Kaiowá e Guarani que já se encontravam em situações de extrema vulnerabilidade muito antes da pandemia, o que provavel-

mente resultará em um saldo terrível e evitável de mortes. Esse panorama de amplas omissões do Estado brasileiro no combate e prevenção da Covid-19 aponta para o aprofundamento da política aberta de matar, fazer morrer e deixar morrer, que conecta os contextos vividos pelos povos indígenas do Mato Grosso do Sul com aqueles de outros grupos e populações historicamente discriminados, tais como as pessoas negras, pobres e que habitam as regiões periféricas das grandes cidades.

3. COMENTÁRIOS FINAIS

Em seus pronunciamentos oficiais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos têm ressaltado que a pandemia da Covid-19 acentua problemas estruturais e graves violações prévias de direitos humanos nas Américas, exacerbando desigualdades sociais e impactando de maneira muito mais severa os grupos sociais historicamente discriminados e marginalizados. Com a publicação da Resolução 1/2020 e de uma série de comunicados de imprensa, a expectativa da CIDH é a de que seus padrões normativos sejam usados pela sociedade civil, atores judiciais e órgãos autônomos de controle, funcionando assim como ferramentas para que os Estados sejam cobrados e pressionados a garantir atendimento e proteção eficazes de saúde para os povos indígenas. A implementação desses parâmetros ajudaria, portanto, a diminuir o abismo histórico que separa os povos indígenas e outros grupos sociais tradicionalmente marginalizados do efetivo gozo de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

No entanto, a análise da situação vivenciada pelos povos Kaiowá e Guarani no Mato Grosso do Sul revela um total desrespeito das recomendações e padrões normativos da CIDH sobre a pandemia. As carências estruturais do subsistema de saúde indígena geram um quadro de desabastecimento de insumos básicos, falta de leitos hospitalares, insuficiência de equipes médicas devidamente treinadas e aparamentadas, enormes dificuldades para detectar e isolar pacientes e impossibilidade de realização de todos os testes e exames necessários, o que compromete o acompanhamento e controle epidemiológico da Covid-19. A omissão da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) e do Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) de Mato Grosso do Sul no tocante à oferta de equipes médicas, materiais e locais adequados para a prevenção e o combate à Covid-19 levaram inclusive o Ministério Público Federal a ajuizar uma ação civil pública contra a União (Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul, 2020).

Desse modo, dada a precariedade do atendimento em saúde, nega-se fla-

grantemente "o direito coletivo e individual [dos povos indígenas] de usufruir do mais alto padrão possível de saúde física, mental e espiritual" (CIDH, 2020b). Encontra-se em xeque a acessibilidade dos serviços de saúde e os planos de prevenção e contingência não só não possuem o enfoque intercultural adequado como ainda padecem de outros problemas crônicos, dos quais se destaca a falta dos equipamentos de proteção individual necessários para as equipes de saúde indígena e a ausência de leitos em muitos municípios que possuem população indígena no Cone Sul do Estado. Como resultado, crescem ainda mais as fronteiras de discriminação racial que separam os indígenas dos não indígenas, e a condição étnica dos Kaiowá e Guarani novamente faz com que os indígenas sejam alvo das práticas e omissões desumanizadoras do Estado brasileiro, que expõe seus corpos, visões de mundo e modos de vida e existência constantemente à morte.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO IDOSO NO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO EM FACE DA PANDEMIA DO COVID-19

Catarina Cardoso Sousa[1]

O envelhecimento é um fenômeno inerente à vida humana. O tempo atinge a todos indistintamente, cobrando de cada um o preço do ambiente natural ou socioeconômico no qual se nasceu, assim como das decisões tomadas pelo indivíduo desde o seu ingresso na sua vida adulta.

Quando o ser humano atinge certa idade, as dificuldades físicas, mentais e sensoriais começam a comprometer a sua aptidão para se integrar à sociedade. Nessa fase da vida, o indivíduo física e socialmente vulnerável, demandando uma proteção social maior do que aquela esperada pelos mais jovens. É momento no qual o indivíduo se torna *idoso*.

Com o advento do Estado Social, a proteção do idoso deixou de ser apenas uma obrigação privada para se transformar numa obrigação estatal, consubstanciada na prestação de serviços públicos de saúde e de previdência.

Todavia, as transformações socioeconômicas e as inovações técnico-científicas que tornaram possível uma maior longevidade, também impuseram às sociedades contemporâneas o desafio de manter os idosos incluídos e participativos, sem prejuízo do respeito às respectivas dignidades.[2] Fatos que ensejaram a ampliação das obrigações estatais em face desses indivíduos.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 5 de outubro de 1988, não foi exceção nessa tendência, como se verifica ao se

---

1 Advogada, Professora, Especialista em Direito Constitucional e Mestra em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutoranda em Direito, Processo e Cidadania pela Universidade Católica de Pernambuco, Presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência do RN.

2 Sobre as projeções de envelhecimento da população brasileira e a proporção esperada entre crianças, adolescentes, jovens, adultos e idosos no período de 2010 a 2060, consultar https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=resultados

examinar o art. 201, I,[3] o art. 203, I e V,[4] o art. 229,[5] e o art. 230,[6] todos desse texto normativo.

Também é importante registrar a entrada em vigor da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPCD),[7] nos termos do art. 5º, § 3º,[8] da CRFB. Com o conceito jurídico-positivo de pessoa com deficiência, constante do artigo 1[9] da CDPCD, não se pode afastar a possibilidade do enquadramento de alguns idosos como pessoas com deficiência, pois, muitos deles desenvolvem quadros de síndromes demenciais ao longo da vida.

O objetivo do presente trabalho é examinar o regime jurídico-constitucional do idoso no sistema do Direito Positivo brasileiro e o impacto da CDPCD nos direitos fundamentais desse sujeito de direito em face a pandemia do Covid-19.

Nesse mister, emprega-a a metodologia preconizada pela Dogmática Ju-

3 Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:
"Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;".

4 Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:
"Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
(...)
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

5 Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:
"Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

6 Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:
"Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.
§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos".

7 Inserido no sistema do Direito Positivo brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 ("Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007") e pelo Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 ("Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007").

8 Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:
"Art. 5º (...)
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

9 Esse enunciado normativo tem a seguinte redação:
"Artigo 1
Propósito
O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.
Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas".

rídica (ou Ciência do Direito em sentido estrito),[10] que identifica o sistema do Direito Positivo em vigor como objeto de estudo.[11]

1. SOBRE O CONCEITO JURÍDICO DE IDOSO

Como bem leciona VILANOVA (1997), o sistema do Direito Positivo emprega uma linguagem prescritiva, enquanto que a Dogmática Jurídica usa uma linguagem descritiva.

As proposições jurídico-positivas – as normas jurídicas – são consideradas válidas ou inválidas, e se voltam para a disciplina da conduta humana intersubjetiva; já as proposições jurídico-científicas, por sua vez, à descrição daquelas, razão pela qual são classificadas como verdadeiras ou falsas conforme sua precisão (cf. DE SANTI, 1999; VILANOVA, 1997; 2000).

Quando um conceito é veiculado expressamente por um enunciado normativo, está-se diante de um *conceito jurídico-positivo*, que deve vincular necessariamente a interpretação e a aplicação do sistema do Direito Positivo (cf. DE SANTI, 1999). A Dogmática Jurídica disponibiliza *conceitos jurídicos-científicos*, elaborados com a pretensão de melhor compreensão desse sistema normativo e dos subsistemas que o compõem. Esses subsistemas, anote-se, são os *regimes jurídicos*.[12]

Na CRFB não há um conceito jurídico-constitucional de *idoso*, malgrado esse termo seja empregado em vários pontos de seu texto. Em rigor, cabe à lei a fixação da idade a ser empregada para a identificação do indivíduo como idoso. E ao fazê-lo, a pessoa natural[13] que atingir tal idade passa a ter a *situação jurídica*[14] de idoso. Situação jurídica que, aliás, é indispensável para a aplicação das normas constitucionais que integram o objeto do presente estudo.

Em tese, a discricionariedade do Poder Legislativo – ou liberdade de con-

10 Sobre a matéria, consultar: KELSEN, 1991; 1992; VILANOVA, 1997; 2000.

11 Entenda-se por sistema do Direito Positivo o sistema de normas jurídicas postas ou reconhecidas pelo Estado, que compartilham um fundamento último da validade, consubstanciado na Constituição, cuja legitimidade é presumida para permitir a cognição de tal ordenamento jurídico (cf. KELSEN, 1991; 1992; VILANOVA, 1997; 2000).
Entretanto, se adota a concepção que o sistema do Direito Positivo tem três planos: (i) o plano da existência; (ii) o plano da validade; e, (iii) o plano da eficácia (cf. MELLO, 2014; NEVES, 1988).

12 A identificação do regime jurídico passa pela constatação da existência de um conjunto de regras jurídicas no interior do sistema do Direito Positivo, que gravitam em torno de princípios jurídicos, voltadas para a disciplina de uma instituição ou fenômeno social específico.
Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, 2014; FRANÇA, 2000.

13 No Direito brasileiro, todo ser humano nascido com vida deve ser considerado pessoa natural.
Vide o art. 1º, III, o art. 4º, II, e o art. 5º, *caput*, ambos da CRFB.
Vide os arts. 1º e 2º da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001 ("Institui o Código Civil").

14 Sobre as situações jurídicas, consultar: MELLO, 2014.

formação,[15] caso assim se prefira – no exercício dessa competência não deve gerar incongruências no sistema do Direito Positivo. Todavia, a própria CRFB estabelece tratamentos diferenciados quando se trata da idade da pessoa natural nas hipóteses de incidência das normas jurídicas que ela veicula, tornando mais árida a identificação jurídica do idoso.

Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração os parâmetros de idade empregados pela CRFB para a outorga de direitos subjetivos no regime jurídico previdenciário.

Observe-se que a pessoa deve ter sessenta e cinco anos de idade (se homem) ou sessenta anos de idade (se mulher) para o reconhecimento de seu direito à aposentadoria pelo regime geral de previdência social, salvo em algumas situações expressamente previstas na CRFB nas quais esse tempo é reduzido em cinco anos.[16]

Já no regime próprio de previdência dos servidores públicos estatutários e vitalícios, esses requisitos de idade compõem o suporte fático da aposentadoria voluntária com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.[17] Contudo, para a percepção de proventos integrais, esses requisitos são reduzidos em cinco anos, sem prejuízo da exigência de trinta e cinco anos de tempo de contribuição (se homem) ou de trinta anos de tempo de contribuição (se mulher).[18]

Ainda no regime próprio de previdência dos servidores públicos estatutários e vitalícios, não se deve olvidar a aposentadoria compulsória, que deve ser expedida pela Administração Pública quando o agente atinge setenta anos de idade, salvo se a lei complementar estabelecer setenta e cinco anos de idade como requisito para esse ato.[19]

Já no art. 230, § 2º, da CRFB, prescreve-se a gratuidade dos transportes coletivos urbanos para os maiores de sessenta e cinco anos de idade. Como essa idade é empregada também para a concessão de benefícios previdenciários, poder-se-ia empregá-la como critério constitucional implícito para o conceito jurídico de idoso.

15 Sobre a matéria, consultar: CANOTILHO, 2000; DIMOULIS; MARTINS, 2009.
16 Vide o art. 201, § 7º, II, e § 8º, da CRFB.
17 Vide o art. 40, § 1º, III, "b", da CRFB.
18 Vide o art. 40, § 1º, III, "a", da CRFB.
19 Vide o art. 40, §1º, II, da CRFB.

Contudo, o art. 1º[20] da Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003,[21] define como idoso a pessoa com idade ou superior a sessenta anos. E, no § 2º[22] do mesmo dispositivo legal, prevê-se prioridade especial para as pessoas maiores de oitenta anos de idade, em face dos demais idosos, na aplicação do regime jurídico instituído por essa lei.

Pode-se discutir se o art. 1º do Estatuto do Idoso padeceria de inconstitucionalidade diante de um suposto conceito jurídico-positivo implícito na CRFB, que fixaria a idade de sessenta e cinco anos como parâmetro obrigatório para a eclosão da situação jurídica de idoso no sistema do Direito Positivo. Até mesmo, porque as políticas públicas voltadas à tutela do idoso têm repercussão na economia, seja na esfera pública, seja na esfera privada.

Contudo, a ideia de que aquele dispositivo legal seria mais generoso com a pessoa, reforçada pelo art. 5º, § 2º,[23] da CRFB, justificaria a sua validade constitucional no sistema de direitos fundamentais. O argumento da vedação ao retrocesso social, decorrência do dever de o Estado implementar progressivamente políticas públicas voltadas aos chamados direitos sociais, econômicos e culturais também seria certamente levantado.[24]

Numa perspectiva sociológica, um conceito jurídico-positivo de idoso que ignore os avanços socioeconômicos e técnico-científicos que tornaram possível a considerável melhoria de qualidade de vida dos mais velhos, e a expansão da produtividade das pessoas com sessenta anos de idade, acaba gerando distorções entre o sistema do Direito Positivo e a realidade que ele visa transformar. Notadamente no custeio do sistema previdenciário brasileiro, que demanda uma generosa base contributiva para a sua sustentação financeira.[25]

Embora seja tentadora a tese de que se deva afastar os conceitos jurídico-positivos na aplicação do Direito, quando desprovidos de amparo científico,[26]

---

20 Esse enunciado legal tem a seguinte redação:
"Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos".

21 "Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências".

22 Esse enunciado legal tem a seguinte redação:
"Art. 1º (...)
§ 2º Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos".

23 Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:
"Art. 5º (...)
§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

24 Sobre a matéria, consultar: GOTTI, 2012.

25 Vide o art. 40, o art. 149, § 1º, e o art. 195, todos da CRFB.

26 Nesse sentido, consultar: SOUTO, 1992; SOUTO; SOUTO, 1997.

até a decretação da inconstitucionalidade do art. 1º do Estatuto do Idoso pelo órgão jurisdicional competente, deve-se entender por idoso a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. Ou então, até a revogação desse dispositivo legal[27] ou a reforma do texto constitucional[28] para se definir o idoso de modo inequívoco.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO

Exorbitaria consideravelmente os limites do presente ensaio tratar de modo exaustivo de todo o rol de direitos fundamentais do idoso.[29] Afinal, todos os direitos subjetivos previstos no Título II da CRFB integram a esfera jurídica do idoso, pelo simples fato de ele integrar a humanidade.

Por essa razão, centralizar-se-á análise àqueles direitos fundamentais que seriam exclusivos ou mais pertinentes do idoso. Em especial, ao idoso brasileiro.[30]

No campo dos direitos individuais, merecem destaque a norma veiculada pelo art. 229 da CRFB, que estabelece o dever jurídico dos filhos de ajudar e amparar os pais na velhice. Não deixa de ser o reconhecimento pontual da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, a não se que se entenda que essa norma jurídica somente seria aplicável após sua regulamentação por meio do devido processo legislativo.[31]

À luz do art. 230, *caput*, da CRFB, não se pode negar ao idoso o direito de exercer de modo autônomo os direitos individuais que tornam possível a sua participação na comunidade, sob pena de se esvaziar os princípios da dignidade da pessoa humana[32] e da isonomia.[33] A velhice não pode ser vista como condi-

---

27 Vide o art. 2º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 ("Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro").

28 Vide o art. 60 da CRFB.

29 Adota-se aqui a concepção de que os direitos fundamentais são os direitos subjetivos que se encontram previstos em norma constitucional.
Todavia, há uma forte tendência doutrinária no sentido de se buscar em algum valor específico, o critério para a identificação do direito fundamental.
Sobre a matéria, consultar: ARAÚJO, 2015a; DIMOULIS; MARTINS, 2009; MENDONÇA, 2016; SARLET, 2001; PONTES DE MIRANDA, 1987.

30 Vide o art. 12 da CRFB.
Sobre o reconhecimento de direitos fundamentais para os estrangeiros, consultar: DIMOULIS; MARTINS, 2009; SARLET, 2001.

31 Vide o art. 5º, II, § 2º, o art. 22, I, o art. 48, *caput*, e o art. 59, todos da CRFB.
Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, consultar: CANARIS, 2003; DIMOULIS; MARTINS, 2009; SARMENTO, 2004.

32 Vide o art. 1º, III, da CRFB.

33 Vide o art. 5º, *caput*, I, da CRFB.
Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, 1993.

ção suficiente para a privação ou restrição desses direitos fundamentais. Logo, a idade avançada não é admitida como fator legítimo de discriminação no sistema do Direito Positivo.

Já no campo dos direitos políticos, estabelece-se que o alistamento eleitoral e o voto são facultativos para os idosos com mais de setenta anos.[34]

Na seara dos direitos sociais, veda-se expressamente que a idade seja usada como fator de discriminação salarial ou parâmetro de contratação nas relações jurídicas trabalhistas.[35] Nesse diapasão, não se pode recusar o acesso do idoso ao mercado de trabalho nem sua permanência neste, quando ele ainda dispõe de capacidade laborativa.

Ainda no domínio social, a diretriz constitucional do atendimento integral no Sistema Único de Saúde (SUS),[36] conjugada com o art. 230 da CRFB, impõe ao Estado o dever jurídico de disponibilizar os serviços públicos de promovam, protejam e recuperem a saúde dos idosos. Inclusive, os programas de amparo à saúde do idoso devem ser executados preferencialmente no seu lar, por injunção do art. 230, § 1º, da CRFB.[37]

Outro ponto relevante reside na prestação de serviços de assistência social para os idosos. Sabe-se que em certo momento da velhice, não mais como o idoso ficar sozinho, havendo a necessidade de se disponibilizar cuidador ou de abrigá-lo em instituições que o permitam o envelhecimento com dignidade e bem-estar. Nesse sentido, o art. 203, I, da CRFB prescreve para o Poder Público o dever de proteger e amparar os idosos que carecem de autonomia material para os atos do cotidiano.

Na questão da assistência social, o Estado também tem o dever jurídico de prestar um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.[38]

Por fim, reconhece-se ao idoso com mais de sessenta e cinco anos a gratuidade na prestação de serviços públicos de transporte coletivo urbano, nos termos do art. 230, § 2º, da CRFB. De todo modo, esse benefício social deve ser compatibilizado com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, reconhecida às

34 Vide o art. 14, § 1º, "b", da CRFB.
35 Vide o art. 7º, XXX, da CRFB.
36 Vide o art. 198, II, da CRFB.
37 Sobre a matéria, consultar: BARLETTA, 2010.
38 Vide o art. 203, V, da CRFB.

concessionárias e permissionários de serviço público.[39]

3. REPERCUSSÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS.

Ao contrário do que ocorre com *idoso*, há agora um conceito jurídico-constitucional de *pessoa com deficiência*, haja vista o status da CDPCD no sistema do Direito Positivo brasileiro.[40]

De acordo com o artigo 1 da CDPCD, as pessoas com deficiência "são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas".

Com efeito, o fato de a pessoa ser idosa não a faz necessariamente ser uma pessoa com deficiência, notadamente em face dos grandes avanços socioeconômicos e técnico-científicos, que hoje permitem que as pessoas permaneçam produtivas e integradas na sociedade por mais tempo.

Mesmo assim, conforme as características médicas do idoso, o envelhecimento tende a criar gradualmente os impedimentos que podem fazê-lo sofrer a incidência da norma jurídica veiculada por aquele enunciado normativo. E, o que é mais grave, esses impedimentos nem sempre se apresentam facilmente identificáveis, fato que pode comprometer a proteção constitucional que o Estado deve disponibilizar para o idoso com deficiência.

Dentre os princípios expressos na CDPCD, constata-se o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas com deficiência.[41] Também se confere à pessoa com deficiência o direito à capacidade civil de fato, devendo o Estado tomar todas as medidas apropriadas para que ela possa praticar os atos e negócios jurídicos pertinentes aos direitos de personalidade, de família e de propriedade.[42]

E, no que concerne à saúde, a CDPCD reforça o direito da pessoa com deficiência ao atendimento integral, que deve ser voltado para a sua inserção so-

39 Vide o art. 37, XXI, e o art. 175, ambos da CRFB.
Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, 2014.

40 Sobre a matéria, consultar: ARAÚJO, 2015b; HOSNI, 2016.

41 Vide o artigo 3, "a", da CDPCD.

42 Vide o artigo 4, o artigo 5, artigo 12, o artigo 19, o artigo 22, e o artigo 23, todos da CDPCD.

cioeconômica e político-institucional na comunidade da qual faz parte.[43]

Entretanto, não se pode perder de vista que o idoso com deficiência, conforme sua patologia, pode padecer da perda gradual das faculdades mentais mínimas que lhe permitem tomar decisões com o devido discernimento e segurança, até a sua total alienação da realidade. É o que ocorre, por exemplo, com as pessoas com o Mal de Alzheimer, que tendem a ser idosas.

Por conseguinte, a intepretação e a aplicação das normas da CPDCD para os idosos com deficiência cognitiva devem necessariamente levar em consideração as especificidades de cada indivíduo. Pensar o contrário, com a devida vênia, implicaria na exposição da vida, da dignidade e do bem-estar do idoso a riscos fatais e danos irreversíveis.

Nesse contexto, impõe-se a cautelosa conjugação entre o Estatuto do Idoso e a Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015,[44] com vistas a se prevenir que o idoso com deficiência cognitiva se torne uma minoria dentro de uma minoria. Todavia, o exame da conciliação constitucional entre esses dois diplomas legais exorbita os limites do presente trabalho.[45]

4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS IDOSAS E A SUA VULNERABILIDADE EM FACE DO COVID 19

Os primeiros registros do surgimento do Covid 19, ocorreu na China, no fim de 2019, se alastrando de forma muito rápida por diversos paises.

A Organização mundial de saúde, (OMS), observando a gravidade e letalidade proveniente do contagio, classificou como pandemia a patologia causada pelo vírus, SARS-COV-2, que apresenta como principais sintomas, febre, tosse seca e dificuldade respiratória.

Em razão do grande potencial de letalidade, o isolamento e distanciamento social são as medidas profiláticas mais eficientes hodiernamente para evitar o contagio.

---

43 Vide o artigo 25 da CDPCD.

44 "Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)". Conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, essa lei foi editada para regulamentar a CDPCD. Em seu texto, produziu-se várias transformações em vários pontos da legislação em vigor, merecendo aqui destaque aquelas realizadas no Código Civil em vigor.

45 Cite-se, por exemplo, o impacto do Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime jurídico da capacidade civil.
Sobre a matéria, consultar: CARVALHO, 2016; RIBEIRO, 2016; STANCIOLI, 2016.

Nesse entendimento, o grau de mortalidade do Covid 19, requer do Estado medidas profiláticas e emergências, visando proteger os grupos mais susceptíveis ao contagio do vírus.

As pessoas idosas, em virtude do processo natural e biológico de envelhecimento, são mais susceptíveis ao contagio do Covid 19.

O Direito preferencial 'a saúde da pessoa idosa, (profilatica e terapêutica), surge como aparato essencial para o elevação do princípio da pessoa humana, conforme preceitua o art. 15 do Estatuto do idoso.[46] Reconhecendo a pessoa idosa dentro da sua estrutura biopsicossocial.

5. CONCLUSÃO

No Confronto com a pandemia do Covid 19, a pessoa idosa requer mais proteção do Estado, essencialmente em virtude das suas vulnerabilidades.

Nesse entendimento, cabe ao Direito exigir uma proteção ainda mais veemente, em busca da proteção das minorias mais indefesas, obstaculizando qualquer politica que venha discriminar a pessoa idosa dentro da sua estrutura biopsicossocial.

---

46 **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.
§ 1o A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:
I - cadastramento da população idosa em base territorial;
II - atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;
III - unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;
IV - atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;
V - reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravo da saúde.
§ 2o Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.
§ 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.
§ 5o É vedado exigir o comparecimento do idoso enfermo perante os órgãos públicos, hipótese na qual será admitido o seguinte procedimento: (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013)
I - quando de interesse do poder público, o agente promoverá o contato necessário com o idoso em sua residência; ou (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013)
II - quando de interesse do próprio idoso, este se fará representar por procurador legalmente constituído. (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013)
§ 6o É assegurado ao idoso enfermo o atendimento domiciliar pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pelo serviço público de saúde ou pelo serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o Sistema Único de Saúde - SUS, para expedição do laudo de saúde necessário ao exercício de seus direitos sociais e de isenção tributária. (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013)
§ 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).

O LEGADO DA PANDEMIA PROVOCADA PELO COVID-19 NA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Caroline Lobato[1]

Apesar da evolução histórica da humanidade, como um todo, tendo sobrevivido às duas grandes guerras mundiais, graves crises econômicas e de saúde pública, provocadas por grandes epidemias, o cenário atual não encontra precedentes semelhantes que possam servir de diretriz de superação da crise mundial provocada pela pandemia pelo avanço do vírus COVID-19, deflagrada no início de 2020[2].

A gravidade dos efeitos da pandemia gerou a necessidade da adoção de uma série de medidas de contenção[3], que representaram queda drástica na arrecadação pública, a paralização de grande parte das atividades públicas e privadas e a necessidade de remanejamento de verbas públicas para financiamento soa serviços públicos imprescindíveis para superação da mais grave crise do século em curso[4].

---

1 Advogada, Doutora em Direito e Professora Universitária. Tem experiência na área de Direito Público, especialmente nos ramos do Direito Administrativo, Regulatório e Econômico. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2008); Foi Conciliadora Federal (2009-2010), Assessora Jurídica Concursada do Estado de Pernambuco (2010-2011); Especialista em Direito Administrativo pela UFPE (2010); Mestra em Direito pela UFPE (2012); Doutora em Direito pela UFPE (2017); Atualmente, é advogada atuante, professora e pesquisadora na graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco e outras Ies. Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB-PE. Membro do GEDA – Grupo de Estudos e Direito Administrativo (UNICAP).

2 A Pandemia pelo COVID-19 foi anunciada pela Organização Mundial de Saúde, 11 de março de 2020, com o reconhecimento da incidência de casos comprovados, em 81 países de todo o mundo, da síndrome gripal aguda, altamente contagiosa, sem que haja conhecimento acerca da ação maléfica do vírus em seres humanos, do seu real potencial letal, nem de tratamento clínico ou vacina, até hoje. A proliferação da doença teve início na China, tendo como origem provável consumo humano de morcegos contaminados pelo vírus, que tem índice de contagio assustador e tem como repercussão gravosa o comprometimento pulmonar e necessidade do uso pelos infectados de respiradores artificiais, em Unidades de Terapia Intensiva – UTIs, por muitos dias, gerando colapso dos sistemas de saúde pública e privada de países com melhor desenvolvimento econômico, inclusive.

3 Medidas excepcionais vem sendo adotadas, inclusive, pelo Conselho de Estado Francês, que permitiu afastamento de garantias constitucionais, de forma excepcional, durante o período de pandemia: "La Constitution n'est pas suspendue, mais on peut y déroger en raison des circonstances liées à la crise du Covid-19. C'est le raisonnement totalement inédit que le Conseil a tenu dans as décision rendue jeudi 26 mars sur la loi organique du 23 mars, votée avec la loi sur l'état d'urgence sanitaire. Cette loi organique est constituée d'un article unique. Elle suspend jusqu'au 30 juin le délai dans lequel le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et celui dans lequel ce dernier doit statuer sur une telle question." Disponível em: https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/03/28/coronavirus-l-etat-d-urgencesanitaire-ouvre-des-breches-dans-l-etat-de-droit_ Acesso em: 21.05.2020.

4 A Emenda Constitucional nº 106, de 07 de maio de 2020, conhecida como a Emenda do "Orçamento de Guerra", instituiu um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações, para enfrentamento do estado de calamidade pública nacional decorrente de pandemia do COVID-19. A emenda permite que o Governo possa gerir contas públicas com regras fiscais e administrativas menos burocráticas e, também, possibilita a separação do Orçamento destinado ao combate à pandemia a do Orçamento Geral da União. As medidas trazidas pela

A situação caracteriza-se como algo inédito e de efeitos imprevisíveis, o que demanda soluções também inovadoras na necessidade de flexibilizar rígidas normas jurídicas, inclusive, permitindo a continuidade da prestação de serviços públicos à comunidade.

No Brasil, foi criado um plano de contingência, baseado no que dispõe a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Entretanto, a pandemia provocada pelo Novo Coronavírus provoca ataque sistêmico no sistema de serviços públicos de toda ordem, provocando crises sistemáticas nas áreas de saúde, economia, infraestrutura, educação, etc. Nenhuma norma jurídica de crise seria precisa o suficiente para prover o gestor público das armas necessárias para atacar as diversas situações imprevisíveis com a qual veem se deparando.

Acresce a problemática, ainda, a negativa dos efeitos da pandemia pela presidência e fato de não existir tratamento uniforme e nem plano de ação centralizado pelo Governo Federal, através de diretrizes emitidas de forma coerente com as recomendações dos organismos internacionais de saúde pública e vigilância sanitária[5]. Dessa forma, os Estados e Municípios, de forma descoordenada, passaram a atuar diretamente no enfrentamento e combate ao COVID-19, com a adoção de ações preconizadas na referida lei, através da efetiva prestação de serviços públicos.

1. A PANDEMIA PELO COVID-19 E OS PROBLEMAS RELACIONADOS À GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O maior desafio de autoridades públicas consiste em coadunar a preservação da vida e da saúde através das recomendações sanitárias de afastamento, isolamento e quarentena da população, com a manutenção da ordem pública, da continuidade de atividades econômicas e sociais de caráter essencial. Ao tempo que sob o manto da constitucionalidade e legalidade, todos os direitos a serem preservados assumem fundamental e igual importância na ordem jurídica.

> Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana reclama condições mínimas de subsistência, existência digna conforme

Emenda só podem ser aplicadas durante o período de pandemia em curso e prevê, dentre outras medidas, que o Poder Executivo Federal poderá adotar processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, se possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes.

5 OMS – Organização Mundial de Saúde.

> os ditames da justiça social como fim da ordem econômica. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade. Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura; a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai em extrema necessidade, pois a igualdade e dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. Resulta escandaloso o fato de das sucessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros ou os povos de uma mesma família humana. Contrarias à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e a paz social e internacional[6].

Em se tratando de direitos constitucionais de ordem social, tais como saúde, educação, alimentação, trabalho e moradia, dentre outros assegurados no artigo 6º da Constituição de 1988[7], a saúde foi consagrada como direito social fundamental[8], nesse sentido este artigo garante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, dentre outras coisas, para proteção e recuperação da sociedade.

Os direitos ligados ao social valem como pressupostos de realização de direitos individuais, na medida em que criam condições materiais para o gozo da igualdade material, que permite a efetividade das liberdades. Tais direitos podem assumir dupla vertente:

> [...] uma, de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique à saúde, outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e ao tratamento delas[9].

O avanço constitucional em matéria de direito à saúde e demais direitos sociais, sem dúvidas, se deve à universalização do acesso a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros, aqui residentes aos serviços disponibilizados pelo Poder Público na concretização de uma existência digna, própria do Estado de bem-estar social.

Em se tratando de direito à saúde, o art. 196[10] da Constituição consagra

---

6 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 41.

7 Constituição de 1988: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

8 A Constituição de 1988 foi a primeira a garantir à saúde o status de direito fundamental, seguindo a tendência global: a Constituição italiana reconhece a saúde como direito individual e de interesse coletivo (art. 32); a Constituição portuguesa, no art. 64; e a Constituição espanhola, no art. 43.

9 CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3 ed., V. I, p. 342.

10 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

que a saúde é dever do Estado como um todo, assim compreendidos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que deverão fazer por si próprio ou através de entidades públicas ou paraestatais. A competência em matéria administrativa é comum[11] a todos os entes federativos também no que concerne à maior parte dos direitos sociais, previstos na Constituição.

Desse ponto, surgem as maiores problemáticas na gestão de serviços públicos. A adoção do federalismo de cooperação não teve seu delineamento jurídico discriminado no texto constitucional. Desse modo, a prestação de serviços públicos comuns a mais de um ente federativo rende ensejo a um verdadeiro desgoverno de superposição e vácuo administrativo, ante a ausência de política pública bem delimitada. A pandemia do COVID-19 evidenciou o problema através da dificuldade encontrada, principalmente, na gestão do serviço público de saúde[12].

É possível identificar dificuldades na gestão dos serviços públicos relacionados ao contexto de pandemia, tais como: a aquisição de insumos, como a compra de medicamentos e materiais médico-hospitalares, através de licitação ou de contratação direta; dificuldade nas contratações públicas e real dimensionamento de preços para fins de avaliação objetiva das propostas apresentadas; déficit na contratação de pessoal da área de saúde, pelo imperativo constitucional da regra do concurso público; falhas na fiscalização dos contratos firmados com particulares para fornecimento ou gestão direta de serviços públicos; problemas na distribuição de renda mínima aos necessitados, que gerou grande aglomeração de pessoas nas agências e lotéricas; inaptidão dos gestores locais em conter os efeitos negativos de políticas públicas de urbanização e saneamento básico, que inviabilizam o afastamento/isolamento social e prevenção da contaminação; dentre outros equívocos de ordem administrativa.

2. DA REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

São legalmente considerados serviços públicos toda "atividade administra-

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

11 A competência comum significa que a prestação do serviço por um ente não exclui a participação dos demais, no mesmo sentido. Trata-se de poder-dever atribuído igualmente a todos os entes públicos de empreender esforços, no uso de poderes administrativos necessários, para a garantia da satisfação dos interesses públicos presentes na formulação de políticas pública e prestação dos respectivos serviços públicos à nível geral, regional ou local.

12 Diante da pandemia provocada pelo Novo Coronavírus, o STF reconheceu a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios para praticar ações e executar serviços no combate ao COVID-19.

tiva ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública"[13]. A Constituição regulamenta, no inciso IV, do parágrafo único, do seu art. 175, a obrigatoriedade do Poder Público manter em funcionamento serviço público adequado[14] às necessidades e comodidades da população a serem atendidas através dele. A prestação de serviços públicos deve atender às diretrizes gerais principiológicas[15], dentre as quais se destaca a eficiência e continuidade.

A promulgação da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que regulamenta o §3º do artigo 37 da Constituição, dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública e representa um avanço nos direitos básicos dos usuários de serviços públicos[16].

A questão da continuidade e qualidade dos serviços públicos deve ser de especial observância no que concerne aos serviços públicos de natureza essencial[17], cujo rol nunca foi definido pelo legislador ordinário, tornando pantanoso o terreno jurídico nessa seara. O conceito de essencialidade foi construído a partir dos entendimentos doutrinários, diante dos casos concretos.

Nesse sentido, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 – a Lei do Coronavírus, apesar de seu caráter excepcional, foi promulgada para dispor sobre as medidas para enfrentamento do COVID-19 e regulamentada pela Medida Provisória nº 926, de 2020 e pelos Decretos nº 10.282 e 10.288, de 2020, que especificam as atividades essenciais para fins de aplicação da lei, em caráter federal[18], oferecendo maior segurança jurídica na delimitação dos serviços públicos

13 Art. 2º, inciso II, da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.

14 "Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas"(§ 1º, art. 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

15 Princípios definidos com base na previsão normativa no § 1º, art. 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

16 A Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017 prevê, dentre os direitos dos usuários de serviços públicos, a igualdade no tratamento, vedado qualquer tipo de discriminação; o atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e prioridades asseguradas por lei; além da aplicação de soluções tecnológicas para simplificar os processos e procedimentos.

17 O artigo 37, VII da Constituição, que regulamenta o direito de greve dos servidores públicos, é considerado uma norma constitucional de eficácia limitada, uma vez que depende de regulamentação através de norma infraconstitucional para completa aplicação. Assim, diante da omissão legislativa do Congresso, o STF se manifestou - Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712 - pela aplicação ao setor público, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89), que define o rol de serviços considerados essenciais no art 10.

18 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6341 – na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do Novo Coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte,

de natureza essencial.

3. AFASTAMENTO SOCIAL VERSUS CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

A pandemia provocada pelo Novo Coronavírus (COVID-19) se trata de uma grave crise sanitária global, em curso. Não existe ainda solução médica convencional para contenção e enfretamento, ou seja, não existe qualquer vacina e nem tratamento específico, até o presente momento. A única medida que vem se mostrando comprovadamente eficaz é o afastamento social das pessoas como um todo, em suas residências; além do isolamento total de quem possivelmente possa ter entrado em contato com o vírus das demais pessoas, inclusive familiares; e a quarentena compulsória, dos comprovadamente infectados.

O problema é que não é possível manter as pessoas dentro de suas casas por muito tempo, sem que precisem de contato com o mundo exterior para fins de atendimento de suas necessidades essenciais, como acesso a alimentos e medicamentos. Além disso, muitos cidadãos trabalham no fornecimento dos serviços públicos ou privados, de natureza essencial. Dessa forma surge um paradoxo que leva muitas pessoas a precisar se expor ao risco em nome do interesse individual, acessando serviços essenciais; ou em nome do interesse público, atuando no fornecimento de serviços públicos essenciais ou serviços privados de interesse público essencial.

Acresce a isso o binômio autoridade-liberdade entre a autoridade do Poder Público que mantem medidas restritivas de afastamento social da população, utilizando o poder de polícia para garantir o conteúdo coercitivo delas, prevalecendo a máxima do princípio da supremacia dos interesses públicos sobre o particular; e a liberdade constitucional do cidadão[19], encarada objetivamente por diferentes aspectos. Conforme a definição de Jean Rivero: "A liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu

quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelo requerente, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo amicus curiae Federação Brasileira de Telecomunicações - FEBRATEL, o Dr. Felipe Monnerat Solon de Pontes Rodrigues; pelo interessado, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

19 O direito à liberdade é fruto de conquista histórica do homem, que se tornou cada vez mais livre na mediada em que ampliou o seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais, de modo que, a liberdade é uma conquista constante da humanidade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, conceitua a liberdade como "poder de fazer tudo o que não prejudique a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram os demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites só a lei pode determinar. [...] A lei não pode proibir senão às ações nocivas à sociedade".

comportamento pessoal"[20]. Contudo, ainda que se trate de direito fundamental (art. 5º, caput e inciso XV), a liberdade não é direito absoluto, devendo se coadunar com os interesses gerais da comunidade, impresso nas leis em geral, de forma razoável e proporcional.

Neste sentido é legítimo, de acordo com a ordem jurídica nacional, que na situação excepcional provocada pela pandemia, possam os entes públicos determinar medidas limitadoras das liberdades individuais, em razão e na proporção necessária para reduzir o risco de contágio, tal qual discriminado no art. 3º da Lei n.13.979/2020. Permitindo, entretanto, que o afastamento seja flexibilizado em relação àqueles que trabalham na manutenção dos serviços públicos e privados de caráter essencial.

4. INSTRUMENTOS JURÍDICOS ASSECURATÓRIOS DA MANUTENÇÃO DO FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Com o fito de garantir a regularidade e continuidade dos serviços públicos essenciais, em tempos de pandemia, os gestores públicos precisaram usar de instrumentos jurídicos perdidos no texto constitucional e na legislação administrativa, de forma inédita, muitas vezes. Serve de exemplo o caso da requisição administrativa de hospitais privados desativados e de insumos médico-hospitalares para fazer cessar a situação de iminente perigo público, pela ausência de leitos de enfermaria e UTI para infectados pelo COVID-19[21], com base no art. 5º, XXV da Constituição e art. 3º da Lei nº 13.979/2020.

O desafio da gestão pública consiste em dar continuidade aos serviços públicos essenciais, ao mesmo tempo, preservando a saúde de todos pelo afastamento social e minimização do risco de contágio pelo COVID-19 de usuários e agentes públicos envolvidos na atividade[22]. Nesse sentido, a aquisição de insumos necessários para a proteção individual dos agentes públicos precisou ser facilitada pela possibilidade de contratação direta do fornecedor, com dispensa legal de

20 RIVERO, Jean. *Les Lebertés Publiques: I- Les Droits de l'Homme*, p.14. Apud. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71.

21 Em Pernambuco, o Decreto Estadual nº48.831, de 19 de março de 2020, determinou a requisição de bens imóveis, benfeitorias e equipamentos na intensificação das ações de controle e enfrentamento de contágio pelo COVID-19. Disponível em: https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=49470&tipo= Acesso em: 01.06.2020.

22 No Brasil, foram identificados 199.768 profissionais de saúde com suspeita de covid-19. Destes, 31.790 foram confirmados e 114.301 estão em investigação. Dentre os casos suspeitos, os mais atingidos são técnicos ou auxiliares de enfermagem (34,2%), enfermeiro (16,9%), médico (13,3%) e recepcionista (4,3%), conforme dados disponibilizados pela Agência Brasil, em 14.05.2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-05/no-brasil-31790-profissionais-de-saude-contrairam-covid-19. Acesso em: 01.06.2020.

licitação[23], aquisição de equipamentos usados – facilitando a compra de respiradores – e pagamento adiantado pela Administração Pública, como medidas de desburocratização da contratação pública, conforme previsão normativa do art. 4º, da Lei nº 13.979/2020.

Contudo, a flexibilização legal das possibilidades de contratação pública não devem representar carta branca para o gestor público aplicar recursos governamentais de forma temerária ou irresponsável. A discricionariedade administrativa, no uso das práticas legalmente previstas para facilitar o enfrentamento da pandemia, deve ser devidamente justificada pela exposição de motivos e sujeita aos mecanismos de controle das atividades administrativas[24].

O déficit de pessoal da área de saúde não afasta a necessidade de cumprimento dos dispositivos constitucionais acerca da admissão de pessoal através de concurso público, via de regra (art. 37, II da CF); e excepcionalmente, através de seleção pública simplificada, para situação de excepcional interesse público (art. 37, IX da CF)[25]. A ausência de uma política pública em matéria de recursos humanos bem conduzida pode gerar problemas da condução dos serviços públicos, além de responsabilização do gestor, no futuro.

O exercício do poder de polícia na fiscalização dos contratos administrativos firmados em tempos de pandemia, com antecipação do pagamento, inclusive, deve ser rigorosamente observado, na garantia da indisponibilidade dos interesses públicos. Além disso, a prerrogativa é importante na manutenção da ordem pública e manutenção do afastamento social, até mesmo, em relação aos usuários de serviços públicos que buscam atendimento na rede. Infeliz exemplo de falha, nesse sentido, foi verificado através de inúmeros flagrantes jornalísticos de pessoas aglomeradas em filas de atendimento, dentro e fora, das agências e lotéricas para obter acesso ao programa de renda mínima emergencial do governo federal[26].

---

23 Foram realizadas 3.638 compras, com movimentação de 1,88 bilhões de reais em recursos públicos, em contratos relacionados ao combate ao COVID-19, segundo informações disponíveis no Portal de Compras do Governo Federal. Disponível em: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/transparencia/60-transparencia/1284-transparencia-dos-dados-de-dispensa-no-combate-ao-covid-19 Acesso em: 01.06.2020.

24 Reforça a ideia de responsabilização administrativa pelos atos administrativos, na gestão pública o recente julgamento de pedidos de medida cautelar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431), ajuizadas contra a Medida Provisória 966/2020, que restringe a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da Covid-19 aos casos de dolo ou erro grosseiro. O resultado do julgamento foi que interpretação da MP deve se dar conforme a constituição, no sentido de que seja considerado como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos.

25 Recentemente, o STF julgou a ADI nº 5.406 em que, por unanimidade, foram julgadas inconstitucionais três leis complementares do Estado de Pernambuco que permitiram o ingresso, sem concurso público, de 400 servidores no quadro efetivo da Agência Reguladora de Pernambuco – ARPE, da Procuradoria Geral do Estado – PGE e Fundação de Aposentadorias e pensões do Estado de Pernambuco – FUNAPE.

26 A lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, prevê que, durante o período de 3 (três) meses, será concedido auxílio

Finalmente, é possível constatar que os frutos da ausência de política pública de provimento de infraestrutura dos espaços urbanos, tais como: caráter precário ou ausência de moradias para população, falta de saneamento básico, indisponibilidade de acesso à **água potável e devida coleta de resíduos sólidos. Tudo isso** precariza **a saúde da população brasileira, como um todo, e dificulta ainda mais o enfrentamento do COVID-19 pelos gestores locais, na maioria das vezes, reféns dos repasses de recursos públicos da esfera estadual e federal.**

Soma-se a esse cenário desastroso, a crescente desigualdade social e dependência das políticas públicas, por parte da população, e a inaptidão dos gestores públicos em conter os efeitos negativos da sobrecarga ocasionada pela pandemia sobre os serviços públicos, já deficitários, dentre outros equívocos de ordem administrativa. Muitas perguntas permanecem incógnitas, como por exemplo, a de qual será o destino da estrutura dos hospitais de campanha após a pandemia. Contudo, há certeza de que somente o fortalecimento de políticas públicas integradas de serviços públicos essenciais à existência digna, indo além dos aspectos puramente de saúde pública, seriam capazes de viabilizar o afastamento/isolamento social e prevenção da contaminação pelo COVID-19, reduzindo a propagação dos riscos e malefícios sobre a ordem social e econômica[27].

5. CONCLUSÃO

O gravíssimo quadro de pandemia provocada pelo COVID-19, do qual decorre crise global de ordem sanitária, econômica e social, sem precedentes, gerou a necessidade de adoção de uma série de medidas públicas de contenção dos seus graves efeitos. Dentre os quais, podemos citar a paralização de grande parte das atividades públicas e privadas, queda de receitas públicas, e a necessidade de redirecionamento de verbas para atender a essa calamidade – a mais grave e mais extensa do século XXI. A situação é singular e seus efeitos danosos ainda não são dimensionáveis.

Dessa forma, não só no Brasil, mais em qualquer outro país do mundo, houve a necessidade de flexibilizar as normas jurídicas, inclusive pertinentes ao

emergencial no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os requisitos legais para tanto.

27 Os países mais bem sucedidos no combate ao Novo Coronavírus (Nova Zelândia, Noruega, Taiwan, Alemanha e Islândia), além do fato de serem governados por mulheres, tratam-se de economias desenvolvidas, com sistemas de saúde solidamente estabelecidos e preparados para lidar com emergências, além de contarem com um sistema de assistência social estabelecido e alta pontuação na maioria dos indicadores de desenvolvimento humano.

orçamento público, como estratégia de enfrentamento da pandemia, na manutenção da ordem pública, pela manutenção de serviços públicos essenciais, e socorro aos mais necessitados, através de políticas públicas afirmativas de assistência social. A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 foi promulgada para oferecer diretrizes gerais de enfrentamento da situação de emergência de saúde pública, apenas durante o período da pandemia, junto com outras normas regulamentadoras. Dentre outras medidas, a lei prevê a possibilidade de determinação de afastamento social, isolamento e quarentena domiciliar, visando reduzir contato físico e, portanto, o risco de contágio entre as pessoas.

Dentre os principais problemas evidenciados, nesse período, estão o desafio da gestão pública consiste em dar continuidade aos serviços públicos essenciais, ao mesmo tempo, preservando a saúde de todos pelo afastamento social e minimização do risco de contágio pelo COVID-19 de usuários e agentes públicos envolvidos na atividade; a coordenação das ações públicas de enfrentamento entre os entes federativos, de forma planejada; a contratação dos insumos necessários; o déficit na contratação de pessoal da área de saúde; os problemas na distribuição de renda mínima emergencial aos mais necessitados, dentre outros equívocos de ordem administrativa.

A forma como os gestores públicos vêm enfrentando as crises provocadas pela pandemia através da prestação de serviços públicos, ainda de forma descoordenada, demonstra que o engajamento na efetivação de políticas públicas de ordem social ainda é melhor remédio contra crises, protegendo especialmente os hipossuficientes numa sociedade desigual e extremamente fragmentada.

A invocação do princípio da solidariedade na condução da res pública e dos serviços públicos adjacentes nunca foi tão atual e necessária. Um dos principais legados decorrentes da pandemia deve ser a capacidade de inovar, dentro dos limites legais e orçamentários, contando com o engajamento social, também, de atores privados na superação das concomitantes crises. Muito embora, o terreno seja de incertezas de toda ordem e exija grande esforço, principalmente do Estado, em conduzir a transição para um novo padrão de normalidade e do que será o novo papel do Estado na condução de serviços públicos.

VULNERABILIZAÇÃO SOCIAL E NECROPOLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASÍL PÓS-2016: TRABALHO DOMÉSTICO, PANDEMIAS E OUTRAS TRAGÉDIAS SOCIAIS EM TERRAE BRASILIS

Ciani Sueli das Neves[1]

Phablo Freire[2]

Os jornais no ano de 2020 dedicaram intensa ênfase à morte. O mundo – à época - atravessou uma pandemia. Nisto, a pauta, o tema, a tônica passou a ser a morte. Sempre urgente, em cada chamada qualquer que fosse a plataforma; digital, tradicional, alternativa, fidedigna ou *fake*. A morte verte-se em interesse nacional. Mas importa destacar que não se tratou de toda espécie de morte, como ingenuamente pode-se pressupor. A ideia que se veiculou em cada matéria ou editorial tratou de um morrer especifico, um perigo aleatório, descontrolado, em certa medida geral. De fora do controle típico ao poder. Uma morte que passou a merecer atenção, isto é, nada se disse sobre a morte cotidiana.

O ano era 1519, Lopo Homem, cartógrafo português, produzia a obra "Atlas Miller", nela constava o fragmento *Terrae Brasilis*. No topo desse trecho cartográfico constou uma legenda que muito nos informa sobre as relações que se desdobraram e se perpetuam entre nós. Nela se diz: "esta carta é da região do grande Brasil e do lado ocidental alcança as Antilhas do Rei de Castela. Quanto à sua gente, é de cor um tanto escuro. Selvagem e crudelíssima, alimenta-se de carne humana. Este mesmo povo emprega, de modo notável, o arco e as setas. Aqui [há] papagaios multicores e outras inúmeras aves e feras monstruosas. E encontram-se muitos gêneros de macacos e nasce em grande quantidade a árvore que, chamada brasil, é considerada conveniente para tingir o vestuário com a cor

1 Doutoranda em Direito (PPGD/UNICAP); mestre em Ciências Jurídicas (UFPB); especialista em direitos humanos (UFPB); graduada em Direito (ASCES). Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia (UFPE/UNICAP), coordenado pela professora doutora Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP/UFPE); bolsista FACEPE; professora de Estado e Sociedade Política e Direito Internacional Público.

2 Doutorando em Direito (PPGD/UNICAP); Mestre em Psicologia Social pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF); Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE) e em Direito Constitucional Aplicado pela Damásio Educacional; Docente do Colegiado de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF); Coordenador do Núcleo de Pesquisa (NPQ) da Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF); Coordenador do grupo de estudos e pesquisa DCPP (Democracia Crítica e Processos Psicossociais); Bolsista CAPES/PROSUC.

púrpura". Uma legenda que descreve [ou constitui] um lugar inóspito, habitado por uma gente estranha, posicionada de pronto num lugar externo à condição humana [europeia], haja vista serem: de cor um tanto escura, selvagens e cruéis. Iniciava-se já naquele entorno a vantagem de ser Brasil, o fim econômico, do uso de todas as coisas [e seres coisificados] que ali se acharam que – para tingir tecidos –, traçando as linhas de um brasil perverso, um desdobramento muito singular do sistema capital. Um modo específico de mo[rr]er gente.

Desde o mapa de 1519, dois monarcas, uma república, tentativas democráticas, múltiplas fraturas até que se chega à Constituição Cidadã de 1988 e suas luminosas promessas modernas de um convívio isonômico e todas as expectativas de reparação histórica e correção das feridas ainda abertas.

1. DEMOCRACIA, GESTÃO E [NECRO]POLÍTICAS PÚBLICAS

Sob a égide da Constituição de 1988, conforme a dicção do seu art. 3º, inciso IV, constitui-se como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sendo possível compreender *dever ser* o bem comum, o conteúdo precípuo a ser perseguidor pelo Estado a partir de suas políticas públicas. Ao menos essa foi a expectativa produzida pela norma constitucional.

Nos contextos constitucionais, passam as sociedades a esperar de seus governos, a implementação gradativa das agendas programáticas constitucionalmente instituídas, por meio da realização de políticas públicas suficientes para promoção do bem comum. Eis ai a maior das promessas da modernidade. Muitas são as definições possíveis para a expressão "políticas públicas", Lawrence Mead[3] entendia o conceito como um desdobramento da ciência política dedicada a analisar a execução dos governos. Já a percepção de Laurence Lynn[4] delimitava uma política pública como um conjunto restrito de ações de um dado governo para produção de determinados efeitos. Finalmente em David Easton[5] uma política pública passa a ser percebida como um sistema composto pelos processos de formulação, pelos resultados e pelo ambiente no qual estes se desenvolvem.

Entretanto, o pensamento crítico tem – há muito – apontado para o traço ideológico das promessas anunciadas pela modernidade e não apenas como

3 Lawrence Mead. *Public Policy: Vision, Potential, Limits*, 1995.
4 Laurence E. Lynn, *Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis*, 1980.
5 David Easton. *A Framework for Political Analysis*, 1965.

insuficiências programáticas, mas, com efeito, como denunciam Pachukanis[6] e Mészáros[7] como arranjos postos para produção de resultados dispares dos axiomas jurídicos (e morais) eleitos como máximas de ordenação social. Tem-se assim objetivos estatais inconfessáveis, ideologicamente organizados para serem não vistos. Nisto, tem-se "politicas" "públicas" de outra natureza, orientadas não para o bem comum, mas para produção modelos sociais de docilização dos corpos, assujeitamento e expropriação, como apontou Foucault[8] ao delimitar os processos biopolíticos em que a vida é gerida como produto e, mais adiante; os processos necropolíticos de gestão da morte e o deixar morrer.

2. A COVID-19 E O TRABALHO DOMÉSTICO: UMA VOLTA AO ETERNO RETORNO ESCRAVOCRATA?

A pandemia do novo coronavírus tem sido abordada como uma grande tragédia que se abateu sobre a humanidade no século XXI. De fato, não há que se negar que a crise sanitária pela qual o mundo está passando trouxe consequências que perdurarão por muito tempo para terem seus efeitos mitigados e/ou quiçá superados definitivamente. Nesse sentido, há de se pensar que se faz necessário viabilizar formas de superação e recuperação das sociedades em todos os seus aspectos: econômico, político, social, ambiental, de forma a compreender o aprendizado trazido pela pandemia, a partir da perspectiva de uma cruel pedagogia do vírus, conforme leciona Boaventura de Sousa Santos[9] em obra publicada acerca da temática em questão.

Entretanto, pensamos ser necessário tratar de alguns aspectos que, embora aparentemente sejam tocados como situações novas, sempre existiram no seio de países em situação de extrema desigualdade, a exemplo do Brasil, e que em virtude da pandemia tiveram suas entranhas escancaradas, evidenciando, assim, as linhas excludentes sobre as quais foram postos os alicerces da sociedade brasileira. Se em períodos anteriores a vulnerabilidade era uma preocupação central para os diversos segmentos sociais que defendem a promoção de políticas públicas de inclusão e garantia de direitos, no decorrer da crise sanitária esse contexto tornou-se agravado. Sobretudo, em virtude da crise política que se alastra no país desde o golpe de 2016 que resultou na interrupção do mandato da presidenta Dilma Rousseff e na abertura de uma agenda de deterioração de direitos por

6 Evguiéni B. Pachukanis. *Teoria geral do direito e marxismo*, 2017.
7 István Mészáros. *Para além do capital,* 2011.
8 Michel Foucault. *Microfísica do poder***,** 2015.
9 Boaventura de Sousa Santos. *A Cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

meio do esfacelamento de várias políticas públicas direcionadas à redução das desigualdades.

Assim, para além dos impactos causados sobre a rede de saúde, com destaque para o Sistema Único de Saúde, exaustivamente referenciado pelos meios de comunicação, profissionais da saúde, autoridades sanitárias, pesquisadores e epidemiologistas, os quais têm abordado as limitações vigentes e que têm se ampliado, trataremos da condição de trabalho imposta a uma categoria específica: o trabalho doméstico. Antes, porém, fazemos a ressalva de que o colapso em que se encontra o Sistema Único de Saúde (SUS) não se inicia em razão da pandemia, e sim pela ausência de uma política de saúde pública que entenda a necessidade em se ampliar orçamento e gestão de forma qualificada de modo a garantir cobertura universalizada à população. O SUS tem sido vítima de um projeto político de sucateamento e estrangulamento, implementado há anos, impedindo-o de cumprir o seu papel constitucional de promoção da saúde de forma preventiva e curativa em atenção às necessidades sociais da população em geral. Tal contexto sofre agravamento com a aprovação da chamada PEC 55/2016, conhecida como PEC do teto dos gastos, que determina a suspensão de investimentos progressivos nas políticas de saúde e educação pelo intervalo de 20 anos, a qual ao ser promulgada em 15 de dezembro de 2016, sob o número EC 95/2016[10] incide diretamente sobre a execução das políticas públicas elencadas como objeto do texto legal.

Assim como a política de saúde pública, outras políticas também sofreram investidas desestruturantes por parte das gestões iniciadas a partir do governo de Michel Temer, agravadas no atual governo. A reforma trabalhista, aprovada com uma perspectiva nítida de favorecimento do empresariado é uma das ações mais significativas do cenário que se estabelece no Brasil desde o golpe de 2016. As mudanças trazidas pela nova CLT impõe um modelo de trabalho em que as relações trabalhistas, ditas flexibilizadas, desdobram-se em condições de extrema vulnerabilização da condição trabalhadora, desembocando na precarização do trabalho em diversas categorias. Contrariando as falaciosas promessas de ocasião, os índices de desemprego, em escalada desde antes da aprovação da reforma trabalhista, não demonstram perspectiva de queda após a aprovação das novas regras trabalhistas e, em sentindo oposto ao anunciado, acabaram por contribuir para o surgimento e manutenção de situações de superexploração de mão de obra, esvaziando as capacidades de escolha dos trabalhadores.

10 Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016 que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.

Somam-se a esse cenário os cortes progressivos das políticas públicas como o bolsa família e outros tipos de auxílio destinados à população economicamente vulnerável para viabilizar a transferência de renda e redução da pobreza [conforme disposto no artigo 170, VII, da Constituição Federal de 1988], resultando o retorno de muitas mulheres ao trabalho doméstico. O cenário de empobrecimento recrudescido a partir de 2016 tem atingido sobretudo o gênero feminino, com perversa ênfase nas mulheres negras.

É comum em grupos de redes sociais, a exemplo do facebook, mulheres oferecendo trabalhos domésticos cujos pagamentos podem ser aceitos tanto em dinheiro como em alimentação para que elas possam ter meios de prover as suas necessidades e as de suas famílias.

Esse cenário ilustra o aspecto cruel do empobrecimento programático operado em *terrae brasilis* que, ao espalhar-se socialmente, abocanhando a todos, é capaz de atingir as mulheres de forma mais direta, dado o fato de serem a estas historicamente relegado o trabalho reprodutivo, o qual por ser destituído de poder e prestígio, não gera riqueza para quem o realiza, posto que está diretamente sujeito à condição de trabalho invisível e relegado à condição do cuidado e que se remete à herança colonial na qual o trabalho de mulheres e meninas negras era explorado de forma gratuita uma vez que eram subordinadas à condição de escravizadas.

Em 2012 as trabalhadoras domésticas passaram a gozar de equiparação de direitos previstos na legislação trabalhista, entretanto, esse fato não foi suficiente para alterar o seu caráter principal que consiste no fato de o trabalho doméstico comportar em sua essência uma ligação profunda com a escravidão moderna, que vigorou por mais de três séculos no Brasil. O grau de exploração, a imposição de tarefas humilhantes e vexatórias em diversas situações, a má remuneração e a presença maciça de mulheres negras pobres e com baixa escolaridade na sua execução demonstram a persistência da mentalidade escravista entre os usuários de tal tipo de serviço.

Desnuda-se esse aspecto quando da chegada da pandemia ao Brasil e as reações de patrões e governantes no tocante ao trabalho doméstico. É sabido que uma das medidas de prevenção ao contágio pelo corona vírus é o isolamento social, visando evitar o contágio de forma acelerada entre a população. A despeito da resistência de um percentual da população, seguidor do presidente da República, que trata, jocosamente, a pandemia por gripezinha, uma parte significativa de pessoas trabalhadoras passou a exercer suas atividades laborativas em

suas respectivas casas.

Entretanto, no caso das empregadas domésticas isso não foi possível, ainda que tenha havido uma campanha da FENATRAD junto aos governos estaduais e dos filhos e filhas das empregadas domésticas para que estas fossem liberadas de suas atividades e pudessem ficar em isolamento em suas casas, recebendo seus salários de modo a não serem atingidas pelo vírus, as tentativas não foram aceitas. O resultado pode ser visualizado já no mês de março no estado do Rio de Janeiro, cujo registro da primeira morte foi de uma trabalhadora doméstica, de 63 anos[11], que cuidava de uma idosa de 62 anos, que contraiu Covid-19 na Itália e ao retornar ao Brasil não liberou a trabalhadora, contaminando-a e vindo a mesma a falecer logo em seguida. A notícia veiculada não foi suficiente para sensibilizar patrões e patroas para que liberassem as trabalhadoras domésticas.

Deveríamos ser capazes de nos questionar, afinal: o que morre ali? o coisificado que ocupa o lugar servil ou uma pessoa – ontológica e juridicamente percebida – que opera uma posição laboral vulnerabilizada?

À resposta segue-se a morte, pela vontade da lei, num desenho espúrio de uma política pública própria para o contexto de pandemia, quando poder público de estados – por meio de seus decretos[12] – reconhece o trabalho doméstico como atividade essencial.

O estado de Pernambuco figura como único estado da federação que não inseriu o trabalho doméstico como serviço essencial, excetuando-se as babás de filhos de profissionais da saúde e cuidadoras de idosos[13] e pessoas com deficiência ou dependência de cuidados alheios[14]. Também em Pernambuco ocorre um desfecho da condição do trabalho doméstico em plena pandemia e sob determinação da continuidade ampliada do isolamento.

No dia 02 de junho de 2020, Mirtes Renata Santana de Souza, empregada doméstica na casa de Sari Gaspar Côrte Real e Sérgio Hacker[15], cumpria jornada de trabalho no apartamento de seus empregadores, situado nas Torres Gêmeas, quando, por ordem da patroa, saiu para passear com os cachorros da família,

11 Maria Luisa de Melo. *Primeira vítima do RJ era doméstica e pegou coronavírus da patroa no Leblon*, 2020.

12 Ao tempo da Pandemia COVID-19 foram editados diversos atos normativos regulamentando as ações do Governo federal e estados, tais como: Portaria 356, do Ministério da Saúde; 64.881, de 22 de março, em São Paulo; Decreto 47.006, de 27 de março e a Lei 8.770/2020, no Rio de Janeiro; Decreto 40.550, de 23 de março de 2020 no Distrito Federal; o Decreto 33.519, de 19 de março de 2020 no Ceará; os Decretos 47.886/2020 e Decreto 47. 891/2020 em Minas Gerais.

13 Brasil de Fato, *Governo de PE adota "isolamento social rígido" na Região Metropolitana do Recife*, 2020.

14 Governo de Pernambuco, Decreto Estadual n° 49017/2020.

15 Sérgio Hacker atualmente exerce o mandato de prefeito da cidade de Tamandaré (PE), filiado ao Partido Socialista Brasileiro (PSB).

deixando o filho de cinco anos, Miguel Otávio Santana da Silva, aos cuidados da patroa enquanto retornava da atividade que havia saído para cumprir. A patroa estava acompanhada da manicure que lhe fazia as unhas no momento. À medida que Miguel começou a chorar chamando pela mãe a patroa não o impediu de entrar no elevador e ir procurar pela genitora, chegando a apertar o botão do elevador que, segundo relatos, seria o referente ao último andar. O menino saiu do elevador e caiu de uma altura de 35 metros, tendo sofrido várias fraturas, ainda chegou a ser socorrido com vida, mas não resistiu e morreu ao chegar ao hospital. O caso segue em investigação, Sari Gaspar Côrte Real foi indiciada por homicídio culposo e a classificação do crime tem gerado debates acalorados entre juristas e especialistas nas ciências jurídicas e sociais. O que queremos discutir aqui não é a classificação do crime nem as outras circunstâncias que expõem outros atos dos empregadores de Mirtes expostos pela imprensa[16] após a pressão de ativistas de movimentos sociais que têm exigido um maior rigor na apuração do caso, mas a conotação do trabalho doméstico no desfecho da situação. Segundo relatos apresentados pela imprensa e entrevista concedida pela própria Mirtes, Sari Corte Real e Sérgio Hacker contraíram COVID 19 e mesmo contaminados não liberaram nem a ela nem a sua mãe, também empregada do casal, o que resultou no contágio de ambas e na continuidade da execução de suas atividades laborativas mesmo doentes. As trabalhadoras alegam que os patrões disseram que elas não eram obrigadas a ir trabalhar em Tamandaré, cidade onde Sergio Hacker é prefeito, mas também não relatam sobre a possibilidade de ficarem em casa recebendo a remuneração para que pudessem se tratar da doença e se prevenir de uma possível reinfecção ou infecção de outras pessoas próximas, e por isso continuaram trabalhando doentes para garantir que receberiam seus salários.

A condição imposta a Mirtes expõe a fratura da sociedade brasileira estruturada a partir dos privilégios de raça, classe e gênero. Mirtes cumpria uma jornada de trabalho em um estado que estabeleceu critérios para o exercício do trabalho doméstico, tendo em vista que em Pernambuco a atividade laborativa não foi considerada essencial, apenas em situações específicas conforme já exposto, e que não se aplicava ao contexto do casal Sari Gaspar Côrte Real e Sérgio Hacker.

Se o isolamento é a maneira mais eficaz de se conter o contágio e assim preservar vidas, à medida que uma ou várias categorias de sujeitos não tem a possibilidade de isolar-se estamos diante de uma parcela da população cuja hu-

16 Pedro Alves e Marina Meireles. *Mãe de menino que caiu de prédio é funcionária da prefeitura de Tamandaré, mas trabalhava de doméstica na casa do prefeito*, 2020

manidade é desautorizada[17]. Não por acaso essa parcela está constituída pelos sujeitos que sempre tiveram sua dignidade aviltada pelas iniquidades[18] praticadas cotidianamente no país: mulheres negras figuram historicamente como aquelas cuja existência e dignidade são negadas como mecanismo de sustentação dos privilégios dos sujeito dominantes. E nesse sentido, há um fio condutor que nos leva ao modo como as práticas sociais de manutenção da desigualdade são facilmente ajustáveis aos interesses da elite racista brasileira. Sandy dos Reis Silva[19] nos lembra que "as empregadas domésticas, como citadas, são um exemplo contraditório do que é o isolamento social." Uma vez que "isoladas em seus pequenos quartos, usando elevadores domésticos, utensílios separados e se ausentando diante da presença dos patrões, essas mulheres estão mais do que acostumadas a serem isoladas do mundo[20]." Porém, no momento em que o isolamento se faz necessário como prática de resguardar as suas vidas e dos seus familiares, este deixa de ser uma medida aplicável a essa categoria que sempre esteve sob a condição de isolada.

Não por acaso, a primeira morte ocorrida no Rio de Janeiro afirma ser de uma empregada domésticas, mas não diz seu nome, da mesma forma que Mirtes teve a identidade apresentada somente após pressão dos ativistas de movimentos sociais, com destaque para o movimento negro e o movimento feminista. As trabalhadoras domésticas são mulheres cuja invisibilidade é imposta em virtude dos marcadores sociais que carregam, negras e pobres, são relegadas ao lugar do não sujeito, ocupando permanentemente a zona do não ser[21] e assim, permanecem inseridas na condição de alvo do genocídio negro, que opera sob diversas nuances, seja pela morte física, como é o caso da trabalhadora do Rio de Janeiro, seja pela morte por esfacelamento emocional, como o crime que vitima Mirtes e sua mãe ao terem Miguel arrancado de suas vidas. E nesse caso, Estado e sociedade seguem coniventes na execução de seu projeto político genocida cujo propósito é eliminar a população negra das formas mais diversas possíveis, pois como diz Felipe Freitas: "se não há uma política consistente de enfrentamento da pandemia, podemos afirmar que há uma escolha pela morte generalizada[22]."

---

17 Frantz Fannon. *Os Condenados da terra*, 1968.

18 Thula Rafaela de Oliveira Pires. *Direitos humanos traduzidos em pretuguês*, 2017.

19 Sandy dos Reis Silva e Renato Bernardi. *COVID 19 e a linha de frente: reflexões de gênero, raça e classe*, 2020.

20 Sandy dos Reis Silva e Renato Bernardi. *COVID 19 e a linha de frente: reflexões de gênero, raça e classe*, 2020.

21 Frantz Fannon. *Os Condenados da terra*, 1968.

22 Felipe Freitas. *Ciclo de Webinars do PPGD/UNICAP: Cidadania, Processo e Direitos Humanos na Era Pandêmica*, 2020.

Desse modo, cabe perguntar, portanto, até quando será admissível essa prática, tendo em vista que ao Estado não é autorizado pela Constituição Federal de 1988 o extermínio a ninguém[23]." Seria a inclusão do trabalho doméstico como serviço essencial uma imposição da pena de morte às mulheres negras pobres mesmo que esta não seja legalizada no pais, salvo em estado de guerra declarada, conforme dispõe a CF/88? Nesse aspecto, percebemos que o projeto genocida segue em larga expansão no tocante às mulheres negras pobres e o trabalho doméstico assume a condição de um eterno retorno ao sistema escravocrata sob novas roupagens, como é praxe dos colonizadores e do projeto colonialista de cuja execução eles são protagonistas[24].

Em Mbembe[25], a percepção de gestão da vida, desde Foucault, é reposicionada para uma compreensão dos modos de gestão da morte, de maneira tal que a soberania apresenta-se como a habilidade de ditar quem vive ou morre, definir "quem importa e quem não importa, quem é descartável e quem não é"[26]. Nesses modelos necropolíticos o objeto central não é a promoção da autonomia do povo (comparecendo este tão somente como uma "figura retórica"[27]), mas antes, a "instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e populações"[28], destruição essa realizável pelo uso extremo da violência ao ponto de sua banalização e coisificação das existências, tal qual a lógica utilitária do trabalho escravo.

Existem múltiplas [necro]políticas públicas em curso no pais, que não assustam e não estarrecem. incapazes de produzir uma mobilização/organização. O processo, enquanto projeto de país, desde sempre implementado – opera-se desde o plano simbólico (que estrutura e legitima) ao concreto (pelo qual se executa) da vida cotidiana – aponta suas garras para sujeitos muito específicos: aqueles cujos marcadores são desumanizados historicamente, outrora escravos, hoje trabalhadores hipervulnerabilizados. Aqueles que reúnem em sua experiência social os marcadores cuidadosamente elaborados de coisificação e estigma, do ódio e exclusão; Autorizadores de toda sorte de violências e da completa ausência de solidariedade e empatia [processos de divisão do grupo pelos afetos[29]]. Daí, o não

23 Felipe Freitas. *Ciclo de Webinars do PPGD/UNICAP: Cidadania, Processo e Direitos Humanos na Era Pandêmica*, 2020.

24 Luiz Rufino. *Pedagogia das encruzilhadas: Exu como educação***,** 2019.

25 Achille Mbembe. *Necropolítica*, 2018

26 Achille Mbembe. *Necropolítica*, 2018, p.41.

27 Achille Mbembe. *Necropolítica*, 2018, p.23.

28 Achille Mbembe. *Necropolítica*, 2018, p.10.

29 Mbembe destaca em sua obra *"Necropolítica"* a estratégia de divisão do espaço, a compartimentalização dos usos para fins de fragmentação dos grupos como estratégia de controle e paralisação.

se revoltar, o desligamento afetivo com o sujeito-coisificado é também produto necropolítico. Não cabendo para a morte desses sujeitos, qualquer destinação de afeto ou esforço, sequer retórico.

Enquanto as palavras normativas são capazes de anunciar aqueles axiomas orientadores das políticas públicas que deveriam promover o bem comum, de modo nada incomum, apartado e especifico, morre-se como coisa, na banda pobre e negra da existência amarrada pelas linhas cartográficas da modernidade. Em silencio testemunha-se em ausência e desprezo; Desprezo como movimento de descolamento da pertença, despreza-se aquele em mesmo posicionamento social para produção de alguma simpatia daquele outro grupo, estimado. O esforço de elaboração de uma pertença aos grupos que gozam privilégios. A automutilação. Nisto, podemos observar que a pandemia, e suas mortes, comovem a muitos, até certo ponto no mapa e, em dado momento estancam-se os afetos, quando esbarra-se na estrutura necropolítica de organização das experiências. Enquanto o risco paira e alcança a todos – supostamente de modo igual – operasse uma pretensa solidariedade, mas quando se evidenciam as feridas crônicas, tratam-se de operar os meios de invisibilização, sempre a postos.

3. AINDA NÃO CHEGAMOS AO FINAL

Desde o mapa *terrae brasilis* até as manchetes de 2020, pouco mudou no modo de posicionar os sujeitos que integram a narrativa Brasil, uns circunscreveram cartografias, ditando as verdades sobre os caminhos possíveis de trilhar a história. Outros, localizados – simbólica e geograficamente – no lugar de fora da experiência humana, descritos como bestas selvagens, muito hábeis com certas ferramentas ou muito perigosos, a depender do contexto utilitário, em qualquer deles, passíveis de eliminação, dada sua coisificação, isto porque é próprio ao capital objetificar a vida e alimentar-se dela para manter-se[30], com efeito, uma Antropofagia que se instaura como parasita ao modo de ser no ocidente, e neste, mais intensamente no território Brasil, tal qual doença crônica assintomática que devora; escravos ou trabalhadores domésticos, alternam-se apenas os termos, usos e temporalidades.

Aqueles que vivem nas frestas, driblam a escassez e refazem a vida pela perspectiva do (re)encante desafiam o projeto colonialista e seu rastro de mortandade afirmando que é da condição humana reinventar narrativas, pontos de fuga para rotas preconcebidas e que seus nomes ficarão gravados na memória dos

30 István Mészáros. *Para além do capital,* 2011.

que os sucedem para que seja lembrado que a existência é maior que a imposição colonialista da negação e do genocídio. Miguel Otávio de Santana nos convoca a caminhar para além das linhas, naqueles mapas. Chama-nos a subvertê-las e atravessá-las. A superar a morbidade que se naturaliza no cotidiano, na pandemia covid e em todas as outras tragédias que insistem em nos atravessar. Caminhemos!

COVID-19: NOVOS DESAFIOS AO DIREITO A ALIMENTOS

Cíntia Burille[1]

Conrado Paulino da Rosa[2]

As dificuldades no exercício do direito aos alimentos não são propriamente ditas, uma novidade, no nosso cotidiano. As adversidades, normalmente, têm início já com a questão do *quantum* alimentar a ser fixado, visto que, na avassaladora maioria das vezes, o alimentando pleiteia um valor "x" e o alimentante busca reduzir ao máximo a pretensão daquele, restando ao julgador decidir, de acordo com o binômio: necessidade e possiblidade.

Vencida esta etapa inicial, com a definição do percentual a ser pago pelo alimentante ao alimentando, em muitos casos, ainda há outra batalha a ser enfrentada pelo credor: o de efetivamente recebê-los. Não raras vezes, para a garantia de sua efetividade, o alimentando é obrigado a realizar o cumprimento de sentença de título executivo judicial ("vulgo": execução de alimentos) para cobrar do alimentante os valores inadimplidos.

Esse é o cotidiano vivido por muitos credores de alimentos em tempos não pandêmicos. De modo que, com a chegada do COVID-19, esse cenário ficou ainda pior. Para muitos alimentantes, o coronavírus parece ter-lhes trazido uma "carta de alforria" da obrigação alimentar, lhes fazendo ignorar que, com ou sem coronavírus, os filhos continuam tendo necessidades, ainda que a as possibilidades possam ter diminuído.

---

1 Advogada. Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Pesquisadora do Grupo de Estudo do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Sociedade da informação e "Fake Democracy?": os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional, coordenado pela Profª. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. cintia@burilleadvocacia.com.br

2 Advogado. Pós-Doutor em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Serviço Social – PUCRS. Mestre em Direito pela UNISC, com a defesa realizada perante a Università Degli Studi di Napoli Federico II, na Itália. Professor do Curso de Direito da Faculdade do Ministério Público – FMP, em Porto Alegre, onde coordena a Pós-Graduação presencial e EAD em Direito de Família e Sucessões. Coordenador do Grupo de Estudo do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. www.conradopaulinoadv.com.br / contato@conradopaulinoadv.com.br

A par desse cenário, marcado pela decretação de estado de calamidade pública no País (BRASIL, 2020a), pergunta-se quais as possibilidades e novidades legislativas relativas aos alimentos, no que tange, especificamente, às ações de revisão e de execução de alimentos.

Para tanto, o objetivo geral do presente estudo é pesquisar quais as consequências, em tempos de COVID-19, ao direito aos alimentos, e os seus desdobramentos tanto na ação de revisão, quanto na execução de alimentos. Em um primeiro momento, busca-se verificar as possibilidades às ações de revisão e, posteriormente, nas execuções de alimentos.

Com a finalidade de promover a presente pesquisa, foi utilizado como procedimento metodológico uma análise bibliográfica a partir da doutrina e da legislação existente sobre o tema.

1. A ANÁLISE DO BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE NAS AÇÕES REVISIONAIS

Considerando que a fixação alimentar decorre do binômio necessidade-possibilidade, previsto no § 1º do artigo 1.694 de nossa codificação civil, os alimentos devem sempre atender a realidade fática. Assim, qualquer mudança nas necessidades de quem precisa ou possibilidades de quem paga, pode ensejar uma ação revisional, prevista no artigo 1.699 do Código Civil (CC).

É certo que o COVID-19 está (e estará por muito tempo) modificando a economia no mundo todo[3], todavia a situação não permite o afastamento das regras procedimentais pertinentes à temática. Logo nos primeiros dias de confinamento, infelizmente, das menos às mais solenes, diversas foram as maneiras de desrespeito ao anteriormente exposto.

Segundo Xavier (2020), quanto à comunicação entre devedor e credor "houve quem meramente informasse, por e-mail, mensagem de texto ou por telefonema que reduziria ou cessaria 'de ofício' a verba alimentar. Houve, também, quem relatasse o fato por meio de petição nos autos em demanda já em andamento".[4].

3 Para Simão (2020) vivemos o último dia daquela *Belle Époque*. A realidade A acabou e começou a B, que é temporária, fugaz, mas persiste. O *Homo Sapiens sapiens* percebe que, antes de ser feliz, ele precisa sobreviver e a pandemia mostra que a simples sobrevivência deixa de ser óbvia. O ser humano se vê, repentinamente, em contato com sua animalidade por conta da inevitabilidade da disseminação de uma doença mortalmente perigosa. (...) Surgirá, então, a Realidade C que não será a Realidade A (as coisas nunca mais serão com eram até 13 de março de 2020), e qualquer previsão sobre ela nesse momento é achismo ou palpite infundado. É hora de cuidarmos da Realidade B e suas consequências para o Direito de Família e não de sofrermos por antecipação pela Realidade C, cujo início ainda é incerto.

4 Xavier (2020) conclui que "desse modo, a simples comunicação feita pelo devedor expondo suas dificuldades

Todavia, como se sabe, a readequação depende de decisão judicial. Analisando o caso concreto é que o magistrado, com intervenção do Ministério Público nos casos previstos no artigo 698 do Código de Processo Civil (CPC), poderá verificar qual a melhor alternativa.

Nesse novo quadro, mais do que nunca, entra em cena o bom senso e a habilidade dos profissionais que laboram em direito de família como um eficiente instrumento de mudança. Antes mesmo do ajuizamento da demanda, visando o espírito de cooperação que deve nortear a prática familista, os procuradores têm de buscar os mecanismos de autocomposição que, enquanto perdurar o confinamento, podem ser realizados a distância.

Uma boa alternativa pode ser a construção de um panorama de redução temporária do valor, enquanto perdurar a paralisação e/ou diminuição de receitas de diversos setores. Ultrapassado o prazo estipulado, novamente com a intervenção ativa dos seus representantes, os interessados poderão rever a situação ou, de imediato, a retomada do pagamento do valor original.

Agora, em não havendo espaço para a negociação, seria a quarentena decorrente da pandemia um fato notório, nos termos do artigo 374, inciso I, do CPC? Como os fatos notórios independem de prova seria, portanto, permitida a redução, desde logo, do montante alimentar? A resposta é negativa. A modificação do valor da pensão alimentícia, prevista no artigo 1.699 do CC, não pode ser operada com base na mera alegação da Covid-19 sem demonstrar exatamente qual o real impacto econômico sofrido pelo alimentante e sem avaliar as necessidades atuais do alimentando.

Para que se justifique uma redução do *quantum* alimentar, a parte deverá apresentar prova específica de como – e quanto – a quarentena o impactou. A fundamentação razoável que justifique a redução do valor da pensão deverá demonstrar que não existem outras formas de adimplir a prestação. Ou seja, cabe ao devedor demonstrar que não possui nenhuma outra reserva patrimonial ou acesso a linha de crédito que permita realizar o pagamento regular da dívida (XAVIER, 2020).

Em família cada caso é um caso. Assim, não pode a situação financeira atual servir para atitudes desonestas e de má-fé. É sabido que, na grande maioria dos serviços, o estágio atual representou em drásticas reduções de receitas. Toda-

financeiras (ainda que verdadeiras) não produz per se qualquer efeito jurídico. Tais alegações não terão cunho liberatório, uma vez que não seguiram o rito processual previamente definido em lei. Assim, por vezes, e em especial em contextos caóticos, é preciso dizer o óbvio: a redução ou exoneração da pensão alimentícia depende de decisão judicial, devidamente fundada em argumentos e provas.".

via, para os fornecedores de material da área da saúde, por exemplo, o presente é de ascensão material. De modo que, mediante a análise das provas produzidas em juízo quando ausente acordo, é que o magistrado familista deverá analisar qual a melhor saída para aquele que precisa do auxílio para sua mantença.

Outro fator a ser pensado é em um eventual aumento das despesas do alimentando, seja por enfermidade (das mais diversas possíveis e, inclusive, por COVID-19) ou, até mesmo, pela necessidade atual de tratamento terapêutico decorrente da falta da sociabilidade ocasionada pelo isolamento.

Assim, no processamento das ações revisionais – seja para a minoração ou majoração do encargo – deverá contar com uma cautela ainda maior, sempre com a intervenção atenta do Representante Ministerial dentre as hipóteses do artigo 698 do CPC, para que a decisão represente medida de efetiva justiça e, jamais, de desamparo material por parte daquele que detém a obrigação de sustento do alimentando.

Por fim, não se deve esquecer, nesta análise, o fato de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento pacificado no sentido de que remanesce ao alimentante o dever de prestar alimentos ainda que se encontre em situação de desemprego. Ora, se o desemprego – que pressupõe a inexistência de percebimento de renda pelo alimentante – não afasta a obrigação de prestar alimentos, por que razão o isolamento o faria?

2. A (IN) EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

A execução decorrente de inadimplemento alimentar é um fator contínuo e de dificílima solução nas Varas de Família em todo o Brasil. As agruras e dificuldades em efetivar o crédito alimentício (que, não se olvide, tem íntima ligação com a dignidade humana) fez com que a Carta Constitucional autorizasse, unicamente para esse caso, a prisão civil do devedor de alimentos, como meio de coerção.

Exatamente com essa preocupação em conferir efetividade ao especial crédito alimentício, uma das grandes novidades apresentadas pelo diploma processual civil de 2015 foi, consoante as molduras do artigo 528, a possibilidade de que o devedor de alimentos seja preso, pelo prazo de um a três meses, em regime fechado, explicitando que não se trata de medida punitiva, mas coercitiva (ROSA, 2020).[5].

5 Bem por isso, é de se notar que, corretamente, foi sedimentado o entendimento de que os beneplácitos concedidos pela legislação processual penal para o preso comum não se aplicam ao devedor de alimentos encarce-

Todavia, em 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 62/2020 (BRASIL, 2020b), autorizando a substituição da prisão em regime fechado do devedor de alimentos pelo regime domiciliar, como medida de contenção da pandemia causada pelo coronavírus.

Na mesma esteira, o artigo 15 do Projeto de Lei n. 1.179/2020, aprovado em 14 de maio de 2020 pelo Plenário da Câmara dos Deputados, dispondo sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus (Covid-19):

> Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações (BRASIL, 2020c).

Contudo, o questionamento que se faz é se o posicionamento adotado pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Câmara dos Deputados não está, em nome do combate à disseminação do coronavírus, premiando o devedor de alimentos e, consequentemente, mitigando a eficácia da medida de coação pessoal, que visa o adimplemento do débito alimentar (DUARTE, 2020).

Isto porque, do ponto de vista prático, toda a sociedade encontra-se em prisão domiciliar, durante esse período de confinamento, em prol de se evitar a disseminação do vírus. De modo que, a substituição do regime fechado para o domiciliar acaba por esvaziar qualquer pretensão coercitiva, deixando o devedor de alimentos de sentir qualquer coação para que venha a adimplir o débito alimentar (ROSA; FARIAS, 2020).

Neste sentido entendeu a Terceira Turma do STJ, que negou a aplicação de regime domiciliar, a despeito da crise sanitária causada pelo coronavírus. Segundo o relator do caso, ministro Villas Bôas Cueva: "assegurar aos presos por dívidas alimentares o direito à prisão domiciliar é medida que não cumpre o mandamento legal e que fere, por vias transversas, a própria dignidade do alimentando" (STJ, 2020).

Contudo, ressalta o ministro relator que a Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, inciso XLIX, o direito a incolumidade física e moral, além dos direitos inerentes à personalidade explicitarem cláusula geral de tutela da pessoa humana, que alcançam, igualmente, o devedor de alimentos, o qual, se posto

rado. Nesse sentido, inclusive, o TJRS, com acerto, negou direito a cela especial a um devedor alimentar (RIO GRANDE DO SUL, 2018). E o motivo é bem lógico: são medidas segregaríeis de naturezas diferenciadas, com propósitos bem distintos. Não se quer punir o devedor de alimentos, mas coagi-lo, exortá-lo, ao adimplemento.

em prisão em regime fechado, durante o período pandêmico, pode ter sua vida colocada em risco. Razão pela qual, em virtude da situação emergencial na saúde pública, resolveu-se pela suspensão da prisão dos devedores de pensão alimentícia em regime fechado, enquanto durar a pandemia (STJ, 2020).

Tem-se, portanto, que a Recomendação 62/2020, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, e o Projeto de Lei n. 1.179/2020, já aprovado pela Câmara dos Deputados, trouxe uma preocupante tendência a prevalecer o direito à dignidade do alimentante, frente ao princípio da proteção integral do alimentando. Posto que, como já dito, do ponto de vista prático, em prisão domiciliar está toda a população durante o período de confinamento, restando esvaziada qualquer pretensão coercitiva, considerada por Rosa e Farias (2020) um verdadeiro atentado à dignidade do credor e da própria Justiça.[6].

Parece-nos, desta forma, que a solução que se apresenta adequada a ser adotada durante o período de isolamento social, visando a necessidade de satisfação do crédito alimentar, sem deixar de atentar a proteção aos direitos fundamentais do devedor de alimentos, neste período de exceção, deve ser a suspensão do decreto prisional, nos moldes proferidos pela Terceira Turma do STJ. Assim, reestabelecida a normalidade social, novamente o decreto poderá ser cumprido, forçando o devedor ao pagamento.

3. CONCLUSÃO

Diante do trabalho apresentado, identifica-se, tanto no que diz respeito às ações revisionais que visam minorar a verba alimentar, em razão das consequências impostas pelo COVID-19, quanto pela (im) possibilidade de execução de alimentos pelo rito da prisão, que se está diante de uma colisão de direitos fundamentais, em que, de um lado, está a dignidade do alimentante – abarcando os direitos fundamentais expostos anteriormente –, e de outro o princípio da proteção integral do alimentando.

Para tanto, ao ponderar qual princípio fundamental deve prevalecer, é necessário que autoridades competentes tenham claro que o conflito é entre "o direito do devedor de ter preservada a sua saúde e a integridade humana e o direito

6 Rosa e Farias (2020) propõe que soluções outras sejam abraçadas, com uso da proporcionalidade e razoabilidade, como o isolamento do devedor, quando possível ou a sua transferência, se preciso. Também se poderia prospectar soluções casuísticas que permitissem conceder proteção ao inadimplente, sem sacrificar o (já prejudicado) credor. Não se pode é proteger um dos sujeitos com absoluto e exclusivo sacrifico do outro! Outrossim, uma boa alternativa seria a suspensão do decreto prisional durante o período de confinamento. Tão logo o funcionamento do Poder Judiciário seja aberto ao atendimento público, de imediato, a prisão poderia voltar a ser realizada.

do credor de perceber pensão regularmente como meio de sobrevivência, vez que, repise-se, as despesas não deixam de existir durante o período de isolamento social." (DUARTE, 2020).

Ao passo que, as medidas apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação 62/2020, e pelo Projeto de Lei n. 1.179/2020 parece-nos ter se preocupado exacerbadamente com o devedor de alimentos, esquecendo-se, por completo, daquele é o vulnerável nesta relação, pois depende e necessita da verba alimentar para a sua sobrevivência: o alimentando. O enfrentamento dessa situação emergencial na saúde pública causado pelo coronavírus não pode servir de "carta de alforria" para a obrigação alimentar, tampouco servir como prêmio ao devedor de alimentos com a substituição da prisão em regime fechado pelo regime domiciliar.

Nesse sentido, continua sendo imprescindível, nas ações de revisão de alimentos – ou mesmo num diálogo entre as partes envolvidas, a fim de buscar resolver, de modo provisório, extrajudicialmente, o impasse – que o alimentante comprove que, de fato, teve suas possibilidades diminuídas (ou o alimentando que teve aumento nas suas necessidades). A simples alegação de COVID-19, nas ações de revisão de alimentos, não deve ser considerada suficiente para que os julgadores simplesmente reduzam (ou aumentem) a verba alimentar.

Por fim, entende-se que o enfrentamento da questão do regime prisional a ser cumprido pelo devedor de alimentos pela Terceira Turma do STJ, demonstra-se uma solução realmente adequada, necessária e ponderada, no sentido de primar, também, pelos direitos e interesses daquele que é credor de alimentos, não permitindo, com isso, a substituição do encarceramento pelo regime domiciliar (ou confinamento social, já que é uma realidade vivida por toda a sociedade), mas suspendendo o decreto prisional enquanto durar a pandemia.

A ACCOUNTABILITY JUDICIAL NA CONJUNTURA DA CRISE DA COVID-19

Claudia Maria Barbosa[1]

1. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL IMPULSIONADOS PELA COVID-19

No momento em que escrevo, o Painel de Ações COVID-19 do Supremo Tribunal Federal registra que apenas nesta corte há 2.886 processos e 2.734 decisões envolvendo a COVID-19[2], de maneira que alguns processos implicam mais de uma decisão. As ações em curso no STF referem-se a direitos fundamentais como o direito à vida, à saúde, à dignidade, à educação, à liberdade de locomoção, de reunião, entre outros, todos afetados em maior ou menor grau pela pandemia. Envolvem também ação e coordenação do poder público para gerir a crise, garantir a saúde e assegurar medidas capazes de minorar os danosos efeitos socioeconômicos da pandemia. Discute-se restrição à liberdade e direitos frente à determinação do isolamento social; acesso à equipamentos, medicamentos e leitos em hospitais públicos e privados; conflitos decorrentes de mudanças na relação do trabalho; constitucionalidade de normas de diferentes espécies, de todas as esferas de governo, entre outros tantos novos assuntos cujo solução efetiva está fora do alcance da justiça, embora o conflito específico tenha sido levado ao Judiciário.

Além das ações que correm no STF, outras tantas com objetos e objetivos semelhantes multiplicam-se nas unidades judiciárias de todo o país, sendo razoável supor a existência, neste momento, de dezenas de milhares de ações judiciais em decorrência da judicialização da COVID, judicialização aqui compreendida como a ação de levar à apreciação do Judiciário uma determinada questão e por meio da jurisdição obter uma decisão que encerra, ainda que não resolva, o conflito existente.

---

1 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde leciona nos cursos de mestrado e doutorado em direito. Email: claudia.mr.barbosa@gmail.com

2 Supremo Tribunal Federal. Painel da COVID – 19. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em 06 jun. 2020.

O constitucionalismo liberal sustentou-se em três pilares: governo limitado, direitos e liberdades (individuais) garantidas, separação e harmonia dos poderes, asseguradas por um eficaz sistema de *checks and balances*. Estes pressupostos foram em parte reconfigurados no constitucionalismo contemporâneo, no qual além do forte papel político, as Constituições afirmam-se como textos dotados de ampla juridicidade e constituem-se como documentos vivos, duradouros, porém flexíveis, abertos à comunidade de intérpretes (HÄBERLE, 2002). Entre os intérpretes, o magistrado é privilegiado porque sua posição no ato de interpretar a norma permite que atue como seu co-constituinte, por vezes redesenhando seu escopo, alcance e sentido.

A Constituição brasileira é exemplo típico das Cartas do constitucionalismo contemporâneo. Ela foi pródiga na afirmação dos chamados direitos de liberdade (crença, associação, ir e vir, manifestação de pensamento, associação, orientação sexual, entre outros), e reconheceu também direitos de cunho social (educação, saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, etc.), cuja efetividade depende de políticas públicas, ações de governo e vontade política. Na ausência de efetividade, a questão judicializada tem como destino o Judiciário.

Assim, o Judiciário cresce tanto no âmbito material de sua atuação, seja para "corrigir políticas" ou "definir o conteúdo de tradicionais direitos de liberdade", quanto no âmbito formal, por ver legitimada sua atuação de intérprete privilegiado da norma, ampliando-se seu papel enquanto ator político.

Dado que a situação da pandemia, no estado da arte em que se encontra, ainda não tem cura nem medicamento eficazes, e o tratamento mais eficiente é o isolamento social, que implica na restrição a direitos e liberdades, na responsabilidade coletiva e na determinante ação do poder público, alguma judicialização decorrente dessa situação seria natural. Contudo, a indevida politização das formas de combate, do tratamento e da gestão da COVID, especialmente por parte de governo federal, ampliou o movimento de pessoas físicas e jurídicas em busca de uma decisão judicial, induzindo e amplificando essa judicialização e o consequente ativismo judicial.

Tal como o judicialização, o ativismo também é conceitualmente plural, mas nesta proposta interessa distinguir-se o ativismo judicial que pode estar centrado no magistrado ou na decisão, diferenciando-se desta forma o comportamento ativista do magistrado e a decisão ativista[3]. Essa distinção tem efeitos prá-

3 Para uma recuperação da discussão sobre judicialização e ativismo e uma análise crítica a partir das categorias regime governamental e regime jurisprudencial, ver KOERNER, A., 2013, p. 72-76.

ticos na forma de exercício da accountability judicial: enquanto a *accountability* decisional se volta ao controle da decisão, a comportamental leva em conta o comportamento do magistrado em relação às partes e às demais instituições envolvidas (TOMIO e ROBL, 2013, p. 30).

Embora o ativismo tenha sido associado a posturas progressistas de juízes em prol da efetividade de direitos sociais, estudos refutam tal associação. Em sua origem norte-americana, o ativismo nasce como uma trincheira conservadora da Suprema Corte dos Estados Unidos, e assume um viés progressista, depois novamente revertido, apenas após o New Deal do Presidente Franklin Roosevelt, plano com o qual buscou colocar fim à recessão de 29[4] (CAMPOS, 2016).

No Brasil, exemplos recentes da atuação de magistrados brasileiros em relação à COVID também demonstram ser equivocada qualquer associação que se faça entre postura ativista e um determinado campo político, seja ele progressista (democrático) ou moralista (autoritário). Assim como tem havido vários juízes que, contrariando diretivas do governo federal, atuam para assegurar a obediência às diretrizes da Organização Mundial de Saúde (OMS) em questões relacionadas ao combate à pandemia, outros tantos preferem aderir à posição negacionista do governo, de maneira a priorizar direitos de liberdade individual em detrimento à proteção e segurança coletivas e em prol do direito à vida.

Embora argumentos jurídicos por vezes sustentem o posicionamento político do magistrado, não é difícil perceber-se que em muitos casos a decisão prolatada disfarça uma certa preferência política, fato comum, especialmente na polarização que marca o país atualmente. Neste contexto o ativismo não tem cor ou espectro político, e o fato de as preferências políticas individuais conduzirem a decisão reforça a perspectiva comportamental do ativismo judicial.

Na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, o que define o ativismo judicial é a amplitude do espaço do intérprete na delimitação da moldura da norma e na co-constituição de seu alcance e sentido. Assim, a decisão ativista expressa não mesmo temo a menor deferência do juiz às normas ou aos precedentes, estes últimos especialmente em países ligados à tradição da *common law,* e um maior apego ao espaço de construção da decisão pelo magistrado (KOERNER, 2013, p. 73 e ss).

As circunstâncias especiais da COVID têm imposto aos governos de todo o mundo a tomada de decisões e riscos que envolvem direitos fundamentais,

4 Para uma recuperação histórica do ativismo na Suprema Corte dos Estado Unidos, ver CAMPOS, Carlos A. de A., 2016, p. 59-117.

mas no Brasil, a excepcionalidade da situação combina-se com a explosiva e antidemocrática política do governo federal em negar a doença, o tratamento, a pandemia, a ciência e as "boas práticas" que têm permitido bons resultados na contenção da epidemia. Esta conjuntura, de um lado potencializa a judicialização e o ativismo e, em consequência o protagonismo judicial, mas de outro amplia também o risco de perda de legitimidade e efetividade da justiça.

2. A NECESSIDADE DA ACCOUNTABILITY JUDICIAL NA LEGITIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Os milhares de processos sobre COVID no STF, sem muita chance de efetividade de direitos e solução de conflitos, e a notícia de dois juízes de uma mesma comarca, com posturas políticas diferentes em relação ao governo federal, que determinam, um, a abertura e outro, o fechamento de um pequeno negócio, baseados em normas federais, de um lado, e estaduais e municipais, de outro[5], ilustram com perfeição a amplitude e o risco do empoderamento judicial, evidenciando-se a crescente necessidade de *accountability*.

Os limites do controle sobre a atuação do Judiciário, tradicionalmente frágeis, se desfazem diante do fortalecimento do papel político do judiciário, e não há razão para se acreditar que os juízes possuam uma ética peculiar de correição diferente daquela dos agentes políticos ou dos atores privados. Ao contrário, o fato de os mecanismos de controle sobre a atuação do Judiciário serem muito fracos, facilita o abuso do poder, cuja contenção é um dos objetivos da *accountability* judicial.

Peruzzotti e Smulovitz (2006, p. 5) afirmam que a accountability *refers to the ability to ensure that public officials are answerable for their behavior – forced to justify and inform the citizenry about their decision and possibly eventually be sanctioned for them*.

A *accountability* judicial traduz justamente a necessidade de agentes e instituições do Poder Judiciário estarem obrigadas a justificar, informar e prestar contas à sociedade, uma ação em sentido oposto àquela em que o Judiciário atua para cobrar e fiscalizar a atuação de outras instituições e agentes públicos. Na *accountability* judicial exterioriza-se a clássica preocupação expressada por Juvenal na Roma imperial e recuperada na República do Platão no contexto que a tornou

5 Juiz manda abrir salão de beleza enquanto juíza manda fechar. Disponível em: https://riopreto.dlnews.com.br/noticias?id=31993/juiz-manda-abrir-salao-de-beleza-enquanto-juiza-manda-fechar. Acesso em 04 jun. 2020.

célebre: *quis coustodiet ipsos custodes?*[6] *(Quem guarda o guardião?).*

O'Donnell (2009, p. 29) distingue espacialmente duas dimensões da *accountability*: a dimensão vertical, que pressupõe uma ação entre desiguais – cidadãos versus representantes, e a dimensão horizontal, que pressupõe uma relação entre iguais – *checks and balances*, entre os poderes constituídos. O controle recíproco típico do *checks and balances* é do tipo horizontal, e quando implica no controle de um poder sobre outro, caracteriza-se como *accountability* externa. Se o foco é o comportamento do juiz, avaliado desde uma perspectiva de *accountability* comportamental, avalia-se a imparcialidade, a urbanidade no trato em relação às partes, a integridade; se o foco é a decisão e a accountability é decisional, analisa-se a motivação, a justificação e os fundamentos fáticos e jurídicos que as sustentam, de maneira que cada controle tem mecanismos próprios que habilitam o seu exercício (ROBL e TOMIO, 2013).

Distingue-se ainda a *accountability* em legal e política, e cada tipo demanda mecanismos específicos de controle e sanção. A legal refere-se a um conjunto de mecanismos institucionais voltados a assegurar que as ações de agentes públicos sejam legalmente e constitucionalmente enquadradas, sendo este o típico exercício do controle judicial que se exerce sobre a legalidade de atos de outros agentes (PERUZZOTTI e SMULOVITZ, 2006, p. 5).

A *Accountability* política, por sua vez, não está focada na legalidade dos atos, mas na responsividade de uma determinada política pública às preferências dos cidadãos. Em se tratando da atuação do Judiciário, importa que a política judiciária seja capaz de ir ao encontro da expectativa da sociedade. Neste tipo de *accountability,* a legitimidade do agente e a efetividade de sua ação importam. O eventual insucesso da atuação judicial nas questões da COVID impacta na legitimidade do Judiciário e, em consequência, provoca um déficit na *accountability* política deste poder.

Mas, para além da accountability horizontal, Peruzzotti e Smulovitz sugerem um terceiro tipo de *accountability*: a social.

> "Social accountability is a nonelectoral yet vertical mechanisms of control of political authorities that rests on the action of an array of citizens associations and movements and the media"

A accountability social judicial também pode ser legal ou política, confirme o ato ou ação avaliados questionem a legalidade de uma determinada decisão

6 Quis custodiet ipsos custodes? Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Quis_custodiet_ipsos_custodes%3F. Acesso em 05 jun. 2020.

ou a responsividade do Judiciário em relação ao assunto que a exige. É na seara da *accountability* social judicial que o risco de atuação do judiciário na COVID-19 apresenta-se mais frágil.

De fato, o caráter extraordinário da situação provocada pela pandemia e a natureza das intervenções judiciais que o cidadão busca no judiciário, permitem antever o fracasso do sistema de justiça na pacificação social. Grande parte da demanda judicial relacionada à COVID implica na transferência ao Judiciário de questões que, sob um governo legítimo, deveriam ser geridas, tratadas e solucionadas na esfera política típica dos poderes legislativo e executivo, cabendo ao executivo a gestão da crise e ao legislativo o apoio e a aprovação da base normativa necessária para tanto. A gestão mal feita ensejaria reprovação nas urnas e derrota eleitoral, enquanto a ação bem sucedida reverteria em aprovação futura do governo, resolvendo-se, portanto, na *accountability* social eleitoral.

Mas se no modelo clássico de separação e harmonia entre os poderes, executivo e legislativo tinham suas decisões e ações submetidas ao escrutínio popular, constituindo-se as eleições no mais importante mecanismo de *accountability* social, no constitucionalismo contemporâneo há um rearranjo e o judiciário amplia a sua esfera de atuação política. Diferente dos representantes eleitos, juízes não possuem responsabilidade como gestor de políticas, não detém a legitimidade das urnas e não possuem as informações, os canais e os meios para implantar e gerir políticas, ficando ainda imunes ao controle típico dessas atividades porque, na qualidade de agentes públicos, detentores de um cargo vitalício, são imunes à *accountability* social eleitoral. A prestação jurisdicional necessita, portanto, de outro tipo de controle e fiscalização.

A outra forma típica de *accountability* judicial social é a que decorre do escrutínio da imprensa e da ação de organizações da sociedade civil sobre os magistrados enquanto agentes, e o judiciário enquanto instituição. A *accountability* social é débil quando a sociedade organiza-se pouco ou de forma volátil, e é preciso melhorar a participação do cidadão para que se possa efetivar uma maior fiscalização e controle sociais sobre o Judiciário, uma jornada longa que ficou ainda mais distante com a revogação do Decreto n. 8.243/14, que instituiu o Sistema Nacional de Participação Social.

O outro mecanismos ativador da *accountability* social é o acompanhamento e fiscalização operados pela imprensa que, de certa forma, está condicionada a ser, ela também, *accountable*, porquê da mesma forma que é insatisfatório atribuir ao judiciário um protagonismo político sem o contraponto que fiscalize esse

poder, também a imprensa precisa ser *accountable* para poder exercer a *accountability* social judicial, um tipo de *accountability* vertical e externa, em relação aos magistrados e ao Poder Judiciário.

No Brasil, a intensidade e extensão da crise sanitária, somadas à divergência de muitos governadores em relação às determinações do governo federal para conter o contágio, favoreceram a judicialização e o ativismo. De fato, a polarização política estampada nas medidas de isolamento, na prescrição de tratamentos e na priorização de bens essenciais (vida x trabalho) por exemplo, ampliaram a judicialização, enquanto as variáveis postas à análise para a tomada de decisão, favorecem o ativismo. É nesse ambiente em que autoridades são questionadas, magistrados são instados a motivar e justificar suas decisões e cidadãos são conclamados a optar entre comer ou viver, que o ativismo e a judicialização das instituições judiciais brasileiras, ampliam a necessidade de *accountability* deste Judiciário.

Protegidos da incerteza da reeleição (accountability social eleitoral) e blindados pela ausência de mecanismos efetivos sancionatórios relativos ao comportamento e à decisão ativistas, magistrados brasileiros esbarram apenas no risco de que sua atuação seja pouco responsiva às necessidades dos cidadãos, uma ameaça mais real em tempos de COVID-19 que evidencia a necessidade de aperfeiçoamento da accountability judicial.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Judicialização e ativismo aparentemente fortalecem o Judiciário, pois que ampliam o seu papel de árbitro dos conflitos e afirmam o protagonismo político do Judiciário. Contudo, o fato de que a solução envolve políticas públicas e gestão de crise, que estão fora do seu alcance, fazem com que Justiça arrisque perder legitimidade, pela ausência de efetividade de suas decisões e pela incapacidade de responder eficazmente ao jurisdicionado e oferecer-lhe uma solução satisfatória (decisão com base legal, motivada, no tempo certo). Desta forma, é preciso sopesar o empoderamento que decorre do ativismo e da judicialização, com a perda de legitimidade que a inefetividade sistêmica do Judiciário pode provocar. A *accountability* judicial pode auxiliar nesta tarefa.

REFUGIADOS E A PANDEMIA DO COVID-19

Débora Patricia Seger[1]

Diante da atual era da complexidade, da crise do Estado, do aparato legislativo sobre os refugiados e da contextualização da cultura, seu conceito e flexibilidade, passa-se a explorar questões importantes que circundam o tema, como diversidade, identidade, igualdade e direito à diferença. Dentro de um Estado Democrático de Direito, onde as diferenças identitárias precisam ser respeitadas, reconhecidas e mantidas, livres de qualquer discriminação ou tentativas de homogeneização, bem como o tratamento igualitário frente a crise mundial da pandemia do Novo Corona Virus.

Simplificadamente, o covid-19, "é uma doença causada pelo coronavírus **SARS-CoV-2**, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves." [2] (BRASIL,2020)

Nesse contexto mundial, com uma crise na saúde, percebe-se também as crises políticas dos países, principalmente os em desenvolvimento, que se veem em encruzilhadas, entre o salvar vidas e a pressão econômica do mercado. Situação em que alguns, como o Brasil são tendenciosos a está última. Em meio ao caos, percebe-se que os refugiados, os quais já estavam em situação de vulnerabilidade social, encontram-se em situação ainda mais degradante e sem apoio dos governos e sociedade civil.

1. REFUGIADOS A IDENTIDADE NO DIREITO À DIFERENÇA E A IGUALDADE

Desde o contexto enfrentado dentro de seus países, passando pela saída, pelo percurso até a dificultosa recepção nos locais tidos como destino, os refugia-

---

1 Mestre em Direito pelo PPGD da URI de Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNINTER e Bacharel em Direito pela URI. Membro do grupo de "Direitos de minorias, movimentos sociais e políticas públicas". ORCID: 0000-0003-0425-3227. E-mail: deborapatriciaseger@gmail.com.

2 "Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19).Os primeiros coronavírus humanos foram isolados pela primeira vez em 1937. No entanto, foi em 1965 que o vírus foi descrito como coronavírus, em decorrência do perfil na microscopia, parecendo uma coroa. A maioria das pessoas se infecta com os coronavírus comuns ao longo da vida, sendo as crianças pequenas mais propensas a se infectarem com o tipo mais comum do vírus. Os coronavírus mais comuns que infectam humanos são o alpha coronavírus 229E e NL63 e beta coronavírus OC43, HKU1". (BRASIL, 2020)

dos enfrentam árduas batalhas. A falta de reconhecimento, a aversão ao diferente, o fechamento de fronteiras, a xenofobia, o nacionalismo extremo, as tentativas de marginalização, dominação e opressão, situações que chegam a negar a condição humana desses indivíduos, são realidades constantemente enfrentadas por esses grupos, que têm seus direitos simplesmente ignorados, na maioria das vezes.

O Estado moderno, assim como as identidades, são parte da construção cultural realizada pelo ser humano. O Estado foi uma das grandes invenções modernas, detentor do poder e controlador da população e território. Hoje, pode-se verificar que o Estado não é mais o único ou o principal centro de poder, mas um dentre os vários atores.

Pensar, analisar e refletir sobre o Estado perpassa também mencionar direitos e deveres que a estrutura social criou e que são necessários para o convívio, objetivando polir a convivência humana. Os seres humanos têm direito a uma vida digna, com alimentação, educação, saúde e boas doses de liberdade, portanto, "se os seres humanos têm tais direitos, então todos nós estamos sob uma obrigação coletiva de prover as pessoas do mundo daquilo que necessitam" (NUSSBAUM, 2013, p. 344-345), conjugando direitos e deveres, como o de garantir vida digna a todos os seres humanos e encontrar um modo de viver juntos e de forma cooperativa.[3]

Por conseguinte, a Identidade e diferença são categorias indissociáveis, dada a relação de interdependência, pois invariavelmente só se sabe o que uma é, sabendo o que não é em análise com a outra. Como por exemplo, um local sabe que não é um forasteiro, ou seja, a diferença marca as identidades. A diferença, assim como o sentido de comunidade, pode ser concebida pela ideia de negatividade e de exclusão. Isso se percebe na prática cultural de muitos países, em particular do Brasil, em que a cultura dos *insiders* exclui os *outsiders*, pela sua construção identitária distinta, pelo medo do desconhecido. Os refugiados tidos como diferentes, causam ansiedade e medo, pois são imprevisíveis, trazem à tona a sensação de ignorância, de descontrole e medo da perda de seus postos, propriedades e privilégios por serem "nativos", praticando muitas vezes violência, xenofobia (abersão a estrangeiros), mixofobia[4] e um crescente sentimento de na-

3 Veja-se que as políticas econômicas, desde a década de 1980, já são comandadas por instituições financeiras internacionais e pelos grandes bancos da iniciativa privada, pois o mercado econômico, assim como outras esferas da vida em sociedade, ultrapassa as fronteiras nacionais. A situação se intensifica com a transnacionalização da produção, incapacitando os Estados, cada dia mais, de assegurar nos seus territórios a base produtiva geradora de receita. (CASTELLS, 2018, p. 371-372).

4 "Medo provocado pelo volume irrefreável do desconhecido, inconveniente, desconcertante e incontrolável". Já a mixofilia é a "atração por ambientes diversificados e heterogêneos, anunciando experiências desconhecidas e inexploradas, e por esse motivo prometendo os prazeres da aventura e da descoberta." (BAUMAN, 2017, p.

cionalismo em oposição aos "forasteiros". (BAUMAN, 2017)

Fundamentando o ordenamento jurídico nacional em bases democráticas, enfatiza-se que a Constituição Federal de 1988 reconhece o princípio da igualdade como fonte de proteção aos direitos de todos. O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a proteção de seus direitos fundamentais, sejam estrangeiros, refugiados, residentes no Brasil, brasileiros natos, naturalizados ou, ainda, qualquer pessoa que esteja em trânsito pelo país, até mesmo num simples trânsito de aeroporto. (BRASIL. 1988)

A igualdade prevê tratamento isonômico por parte do Estado Democrático de Direito brasileiro e veda todas as situações arbitrárias e não justificáveis. Não se pode olvidar que Lei Fundamental de 1988, além de garantir a igualdade formal, concebe uma igualdade material, no sentido de legitimar mecanismos diferenciados de atuação em relação a determinados grupos, em razão da diferença, tendo em vista que a aplicação da mera igualdade formal, de forma irrestrita, perpetraria desigualdades e engendraria muitas injustiças.

Assim, demonstrar-se-à que neste período de pandemia do covid-19, novamente os refugiados estão em situações ainda mais degradantes, excluídos e muito propensos à aquisição do vírus, com efeitos letais, visto a situação da saúde dessa população tão hipossuficiente.

2. SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS EM MEIO A PANDEMIA MUNDIAL

Entender o contexto social e cultural da situação de exclusão dos refugiados é primordial para perceber que eles serão os últimos a serem observados e cuidados pelos Estados e comunidade nessa pandemia, pois pela compreensão majoritária deveriam estar em seu país não ocupando um espaço, direitos, empregos e benefícios dos nacionais.

A situação é deveras caótica, o ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) estima que sejam 25,9 milhões de refugiados pelo mundo. A preocupação da agencia está atualmente focada não só nas condições de vida dos refugiados e nas possibilidades de melhorar o futuro, com novos lares, mas principalmente em como minimizar os impactos devastadores do vírus a

14-15).

eles. Em campos de refugiados, é praticamente impossível cumprir duas recomendações principais da Organização mundial da saúde (OMS), que são higienizar as mãos constantemente e o isolamento social. Não há sequer um sistema de saneamento básico, falta água potável e há proliferação de inúmeras doenças. (OXFAM, 2020)

Os campos de refugiados já são uma realidade precária, principalmente no tocante a saneamento, e não foram projetados para lidar nem com a realidade do dia-a-dia dos refugiados, muito menos para uma pandemia global. Estima-se que uma torneira, em média, será utilizada por 250 pessoas e o espaço, muitas vezes, é restrito há menos de 3,5m^2, impossibilitando qualquer condição de uma mínima prevenção à contaminação do covid-19. Sem mencionar que a maioria dos campos esta superlotada, sem sabão, com poucos banheiros e chuveiros e milhões de abrigos improvisados. Para Marta Valdes Garcia da OXFAM "é crucial que não deem as costas a milhões das pessoas mais vulneráveis do mundo. A comunidade internacional precisa mobilizar enormes recursos se quisermos honrar a promessa de 'ninguém está seguro até que estejamos todos seguros". (OXFAM, 2020)

Por fim, tem-se o fechamento das fronteiras, são 167 países que fecharam suas fronteias total ou parcialmente, a pandemia piorou uma situação muito difícil e estão em risco todas as normas fundamentais das leis de refugiados e os direitos humanos. Trata-se de um arduoso dilema, mas que necessita de cuidado, alteridade para responder a ambos da melhor maneira. "Com a continuação das guerras e da violência em muitas partes do mundo, essas medidas estão suspendendo efetivamente o direito das pessoas de solicitar refúgio. Aqueles que buscam segurança e abrigo estão sendo rejeitados nas fronteiras terrestres ou marítimas." Estando em risco à vida ou liberdade de milhares de pessoas e crianças que podem ser devolvidas aos países ou transferidas. (NAÇÕES UNIDAS, 2020)

O ACNUR solicita aos Estados que procurem saídas e formas de administrar a situação, respeitando os padrões internacionais de direitos humanos e de proteção aos refugiados, como por exemplo, a possibilidade da quarentena e aplicação de exames médicos, testes rápidos. Deve-se manter, mesmo na crise da pandemia, o direito de se solicitar refúgio. (NAÇÕES UNIDAS, 2020) O cuidado é para que os países que já vinham descumprindo os direitos dos refugiados não usem o covid-19 como motivo para justificar ações arbitrárias e facilitar expulsões ou negar o acolhimento para os refugiados.

No Brasil, como na maioria dos países, com um grande números de refugiados, o ACNUR/ONU é a principal organização preocupada com a situação

dos refugiados na pandemia. Ele tem como objetivo, nessa pandemia, de "garantir que informações confiáveis cheguem à população", já conseguiu alcançar mais de 15 mil refugiados e migrantes no norte do Brasil com informações cruciais sobre a COVID-19 em abrigos e assentamentos informais e através de organizações comunitárias." Ainda, possibilitou a muitos refugiados melhorar condições habitacionais e de saneamento básico como a entrega de "331 unidades habitacionais, 1.296 colchões e capas para colchões, 460 camas, 155 redes, 1.147 kits de limpeza, 2.235 pacotes de fraldas, 2.331 jarras para água potável, 422 baldes, 1.132 redes mosqueteiras, 50 kits de cozinha e 584 lâmpadas solares." Qualquer produto e atitude são necessários, pois a situações dos refugiados é de vulnerabilidade extrema. (ACNUR, 2020)

Outra ação é o apoio financeiro onde 1.636 refugiados são assistenciados com R$612,522, mas "a operação possui apenas 24% do orçamento necessário para atividade de assistência em dinheiro enquanto as necessidades aumentam exponencialmente no contexto da COVID-19". (ACNUR, 2020). São situações muito difíceis, mas deve prosperar a ajuda pelo próximo, à alteridade e a possibilidade de todos viverem.

3. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito aliado com os direitos fundamentais a todas as pessoas, são fundamentados no direito a diferença e na igualdade material, independem das situações financeiras, políticas, religiosas e de nacionalidade. A situação dos refugiados existe pela inobservância dos fundamentos referidos no sistema político, social e cultural. O Brasil, mesmo sendo um país democrático, com uma constituição cidadã não é capaz de proporcionar as pessoas garantias fundamentais básicas a toda população, gerando incertezas e medo para com o estrangeiro. Mas é necessário, principalmente em tempos de pandemia, rever os valores reais que fundamentam os povos, e compreender que somos apenas uma pequena parte desse mundo e o que resta é cuidar da natureza, e repensar as ligações com o Outro, num processo de compreensão da diferença, de alteridade e solidariedade. São essas as possibilidades de salvar a todos e "não largar a mão de ninguém".

GÊNERO, RAÇA E CLASSE: OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NA VIDA DAS MULHERES BRASILEIRAS.

Déborah Silva do Monte[1]

O enfrentamento à pandemia do novo coronavírus, que já chegou a mais de 6.142.533 casos e 376.320[2] óbitos em todo o mundo, traz à luz novos desafios e intensifica problemas e desigualdades sociais já existentes. No Brasil, o número de mortes aumenta diariamente e já há mais de 30 mil óbitos causados pela COVID-19. Durante a pandemia, o Brasil passa por uma crise político-federativa, evidenciada pela desarticulação das políticas púbicas de combate à doença, e institucional, uma vez que ataques às instituições democráticas são feitas pela presidência da República.

Neste cenário de pouca governabilidade, enfraquecimento da democracia e dificuldades de articulação entre os entes federativos, destaca-se um aumento na incidência de violência contra as mulheres no Brasil[3] . Apesar das particularidades do caso brasileiro, este é um problema global e dados sobre o fenômeno ao redor do mundo preocupam especialistas da ONU Mulheres: durante o isolamento social, a Espanha, a Colômbia e a França reportaram aumentos de 12,4%, 79% e 30% nas denúncias de violência contra as mulheres, respectivamente.

Considerando os desafios que a pandemia da COVID-19 oferece à garantia dos direitos das mulheres no Brasil, este ensaio tem como objetivo apresentar dados sobre a violência doméstica neste período, apontando a necessidade de adequação das políticas públicas à esta nova realidade, e discutir o impacto do isolamento social na vida de trabalhadoras da área acadêmica e da saúde. Considera-se, na análise apresentada, que os recortes de classe, gênero e raça são catalisadores da vulnerabilidade das mulheres neste contexto.

1. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL DURANTE O ISO-

1 Professora adjunta da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (FADIR-UFGD). Doutora em Relações Internacionais.

2 Dados referentes ao dia dois de junho de 2019, disponíveis no site da Organização Mundial de Saúde (OMS): https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875#datas-noticificacoes.

3 Alguns trechos foram escritos no âmbito das atividades do projeto de extensão da UFGD intitulado *Nós por Todas*, formado por alunas dos cursos de Relações Internacionais e Psicologia desta Universidade, e coordenado pela prof. Déborah Monte.

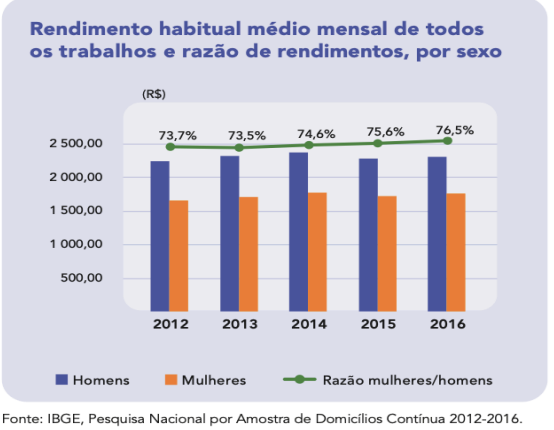
LAMENTO SOCIAL CAUSADO PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS.

Em países como o Brasil, em que os índices de violência contra a mulher e feminicídios já são muito altos, o quadro se agrava com o isolamento social. Dados da pesquisa *Intimate partner violence in the Americas: a systematic review and reanalysis*, da Organização Pan-Americana da Saúde (2019), informam que uma em cada três mulheres da região da América Latina e do Caribe sofrem violência de gênero ao longo da vida. Além disso, 12% das entrevistadas, cerca de 19,2 milhão de mulheres entre 15 e 49 anos, relataram ter sofrido violência física ou sexual de seu companheiro íntimo nos 12 meses que antecederam à pesquisa (BOTT, GUEDES, RUIZ-CELIS e MENDOZA, 2019).

A violência de gênero, especialmente a doméstica, se intensifica com o confinamento causado pelo isolamento social ao fazer com que mulheres estejam presas com seus agressores em suas próprias casas. Por consequência da quarentena, mulheres entram em um estado de maior vulnerabilidade, sendo que há um conjunto de situações que pode agravar a violência, como por exemplo, a instabilidade financeira, o aumento de uso de álcool e/ou drogas e o isolamento físico, fato que dificulta a procura de ajuda (ONU Mulheres, 2020).

No caso brasileiro, a vulnerabilidade se relaciona às desigualdades cumulativas que perpassam a vida das mulheres. Dados do IBGE (2016) apontam que as mulheres ainda recebem aproximadamente três-quartos (¾) dos rendimentos dos homens, mesmo possuindo maior escolaridade: na população maior de 25 anos com acesso ao ensino superior, 16,9% se refere às mulheres e 13,5%, aos homens.

Figura 1. Rendimento médio mensal de homens e mulheres no Brasil

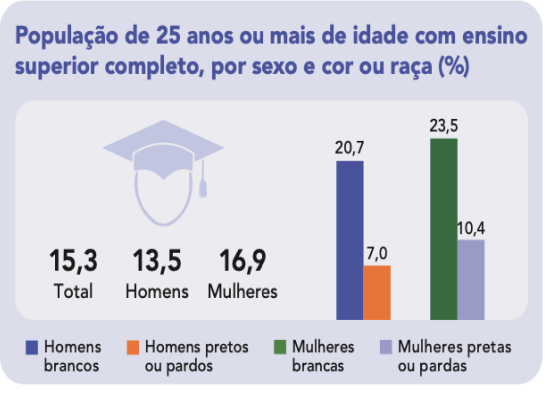


Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012-2016.

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (2012-2016).

Destaca-se, também, uma significativa desigualdade entre mulheres brancas e mulheres pretas ou pardas, o que evidencia que a cor ou etnia é uma variável importante na desvantagem educacional. Além da disparidade salarial e de escolaridade, há diferenças em relação ao feminicídio, crime de assassinato devido a identidade de gênero. Segundo o "Mapa da Violência Contra a Mulher" (2015), a partir da Lei Maria da Penha, os assassinatos de mulheres brancas diminuíram enquanto os de mulheres pretas cresceram.

Figura 2. Percentual de escolaridade por sexo e raça para a população acima de 25 anos.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016.

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (2012-2016).

No atual cenário de isolamento social, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), no relatório *Violência Doméstica durante a Pandemia de Covid-19* (2020), aponta para os impactos nos números de casos reportados aos órgãos competentes. Os registros de boletim de ocorrência, que geralmente demandam a presença das vítimas nas delegacias, apresentaram queda em cinco estados da federação quando comparados ao mesmo período do ano passado. Um fenômeno semelhante é percebido na quantidade de medidas protetivas de urgência concedidas, com queda de 32,9% no Pará, 67,7% no Acre e 37,9% em São Paulo. Tais dados sinalizam que mulheres em isolamento social tendem a denunciar menos os casos de violência doméstica.

No entanto, em relação aos atendimentos feitos pelas polícias militares

pelo número 190, percebe-se uma elevação de 44,9% em São Paulo (de 6.775 para 9.817) e 2,1% no Acre (470 para 480), em comparando-se os dados de março de 2019 e março de 2020. Os registros de feminicídios também apresentam elevações substantivas no Acre (100%), no Mato Grosso (40%), no Rio Grande do Norte (300%) e em São Paulo (46,2%). Além dos dados oficiais, a pesquisa nas redes sociais aponta uma elevação de 431% nos relatos de brigas familiares no *Twitter* no período entre fevereiro e abril de 2020, somando 52 mil menções (FBSP, 2020).

Para aumentar a efetividade das políticas públicas destinadas a proteção da vida das mulheres no contexto de isolamento social e pandemia, atualizações e melhorias no aparato público precisam ser feitas. Nessa direção, o FBSP e a ONU Mulheres atentam para a necessidade de:

- Diversificar os canais de denúncias para mulheres em situação de violência por meios digitais (telefone e aplicativos, por exemplo) (ONU Mulheres, 2020), mas também em serviços essenciais (como farmácias e supermercados, por exemplo) que não estarão fechados devido à pandemia (FBSP, 2020)
- Assegurar respostas rápidas das autoridades para a proteção da mulher, seja para retirar o autor de violência de dentro de casa ou para colocar a mulher em locais seguros (como hotéis ou abrigos) durante o isolamento social (FBSP, 2020)
- Fortalecer a identificação e o atendimento de casos de violência de gênero pelas equipes de saúde (ONU Mulheres)
- Reforçar a articulação das redes locais de proteção à mulher, em especial as que envolvem a sociedade civil organizada (FBSP, 2020) e a vizinhança (ONU Mulheres, 2020);
- Divulgar a informação de que vizinhos podem acionar a polícia militar, e não somente a mulher em situação de violência (FBBP, 2020; ONU Mulheres, 2020).

Algumas medidas nesta direção já foram tomadas, como o aplicativo lançado pelo Governo Federal chamado "Direitos Humanos BR", que recebe denúncias de violência doméstica. Outro exemplo é que no estado do Mato Grosso do Sul, a Subsecretaria de Políticas Públicas para Mulheres lançou o site www.naosecale.ms.gov.br. Lá estão disponíveis notícias, textos e informações sobre as formas de violência de gênero e sobre as políticas públicas estaduais, além de um canal de atendimento on-line para orientações e denúncias. Apesar da relevância de tais iniciativas, entende-se que são necessárias ações mais articuladas e diversi-

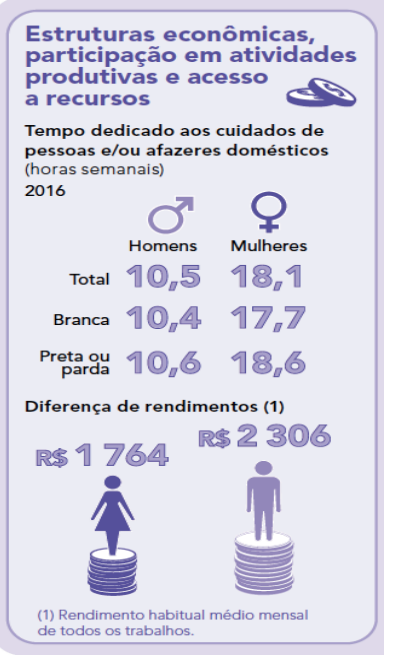
ficadas, considerando os apontamentos do FBSP e da ONU Mulheres.

2. A SOBRECARGA DE TRABALHO DA MULHER DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL.

Angela Davis, em *Mulheres, raça e classe* (1981/2016), afirma que o trabalho doméstico é quase invisível e não notado. Além do acúmulo das tarefas domésticas e externas, as mulheres, comparativamente aos homens, estão mais inseridas em trabalhos informais, levando a uma maior instabilidade econômica.

Historicamente, as mulheres foram subjugadas ao ambiente privado e doméstico em oposição ao *locus* masculino: o ambiente público e político. Sendo assim, atribui-se, às mulheres, ainda hoje, a primazia do cuidado da casa e dos filhos. O isolamento social escancara a dupla e tripla jornada de trabalho da vida das mulheres. Dados do IBGE (2016) apontam que, no Brasil, as mulheres se dedicam bem mais aos cuidados e afazeres domésticos, cerca de 73% a mais de horas do que os homens (média semanal de 18,1 h para as mulheres e 10,5 h para os homens). Considerando a variável cor, essa desigualdade ainda é mais ampliada, com média de 18,8 horas semanais para as mulheres pretas.

Figura 3. Tempo destinado aos cuidados de pessoas e afazeres domésticos no Brasil, por sexo e cor.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (2012-2016).

A divisão sexual do trabalho se torna ainda mais explícita durante o isolamento social afetando, principalmente, as mulheres que trabalham fora de casa e têm filhos. Diante das atuais restrições de segurança, as profissionais têm que se ajustar a uma nova realidade de trabalho e isso inclui os pesquisadores e pesquisadoras. O jornal The Lily (2020) apresenta dados alarmantes: comparando os quatro primeiros meses de 2020 com os mesmos meses de 2019, a Universidade de Monash, na Austrália, recebeu 50% a mais de estudos realizados por homens, enquanto os estudos de mulheres caíram consideravelmente.

No Brasil, um levantamento da Dados - Revista de Ciências Sociais aponta que as pesquisadoras brasileiras também têm submetido um número menor de artigos durante a pandemia da COVID-19. No segundo trimestre de 2019, há apenas 28% de mulheres assinando os trabalhos submetidos. Considerando textos com a primeira autora mulher, os números são ainda mais preocupantes: apenas 13% no segundo trimestre de 2020 (CÂNDIDO, CAMPOS, 2020).

Tais dados apontam e evidenciam o excesso de trabalho acumulado pelas mulheres pesquisadoras e o impacto negativo causado em suas trajetórias profissionais, especialmente se forem mães. Foi publicado, nesse sentido, um manifesto na revista Science, escrito por pesquisadoras brasileiras, atentando para a necessidade de reformulação de processos seletivos, chamadas para bolsas e financiamento de projetos em atenção às especificidades de gênero (STANISCUASKI et al, 2020). Nas palavras das autoras:

> Políticas e ações para mitigar a pena da maternidade podem beneficiar todos os cientistas. Os prazos para propostas de subsídios, relatórios e solicitações de renovação devem ser adiados. As agências de financiamento devem considerar a criação de programas de concessão projetados em torno da realidade dos acadêmicos com as famílias. Ao instituir políticas mais flexíveis, podemos tornar a ciência mais justa para todos os afetados pela pandemia (STANISCUASKI et al, 2020, p. 724, tradução nossa)[4].

Merecem atenção, principalmente, as mulheres trabalhadoras na área da saúde. De acordo com dados da OMS, as mulheres chegam a 70% dos profissionais da saúde, que são essenciais para a superação da COVID-19. Uma pesquisa

4 *Policies and actions to mitigate the motherhood penalty can benefit all scientists. Deadlines for grant proposals, reports, and renewal requests must be postponed. Funding agencies should consider creating granting programs designed around the reality of academics with families. By instituting more flexible policies, we can make science fairer for everyone affected by the pandemic.*

realizada pelo Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) em conjunto a Fundação Oswaldo Cruz, em uma análise sobre o perfil dos profissionais da enfermagem, aponta que 85% do total são mulheres. Além disso, 53% se identifica como pretas ou pardas, 24,7% afirma trabalhar entre 40 e 61 horas/semanais e 13,9% mais de 61 horas/semanais. No setor público, apenas 3,8% declara ganhar mais de R$ 5.001 mensais, no setor privado esta percentagem corresponde a 1,8% e no setor filantrópico apenas 0,9% se encontra nessa faixa salarial.

Os dados ilustram a precariedade de trabalho das enfermeiras no Brasil, profissionais da linha de frente no combate ao novo coronavírus, que se intensifica durante a pandemia. De acordo com a presidente da Associação Brasileira de Enfermagem do Rio de Janeiro, Regina Henriques, as enfermeiras enfrentam condições adversas de trabalho principalmente devido à falta de equipamentos de proteção individual (EPIs), baixos salários e longas jornadas de trabalho (Agência o Globo, 2020). Como apontado pela ONU Mulheres (2020), "*As trabalhadoras da saúde estão expostas a múltiplas formas de violência nos locais de trabalho, nas vias públicas e ate em suas casas por causa do estigma e por reações pouco solidárias baseadas no medo e na violência crescente [...]*" e, por isso, merecem ações adequadas às suas especificidades durante a pandemia.

A pandemia da COVID-19 escancara as desigualdades que maculam o país e torna a solução dos problemas sociais relacionados às mulheres ainda mais complexa. Mesmo em face de novos desafios, faz-se necessária a manutenção e a materialidade dos direitos já assegurados e a implementação de políticas públicas efetivas para as mulheres, especialmente as mais vulneráveis.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO COMBATE AO SUPERENCARCERAMENTO EM TEMPOS DE COVID-19

Emerson Ramos[1]

Monaliza Montinegro[2]

O presente texto é um breve estudo de caso que trata dos desdobramentos, no cárcere, da atual crise sanitária em virtude da pandemia de COVID-19 e sobre as formas de sua contenção nesse espaço. Utilizamos a Penitenciária Padrão Romero Nóbrega (situada na cidade de Patos/PB) como unidade de observação e analisamos a disseminação do novo coronavírus em seu interior, elencando os fatores que levam os presídios a serem epicentros da crise atual pandêmica. A conclusão é a de que um grande índice de decretações de prisões provisórias associado a uma alta taxa de ocupação e às condições insalubres do cárcere tornam este espaço um forte vetor para a expansão do Sars-CoV-2[3], intensificando a atual crise sanitária e pondo em risco a vida de presos, seus familiares, bem como de funcionários que lidam diretamente com a população carcerária, além de alimentar a propagação do vírus em toda a sociedade, postergando ainda mais o fim da pandemia no país.

1. O CONTEXTO PRISIONAL E O AVANÇO DO COVID-19 EM PATOS/PB

Patos é um município de médio porte com cerca de 107.600 habitantes, localizado no sertão da Paraíba e a 315 km de distância da capital (João Pessoa), sendo o quarto município mais populoso deste estado. Os primeiros registros[4] de COVID-19 na cidade são de 8 de abril, data em que três pessoas receberam resultados positivos para a doença. Em poucos dias, contudo, o número de casos aumentou exponencialmente – como é típico dos episódios de pandemia. Em

1 Emerson Erivan de Araújo Ramos é doutor em Sociologia pela UFPB e professor de Direito na UNIFIP.

2 Monaliza Maelly Fernandes Montinegro é defensora pública do estado da Paraíba e membra do Grupo de Atuação Estratégica para Contenção dos Danos do COVID-19. Autora do livro "Litigância estratégica na Defensoria".

3 Nome científico do novo coronavírus, que significa "coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2".

4 Os boletins epidemiológicos da cidade estão sendo prioritariamente publicados na página do Instagram de sua prefeitura: @pmpatos.

11 de maio, Patos contava com 109 casos confirmados. Em 24 de maio, já eram 450 deles[5].

A rápida difusão do vírus na cidade deve-se a diversos fatores. O mais notável deles diz respeito à adoção de decretos municipais pouco rigorosos no que tange às restrições de comércio, especialmente problemática por tratar-se de uma cidade que possui um alto índice de população flutuante, uma vez que é um importante polo comercial no sertão paraibano. Esse fato diminui o isolamento físico da comunidade e propicia a rápida proliferação do vírus.

Outro fator decisivo é menos observável pela população em geral e diz respeito às condições carcerárias da cidade, sobretudo de seu presídio masculino (a Penitenciária Padrão Romero Nóbrega). Os efeitos do superencarceramento são tradicionalmente propícios à disseminação de doenças infecciosas, mas ganha mais expressividade neste momento de pandemia em virtude da facilidade de contágio pelo novo coronavírus em ambientes de aglomeração. E para entender esse fato, é preciso conhecer as condições carcerárias da Penitenciária Padrão de Patos.

A referida unidade prisional conta com 186 vagas, mas no início da pandemia do novo coronavírus ela abrigava 400 presos (DETENTOS, 2020A), possuindo uma taxa de ocupação de 215%. Esse é um número bastante maior do que a média no Brasil, que, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (LEVANTAMENTO, 2020), possuía 755.274 pessoas presas e apenas 442.349 vagas em dezembro de 2019, configurando uma taxa de ocupação de 170,74% das unidades prisionais e outras carceragens do país.

2. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA REDUÇÃO DO SUPERENCERAMENTO

Mediante esse quadro, a Defensoria Pública do Estado da Paraíba ingressou com uma série de ações a fim de minimizar os efeitos do avanço da pandemia via estabelecimento prisional. Em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraíba (OAB-PB), foi realizado um pedido coletivo e nominal em todas as varas de Patos e demais comarcas da região, visando favorecer as pessoas presas que se encontravam em grupo de risco do COVID-19, indicadas pela Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CONSELHO, 2020)[6]. Além disso, a DPE-PB impetrou Habeas Corpus no Tribunal de Justiça

5 Esta é a data do último boletim epidemiológico publicado antes da escrita deste artigo.

6 Os presos em grupo de risco designados pela supracitada Recomendação são (dentre outros): idosos;

da Paraíba requisitando o relaxamento imediato das prisões ou a revogação de todas as prisões preventivas e temporárias contra pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos em todo o estado. Todos esses pedidos, entretanto, foram indeferidos, ainda que o número de casos de contaminação pelo novo coronavírus estivesse em nítido crescimento na região.

Com esse quadro, a Defensoria Pública iniciou uma força tarefa e passou a utilizar como novo método o ajuizamento de pedidos individuais em favor dos presos inseridos no retromencionado grupo de risco do COVID-19, através da requisição de progressão antecipada de regime, prisão domiciliar, revogação de prisões preventivas, concessões de livramento condicional, etc. Junto a esses pedidos, a instituição provocou uma série de notícias na imprensa local, retratando a situação de desrespeito aos direitos humanos daquelas pessoas e o descumprimento às determinações legais, visando sensibilizar a opinião pública e forçar um cenário para a concessão de decisões judiciais favoráveis. Tal fato teve o resultado incrível de conseguir a liberdade de mais de 90 presos apenas na Penitenciária Padrão de Patos, reduzindo sua população carcerária para 308 pessoas até o dia 1º de maio[7].

Paralelamente a esses pedidos, a Defensoria Pública desenvolveu uma série de atuações estratégicas visando minimizar os dados ocasionados pelo COVID-19 nos espaços penitenciários de todo o Estado da Paraíba. Ainda no dia 20 de março de 2020, a Defensoria Pública do Estado da Paraíba recomendou à Secretaria de Administração Penitenciária – SEAP o aumento do número de refeições fornecidas aos assistidos para o total de 5 (cinco) refeições diárias para todos os estabelecimentos penais da Paraíba, observando as diretrizes do Ministério da Saúde, OMS, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e demais legislação acerca do tema, especialmente por terem sido suspensas as visitas e as entradas de alimentos por parte dos familiares dos assistidos até então.

Bem ainda, com relação à necessidade de preservar o direito fundamental de todas as pessoas encarceradas de terem acesso à água (elemento escasso nas prisões), sobretudo em razão do fato de a pandemia demandar urgência na higienização apropriada de todos os internos, a Defensoria Pública recomendou a manutenção do abastecimento de água de maneira ininterrupta nos estabele-

pessoas com deficiência; mulheres gestantes, lactantes ou mães; indígenas; portadores de doenças e comorbidades que indiquem suscetibilidade maior de agravamento do estado de saúde a partir do contágio pelo COVID-19, tais que soropositivos para HIV, portadores de tuberculose, câncer, etc.

7 Segundo dados fornecidos pelo diretor titular da unidade prisional e obtidos como resposta a ofício enviado pelo núcleo de atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba na cidade de Patos, acessado pela subscritora deste artigo.

cimentos prisionais do Estado. No mesmo sentido, para cumprir os protocolos de higiene recomendados pelas autoridades sanitárias, requereu que fossem disponibilizados meios e produtos de realização da assepsia e higiene do ambiente prisional – tais como sabão, álcool em gel, máscaras, luvas, etc.

Medida igualmente importante na contenção do poder punitivo do Estado e na garantia na manutenção do exercício do direito de defesa no momento de pandemia foi a adoção de atendimento jurídico virtual com os custodiados. Visando assegurar a comunicação entre a Defensoria Pública e as pessoas em situação de cárcere, a Defensoria Pública emitiu recomendação à SEAP no dia 05 de abril de 2020 sugerindo uma metodologia de atendimentos jurídicos virtuais através de videochamada (por meio do *Whatsapp*), sendo realizados tais atendimentos a partir de então em vários estabelecimentos prisionais do estado.

A realização de videochamadas também foi recomendada como forma de substituição da visita de familiares durante o momento de pandemia, que poderiam realizar visitas virtuais com os custodiados, de modo que a Defensoria Pública catalogou a relação nominal de todos eles com os respectivos nomes e contatos de familiares para facilitar a realização de ligação.

3. O AVANÇO DO COVID-19 NO CONTEXTO PRISIONAL

Apesar de toda atuação estratégica por parte da Defensoria Pública em minimizar os efeitos do COVID-19 naquele estabelecimento, os piores prenúncios para esse cenário trágico se confirmaram. Mesmo diminuindo sua população carcerária em cerca de 23%, o presídio masculino de Patos apenas reduziu sua taxa de ocupação aos níveis da média nacional, permanecendo configurada a situação de superencarceramento, mote para propagação da atual crise sanitária. Por isso, apesar de a força tarefa da Defensoria Pública do Estado da Paraíba ter conseguido pôr em liberdade uma parcela considerável dos homens presos, tal ação não foi o suficiente para evitar o rápido processo de contaminação no interior do presídio.

Esse fato pode ser comprovado pelo processo de difusão do novo coronavírus na cidade, comparando os registros de COVID-19 dentro e fora da unidade prisional. No dia 25 de abril, após um policial da penitenciária masculina apresentar sintomas de gripe e ter confirmado (via teste rápido) a infecção por Sars-CoV-2, dois presos foram também detectados com a doença e transferidos para isolamento prisional. Nesse momento, a cidade de Patos contabilizava apenas 11 casos de COVID-19.

Alguns dias depois, em 11 de maio, o número de infecções já havia aumentado consideravelmente e a cidade apresentava 109 casos de COVID-19. Nesse contexto, o local com o maior número de acometidos pela doença era exatamente a Penitenciária Padrão Romero Nóbrega. Enquanto o bairro do Jatobá, com população de cerca de 5.500 habitantes, apresentava 14 casos (sendo o bairro com o maior número de infectados), o presídio masculino registrava 18 contaminados por Sars-CoV-2 (DETENTOS, 2020B), mesmo com um número significativamente menor de pessoas naquele espaço.

Mesmo assim, importantes medidas de contenção do avanço da doença não têm sido tomadas. No dia 24 de maio, Patos alcançou os 450 registros de COVID-19. E apesar desse avanço da contaminação na cidade e da existência de recomendação da Defensoria Pública no sentido de que fossem testados todos os presos que entrarem no estabelecimento, esses testes não têm sido realizados, uma vez que o atendimento público da população vem disponibilizando testagem exclusivamente em pacientes sintomáticos e em estágios mais avançados da doença.

Os dados acima demonstram que as unidades prisionais estão mais suscetíveis à rápida disseminação de doenças infecciosas do que qualquer outro espaço, o que vem a se somar a estudos que demonstraram que uma pessoa presa possui uma chance 30 vezes maior de contrair tuberculose e 10 vezes maior de contrair HIV (BARROS; BARRUCHO, 2017). Com efeito, a preocupação em conter o avanço da pandemia de COVID-19 tem escancarado as consequências nefastas que o superencarceramento estrutural possui na saúde das pessoas presas no Brasil (RAMOS, 2020) e os custos desse fenômeno também para a sociedade fora da prisão. Prova disso é o crescente número de pessoas contaminadas que trabalham no estabelecimento. Até o dia 20 de maio somavam 9 pessoas, entre agentes penitenciários e equipe de apoio. São pelo menos 9 pontos de contágio entre o presídio e o mundo externo.

4. CONCLUSÃO

O caso da Penitenciária Padrão Romero Nóbrega é um modelo que retrata bem como as condições carcerárias brasileiras tornam os presídios verdadeiros epicentros de propagação do novo coronavírus, de modo que urge a significativa redução da população prisional do país como medida de combate à pandemia do novo coronavírus e manutenção das boas condições sanitárias do cárcere. É preciso reavaliar com rapidez as prisões provisórias decretadas, tornando a restrição

de liberdade uma verdadeira exceção.

O alto número de decretação de prisões preventivas é um dos principais motores do superencarceramento no Brasil. Na penitenciária masculina de Patos, apenas 94 presos foram efetivamente sentenciados, de modo que 69,5% dos custodiados são provisórios. Esses números alarmantes são muito superiores à média nacional registrada pelo Departamento Penitenciário Nacional (INFOPEN, 2020) em 2019, que indica que 30% da população carcerária é de presos provisórios.

Em virtude desse quadro, no dia 21 de maio, a Defensoria Pública do Estado da Paraíba ingressou com o pedido de *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 684, solicitando o cumprimento de uma série de medidas coletivas por parte do Poder Executivo e do Poder Judiciário, as quais visam conter os efeitos da pandemia no cárcere. Essas medidas estão sobretudo relacionadas à manutenção das condições de higiene nos estabelecimentos prisionais, à sistematização dos dados sobre infecção por COVID-19 no cárcere e à substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas à prisão. Ações que são inadiáveis na garantia dos direitos à vida e à saúde dos custodiados, bem como de seus familiares e do grande número funcionários que lida diretamente com a população carcerária.

ENTRE "LUTAS PELO DIREITO DE VIVER"[1] E ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI – O "DEIXAR MORRER".

Érica Babini Lapa do Amaral Machado[2]

Os primeiros casos noticiados do novo coronavírus são de Wuhan, na província de Hubei, China, entre dezembro de 2019 e janeiro de 2020; e de imediato, pesquisas científicas passaram a anunciar protocolos e características epidemiológicas da doença[3].

Em 30 de janeiro, a Organização Mundial de Saúde, ante 700 000 casos de COVID-19 confirmados em mais de 100 países e regiões, declarava o quadro de surto do novo Coronavirus – COVID-19, alarmando que vários países estariam em risco. Já em março de 2020, a OMS declarava o surto de magnitude de uma pandemia.

No Brasil, foi decretado Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, por meio da portaria 188/2020 do Ministério da Saúde[4] e até 06 de junho de 2020, no mundo, a contaminação era de cerca 6.855.858 milhões de pessoas, com óbito de mais de 398.321, tendo a pandemia se alastrado por centenas de países[5].

No país, no início de junho/2020, os casos passam de 645.711 e chega-se a mais de 35.000 mil óbitos. Neste exato momento, o país não tem Ministro da Saúde, está mergulhado em crises políticas de envergaduras fascistas que caminham para um golpe de estado, recorrentemente anunciado, e o Presidente da República, em um, dentre outros inúmeros atos autoritárias, optou por não apresentar os dados oficiais da doença, retirando o país da plataforma global de

---

1 A reflexão sobre lutas pelo direito de viver foi orientada pela exposição de Jacqueline Sinhoretto, em live do INEACC, conforme dispõe: <https://www.youtube.com/watch?v=Ra1za5o2aE8>. Acesso em 07.06.2020

2 Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Mestra pela mesma instituição (2010). Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), nos programas de Graduação e Pós-Graduação

3 A autora não fez pesquisa suficiente para conhecer quais são os primeiros trabalhos científicos de notícia da doença, mas partindo deste estudo de março/2020 já é possível identificar o avanço da pesquisa no trato das questões.

4 <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388 0>. Acesso em 06 de junho de 2020.

5 Informações atualizadas diariamente: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 06 de junho de 2020.

acompanhamento do COVID-19[6].

O cenário impactou a vida da população mundial, e o que já era uma tendência – cooperação entre países para pesquisas de saúde pública – numa perspectiva globalizada, tornou-se uma realidade ainda mais concreta[7].

Nesse sentido, a luta pela vida tornou-se uma tônica em todo o mundo, exigindo-se do Estado intervenções, de todas as ordens, para a prevenção da doença. Em todo o mundo, movimentos pela vida, clamam por mudanças na estrutura.

Assim, aqui apresenta-se o problema sobre a legitimidade do direito de lutar pela vida. Especificamente pretende-se discutir o caso de adolescentes em conflito com a lei, em cumprimento de medida socioeducativa de internação, tomando-se como estudo de caso o estado de Pernambuco – têm permissão para viver? Ou é a confirmação do eufemismo da socioeducação e a confirmação da necropolítica de deixar morrer.

Para isso, o trabalho está dividido em três sessões, em que se discute 1) as orientações sanitárias sobre o combate do COVID e as lutas pelo direito de viver, 2) a realidade da medida socioeducativa de internação em Pernambuco e a operatividade da necropolítica.

1. CENÁRIO DE COVID E ORIENTAÇÕES SANITÁRIAS – LUTAS PELO DIREITO DE VIVER

O cenário mundial de pandemia, provocado pela COVID-19, se de um lado, foi de completo alastramento em todo planeta, gerando mortes e adoecimentos; de outro a rapidez das pesquisas se fez presente[8]; possibilitando orientações sanitárias imediatas. Nesse sentido, modelos matemáticos para identificar os padrões da doença e seu desenvolvimento foram desenvolvidos no sentido de manter a vida humana; e assim: "research has never been more important!" [9].

---

6 s<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/06/apos-reduzir-boletim-governo-bolsonaro-retira-dados-acumulados-da-covid-19-de-site-oficial.ghtml>;<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-06/governo-bolsonaro-impoe-apagao-de-dados-sobre-a-covid-19-no-brasil-em-meio-a-disparada-das-mortes.html>; ,

7 Dos 20 países com maior produção quantitativa de pesquisas publicadas em saúde mundial, estados unidos e Inglaterra ocupam a ponta do ranking e o Brasil não aparece. Wang M, Liu P, Zhang R, Li Z, Li X. A Scientometric Analysis of Global Health Research. Int J Environ Res Public Health. 2020;17(8):2963. Published 2020 Apr 24. doi:10.3390/ijerph17082963.

8 Até 25 de abril de 2020, após cerca de 4 meses do início da pandemia, mais de 6.200 artigos sobre COVID-19 surgiram na PubMed. Sardanelli F, Di Leo G. Assessing the Value of Diagnostic Tests in the New World of COVID-19 Pandemic [published online ahead of print, 2020 May 14]. Radiology. 2020;201845. doi:10.1148/radiol.2020201845

9 Pesquisa nunca foi tão importante! Al-Dadah, Oday; Caroline Hing Novel Coronavirus (COVID-19): A Global Pandemic. The Knee 27 (2020) 279 .

Em artigo de março de 2020[10], a partir de dados de pacientes com diagnóstico confirmado em Wuhan, já havia evidências de que a transmissão teria se dado pelo contato humano próximo, no meio de Dezembro de 2019. O material indica que em janeiro de 2020, o critério epidemiológico era: histórico de viagem à cidade epicentro ou contato direto com pacientes daquela localidade que tiveram febre ou sintomas respiratórios. Estudos estudos genéticos também apontam o contato humano[11] como o meio imediato de transmissão e que as informações sobre o genoma, tornadas públicas em janeiro de 2020, permitiu a evolução de testes de diagnósticos[12].

A orientação da OMS, então, quando da oficialização da pandemia, com lastro nas inúmeras pesquisas produzidas, para prevenir a transmissão de novas infecções era de: "isolamento, distância social (por pelo menos 2m), inclusive para aqueles países que não tinham casos oficialmente declarados"[13].

Além do isolamento[14], a necessidade de testes rápidos, com baixos custos e métodos universais de identificação do SARS-CoV-2, passaram, também, a ser uma das tônicas das buscas científicas[15].

Ante os dados alarmantes, o mundo passou a lutar pela vida!

Porém, o direito de viver nunca foi igual para todos. Na América Latina, em que há escassez de água, sistema sanitário deficiente e todos os tipos de desigualdade social, a partir da experiência com o surto da cólera, estima-se que, além dos números óbito sejam elevados, as características epidemiológicas da doença tenham variações. Sem mencionar a enfraquecida e instável capacidade dos sistemas públicos de saúde. Assim, o imperativo de "achatar a curva" é ainda mais premente nos países do sul global[16].

---

10 Li Q, Guan X, Wu P, et al. Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus-Infected Pneumonia. N Engl J Med. 2020;382(13):1199-1207. doi:10.1056/NEJMoa2001316

11 sabe-se que há contágio durante o período de incubação do vírus em pacientes infectados, não se sabe a duração do contágio e, o mais importante, a contaminação se dá por transmissão de partículas que ficam no ar. Trabalhos na área sugerem mais ainda: não há informações ainda precisas de quando é possível de-isolar os pacientes eu foram acometidos da doença. Liao CH, Hung SC, Lee YT, Hung HC, Hsueh PR. How do we decide to de-isolate COVID-19 patients?. J Microbiol Immunol Infect. 2020;53(3):386-388. doi:10.1016/j.jmii.2020.03.025

12 Li X, Wang W, Zhao X, et al. Transmission dynamics and evolutionary history of 2019-nCoV. J Med Virol. 2020;92(5):501-511. doi:10.1002/jmv.25701

13 CIDRAP- Center for Infectious Disease Research and Policy, 11 March 2020 In: Cucinotta D, Vanelli M. WHO Declares COVID-19 a Pandemic. Acta Biomed. 2020;91(1):157-160. Published 2020 Mar 19. doi:10.23750/abm.v91i1.9397

14 A expressão "achatar a curva" da contaminação ganhou o debate público, tornando-se de conhecimento geral. https://ufam.edu.br/noticias-destaque/1426-pesquisa-da-ufam-que-aponta-que-o-isolamento-social-em-manaus-achatou-a-curva-de-contagio-da-covid-19-e-destaque-nacional-2.html Acesso em 07.06.2020.

15 *Lu H, Stratton CW, Tang YW. Outbreak of pneumonia of unknown etiology in Wuhan, China: the mystery and the miracle. J Med Virol. 2020;92(4):401-402. https://doi.org/10.1002/jmv.25678*

16 Miller MJ, Loaiza JR, Takyar A, Gilman RH. COVID-19 in Latin America: Novel transmission dynamics

O Guia de práticas da OEA[17], considerando a realidade latino-americana de exclusão social, aponta a maior mortalidade nessa região, ante os quadros de vulnerabilização da população negra, indígena etc e convoca os poderes públicos para respostas com enfoque em direitos humanos, seguindo os princípios de igualdade e não discriminação sob a ótica interseccional.

Inclusive, no Brasil, a pandemia iniciou-se pelas classes sociais mais altas devido à mobilidade internacional, mas em pouquíssimos dias, tal realidade mudou, sendo mais letal entre negros[18].

Nesse sentido, se já há conhecimento, na literatura internacional de que, em termos de desastres, desigualdades sociais dão a tônica dos desdobramentos das consequências de um evento, o que dizer sobre o impacto do Coronavírus, em locais encarceramento [brasileiro] ?

Ante essas questões, há a mesma possibilidade de viver? E no caso da população encarcerada, completamente dependente do Estado, há possibilidade de viver ?

No cárcere todas as medidas sanitárias não podem ser cumpridas. Impossível conjecturar-se sobre isolamento e distanciamento sociais. No cárcere, todas as clivagens de classe, raça e gênero são o paroxismo materializado; e as expectativas científicas sobre as tragédias em maiores desigualdades sociais não passam de especulações, porque aqui é morte materializada para aqueles que, em geral, são desejados como mortos[19].

Por outro lado, indiscutivelmente o direito à vida é valor fundamental da ordem constitucional brasileira, sendo a morte proibida em termos de pena[20]. Porém, no plano dos fatos, a expectativa normativa tem outra tonalidade. O número de mortes provocadas por agentes do Estado, somente em 2018, é de 6.220, o que representa cerca de 12,71% do total de Mortes Violentas Intencionais no país. As vítimas dessa morte são: homens (99,3%), jovens (77,9% - 15 e 29 anos) e negros (75,4%)[21]. Aqui o Estado mata.

---

for a global pandemic?. PLoS Negl Trop Dis. 2020;14(5):e0008265. Published 2020 May 7. doi:10.1371/journal.pntd.0008265

17 Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SARE): Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las América. Publicado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos

18 WILLIAMS, Bryan; ZHANG Yi Sharpening the global focus on ethnicity and race in the time of COVID-19 . The Lancet, Vol 395 May 30, 2020.

19 A vulgar expressão "bandido bom é bandido morto", reflete.

20 o direito à vida e o direito à saúde foram alçados a direitos fundamentais pelo art. 5o, da CRFB, bem como a dignidade humana, de onde irradiam os demais direitos, constitui fundamento da República, nos termos do artigo 1o, III, da Lei Maior.

21 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA Pública – FBSP. 13. Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

Mas o Estado também deixa morrer, com ausência de políticas de segurança pública. Viver é arriscado para uma pessoa negra, pois tem 2,7 vezes a chance de ser assassinado que uma pessoa branca[22].

Na verdade, no plano da segurança pública não é novidade a ausência de governança e a mortandade da população. O hiato entre os pressupostos democráticos da CF/88 e as práticas institucionais, em termos de controle social formal, oficializa que direitos humanos é uma questão de privilégio. Mas, viver é um privilégio de pessoas brancas.

O que se destaca aqui é que essa gestão da morte pelo Estado amplia-se pelo COVID. O caso em debate é de adolescentes em conflito com a lei em confinamento.

2. ADOLESCENTES ENCARCERADOS – REALIDADE DA SOCIOEDUCAÇÃO E MEDIDAS DE CONTROLE DO COVID – O "DEIXAR MORER"

O sistema legal regente da justiça juvenil estrutura-se em princípios que acolhem a concepção de desenvolvimento integral, reconhecendo à criança e ao adolescente absoluta prioridade, resguardando o melhor de seus interesses, obrigando os Estados a respeitar as responsabilidades, direitos e obrigações dos pais de prover a direção apropriada para o exercício dos direitos reconhecidos na Convenção dos Direitos da Criança[23].

A medida socioeducativa, com o objetivo de promover a reinserção responsabilizada do adolescente à vida coletiva, deveria pautar-se no sentido de estimular o adolescente ao convívio social, integrando-o à coletividade, havendo, portanto, contato frequente com o mundo externo.

Porém, cenário é de encarceramento e a socioeducação é um eufemismo.

Em 2016, a taxa de adolescentes em conflito com a lei era de 78 a cada 100 mil habitantes. Documento oficial do governo indica haver aumento constante do número de adolescentes cumprindo medida socioeducativa de internação[24] -

São Paulo, 2019.

22 Atlas da Violência, 2019

23 DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 90.

24 A forma mais grave de responsabilização socioeducativa, consistente na privação de liberdade, conforme art. 121 do ECA: "Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento"

cerca de 18.567, representando 70% das hipóteses de responsabilização[25].

O cenário de encarceramento[26] de adolescentes cresce tão vertiginosamente que o Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU tem constatado preocupação de que "medidas alternativas à detenção não estão sendo aplicadas efetivamente" no Brasil[27].

Sem adentrar na discussão sobre o processo de incriminação, aqui importa discutir sobre a realidade da execução das medidas socioeducativas de internação e os impactos do COVID; porquanto o encarceramento quantitativo é materializado nas práticas prisionais[28].

Não é por acaso que o Conselho Nacional de Justiça, editou a Recomendação 62/2020, na qual, no que tange a adolescentes, recomendou, basicamente revisão de decisões para desisternação.

No entanto, como de conhecimento público, maioria dos órgãos jurisdicionais no Brasil tem sistematicamente descumprido a Recomendação, em suas mais diversas instâncias, como apresentou a ADPF 684, proposta no STF.

Isso significa a concretização da morte, pois taxa de mortalidade por 100

25 O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 112 estabelece que são formas de responsabilização a advertência, obrigação de reparar o dano, a liberdade assistida, a prestação de serviços à comunidade, a semiliberdade e internação, além da internação provisória. FBSP. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Ano 12. São Paulo, 2018

26 Não obstante o ECA estabelecer que a responsabilidade do adolescente é socioeducativa e que o termo referido se dirige ao público maior de 18 anos, diversas pesquisas, aqui discutidas, indicam que a execução das medidas em meio fechado equipara-se, ou é pior, em alguns sentidos, à pena privativa de liberdade. Assim, neste texto, propositadamente, a partir de uma perspectiva crítica que reconhece eufemismos nas normas e discurso, adota-se a expressão encarceramento. A referência de Edson Sêda ilustra a reflexão: "Ah, os eufemistas. Uns por delicadeza, suavizam os termos para dizer coisas. Outros não ousam dizer o que pensam que deve ser dito [...] Quem foi privado de liberdade está preso. Então quais, quais seriam estes atos infracionais que podem até mesmo levar à prisão? Seriam atos infracionais ao regulamento da escola? Ao estatuto de um clube? À regras de etiqueta? Às ordens do pai e mãe? À arbitrariedade da polícia ou de outro agente, autoridade ou cidadão qualquer? Ao Código Civil? Parece que não é!". SÊDA, Edson. Os eufemistas e as crianças no Brasil. Rio de Janeiro: Adês, 1999, p. 1-16

27 Tradução livre de: "t*he Committee remains concerned that alternative measures to detention are not applied effectively*". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Concluding Observations on the Combined Second to Fourth Periodic Reports of Brazil, 2015, p. 22. "*the Committee remains concerned that alternative measures to detention are not applied effectively*".

28 Vide: MACHADO, E. B. L. A. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do continuum punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. Tese. UFPE, CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014; FACHINETTO, Rochele Fellini. A "casa de bonecas": um estudo de caso sobre a unidade de atendimento sócio-educativo feminino do RS. Dissertação. UFRGS. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Porto Alegre, 2008, p. 216; MALLART, Fábio. Cadeias dominadas. A Fundação Casa, suas dinâmicas e as trajetórias de jovens internos. São Paulo: Terceiro nome, 2014; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de pesquisa. Dos espaços aos Direitos: a realidade das medidas sócio-educativas para adolescentes do sexo feminino nas cinco regiões. Brasília: CNJ, 2014. ANJOS, Milena Trajano dos. Entre a tranca e o mundão: a representação da socioeducação pelas adolescentes em medida de internação em Recife, PE. Dissertação. UNICAP. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018; SANTOS, Mariana Chies Santiago. Resistentes, conformados e oscilantes: Um estudo acerca das resistências produzidas pelos adolescentes privados de liberdade no Brasil e na França. Tese de doutorado. Programa de Pós- Graduação em Sociologia da UFRGS. 2018; DINIZ, Debora Meninas fora da lei: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal / Debora Diniz. – Brasília : LetrasLivres, 2017.

mil habitantes nas prisões é mais de três vezes maior que na população em geral, muito embora a população prisional seja majoritariamente jovem, com maior recorrência de pessoas entre 18 e 25 anos[29]; isto porque celas úmidas, sem ventilação e com baixa incidência de luz solar, nelas permanecendo grande parte do dia, falta de alimentação adequada, higiene e água potável são elementos que fazem diminuir consideravelmente a imunidade das pessoas presas.

Mais ainda, se no sistema adulto tem-se notícias de tragédia anunciada[30], no sistema socioeducativo há silêncio quase absoluto sobre a questão. Basta partir do fato que os últimos dados nacionais sobre a realidade do sistema datam de 2016. Em resumo - nota técnica n. 1/2020 Conjunta CNMP/CNJ, aponta que há um risco de "tragédia humanitária sem proporções no sistema prisional".

Não obstante, pelo menos em PE, o caminho de mortes já está traçado.

A clínica de Direitos Humanos da UNICAP, em pedido de informações ao governo do estado[31], por meio da lei de transparência, obteve as seguintes informações sobre as providências na pandemia nas unidades socioeducativas de internação no estado:

> 1-Adoção de restrições e posteriormente a suspensão de entrada de visitantes em todas as unidades [...]
>
> 2- Determinação que fossem realizadas palestras e oficinas educativas com socioeducandos, funcionários e familiares de prevenção a Covid-19 [...]
>
> 3- Reforço da limpeza nos espaços físicos das unidades socioeducativas; por meio de aumento na liberação de materiais de limpeza e higiene pessoal;
>
> 4- FUNASE articulou [...] insumos de limpeza, máscaras, termômetros e testes rápidos para auxiliar na prevenção ao avanço do novo Corona vírus nas unidades socioeducativas;
>
> 5-Funcionários e socioeducandos, durante oficinas profissionalizantes, começaram, ainda em março, a confecção de máscaras de proteção. Para distribuição aos funcionários e adolescentes;
>
> 6- Criação de Portaria Conjunta SDSCJ 45/2020 de 19 de março de 2020, a FUNASE estabeleceu um protocolo de notificação de eventuais casos suspeitos ou confirmados de Covid-19 na instituição, determinando o isolamento imediato de socioeducandos com sintomas gripais em instalações da mesma unidade em que

29 O próprio CNJ aponta a realidade. Relatório de Gestão de Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF-CNJ)

30 Por exemplo, sabe-se que no Distrito Federal, no presídio da Papuda, no inicio de maio eram oficialmente 369 (trezentos e sessenta e nove) casos de contaminação por COVID-19.

31 Pedido de Acesso à Informação registrado sob o nº 202034105

ele estiver sendo atendido ou, se houver confirmação da infecção pelo novo Coronavírus, prevendo o encaminhamento para instalações totalmente separadas, fora da unidade;

7-FUNASE passou a monitorar diariamente os socioeducandos com sintomas gripais e das outras ações desempenhadas em prevenção ao novo coronavírus;

8- A FUNASE por meio de suas equipes técnicas, atuou na emissão de relatórios no sentido de contribuir com as Varas da infância e Juventude para acatamento de recomendações do CNJ, que indicou a possibilidade de suspensão de medida socioeducativas aos adolescentes/jovens que fizessem parte de grupo de risco para o agravamento da Covid-19 ;

9- Em março/2020 houve mudança de endereço de unidade da Funase com o objetivo de sanar a superlotação evitando assim aglomerações;

10- Foi determinada a redução do número de transferências administrativas entre unidades;

11- Foi determinado redução da jornada de trabalho para todos os servidores diaristas da sede administrativa e das unidades socioeducativas [...];

12- Por meio da Portaria Conjunta SDSCJ/FUNASE 45/2020 de 19/03/2020 foi autorizada a intensificação do contato telefônico supervisionado entre socioeducandos e familiares e o uso de meios de comunicação alternativos, como celulares e computadores para videochamadas.

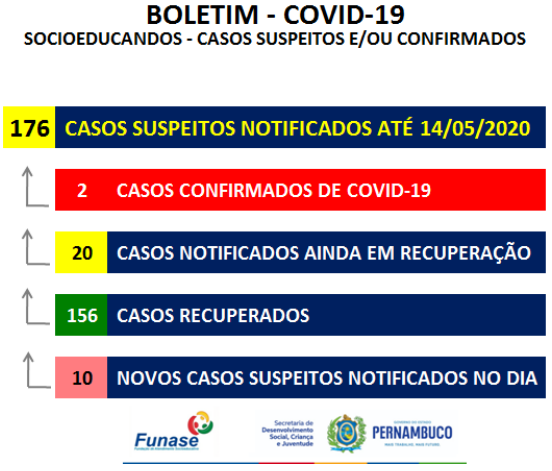
13- Em parceria com o poder judiciário a FUNASE iniciou a realização de tele audiência no Centro de Internação Provisória (Cenip) Recife em 15/04/2020;

14- Em 16/03/2020, teve início a segunda etapa da Campanha Nacional de Vacinação contra Gripe e os adolescentes e jovens atendidos fazem parte dos grupos prioritários dessa etapa;

Como se vê, nenhuma das medidas têm impacto sanitário recomendado pelos epidemiologistas. Aqueles itens que fazem referência à limpeza e higienização, refere-se a pedido a outros órgãos, campanha de vacinação da gripe não guarda relação direta com o quadro de COVID-19 – e acima de tudo; não faz qualquer referência a saídas.

Não há referência a nenhum tipo de testagem, explicitação de como se daria o confinamento em outras formas instalações separadas.

Cumpre registrar que a resposta também informa que “os casos de Covid-19 até o momento: não temos casos de adolescentes registrados em nossos arquivos” e “Sobre os casos de mortes por Covid-19 não constam em nossos arquivos nenhum caso".



Ocorre que os gráficos informados na mesma resposta apontam casos de COVID-19 confirmados e outros em recuperação. Isso demonstra não somente o descaso com as informações, mas a indiferença com a vida.

Então é possível afirmar que o discurso socioeducativo e a prática não são coerentes e não têm correspondência com a realidade. Na verdade, socioeducação é um discurso que tem por operatividade gerir o que considera como perigosidade, razão pela qual a internação funciona para eliminar o risco do futuro, para garantir que não haverá ameaça de tipos sociais indesejados que circularem na rua. É uma estufa de matar pessoas vivas. Mais do que isso: impossibilita o exercício do direito de lutar pela vida.

Subordinados, os adolescentes, a todos os mecanismos estatais, caberiam ao Estado permitir que vivam, que lutem pela vida. Mas até essa possibilidade é negada.

Considerando que o sistema socioeducativo, tal qual o sistema prisional, opera seletivamente, porquanto são, em sua maioria, pretos e pobres, além de manter mais pessoas do que a capacidade; não há outra a conclusão de uma necropolítica.

Na conceituação de Mbembe[32], é evidente que as "instituições funcionam

32 MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. 2a Ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

normalmente" e é justamente por isso que fazem morrer. Isto é, a política de morte é uma verdade justificada nas ações estatais e chanceladas pelo corpo social.

Afinal, ninguém e as instituições não se incomodam em deixar adolescentes morrerem, sem direito à luta pela vida: "[...] Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição da morte e viabilizar as funções criminosas do Estado"[33].

Estamos diante de um estatuto de 'mortos-vivos'"[34]

33 MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. 2a Ed. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 117.

34 MBEMBE, Achille. https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/03/o-que-necropolitica-tem-a-ver-com-a-pandemia-e-com-falas-de-bolsonaro.htm.

A COVID-19 NO BRASIL E AS MULHERES: UMA PANDEMIA SEXISTA, CLASSISTA E RACIALIZADA

Ezilda Melo[1]

"Apesar das ruínas e da morte,

Onde sempre acabou cada ilusão,

A força dos meus sonhos é tão forte,

Que de tudo renasce a exaltação

E nunca as minhas mãos ficam vazias".

Sophia de Mello Breyner Andresen

São muitas mortes. É um luto que cresce, que aumenta diariamente. É uma tristeza profunda que se abate sobre a nação. Não bastasse todas as sensações de impotência diante do medo do vírus, estamos vivendo um verdadeiro caos político, social e estrutural. A pandemia se relaciona transdisciplinarmente com todas as ciências e com toda a existência humana. O viés deste breve ensaio é numa perspectiva feminista, sistematizando situações que estão sendo vivenciadas pelas mulheres neste contexto pandêmico e apontando para possibilidades.

Este momento exige combate e uma perspectiva de mudança profunda, pois estamos diante de um ataque de uma hidra capitalista, neoliberal, racista, fascista, homofóbica, elitista, excludente, preconceituosa, violenta e com um hálito venenoso. Todo cuidado é pouco. DAVIS e KLEIN (2020, pág. 8-49) nos alertam sobre a necessidade desta mudança a nível global, mostram a preocupação com as populações que se encontram sempre sujeitas a diferentes formas de repressão e que são muito mais vulneráveis (e vulneradas pelo Estado) durante este período de resposta falha ao coronavírus.

1. "A GENTE LAMENTA TODOS OS MORTOS, MAS É O DESTINO DE TODO MUNDO"

No final de fevereiro de 2020, as cientistas brasileiras Ester Sabido e Jaqueline Goes de Jesus sequenciaram o genoma do corona vírus em apenas dois dias

1 Feminista. Mãe. Historiadora. Professora. Advogada. E-mail: ezildamelo@gmail.com

após a confirmação do primeiro caso da doença no país, que aconteceu no dia 26 de fevereiro. O genoma se refere à todas as informações hereditárias do vírus que estão codificadas em seu DNA. Jaqueline, 30 anos, negra, soteropolitana foi estudante de biomedicina da Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, iniciando os seus primeiros passos na pesquisa científica aos 19 anos. Fez mestrado em Biotecnologia na Fiocruz, Fundação Oswaldo Cruz e o doutorado em Patologia Humana, na Universidade Federal da Bahia. Agora é pesquisadora na Faculdade de Medicina da USP e se tornou uma grande referência para todas pesquisadoras do país. Começo de uma história que ainda está em fase de desenvolvimento. Estamos em junho de 2020 e os números oficiais indicam mais de 30.000 mortes aqui no Brasil.

Ao constatarmos como o vírus se relaciona diretamente com a vida das mulheres brasileiras, percebe-se que estas mortes podem ser compreendidas dentro do tripé raça, classe e gênero. Débora Diniz, na sua conta do Instagram @reliquia.rum informa que a primeira mulher a morrer no Rio de Janeiro era empregada doméstica. "Morreu porque não lhe avisaram que a sua patroa estava doente". As mulheres estão na linha de frente no combate à pandemia. As enfermeiras e técnicas em enfermagem são a grande mão de obra nos hospitais.

No contexto doméstico, as mulheres continuam desempenhando as atividades não remuneradas, de cuidado com a prole e isso se reflete na jornada extenuante que agrega também trabalho na modalidade *home office* para aquelas que conseguiram manter seus empregos. Àsa Regnér, Diretora Executiva-Adjunta da ONU Mulheres, afirmou que as mulheres carregam o bem-estar dos países em seus ombros. Que são as mulheres que estão trabalhando dia e noite e mantendo as sociedades unidas. Que fazem isso por meio de cuidados de saúde, cuidados maternos, de pessoas idosas, ensino on-line, creches, farmácias, supermercados e assistência social. Em alguns países, tudo nessa lista é trabalho remunerado, embora muitas vezes seja menos bem remunerado do que as profissões tradicionalmente masculinas. Mas, em outros, o trabalho de cuidados que as mulheres exercem vem sem salário. Aqui no Brasil é assim. Tivemos também, nestes últimos três meses, um grande aumentou do desemprego das mulheres, especialmente das empregadas domésticas e diaristas, que em sua esmagadora maioria são mulheres negras, da periferia e mães solo.

No ambiente acadêmico, a título exemplificativo, tem-se pesquisa feita com mais de 6 mil estudantes de pós-graduação, professores e pós-docs que revelou dificuldades enfrentadas pelas mulheres na produção científica. Os números

apontam que entre as pós-graduandas, apenas 10% estão conseguindo realizar suas pesquisas.

Publicações científicas têm feito alertas de que a submissão de artigos por mulheres caiu ou se manteve estável enquanto as de homens cresceram nesse período de pandemia. Em abril, Elizabeth Hannon, editora adjunta do *British Journal for Philosophy of Science*, se manifestou alarmada no twitter sobre a queda drástica do número de submissões de artigos que recebia de mulheres: "Número insignificante de envios para a revista de mulheres no último mês. Nunca vi algo como isso". "A desigualdade de gênero na ciência é uma questão urgente e a maternidade desempenha um papel importante nela. Os últimos anos testemunharam o surgimento de muitas iniciativas que desencadearam mudanças para solucionar esse problema. Não podemos permitir que essa pandemia reverta avanços e aprofunde ainda mais a lacuna de gênero na ciência", escreveram as cientistas lideradas pela bióloga Fernanda Staniscuaski, da UFRGS, que coordenou a pesquisa sobre o impacto do coronavírus entre as mulheres que produzem ciência.

Esta situação finca a urgência de revisitarmos o debate sobre como as sociedades capitalistas se construíram como herança, como resultado das sociedades patriarcais. Ainda que o patriarcado seja muito anterior ao capitalismo, este assumiu ao longo da história diferentes facetas. SAFIOTI (2015, pág.69), afirma que transformações radicais no padrão dominante de relações de gênero requerem profunda compreensão da sociedade em sua inteireza. A introdução da perspectiva de gênero em todos os campos do conhecimento certamente propiciará a construção de uma consciência crítica, sobretudo, nas mulheres, mas também nos homens, capaz de conduzir a mudanças substanciais na direção de uma sociedade menos iníqua.

A pandemia tem impactos classista, sexista, racializada, portanto ela não é a mesma para todos os grupos sociais, nem também é a mesma para todas as mulheres. Esta afirmação não difere muito do que alertava KOLLOTAI (1982) sobre o discurso que iguala abstratamente realidades, esconde uma carga tripla insuportável que com frequência é expressa com gritos silenciados e lágrimas.

Essas lágrimas femininas, em profusão, indicam mais dor quando se soma ao trabalho exaustivo, nada ou mal remunerado, a violência doméstica que aumentou durante a pandemia. A violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirmou a diretora executiva da ONU Mulheres *Phumzile Mlambo-Ngcuka.* Está-se diante de uma dupla pandemia com traços eugênicos que se refletem na política neoliberal de quem não lamenta, mas quer exatamente que

esse número se amplie. Uma política escancarada de extermínio feita por um homem branco e sexista.

Com o Presidente do Brasil já denunciado ao Tribunal Internacional Penal, por práticas genocidas, comprovadas em seus discursos que menosprezam os impactos da pandemia na existência dos brasileiros e com práticas beneficiadoras dos grupos capitalistas em detrimento da vida, as mulheres (especialmente as mulheres negras) precisam encontrar caminhos para combater seus algozes.

A ONU Mulheres, atenta aos efeitos catastróficos da COVID-19 na vida das mulheres, abriu chamada de projetos para organizações de defensoras de direitos humanos em resposta à pandemia Covid-19. Até 21 de junho a chamada 01/2020 seguirá aberta para receber projetos de organizações lideradas por mulheres e voltadas à promoção dos direitos das mulheres com conhecimento especializado e experiência no trabalho com mulheres defensoras de direitos humanos. São estimuladas apresentações de vários grupos de mulheres, entre elas: mulheres negras, quilombolas, indígenas, lésbicas, bissexuais e transexuais, jovens, mulheres com deficiência, mães de vítimas da violência urbana, trabalhadoras rurais, extrativistas, ambientalistas, ativistas por direitos sexuais e reprodutivos, pelo enfrentamento à violência contra mulheres, pelos direitos das mulheres em situação carcerária, pelo direito à terra e à moradia, pelo direito à saúde mental, à participação política, professoras, advogadas, jornalistas, lideranças comunitárias e religiosas atuantes em periferias urbanas.

O necroliberalismo poderá matar muito mais. Precisamos nos fortalecer, nos cuidar em rede. Precisamos de estratégia política. A morte é o destino de todo ser vivente. Que seja em decorrência do coronavírus é mais uma falácia de quem não tem compromisso com as vidas das pessoas. O cenário da situação pandêmica no Brasil já mostra o impacto nas "vidas nuas". Não estamos conseguindo, literalmente, respirar. As vidas das mulheres importam. As vidas das mulheres negras importam. As vidas das mulheres pobres importam. As vidas das agricultoras, quilombolas, indígenas, das mulheres encarceradas, das moradoras de ruas, das mulheres trans, das mulheres idosas importam. Nossas vidas importam. Já houve muita expropriação e lucro ao longo dos séculos. Pela oxigenação da vida.

CONCLUSÃO: APESAR DAS RUÍNAS E DAS MORTES, UMA REVOLUÇÃO FEMINISTA

No mundo todo só se fala em se construir uma outra sociedade pós-pandemia. O patriarcado, o capitalismo, o racismo, o fascismo, o neoliberalismo, a

destruição da natureza, a violência aponta para uma inter-relação que não deu certo. Também não é exagero falar do risco à democracia aqui no Brasil. Há necessidade de uma revolução feminista que abale todas as estruturas danosas nas quais o capitalismo se instaurou.

Constata-se socialmente que o caos pandêmico traz maiores consequências na vida das mulheres. Precisamos, portanto, apontar alguns caminhos e um deles é o ecofeminismo, que, de acordo com MACHADO (2020), trata-se de movimento que enxerga uma conexão entre a exploração e degradação do trazido mundo natural e a subordinação e opressão de mulheres. É preciso que se perceba a relação entre a agroecologia e os feminismos, chamando a atenção para as interfaces existentes entre esses movimentos e as dificuldades que existem para a sua plena integração na prática. Pensar em possíveis superações, reconhecendo as mulheres como sujeitos políticos dessas mudanças, é trazer para o âmago da discussão uma agenda que privilegia o matriarcado e suas heranças ancestrais. É privilegiar a natureza, a mãe terra e suas muitas filhas, que trazem dentro de si o portal da vida. Uma visão holística de meio ambiente e desenvolvimento social é urgente. A Europa apresentará um grande plano de recuperação do coronavírus com uma visão ecológica que poderá se tornar um exemplo para o resto do mundo. O Pacto Ecológico da Europa para criar empregos ecológicos e tornar as economias justas e limpas pode servir de exemplo aqui no Brasil.

Outro caminho é a práxis do feminismo negro. Nas palavras de RIBEIRO (2017) a ausência de um olhar étnico-racial no movimento feminista tem invisibilizado as mulheres negras e suas lutas, obstaculizando assim o caminho de se tornarem sujeitos políticos. Um olhar crítico e interseccional poderá apontar para novas formas de compreensão e existência política que rompa com a invisibilidade da realidade das mulheres negras. Neste sentido, pensar no feminismo negro como um projeto de ressignificação política na vida de mulheres é possibilitar que vivam e tenham seus direitos respeitados. Mais do que nunca essa pauta se faz necessária. Do contrário, muitas mortes de mulheres negras, já naturalizadas pela violência secular, ocorrerão em meio ao caos pandêmico.

Com a derrocada do capitalismo, do patriarcado e do racismo podemos pensar num mundo melhor pós-pandemia. Enquanto isto não ocorrer, a humanidade é uma barbárie.

A LEI DE EMERGÊNCIA CULTURAL "ALDIR BLANC" NO CONTEXTO DO DESMONTE DAS POLÍTICAS CULTURAIS NO BRASIL E EM TEMPOS DE COVID-19

Gilmara Benevides C. S. Damasceno[1]

Cláudio Antônio Soares Damasceno[2]

O BÊBADO E A EQUILIBRISTA

Caía a tarde feito um viaduto / E um bêbado trajando luto me lembrou Carlitos / A lua, tal qual a dona de um bordel / Pedia a cada estrela fria um brilho de aluguel / E nuvens lá no mata-borrão do céu / Chupavam manchas torturadas / Que sufoco/ Louco / O bêbado com chapéu-coco /Fazia irreverências mil / Pra noite do Brasil / Meu Brasil/ Que sonha com a volta do irmão do Henfil / Com tanta gente que partiu / Num rabo de foguete / Chora / A nossa Pátria mãe gentil / Choram Marias e Clarisses / No solo do Brasil / Mas sei que uma dor assim pungente / Não há de ser inutilmente / A esperança / Dança na corda bamba de sombrinha / E em cada passo dessa linha / Pode se machucar / Azar / A esperança equilibrista / Sabe que o show de todo artista / Tem que continuar. Aldir Blanc

O Projeto de Lei 1075/2020 surgiu da articulação entre associações de artistas, intelectuais e, logo em seguida, de agentes políticos para a fundamentação da Lei de Emergência Cultural Aldir Blanc, aprovada na Câmara dos Deputados no dia 26 de maio de 2020. A grande maioria dos artistas que necessita da aprovação da Lei Aldir Blanc também no Senado Federal vive de sua arte, entretanto, no atual contexto de pandemia mundial da COVID-19 (coronavírus) encara a impossibilidade de atuar, cantar, dançar, enfim, de executar os seus dons artísticos perante o público devido às medidas administrativas impostas pela quarentena

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Historiadora pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Antropologia Cultural pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Escritora. Pesquisadora do LABIRINT – Laboratório Internacional de Investigação em Transjurisdicidade. http://www.labirint.co/ Membro associado ao *International Law Association* - Ramo brasileiro (ILA-BRASIL). E-mail: gilmara.benevides@yahoo.com.br. https://orcid.org/0000-0002-3903-2611.

2 Especialista em Docência no Ensino Superior (UNP), Professor de Artes Visuais; professor de Sociologia e História da Cultura Afro-brasileira e Indígena (IFCE), graduado em Artes Visuais (UFRN), artista plástico. E-mail: claudio.damasceno@ifce.edu.br.

recomendadas aos municípios e estados pelas medidas sanitárias obviamente excluem as aglomerações públicas, bem como pela consciência sobre a importância do isolamento social.

A Lei de Emergência Cultura Aldir Blanc dispõe sobre ações destinadas ao setor cultural a serem adotadas em regime de urgência durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e dá outras providências. A reunião de cinco PLs de autoria da Deputada Federal Benedita da Silva (PT-RJ), ao lado de parlamentares de diferentes partidos, foram reunidas sob a relatoria da Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ) para a garantia de: a) renda básica de R$ 600 reais destinados a artistas, técnicos, artesãos, cultura alimentar etc.,... sem contrapartida; b) os espaços culturais independentes recebem um valor entre R$ 3 mil a R$ 10 mil reais para os pontos de cultura (circos, teatros, espaços culturais), com a previsão de uma contrapartida à sociedade; c) aquisição de ativos (compra de livros, compra de ingressos) de pequenos produtores, autores regionais etc.; e d) editais diversos para o fomento e a manutenção da cultura artística durante todo o tempo que durar a epidemia mundial e seus efeitos no Brasil[3].

A Lei de Emergência Cultural Aldir Blanc prevê o alcance a 5 milhões de pessoas, num montante de aproximadamente R$ 3 bilhões de reais, após aprovada um período que varia entre 15 a 60 dias após a transferência dos recursos para os municípios e os estados para a sua execução sob pena de retorno da verba à União. A homenagem ao escritor e compositor carioca Aldir Blanc Mendes (1946-2020) partiu de Jandira Feghali em reconhecimento à arte de Aldir Blanc como um artista brasileiro popular que cantava os hábitos cotidianos das pessoas comuns, trabalhadores, prostitutas, idosos, amantes, marginalizados, como em O Rancho da Goiabada, de 1978. Aldir Blanc também criou muitas músicas sobre o sofrimento do artista como indivíduo desamparado frente às paixões, os impulsos de vida e da morte.

Na década de 1960, com a eclosão da ditadura militar (1964-1985), Aldir Blanc despontou como artista crítico à censura, a ditadura, o imperialismo e a perda de direitos fundamentais, dos direitos civis e políticos. A sua canção "O Bêbado e a Equilibrista" foi muito executada à época da aprovação da Lei 6.683/1979, a Lei de Anistia, que remete às mortes de Manuel Fiel Filho (metalúrgico) e Vladimir Herzog (jornalista) e o choro de suas viúvas Thereza Fiel

3 Sobre o projeto confira em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242136

e Clarisse Herzog; e que sonha com a "volta do irmão do Henfil", o sociólogo Herbert José de Souza (1935-1997), pois estava exilado. Desde o início da década de 1990, Aldir Blanc já estava relativamente recluso, mas nesta década utilizava as redes sociais para fazer declarações políticas frequentemente. Aldir Blanc foi internado no dia 15 de abril no Hospital Universitário Pedro Ernesto, na Vila Isabel, no Rio de Janeiro, vindo a falecer em 4 de maio de 2020, diagnosticado com a COVID-19.

1. A CANTORIA DA CIGARRA EM TEMPOS DE COVID-19[4]

Dentre as fábulas morais atribuídas ao literato grego Esopo (620-562), posteriormente recontadas pelo poeta francês Jean de La Fontaine (1621-1695), a história "A Cigarra e a Formiga" é uma das mais populares, sendo que a tradução em língua portuguesa troca o gafanhoto pela cigarra. Na fábula encontram-se duas personagens com visões de mundo antagônicas que debatem brevemente sobre os resultados do trabalho duro em oposição a gozar os prazeres da vida, ao final da história cada um desses insetos colhe o resultado imediatista ou precavido de suas concepções.

As formigas são vistas como gregárias (comunitárias), por isso nos desenhos infantis há uma fila de formigas passando a comida de uma para a outra, enfileiradas, até alcançarem a meta final que é fazer a comida chegar ao formigueiro. Ao contrário das formigas, a cigarra é um ser solitário que sempre está desacompanhada de outras cigarras porque na vida real elas também são desse jeito. Cigarra e formigas se encontram no verão, quando as formigas já se organizam para quando vier o duro inverno, essa é a motivação do trabalho que se confunde com a vida das formigas.

Uma cigarra tem uma vida relativamente longa para um inseto (15 anos) quando protegidos debaixo do solo, depois que sobem à superfície em pleno verão e passam por metamorfose, os machos não vivem mais do que um mês. A formiga comum por sua vez vive um ano inteiro (12 meses), de modo que ela alcança a mudança de estações, portanto a metáfora utilizada por Esopo não podia ser melhor empregada. Cientes disso, agora podemos perceber porque ambas possuem motivações diferentes em relação à existência na Terra. A motivação das formigas as leva a estocar comida sem parar para alimentar as próximas formigas, ao passo que a cigarra precisa cantar o mais alto possível durante horas para atrair

4 Gilmara Benevides é doutoranda em Direito (UFPB), mestre em Antropologia (UFPE), graduada em História (UFRN), escritora e colunista do site www.saibamais.jor.br

uma parceira, copular e morrer.

De volta à fábula a cigarra recebe uma caracterização zoomorfa (forma humana) de uma pessoa bem-cuidada, descolada, mas que parece não pensar no futuro e vive o eterno presente sem ter noção da chegada dos dias difíceis. Na fábula original de Esopo não há referências a uma cigarra artista, mas o próprio La Fontaine, que ajudava aos artistas como um mecenas, nos apresenta a sua cigarra cantora que toca violino. Nos diálogos entre as formigas e a cigarra há uma intolerância velada que reside no embate entre dois pontos de vista aparentemente incompatíveis: a objetividade das formigas e displicência da cigarra. Desdenham-se mutuamente de forma maniqueísta toda vez que se encaram.

A imagem das formigas trabalhadoras que se esforçam para avisar a cigarra sobre a necessidade de se precaver para o futuro ao contrário da cigarra artista assobia e toca sem dar ouvidos atravessa os séculos. A vida das formigas que não sabem cantar e da cigarra que só sabe cantar alcançam um clímax quando chega o dia da tragédia anunciada: o inverno pesado que as alcança a todas, formigas e cigarra, agora sob condições totalmente diferentes. O desenlace oferecido por Esopo reflete as atitudes morais de dicotomia perante a vida, entretanto La Fontaine agiu com diplomacia ao oferecer uma alternativa humanista. Vamos a elas.

No inverno de Esopo as formigas encontram-se bem-alimentadas, recolhidas ao lado de seus fogões acesos, suas crias bem-cuidadas, muita comida e acolhimento diante dos rigores da natureza. A cigarra sofre tremendo num canto, coberta pobremente com uma manta remendada, até criar coragem de ir pedir ajuda às formigas que agora se sentem superiores. As formigas não demonstram qualquer piedade: respondem à cigarra que, se ela soube cantar durante todo o verão, decerto que no inverno ela saberia dançar! Por outro lado, no inverno de La Fontaine a cigarra se arrasta até o formigueiro para falar com as formigas na esperança de receber alguma comida, então as formigas reconhecem que a cigarra as ajudou em algum trecho do caminho e assim recebem a cigarra e a ajudam. Durante todo o período em que convivem juntas, a cigarra canta e toca para as formigas, quando o inverno acaba os insetos se despedem.

Caso a fábula fosse ambientada no Brasil, a título de metáfora, as formigas seriam militantes dos movimentos conservadores, militares e filiados a partidos de extrema direita. É importante lembrar que, durante a ditadura militar (1964-1985), os militares construíram toda uma mitologia em torno da construção de um povo brasileiro trabalhador, ordeiro, apolíneo, além da doutrinação do "país que vai pra frente" no "milagre econômico". Também foi criada uma ideologia

específica de tratamento para a classe artística: quando mais críticos à junta militar, mais interessados nos movimentos sociais, mais vezes a sua arte era chamada de "vagabundagem". Então vieram as ameaças, censuras, prisões, torturas e exílios com o Ato Institucional nº 5.

Trinta e cinco anos após a ditadura militar, hoje compete à Constituição Federal de 1988 garantir a liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, IV); de consciência e de crença (artigo 5º, VI); a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (artigo 5º, IX) como direitos fundamentais humanos, além da garantia dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e às manifestações culturais (artigo 215), entretanto a sociedade civil brasileira também deve atentar para o fato de que é o seu dever defender esses direitos.

No Brasil a censura a artistas não é novidade, mas três anos antes da eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, já tivemos um preâmbulo de como seria fase atual de criminalização da cultura artística no Brasil conservador após uma série de ameaças e censuras a exposições e a artistas, a forte campanha utilizando *fake news* (notícias falsas) para destruir o principal mecanismo de fomento à cultura artística, a Lei Rouanet (Lei nº 8.313/1991) ou Lei de Incentivo à Cultura, e para ferir de morte a imagem de artistas que se utilizam da renúncia fiscal do governo para fomentar seus projetos na área cultural. Após a eleição os ataques diretos se agravam porque partem do próprio Jair Bolsonaro como atos de governo, sendo o mais simbólico deles a própria extinção do Ministério da Cultura, substituída por uma Secretaria Especial de Cultura, ineficiente, subordinada ao Ministério do Turismo.

Durante o primeiro ano de atuação os Secretários de Cultura se revezam, cada um mais ansioso por imprimir uma cultura neoconservadora no país. Surpreendentemente, o atual cenário ainda seria piorado devido à atual pandemia mundial de COVID-19. Se até agora a Secretaria Especial de Cultura não agiu em prol da cultura artística brasileira, o que esperar de suas ações em meio a esse momento gravíssimo? Alguns artistas de renome nacional já faleceram durante um breve período de dois meses entre março e maio de 2020 e sequer uma nota oficial de falecimento foi emitida pela Secretária Especial da Cultura, que tem à frente a atriz Regina Duarte até a presente data.

A natureza *sui generis* do trabalho de artistas, que geralmente depende do contato com o público, da aglomeração e, claro, da expressão livre de suas ideias têm sido seriamente afetadas com a imposição sanitária e administrativa da qua-

rentena, além do isolamento social consciente de cada pessoa. O cancelamento dos *shows* causou uma grande onda de desemprego no setor, cujas alternativas têm sido buscadas muito mais pelas secretarias municipais e estaduais de cultura, com a abertura de editais para a realização de apresentações culturais pela *internet.* Além disso, há a necessidade de criação de uma legislação específica, que pode surgir com o Projeto de Lei 1.075/2020, a Lei de Emergência Cultural Aldir Blanc, para favorecer o auxílio imediato à manutenção de espaços culturais.

2. QUANDO A FORMA SUBVERTE A REALIDADE[5]

Que o fomento à cultura é um dever do Estado é algo já consolidado, ao menos abstratamente, pela Constituição Federal, a norma mais importante do país, ou ao menos a que deveria ser. No entanto, os mecanismos de realização dessa tarefa nunca foram claros no âmbito federal, e vão ficando cada vez mais confusos quando chegamos aos âmbitos estadual e municipal. O fato é que o Direito Administrativo, que é quem deveria regular tal matéria, se omite nessa tarefa. Repassar recursos públicos para o incentivo e apoio às diversas linguagens artísticas e culturais, competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 23, inciso V da Constituição Federal), nada mais é do que a realização de atos administrativos, que compõem processos administrativos, regulados, por óbvio, por normas de direito público.

No entanto, por vezes os estudiosos dessa matéria não dedicam tempo para compreender as relações existentes no âmbito do fomento cultural. Ora, se essa é uma tarefa estatal, são as normas de direito público que deveriam reger a matéria e estabelecer os instrumentos e mecanismos adequados para que o recurso público atinja sua finalidade, observados os princípios e regras dispostos nos artigos 215 a 216-A da Constituição Federal, seção dedicada exclusivamente à cultura pela norma maior.

O fato é que as leis espalhadas por todo o país não são claras ao definir quais seriam os instrumentos adequados para a realização do fomento cultural. E não estamos falando aqui simplesmente de incentivo fiscal, tão utilizado – apesar dos problemas estruturais – no âmbito federal e em alguns estados e municípios. Fomentar a cultura vai – ou deveria ir – muito além de renúncia fiscal. É – ou deveria ser – a transferência direta de recurso públicos para os "fazedores" da cultura. Não, Estado não faz cultura, e nem deve fazer. Cultura vem das pessoas

5 Cecília Nunes Rabelo é advogada, Mestre em Direito Constitucional, Especialista em Gestão e Políticas Culturais e Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais (IBDCult).

e o recurso público deve garantir que estas continuem – se assim desejarem – se manifestando culturalmente ou artisticamente.

E é exatamente nesse repasse direto que os problemas surgem. Seria uma parceria? Devemos utilizar premiações? Pagar como uma prestação de serviços? Ou seria um cachê? Como deve ser a prestação de contas? Quais os parâmetros para aferir o atingimento da finalidade (o fomento)? Quais as regras para o "gasto" desse recurso pelos fomentados? São três cotações (afinal, de onde tiraram esse número "cabalístico"?). Na ausência de leis suficientemente claras, específicas e adequadas, especialmente no âmbito estadual e municipal, os órgãos de cultura têm que "se virar" com uma aplicação "torta" – e absolutamente inadequada – de outras normas, como a própria lei 8.666/93 (a famosa lei de licitações e contratos administrativos), que nada tem a ver com fomento ou com cultura, para tentar realizar sua finalidade constitucional de fomentar a cultura, pela simples ausência de "coisa melhor".

O administrador público fica, por sua vez, entre a cruz e a espada. De um lado, a falta de legislação suficientemente específica e técnica faz com que tenha que se socorrer de aplicações analógicas ou de uma "adaptação" de outras normas, muitas vezes genéricas e distantes da realidade cultural, para fazer com que o recurso público chegue – e chegue bem, de forma célere e eficaz – ao apoio às manifestações culturais. Do outro lado, estão os órgãos de fiscalização, tais como Tribunais de Contas e Controladorias em geral, que, pouco compreendendo a realidade do setor, por vezes desaprovam essas "adaptações jurídicas" e condenam – e por vezes punem – as tentativas de interpretação do Direito administrativo à luz dos Direitos Culturais.

O resultado é a existência de diversas leis esparsas, federais, estaduais e municipais, que criam outros diversos tipos de instrumentos jurídicos distintos com regras muitas vezes diametralmente opostas, que culminam em uma verdadeira confusão quanto aos mecanismos que devem ser utilizados para a realização do fomento à cultura no país. A falta de lei específica, devidamente completa, com a previsão de instrumentos próprios – e autônomos – de fomento, que não se resumam ao incentivo fiscal, por óbvio, mas que consigam se adaptar à finalidade da política pública de cultura traçada, à realidade de cada linguagem e localidade, que tenha o rigor necessário, posto que recurso público, mas sem massacrar o indivíduo ou subverter a finalidade do fomento, é um dos grandes problemas da gestão pública de cultura.

O objetivo maior do fomento à cultura não deve ser obter uma presta-

ção de contas perfeitamente planilhada, mas sim ter o músico tocando, a atriz atuando, a quadrilha dançando, as manifestações culturais existindo. Colocar a formalidade acima da finalidade é subverter a própria norma constitucional, que afirma ser dever estatal apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215). Pensar – e repensar – o Direito Administrativo aplicado à política pública de cultura é uma necessidade premente, pois a grande maioria das dificuldades do fomento estatal à cultura tem sua origem, com toda a certeza, na debilidade legislativa. Sem um parâmetro jurídico adequado, é quase impossível realizar uma política pública de cultura eficaz, justa e que efetive os direitos culturais.

3. PROVIDÊNCIA E PREVIDÊNCIA PARA OS ARTISTAS[6]

Tenho profunda admiração pelos artistas porque eles desempenham uma espécie de sacerdócio profano por meio do qual cuidam dos aspectos subjetivos dos seres humanos como as necessidades estéticas, de divertimento, de reflexão e até ideológicas. Enfim, eles têm a difícil tarefa de, sem prometer um paraíso, nos lembrar que "somos feitos da mesma matéria de que são feitos os sonhos" (Shakespeare). Sendo a imaginação a sua pátria, muito comumente os artistas constroem as suas riquezas apenas com essa substância que, para uma sociedade adestrada ao consumismo de coisas materiais, quase sempre não confere a eles o devido valor. O resultado é que, mesmo vivendo numa civilização do espetáculo, a sina mais comum dessas pessoas é a dedicação de suas vidas à arte para, em momentos como a velhice, conviverem com o desamparo.

Países como a França, mesmo interna e externamente atacada pelas ideias neoliberais, mantém com orgulho e determinação um sistema previdenciário específico denominado de "*intermittent du spetacle*", pelo qual os artistas e técnicos podem receber determinado valor mensal quando estão na "entressafra" de uma produção artística para a outra, tal como aqui no Brasil ocorre com os pescadores no período do defeso, assim designado porque durante ele a pesca fica proibida. Os artistas, como quaisquer pessoas, precisam das condições básicas de sobrevivência para morar, se alimentar, se vestir, tratar da saúde, para si e para os seus dependentes. Em nosso país, porém, eles vivem um momento especialmente delicado, seja por supressão de políticas públicas no seu campo de atuação, seja pelo agravamento qualificado que esta pandemia que nos assola (COVID-19) se impõe sobre eles, uma vez que geralmente vivem da presença do público, o que

6 Francisco Humberto Cunha Filho é Professor de Direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

agora não pode acontecer.

Assim é indispensável que, do ponto de vista imediato, os artistas sejam inseridos nas políticas de amparo às pessoas que estão impossibilitadas de trabalhar neste período e que não têm outra fonte de renda. O curioso é que alguns Estados e Município, ao invés de darem um benefício assistencial, abriram editais para que os artistas, com a dignidade de seus trabalhos, possam ofertar sua arte à população que tanto precisa, por meio da internet. Mas por incrível que pareça, alguns "homens de bem" andam a impugnar tal atitude, com o apelo demagógico de que o dinheiro seja aplicado em saúde, como se ela não fosse obtida pela regular manutenção das pessoas que fazem e recebem arte. Essa é a luta do momento, mas quando a tempestade passar, penso que é o caso de o país debater sobre soluções mais permanentes de um amparo digno e específico às peculiaridades da classe artística.

4. UMA ARTISTA BRASILEIRA-ALEMÃ[7]

Meu pai é militar, ele foi músico maestro da banda de fuzileiros navais, então eu tive uma educação dentro de casa, bem machista, patriarcal, sendo ele também um apoiador da ditadura militar no Brasil. Ele crê nessa arte esteticamente bela, europeia, música clássica, então ele não entende o que eu faço como arte. Como artista *queer*, em que a questão *queer* é uma questão de identidade de gênero não-normativas, não cis-gêneras e que tem uma conexão em que eu entendo o meu corpo como um corpo político, também conectado com a questão anarquista, então não é só uma questão de gênero ou de sexualidade.

No Brasil eu posso ser considerada – ou era considerada até 2010 quando eu morava no Brasil – como uma artista *underground,* como uma artista fora do sistema de arte. Quando eu vim morar em Berlim, na Alemanha, eu recebo o primeiro convite para participar de uma exposição num sistema de arte brasileiro e desde então isso nunca mais parou, mas eu deixo claro que foi depois que eu vim morar em Berlim. No ano passado eu recebi a minha cidadania alemã, hoje eu sou uma artista brasileira-alemã, com duas cidadanias.

Aqui na época da COVID-19 artistas *freelancers* são pessoas que têm um "visto" de artista. As pessoas alemãs receberam € 5.000 (R$ 30.800) por causa dos cancelamentos dos projetos, do fechamento dos teatros, casas de *shows*, clubes, que até o momento vão ficar fechadas até 31 de agosto. Tem uma grande

7 Pêdra Costa é artista performer *queer,* mestra em Antropologia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

diferença que se faz na União Europeia em que se reconhece a arte como uma profissão, desde o ano passado, após trabalhar por quatro anos só no palco hoje eu me sustento atualmente só com o dinheiro da minha profissão.

Acho que a diferença entre a América Latina e a Europa é que, na América Latina, inclusive no Brasil, a arte se entrecruza com o ativismo, principalmente de artistas *underground*, que estão à margem da sociedade, artistas empobrecidos pelo sistema, artistas sem acesso à universidade, artistas não-brancos, artistas trans. Eu saí do Brasil porque não seria possível viver de arte mesmo. Meu trabalho vai muito nas bases sociais, da formação social colonial, então era comum eu receber ameaças de morte, tentativas de agressão física por causa dos meus trabalhos, então eu saí do Brasil por uma questão de sobrevivência mesmo.

No Brasil tem que se caminhar muito ainda nessa questão de arte-direitos, porque o direito enquanto um campo de conhecimento é uma ciência que dá pouca atenção a isso. Eu fui convidada a fazer uma palestra na Universidade de Nova Iorque, no Programa de Estudos da Performance, faz dois meses mais ou menos, uma das pessoas do público era uma professora do Programa que trabalha justamente com artistas que sofrem perseguição política, são presos, sofrem violência física por causa de seus trabalhos...

5. A ESTIGMATIZAÇÃO POLÍTICA DO ARTISTA[8]

A época do COVID-19 traz para nós vários desdobramentos, não só para os músicos quanto para os técnicos, tanto para a indústria da produção musical, os estúdios, os técnicos de áudio que trabalham em muitos eventos ao vivo, para os iluminadores, os *roadies*, carregadores, para toda a dinâmica da cadeia de espetáculos. Dentro desse panorama os músicos estão sem se apresentar, sem poder fazer *shows*, por isso muitos deles estão dando aulas *online*. A gente também vê o fenômeno das *lives* – várias apresentações ao vivo pelas redes sociais – essa é uma tendência porque nem em tão pouco tempo as coisas vão voltar ao normal quanto às aglomerações, então os artistas vão se apresentar pela *internet*, essa é uma realidade. Existe vários artistas com problemas de dinheiro, mas já temos notícias de alguns editais públicos, em Fortaleza há um edital público para socorrer os artistas.

Há também uma corrente ideológica muito forte que quer deixar entender que o artista é aquele que fica "mamando" na Lei Rouanet, há uma estigmatiza-

8 Ricardo Bacelar é músico, advogado, atual Presidente da Comissão Especial de Cultura e Arte da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

ção política do artista com o governo de direita, então o artista também sofre essa violência, de ter a sua atividade como se fosse uma coisa sem muita importância. Além de ter um desmantelo, que se observa também que há antes da pandemia, da indústria cultural por pessoas que estão ocupando cargos importantes dentro do governo na área de cultura que não têm preparo, além da extinção do próprio Ministério da Cultura. Então é uma situação difícil para a área da música, para a área da cultura como um todo, mas essa época da COVID-19 é uma época de transformações e as pessoas vão ter que se adaptar aos novos tempos, haverá uma transformação nas formas de produção e de interação, tem pessoas que estão tocando juntas pela *internet*, tem outras formas de interação. Há um problema de sobrevivência que afeta tanto os artistas quanto os técnicos que não estão tendo como sobreviver nessa época, mas vamos aguardar tempos melhores.

6. BOOM DAS LIVES[9]

Os shows e demais espetáculos que geram aglomerações estão proibidos, até segunda ordem no Brasil. É assim em quase todo o mundo. Como consequência do isolamento social ocasionado pela pandemia de COVID-19, o número de transmissões ao vivo nas redes sociais e plataformas digitais, as chamadas "*lives*", explodiu. São tantas performances em tempo real que tem até "congestionamento" na hora do rush. O que até então tinha um caráter improvisado, agora ganha ares cada vez mais profissionalizados. O mercado de entretenimento, especialmente o da música, capturou rapidamente o potencial das *lives* e está tentando replicar e explorar economicamente esse formato. Essa é uma das alternativas que parte da cadeia produtiva do segmento encontrou para sobreviver em tempos de crise e isolamento. Uma grande fatia da indústria fonográfica, destaque-se, já tinha se adaptado aos meios digitais, especialmente ao streaming, desde a ruptura trazida pelo caso Napster. Sobre esse tema, vale a leitura do livro "Da Rádio ao *Streaming*", licenciado em *Creative Commons* pelos autores, e que muito provavelmente deveria ganhar uma segunda edição, pós-COVID, rebatizada de "Da Rádio às *Lives*"[10]

No início da quarentena houve bastante crítica em relação às transmissões de artistas que se valiam de uma grande estrutura de produção, envolvendo um grande número de profissionais, o que, após duras críticas, foi devidamente

9 Mário de Pragmácio Telles é advogado dos Direitos Culturais, Direito Digital e Professor de Arte da Universidade Federal Fluminense (UFF)

10 Link da obra na íntegra: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf

ajustado. Atualmente, já existe um certo padrão e protocolo na produção dessas apresentações. E não são apenas os artistas, em conjunto ou isoladamente, que têm se apropriado das *lives* como meio de difusão de suas obras e performances. A Rede Globo, uma das gigantes do entretenimento, absorveu esse formato em sua programação de TV aberta e fechada, numa autêntica experiência transmídia, o que, vale lembrar, está plenamente de acordo com a transformação digital anunciada pela empresa meses atrás.

E com esse boom das *lives*, apareceram as questões jurídicas sobre direito da cultura e do entretenimento. A mais óbvia diz respeito aos direitos autorais – que sempre reaparece, não importa o formato, como nos ensina a obra citada anteriormente – e que pegam muitos artistas desprevenidos. Como é perceptível, muitas acontecem via transmissão pelo *Youtube*, pois ali já existe todo um sistema próprio de monetização de obras audiovisuais, através dos canais e visualizações. O que é mais interessante, do ponto de vista jurídico, é que existem regras internas, autônomas, próprias da comunidade de usuários do *Youtube*, o que não necessariamente se orienta pela nossa desatualizada Lei de Direitos Autorais.

O Google criou um algoritmo chamado Content ID, que vasculha e filtra aqueles conteúdos que violam direitos autorais no *Youtube*. Ele já é bastante utilizado pelos produtores de conteúdo, que podem derrubar o canal ou mantê-lo, desviando apenas a monetização para quem reivindica ser o titular dos direitos patrimoniais de autor. Um exemplo disso está acontecendo agora com certos DJ`s que estão reproduzindo obras e fonogramas protegidos por direitos autorais em suas *lives*, o que é facilmente detectado pelo Content ID e, consequentemente, tem o seu vídeo desmonetizado ou derrubado.

Os titulares dos direitos autorais normalmente escolhem a desmonetização, carregando verba de publicidade também, o que vem sendo alvo de protestos dos DJ`s que reivindicam ser injusto tal procedimento. Antes que alguém questione a falta de legitimidade dos DJ`s, do ponto de vista estético, em reivindicar autoria, sugiro ver o filme "RIP: a Remix Manifesto", que mostra o *DJ Girl Talk* criando uma obra singular com base em milionésimos de segundos de criações de terceiros protegidos por *copyright*[11]. Independentemente desses mecanismos internos do *Youtube*, vale lembrar que as transmissões ao vivo, são consideradas execuções públicas de músicas e, portanto, é devido o pagamento ao ECAD, em conformidade com a decisão do STJ no caso OI FM versus ECAD de 2017, que

11 O filme, que é uma ótima pedida para fugir um pouco das *lives*, também está licenciado em *Creative Commons,* no seguinte link: https://www.youtube.com/watch?v=quO_Dzm4rnk.

versava sobre o streaming e novas modalidades.

7. OS PRIMEIROS SERÃO OS ÚLTIMOS[12]

O ano é 2020 e artistas, produtores e técnicos de espetáculos, ao completar 4 anos de parcial ou completa ausência de políticas públicas culturais por parte do Estado brasileiro, sentem na pele já calejada o impacto da pandemia.

Como todos sabem, o Brasil foi um dos últimos países a serem atingidos pelo Covid-19 e um dos países que, mesmo sendo alertado, não se preparou adequadamente. Não havia unidade nas lideranças federal, estaduais ou municipais; não houve estruturação das quarentenas e adotou-se medidas copiadas de outros países e não pensadas para a realidade brasileira. No instante em que escrevo esse texto, na manhã do dia 05 de maio de 2020, já passam de 7.000 mortos e a taxa de letalidade está entre as mais altas do mundo. Infelizmente, quando você estiver lendo esse texto já deve estar pensando: ah, se ele soubesse como esse número aumentou catastroficamente.

Dói mas, infelizmente, sendo artista profissional há 31 anos neste Brasil, não me surpreende. Durante a pandemia nós estamos sentindo a fase mais aguda de uma necropolítica que para nós, trabalhadores da cultura, já é cotidiana. Com raras exceções e por tempos curtos, insuficientes para consolidar os meios e práticas da economia da Cultura em nossa sociedade, a regra para o setor cultural é a barbárie, o descaso, o escárnio e o desprezo.

Estamos atravessando da forma como sempre aprendemos a fazer, criando nossas redes solidárias, compartilhando o pouco que ainda temos ou conseguimos arrecadar. Criando corpos artísticos em quarentena com transmissão online. Porém, ao vermos nomes como Amir Haddad e José Celso Martinez Correa, grandes diretores teatrais, com históricos e contribuições imensas, sobrevivendo graças a ajuda de amigos que têm contratos fixos com a rede Globo. Ou aos termos a notícia da morte de Almir Blanc vitimado pelo Covid-19, faz com que os sintomas da doença social que nos abate a todos, fiquem ainda mais inflamados. Não importa o quanto tenhamos trabalhado para a sociedade brasileira, em qualquer momento de crise, em que precisamos de um amparo do Estado, estamos ameaçados de morte.

Um outro detalhe cruel ainda nos marca. A pandemia pede isolamento, distanciamento físico. Muito se especula sobre o impacto econômico e a lenta

12 Henrique Fontes é Presidente e Diretor Artístico da Casa da Ribeira www.casadaribeira.com.br

recuperação de vários setores. No entanto, você já parou para pensar que espaços culturais, cinemas e teatros, que tem por finalidade juntar gente para a fruição artística acontecer, esses espaços fecharam primeiro, respeitaram pronta e inequivocamente as recomendações da O.M.S. e, no entanto, serão os últimos a reabrir? E mesmo quando reabrirem, será que o público terá o desejo e a coragem de se juntar durante uma hora ou duas em uma sala fechada? Quanto tempo durará essa incerteza? Fomos os primeiros atingidos e seremos os últimos a voltar.

8. ARTE E DIREITOS EM CONVÍVIO NO ISOLAMENTO[13]

O contexto pandêmico atravessa o Brasil escancarando fragilidades de nossa sociedade, refletidas também no campo da arte e da cultura, trazendo-nos reincidentes e novas questões: direitos da criação e produção artística, regulações de direitos autorais e de classificação etária, gestões de crise e inventividade na gestão cultural, direitos trabalhistas e previdenciários de agentes culturais, entre outras, mas também fazendo emergir ações solidárias dentre a sociedade civil.

Vemos fortalecerem-se redes de amparo a trabalhadoras e trabalhadores da cultura, pessoas LGBT's, atenção às mulheres vítimas de violência doméstica, habitantes das periferias, entre outros movimentos que tem chegado em pronto auxílio, ao reverso da inoperância de governos, com destaque à esfera federal. Gostaria de iniciar pontuando esse solar aspecto que nos faz lembrar do agenciamento social na efetivação e garantia de direitos básicos, como a alimentação, considerando que muitas pessoas que trabalham no campo da cultura, dentre artistas e técnicos, vivem de seus trabalhos autônomos, em condições de subsistência. Com este vigor, vemos ainda a emergência de movimentos sócio-artísticos que visam a implementação de leis de caráter emergencial, e um posicionamento da categoria de artistas e técnicos como classe trabalhadora.

Já em meados da segunda semana de março de 2020, muitas atividades começaram a ser suspensas, contratos cancelados, e as disparidades entre os diversos modos e condições de vida das pessoas, espaços e instituições que constituem a seara artística brasileira fizeram-se ainda mais notórias desde então. As difíceis tintas que já vinham colorindo essas existências se adensaram. Rumamos de um contumaz processo em que a principal política pública no governo federal não operava somente pela inércia, mas também em censuras e difamações direcionadas à artistas e obras, para o presente auto-sumiço da atriz Regina Duarte,

13 Gyl Giffony é artista da Inquieta Cia., membro do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais e doutorando em Artes da Cena pela Universidade de Campinas (Unicamp).

responsável pela Secretaria Especial da Cultura, que há três meses ocupa o cargo. Visando provocá-la a liberar os recursos do Fundo Nacional de Cultura, os movimentos Artigo 5º e ATAC (Articulação de Trabalhadores das Artes da Cena pela Democracia e Liberdade) lançaram a ação "Cadê Regina?" A pandemia para muitas e muitos tem sido o golpe de misericórdia na viabilidade e continuidades de trabalhos e projetos, e as políticas públicas de cultura de municípios e estados ganharam vital importância, equivalente em proporções ao que tem acontecido na área da saúde, contudo, no campo da cultura parecem ainda reincidir numa única forma de responder a qualquer questão: a política de editais.

O momento nos exige atenção à dignidade de todas e todos que habitam nosso país. Na arte, a garantia dos direitos à criação e produção encontra-se vinculada ao incentivo e manutenção de agentes culturais, pois são esses os mediadores das políticas e atividades culturais. A pandemia trouxe-nos também certa ambiguidade entre uma parte da sociedade que incompreende e descarta a função da arte e do artista, e outra, e até esta mesma, que tem passado seus dias acompanhada da produção artística, que amplia os horizontes do isolamento, tornando-se essencial para o enfrentamento e superação de cada dia e do porvir.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espera-se que a aprovação da Lei de Emergência Cultural Aldir Blanc, com isso que a normativa favoreça o necessário auxílio para a sobrevivência física dos artistas e simbólica da cultura artística no país. Além do mais, que a partir desta normativa o setor cultural possa ressurgir através de novas políticas culturais voltadas para um mundo diferente daquele anterior ao atual governo Bolsonaro e à pandemia mundial.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE O BULLYING CONSTITUCIONAL E A RESILIÊNCIA INSTITUCIONAL.

Glauco Salomão Leite[1]

Marina Falcão Lisboa Brito[2]

Natalia Bezerra Valença[3]

Ao longo de sua trajetória, o Supremo Tribunal Federal (STF) vivenciou momentos de maior ou menor independência na sua relação com os demais poderes estatais, o que termina por refletir o nível da qualidade democrática e da estabilidade institucional em diferentes contextos e tempos históricos. Na República Velha, por exemplo, vários foram os episódios em que a Corte entrou em rota de colisão com o Poder Executivo. Em uma das situações mais expressivas da época, quando Rui Barbosa impetrou inúmeros *habeas corpus* perante o Tribunal questionando a arbitrariedade de prisões decretadas com base no estado de sítio imposto por Floriano Peixoto, este, irritado com tal afronta à sua autoridade supostamente inquestionável, teria afirmado: "Se os juízes do Tribunal concederem o habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão".[4] Durante o Estado Novo, Getúlio Vargas, tendo absorvido as competências legislativas do Congresso Nacional em razão do seu fechamento, usou a competência contida no art. 96, parágrafo único, da CF/37 para sustar, por decreto, decisão do STF, em uma clara manifestação autoritária e desprezo à independência entre os poderes[5]. Com o golpe civil-militar de 1964, o Tribunal teve sua composição

---

1 Professor de Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP). Professor de Direito Público da Universidade de Pernambuco (UPE) e da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). *Visiting Scholar* na University of Toronto Faculty of Law (Canadá). Doutor em Direito Público pela UFPE e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Membro do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais (REC/CNPq).

2 Mestranda (Bolsista CAPES) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP). Pós-graduanda em Direito Administrativo pela PUC-MG. Advogada. Membro da Comissão de Direito Administrativo e Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-PE. Membro do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais (REC/CNPq).

3 Mestranda (Bolsista CAPES) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP). Advogada. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-PE. Membro do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais (REC/CNPq).

4 RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. v. 1. p. 22-23.

5 Art. 96, Parágrafo único, CF/37: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confir-

elevada através do Ato Institucional (AI) n. 2 decretado pelo marechal Castello Branco, cujo objetivo era, claramente, interferir politicamente na atuação do STF. Sob a presidência do general Costa e Silva, foi editado o AI-5 resultando na cassação dos ministros Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima, considerados juízes vinculados a uma ideologia de esquerda e, consequentemente, contrários aos desígnios da "revolução". Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada, presidente e vice-presidente do STF respectivamente, decidiram se aposentar diante das pressões advindas do Governo. Esses fatos, tão amplamente conhecidos na histórica constitucional do Tribunal, se deram em regimes autoritários nos quais não há espaço para equilíbrio institucional, freios e contrapesos e, consequentemente, independência judicial. Sob essa perspectiva, chega a ser intuitivo que o Tribunal, como, de resto, o Poder Judiciário, o Ministério Público e demais instituições independentes, sofresse tamanha ingerência diante do autoritarismo aberto praticado pelos Governos daqueles períodos.

Entretanto, tem-se observado nos últimos anos uma série de novos ataques ao Tribunal através de intimidações, retaliações ou ameaças de descumprimento de suas decisões. Denominamos "bullying constitucional" essa estratégia em promover agressões reiteradas e contínuas à Corte em um contexto marcado por um Governo populista, que tem buscado desidratar o sistema de freios e contrapesos, considerado um dos pilares das democracias constitucionais. Como será visto, tais investidas não se confundem com meras críticas às decisões judiciais emanadas do STF, às disfunções internas ou ao seu processo decisório. Aliás, análises críticas do funcionamento das instituições, incluindo o STF, são obviamente legítimas e têm sido apresentadas por diversos atores - Academia, imprensa, partidos políticos, dentre outros – e sem qualquer risco à sua independência orgânico-funcional. Como regra, tais críticas, quando formuladas em um ambiente democrático e de boa-fé, buscam identificar erros, apontar alternativas e, com isso, aperfeiçoar o próprio Tribunal. O "bullying constitucional" ultrapassa o questionamento legítimo de alguma prática ou decisão judicial, traduzindo-se como pressão política arbitrária, perpetrada de maneira incessante e com objetivo de intimidar membros da Corte.

A retórica populista de oferecer soluções rápidas e aparentemente simples para os óbices à realização da "vontade do povo verdadeiro"[6] é um traço

mar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

6 MOUNK, Yasha. O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 53.

perceptível no discurso do Presidente da República desde antes de sua eleição. De modo a destacar os atos que diminuem ou cerceiam a independência do STF, faz-se aqui uma análise da trajetória dos pronunciamentos e atitudes do Governo que traduzem essas atitudes. A importância de debater a temática se sobreleva a partir da perspectiva de que, diante da caracterização populista de um Governo, uma institucionalidade democrática resiliente torna-se imprescindível à manutenção da própria democracia constitucional. Nesta seara, a garantia de independência do Poder Judiciário e, ainda, o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos[7], são considerados fatores decisivos na proteção da democracia enquanto obstáculos à empreitada populista autocrática.

1. CONTEXTUALIZANDO O BULLYING CONSTITUCIONAL CONTRA O STF.

O processo de redemocratização que resultou na aprovação da CF/88 veio acompanhado de um conjunto de ingredientes que compõem a receita do constitucionalismo democrático contemporâneo. Isso significou, para o Poder Judiciário, um novo desenho institucional que lhe assegurasse garantias de independência diante dos poderes políticos, precisamente para que não fosse, novamente, vítima de interferências arbitrárias dos poderes políticos. Além dos mecanismos que buscam propiciar autonomia aos seus membros – como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios – a CF/88 também municiou o Poder Judiciário com ferramentas de independência financeira, administrativa, orgânica e iniciativa de leis sobre sua estrutura e funcionamento. Com isso, não se pretende *eliminar* pressões políticas, econômicas ou sociais direcionadas aos juízes e Tribunais, mas certificar que estes tenham mecanismos institucionais capazes de filtrar e neutralizar essas pressões, de modo que o resultado das decisões judiciais seja reflexo da compreensão que os juízes têm do direito vigente e não de um elemento externo a ele capaz de corromper ou bloquear o código lícito/ilícito.

Por outro lado, isso nos leva a enfrentar a diferença entre independência "*de iure*" e independência "*de facto*"[8]. A primeira costuma estar relacionada à existência de dispositivos legais e/ou constitucionais que preveem as garantias de independência judicial e que compõem o arquétipo estrutural do Poder Judi-

7 MADRID, Raúl L; WEYLAND, Kurt. What are the prospects for US democracy? In: MADRID, Kurt Weyland And Raúl L.. When Democracy Trumps Populism. New York: Cambridge University Press, 2019, p. 29.

8 YADAV, Vineeta; MUKHERJEE, Bumba. Democracy, Electoral Systems, and judicial empowerment in developing countries. University of Michigan Press, 2014.

ciário. A segunda, por sua vez, nos remete ao plano da real e efetivo atuação dos Tribunais, avaliando, empiricamente, a existência de fatores que podem comprometer um agir judicial autônomo, ainda que sejam formalmente mantidas as normas que asseguram sua independência. Essa distinção conceitual pode lançar luzes para explicar os processos de corrosão da independência judicial do STF no contexto de um retrocesso democrático decorrente da eleição de um líder populista, como é o caso brasileiro atualmente.

Com efeito, governos populistas, como os personificados em Recep Tayyip Erdogán (Turquia), Benjamin Netanhyahu (Israel), Vicktor Orbán (Hungria), Andrzej Duda (Polônia), Hugo Chávez (Venezuela), Evo Morales (Bolívia), por exemplo, tendem a assumir, além de um caráter anti-pluralista de "povo", um viés "anti-institucional", na medida em que pretendem se apresentar aos seus apoiadores como "antissistema". Por essa razão, buscam desidratar os mecanismos de freios e contrapesos sob o argumento retórico de que estes seriam obstáculos à "verdadeira vontade do povo", em vez de compreendê-los como barreiras constitucionais de contenção ao arbítrio e de equilíbrio institucional.

Não por acaso, nos últimos anos, podemos perceber o advento de um discurso político mais contundente em relação ao STF, apoiado, muitas vezes, na acusação de praticar ativismo judicial em excesso, usurpando competências do Poder Legislativo e, especialmente, do próprio Governo. Convém ressaltar que, muitas das decisões proferidas pela Corte no período pós-88, sobretudo aquelas atinentes à proteção de liberdades individuais, proibição de *hate speech*, reconhecimento de casamento igualitário, legitimidade de política de quotas, proibição do modelo de "escola sem partido", dentre outras, já colocariam o Tribunal em posição diametralmente oposta ao ultraconservadorismo ideológico defendido pelo atual Presidente. Por isso, não é de surpreender que, antes mesmo das eleições de 2018, o então candidato Jair Bolsonaro defendeu a necessidade de aumentar o número de ministros da Corte, modificando de onze para vinte a sua composição, sob o argumento de que era preciso "colocar dez juízes isentos lá dentro"[9] . Medida semelhante a esta, como já ressaltado, foi adotada durante o regime militar como uma maneira de manipular os resultados dos processos que chegavam ao STF[10]. Aliás, Jair Bolsonaro já sinalizou que, quando surgisse alguma vaga, indicaria para o Tribunal um juiz "terrivelmente evangélico"[11].

9 Cf. https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml.

10 O Supremo Tribunal Federal e o Golpe de 64. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62507 Acesso em 03 jun. 2020.

11 https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-e-

Ainda em 2018, um de seus filhos, o Deputado Federal Eduardo Bolsonaro, declarou que para fechar o STF bastaria mandar "um soldado e um cabo". Ressaltou, na mesma ocasião, que caso um dos ministros do Tribunal viesse a ser preso, não haveria manifestação popular contrária à prisão[12]. Tais episódios evidenciam a tendência anti-institucional que tem sido adotada pelo Presidente, desde antes das eleições, e que insinuam o papel contramajoritário da Corte como um óbice à implantação de sua agenda política[13]. Aos poucos, o STF estava sendo colocado em uma encruzilhada[14].

2. O BULLYING CONSTITUCIONAL COMO ESTRATÉGIA DE EROSÃO DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL.

O perfil populista do Presidente recrudesceu rapidamente e, com isso, elevaram-se as investidas contra o Tribunal. No final de outubro de 2019, o Presidente divulgou em sua conta do *Twitter* um vídeo em que se apresenta como um leão acuado por hienas que o ameaçavam. Essas hienas traziam símbolos que representavam instituições vistas como seus rivais, como partidos políticos (PT, PDT, PSDB), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), veículos de imprensa (Rede Globo, Folha de São Paulo e Estadão) e o STF. Diante da contundente reação das instituições mencionadas, o Presidente negou ter feito a postagem. Porém, já em março de 2020, em meio a mais um atrito entre o Governo e o Congresso Nacional, foi convocada uma manifestação pública contra o Congresso Nacional e o STF, precisamente duas das principais instituições de contenção às decisões governamentais. Com isso, o Presidente passa a insuflar sua rede de apoiadores a também opor-se à institucionalidade democrática, acusando-a de boicotar a vontade do povo, da qual se apresenta como seu porta-voz único.

Outro episódio recente de tensão institucional entre o Governo e o STF ocorreu com a saída de Sérgio Moro do Ministério da Justiça e Segurança Pública em abril de 2020. Ao externar as razões pelas quais tomou essa decisão, Sérgio

vangelico-para-o-stf.ghtml

12 Portal G1. Em vídeo, filho de Bolsonaro diz que para fechar o STF basta 'um soldado e um cabo. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/21/em-video-filho-de-bolsonaro-diz-que-para-fechar-o-stf-basta-um-soldado-e-um-cabo.ghtml Acesso em 04 jun. 2020.

13 CAMPOS. João Pedroso de. Doze vezes em que Bolsonaro e seus filhos exaltaram e acenaram à ditadura. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/doze-vezes-em-que-bolsonaro-e-seus-filhos-exaltaram-e-acenaram-a-ditadura/ Acesso em 03 jun. 2020.

14 LEITE, Glauco Salomão. Hércules na encruzilhada? Riscos e desafios da jurisdição constitucional na era do legalismo autocrático. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro Conci; DIAS, Roberto (org.). Crise das Democracias Liberais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 443-466; BARBOZA, Estefânia Queiroz. Constitucionalismo abusivo e o ataque ao Judiciário na democracia brasileira. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro Conci; DIAS, Roberto (org.). Crise das Democracias Liberais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 421-442.

Moro afirmou que o Presidente da República pretendia interferir politicamente na Polícia Federal, obtendo acesso a informações sobre investigações em andamento. Para tanto, seria nomeado para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal Alexandre Ramagem, pessoa mais próxima ao Presidente e amigo pessoal de seus filhos. Diante disso, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação no STF requerendo a anulação da nomeação, argumentando, principalmente, a existência de desvio de finalidade por parte do Presidente da República e, por via de consequência, violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas. O relator da ação, Min. Alexandre de Moraes[15], concedeu liminar para sustar tal nomeação, o que provocou reações do Presidente, que classificou a decisão como "política" e cobrou um desfecho rápido do julgamento no plenário da Corte[16]. Na decisão, o referido Ministro enfatizou que o objeto da ação estava restrito apenas ao controle de legalidade do ato de nomeação, que pode ser exercido pelo Poder Judiciário. Entretanto, após ser notificado da decisão, o Presidente tornou sem efeito o ato de nomeação, escolhendo Rolando Alexandre de Souza para a diretoria geral da Polícia Federal.

Apesar disso, permaneceram as dúvidas quanto às intenções presidenciais de exercer um controle político sobre as atuações da Polícia Federal, o que levou o Procurador-Geral da República a solicitar abertura de inquérito para apurar as acusações feitas por Sérgio Moro contra o Presidente. Nesse contexto, o Min. Celso de Mello, relator do inquérito, solicitou cópias da gravação da reunião ministerial em que o Presidente havia externado, na presença do próprio Sérgio Moro, sua pretensão de interferir na Polícia Federal, aumentando as divergências com o então Ministro da Justiça e Segurança Pública. O termômetro subiu quando o Min. Celso de Mello admitiu que levantaria o sigilo de tais gravações sob o argumento de que se tratava de informação de interesse público. Em tal reunião, além da confirmação da intenção presidencial em interferir na Polícia Federal, constatou-se a manifestação do Ministro da Educação, Abraham Weintraub, que, não apenas se referiu aos ministros da Corte como "vagabundos", como defendeu a prisão de todos eles.

Mais recentemente, em maio de 2020, a partir de requerimento feito por partidos políticos e parlamentares no âmbito do inquérito que investiga a existência de organização criminosa responsável pela divulgação em massa de *fake*

15 MS n. 37.097, rel. Min. Alexandre de Moraes, d.j. 29.04.2020.

16 MAZUI, Guilherme. Bolsonaro diz que decisão de Moraes foi 'política' e que vai recorrer da suspensão de Ramagem no comando da PF. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/30/bolsonaro-diz-que-decisao-de-moraes-foi-politica-e-que-vai-recorrer-da-suspensao-da-nomeacao-de-ramagem-no-comando-da-pf.ghtml Acesso em 01 jun. 2020.

news e ataques aos próprios membros do STF, o Min. Celso de Mello enviou à Procuradoria Geral da República (PGR) pedido de apreensão do celular do Presidente da República e do seu filho, o vereador Carlos Bolsonaro. Nesse contexto, e antes do referido ministro ter tomado decisão sobre tais requerimentos, uma nota divulgada pelo Ministro-Chefe do Gabinete de Segurança Institucional – Gal. Augusto Heleno[17]- em que dirigia ameaças subliminares à Corte, provocou a reação de entidades parlamentares e civis:

> [...] o pedido de apreensão do celular do presidente da República é inconcebível e, até certo ponto, inacreditável. Caso se efetivasse, seria uma afronta à autoridade máxima do poder Executivo e uma interferência inadmissível de outro poder na privacidade do presidente da república e na segurança institucional do país. O Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República alerta as autoridades constituídas que tal atitude é uma evidente tentativa de comprometer a harmonia entre os poderes e **poderá ter consequências imprevisíveis para a estabilidade nacional**.[18] (destaque nosso)

Mais uma vez, em reação à todas essas atitudes, o Presidente, em entrevista à rádio Jovem Pan, disse que "(...) só se fosse um rato para entregar meu telefone" e "alguém está achando que eu sou um rato para divulgar um telefone meu em uma circunstância dessas?"[19]. A declaração, diante do contexto em que ocorreu, não apenas representou um gesto de desdém e menosprezo à Corte, como acaba sendo utilizada como combustível para incitar as manifestações já recorrentes contra o STF em frente ao Palácio do Planalto nos finais de semana[20].

No final de maio, após o cumprimento de mandados de busca e apreensão que atingiram parlamentares e apoiadores do Presidente - determinados no curso do já citado *"inquérito das fake news"* - Eduardo Bolsonaro reagiu à Corte em entrevista, afirmando, sem qualquer constrangimento, que a ruptura democrática não seria mais uma questão de "se", mas uma questão de "quando". Revelou, ainda, que tal ruptura já vinha sendo discutida em reuniões envolvendo "altas autoridades". Na mesma entrevista, Olavo de Carvalho ainda defendeu que é a

---

17 SOARES, Ingrid. Confisco do celular de Bolsonaro: Heleno cita "consequências imprevisíveis". Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/22/interna_politica,857481/confisco-do-celular-de-bolsonaro-heleno-cita-consequencias-imprevisi.shtml. Acesso em 02 jun. 2020.

18 Estadão. Apreender celular de Bolsonaro pode ter 'consequências imprevisíveis', diz Heleno. Disponível em https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apreender-celular-de-bolsonaro-pode-ter-consequencias-imprevisiveis-diz-heleno,70003311593 Acesso em 02 jun. 2020.

19 RODRIGUES, Mateus; GOMES, Pedro Henrique; GARCIA, Gustavo. Bolsonaro contraria AGU e diz que recorrerá para ter Ramagem na PF: 'Quem manda sou eu' Disponível em https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/29/bolsonaro-contraria-agu-diz-que-quem-manda-e-ele-e-que-recorrera-para-ter-ramagem-na-pf.ghtml Acesso em 02 jun. 2020.

20 Grupo armado pró-Bolsonaro protesta em frente ao STF com tochas e máscaras. Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/31/grupo-armado-pr-bolsonaro-protesta-em-frente-ao-stf-com-tochas-e-mscaras.ghtml. Acesso em 03 jun. 2020

favor da "pena de morte para esses caras", referindo-se aos Ministros do STF[21].

Durante a pandemia da COVID-19 no país, com a recomendação de quarentena e isolamento social em quase todos os Estados-membros, apoiadores do Presidente se reúnem semanalmente na Esplanada dos Ministérios para protestar contra o STF e a própria democracia[22], com cartazes e palavras de ordem que pedem "intervenção militar constitucional"[23] ou afirmando que "a toga não é mais forte do que o fuzil"[24]. Os protestos costumam contar com a presença do Presidente e seus Ministros, que se reúnem por vezes com os apoiadores e acabam por incitar a continuação dos atos[25].

3. BULLYING CONSTITUCIONAL E AUTORITARISMO DISFARÇADO.

É próprio a qualquer regime constitucional democrático a manifestação de críticas às instituições públicas, sejam advindas da imprensa, de acadêmicos, da opinião política, de partidos ou de tantas outras organizações da sociedade civil. Entretanto, os crescentes ataques políticos ao STF se afastam da crítica democrática e exprimem tentativas de intimidar e coagir a própria Corte. A rigor, isso não é uma estratégia nova. Stephen Bright analisa uma série de episódios em que políticos americanos passaram conduzir ataques a membros de Tribunais estaduais quando estes proferiam decisões consideradas impopulares, o que era comum quando se tratava de processos criminais em que os juízes tinham que assegurar o respeito às garantias constitucionais dos acusados. Decidir contra os anseios por um punitivismo estatal arbitrário, por vezes servindo a uma pressão social e midiática, servia, portanto, de pretexto para retaliações e ameaças de atos de violência contra membros das Cortes, ainda que estes estivessem apenas cumprindo sua função contramajoritária e aplicando a *Bill of Rights*. Não obstante, tais reações não pretendiam apontar qual intepretação judicial era a mais adequa-

21 ONOFRE, Renato. Eduardo Bolsonaro defende reação enérgica a ministros do STF e trata ruptura como inevitável. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/em-live-com-alvos-de-acao-do-stf-eduardo-bolsonaro-defende-reacao-energica-a-moraes-e-celso.shtml Acesso em 03 jun. 2020.

22 Portal G1. Apoiadores de Bolsonaro fazem ato em frente ao Supremo com tochas e máscaras brancas. Disponível em https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/31/apoiadores-de-bolsonaro-realizam-ato-em-frente-ao-stf-com-tochas-e-mascaras.ghtml Acesso em 02 jun. 2020.

23 ARAÚJO, Marcelo Labanca; TEIXEIRA, João Paulo Allain; LEITE, Glauco Salomão; SANTOS, Gustavo Ferreira. O artigo 142 da Constituição e os malabarismos constitucionais. In: Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/opiniao-artigo-142-constituicao .

24 FRGÃO, Luiza. Deputado bolsonarista ameaça ministros do STF: "A toga não é mais forte que o fuzil". Disponível em: https://revistaforum.com.br/politica/deputado-bolsonarista-ameaca-ministros-do-stf-a-toga-nao-e-mais-forte-que-o-fuzil/ Acesso em: 03 jun. 2020.

25AMORIM, Felipe; BORGES, Stella. Ato contra STF e pró-intervenção tem Bolsonaro com criança e uso de cavalo. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/31/protestos-brasilia-31-de-maio.htm Acesso em 02 jun. 2020.

da à legislação ou aos precedentes, nem propunham aperfeiçoamentos ao sistema de justiça ou à própria legislação. E é nesse ponto em que é preciso distinguir a simples crítica da *intimidação* a membros de um Tribunal, com vistas a fragilizar a independência judicial[26].

Com efeito, a onda de intimidação contra o STF deve ser analisada no contexto mais amplo de um Governo populista e que se utiliza de ferramentas muitas vezes previstas na própria ordem constitucional, mas que são desvirtuadas para alcançar uma finalidade ilegítima e antidemocrática. Recentemente, os retrocessos democráticos que têm sido verificados em vários países não decorrem de golpes de Estado ou rupturas institucionais, como se viu no autoritarismo do século passado. Não se tem verificado o fechamento de Parlamentos, a dissolução de partidos políticos, a cassação de membros de Tribunais, nem, no limite, a suspensão da própria ordem constitucional em nome de uma ameaça iminente que servisse de justificativa para concentração de poderes presidenciais. Ao contrário, governantes continuam sendo escolhidos através de processos eleitorais com ampla participação dos cidadãos, mas, uma vez no poder, inicia-se um processo de subversão do constitucionalismo democrático. Interessante perceber, nesse ponto, como o jogo democrático tem suas regras distorcidas. Os riscos a partir disso se tornam cada vez mais altos, uma vez que a erosão democrática não necessariamente ocorre com tomadas armadas do poder. Desse modo, é possível falar que não haverá tanques nas ruas e o sistema político ainda parecerá democrático quando observado com pouca atenção, pois as instituições "estão funcionando", as pessoas ainda votam e os líderes populistas incentivam essa aparência ao passo que minam as instituições silenciosamente. A mídia e os jornais continuam a funcionar, entretanto, com diversos ataques dia após dia. Juízes não são destituídos de seus cargos, mas, através de alterações constitucionais, modifica-se a composição das Cortes a fim de domesticá-las ou, pelo menos, intimidar seus integrantes. Com o sistema de freios e contrapesos enfraquecido, surgem riscos reais de governos autoritários e ameaças a direitos fundamentais, principalmente de minorias. É nesse ambiente de aparente legalidade ou de uma roupagem constitucional, que se tem falado de *constitucionalismo abusivo* e *legalismo autocrático*[27]. No limite, sob o verniz da constitucionalidade, corroem-se, silenciosamente, os pilares da

26 BRIGHT, Stephen B. Political attacks on the Judiciary: can justice be done amid efforts to intimidate and remove judges from office for unpopular decisions? In: New York University Law Review, may, 1997, p. 308.

27 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. In: *UC Davis Law Review 189*, vol. 47, abril, 2013, pp. 191-256; SCHEPELLE, Kim Lane. Autocratic legalism. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, n. 2, março, 2018, pp. 545-584.

democracia e do constitucionalismo. Situações como essas causam confusão na população e no modo de compreensão do que está ocorrendo. Daí a diferença entre *colapso* e *declínio* ou erosão democrática: no primeiro, há uma via rápida à destruição da democracia; no segundo, o caminho é percorrido lentamente. Mas o destino os destinos são idênticos.[28] O desafio, portanto, está em perceber que os processos e ferramentas democráticos são desvirtuados para minar, por dentro, a própria democracia.

Nesse contexto, a ameaça à independência do Poder Judiciário igualmente não decorre de um violento ataque à sua estrutura ou aos seus membros, como, por exemplo, ocorreu com o AI-2 e o AI-5. As estratégias são mais sutis e são mascaradas por trás de instrumentos que, de fato, são contemplados na própria ordem constitucional, porém servindo a um propósito diverso. Assim, o direito à liberdade de expressão e o direito ao protesto são deturpados para acobertar um processo contínuo e permanente de retaliação, ameaças e intimidações contra os membros da Corte, fazendo erodir sua independência "*de facto*", apesar de continuar intacta sua independência "*de jure*".

Percebe-se, desse modo, que a prática do *bullying constitucional* contra o STF exige um olhar mais atento e que não se limite a discutir modificações formais mediante leis ou emendas, pois é uma dimensão do constitucionalismo abusivo e da legalidade autocrática. Declarações reiteradas do Presidente, de seus filhos, de membros da cúpula do governo, ameaças de descumprimento de decisões judiciais, apoio a manifestações contra a própria instituição do STF e a defesa de que as Forças Armadas funcionariam como um *poder moderador* são agressões que se passam em um plano simbólico-discursivo, mas que igualmente possuem um efeito erosivo à integridade e independência do Tribunal, atingindo, gradativamente, seu capital social. São violações manifestas às chamadas normas "não-escritas"[29] da democracia, que demandam de seus protagonistas condutas de prudência, respeito e deferência institucional entre os poderes.

Normalizar o *bullying constitucional*, sob o falso argumento de cuidar-se de livre manifestação de opinião e de crítica, é utilizar uma ferramenta da democracia para destruí-la aos poucos. Seria o admitir que todo o esforço cívico e político que tornou possível a transição de um regime autoritário para

28 GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. How to save a constitutional democracy? The University of Chicago Press, 2018, 49 e ss.; SUSTEIN, Cass (org.) Can it happen here? Authoritarianism in America. William Morrow, 2018; GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in crisis? Oxford University Press, 2018.

29 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Trad. Renato Aguiar São Paulo: Zahar, 2018, p. 142 e ss.

a democracia - construindo uma ordem constitucional com governo limitado, direitos fundamentais e freios e contrapesos - pudesse, ele próprio, ter dado as armas que seriam, ao fim e ao cabo, usadas democraticamente para o fim da democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas ao STF, ou a qualquer instituição, são elementos da democracia e podem ser ingredientes importantes no próprio desenho do sistema de freios e contrapesos. O risco à democracia, no entanto, surge quando as críticas se convertem em atos permanentes e contínuos de ameaça, intimidação ou retaliação que comprometem a independência da instituição. Os desejos pelo retorno ao passado ditatorial de 1964-1985, explicitados pelo Presidente da República[30] abertamente antes e após a sua eleição, colocam-se cada vez mais numa construção anti-institucional.

No contexto em que as mencionadas falas e atos ocorrem, o posicionamento do Presidente e de seus Ministros tem sido de agirem em nome do "povo" - termo utilizado por eles para se dirigir apenas seus apoiadores -, incentivando as manifestações públicas, que se caracterizam pelo apelo à violência política e à intervenção militar em resposta a decisões judiciais das quais o Presidente discorda ou que contrariam seus interesses políticos. Assim, tais atitudes, praticadas reiteradamente, têm representado, na realidade, tentativas de enfraquecimento gradual, sutil e permanente do STF, enfraquecendo o sistema de freios e contrapesos. Na era do constitucionalismo abusivo, de que o *bullying constitucional* é apenas uma de suas facetas, o AI-5 vem escondido na liberdade de expressão de líderes autocráticos ou nas entrelinhas de um *tuíte.*

30 CARVALHO, Luiz Malakoff. O cadete e o capitão: a vida de Jair Bolsonaro no quartel. São Paulo: Todavia, 2019, p.180

UMA PANDEMIA DE "FAKE NEWS": DESINFORMAÇÃO NA INTERNET E A CRISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL[1]

Gustavo Ferreira Santos[2]

A internet é, hoje, um dos principais espaços de interação e fonte mais comum de informação. Nela, reproduzimos um conjunto de relações que, antes, eram presenciais ou mediadas por meios de comunicação não interativos, e descobrimos, ainda, outras formas de sociabilidade. Como em outros âmbitos da vida em sociedade, a internet trouxe impactos para a política. Neste texto, queremos propor algumas reflexões sobre alguns desses impactos. Em especial, vamos trabalhar com duas perguntas. A primeira delas é qual o papel da internet na crise da democracia constitucional? A segunda é como combater e neutralizar essas ameaças, respeitando as normas e procedimentos próprios da democracia constitucional? (As respostas não podem ser, elas mesmas, novas ameaças à democracia constitucional).

Já podemos adiantar que não temos respostas completas para tais questões. Temos, apenas, pistas, que podem nos ajudar – assim esperamos – na busca dessas respostas.

A internet, quando surgiu, foi saudada como um instrumento para potencializar a democracia. E essa expectativa não era sem razão. Ela se apresentou como uma nova esfera pública, que permitia a inclusão de um conjunto muito mais amplo de cidadãos no debate político. Ela aumentou a disponibilidade de informações e deu mais transparência ao agir dos governos.

Um artigo de Bill Gates, de 1996, dá o tom dessa visão positiva, quando, após ressaltar mudanças positivas trazidas pela internet, diz que "o resultado será um voto mais bem informado e provavelmente uma maior participação" (1996)

Mas, nos últimos anos, especialmente desde o plebiscito do *Brexit* e as eleições dos Estados Unidos, ambos em 2016, um lado obscuro da internet foi se apresentando. As ameaças à democracia passaram a ser mais evidentes do que

1 Este artigo foi desenvolvido no contexto do Projeto de Pesquisa "A Internet e a democracia constitucional: entre ameaças e riscos", CNPq (313753/2018-0) PQ - 2018

2 Professor do PPGD da Universidade Católica de Pernambuco

os benefícios. Para isso, as redes sociais foram fundamentais, pois transformaram estruturalmente a nossa experiência na internet.

Antes, navegávamos na internet como se faz em um mar aberto. Buscávamos jornais e revistas que já conhecíamos e, aos poucos, íamos conhecendo blogs de pessoas e instituições que passávamos a acompanhar. Mas, as redes sociais sugaram, como um grande buraco negro, quase toda a internet. Transformaram-se em porta de entrada na internet para a maior parte das pessoas e na própria internet para muitas dessas pessoas.

Elas permitiram uma maior interação, pois reproduziram no mundo virtual relações com pessoas que já conhecíamos e nos abriram um mundo de "amizades". Com elas, a internet ficou mais atrativa. No entanto, ficamos, nela, mais limitados.

Na nossa atual forma de "navegação" na internet, somos guiados por algorítimos e convivemos apenas com pessoas específicas, acessamos informações específicas, recebemos publicidade específica.

O interessante relato da experiência de um iraniano, Hossein Derakhshan, mostra bem esse processo de concentração da internet nas redes sociais (Kaye, 2019). Ele era um dos blogueiros mais lidos do Irã. Foi preso, por criticar o governo, e passou de 2008 a 2014 na prisão. Quando saiu, estranhou que não tinha mais público no blog. O público havia migrado para as redes sociais.

Houve uma transformação na forma de financiamento dos negócios na internet. Até o surgimento das redes sociais, quando se falava em informação, o conteúdo era o produto. A publicidade era a forma mais comum de financiamento. Nas redes sociais, além do evidente papel potencializado da publicidade, nós somos o produto. Essas redes sociais são espaços de coleta de informações sobre os usuários, que serão armazenadas e vendidas.

Mesmo antes da internet, a informação já se apresentava como um insumo fundamental para muitos negócios e para a atividade do poder público. Nossa sociedade é a sociedade da informação. Dependemos da informação para o funcionamento de muitos dos serviços que conhecemos. Então, antes mesmo do advento das redes sociais, ter informação sobre o consumidor já era algo fundamental para certos setores da economia.

Com as redes sociais, a informação disponível passou a ser mais apurada, pois passaram a existir gigantescos bancos de dados que permitem cruzamentos de informações que revelam muito sobre os indivíduos. Nossas "curtidas" e com-

partilhamentos revelam muito mais do que qualquer conversa presencial. Ficou relativamente fácil traçar o nosso perfil psicológico. Saber nossos desejos, nossas fragilidades. É possível aos que detêm tais dados nos dizer exatamente o que nós queremos ouvir. Antes das redes sociais, a publicidade nos atingia como quem atira com um canhão. Agora, ela nos atinge com punhal certeiro.

E as empresas precisam que fiquemos o maior tempo possível conectados. Assim, agem para que nos sintamos atraídos, confortáveis, confiantes. Nessa busca por nos fixar nas redes, fomos lançados a bolhas. Convivemos com pessoas que pensam o mesmo que a gente e a tendência, nesse caso, é a polarização política e a radicalização das posições. A questão das bolhas é um problema grave, mas não o maior. Talvez o mais importante é a questão de que usos deve ser feito desses enormes bancos de dados. Hoje, esse uso é absolutamente opaco.

Na campanha de Trump, em 2016, essa publicidade dirigida foi a grande diferença em relação a campanhas anteriores e em relação à campanha de sua adversária. Como é vastamente conhecido, houve um vazamento gigante de dados de mais de 80 milhões de usuários do Facebook nos Estados Unidos (Isaak; Hanna, 2018). Esses dados que vazaram foram usados pela empresa Cambridge Analytica, para direcionar o discurso ao perfil do público.

O pior foi o uso desses dados para o direcionamento de notícias falsas. Comumente, sobre o tema, é usado o termo em inglês "fake News". Preferimos falar em campanhas de desinformação[3]. A expressão "fake News" é contaminada com o uso político que o dão. Trump chama de "fake News" todas as informações que não lhe agradam.

Essa campanha da eleição de Trump e a campanha do Brexit no Reino Unido foram os primeiros casos de uso massivo de notícias falsas em campanhas políticas após a internet .A novidade não é a mentira. Sempre houve mentira na política. Mentir é humano. Mas, nessa campanha, a mentira virou instrumento utilizado com método.

Depois dessas campanhas, foram muitos os casos de denúncias de debates políticos atingidos fortemente por campanhas massivas de uso deliberado de notícias falsas. Quenia, India e Brasil são exemplos de grandes países que foram massacrados por essas campanhas (Christopoulou, 2019).

3 Utilizamos, em português, o termo "desinformação", que trata de práticas que Wardle and Derakhshan (2017) dividem em três tipos, com expressões de língua inglesa: "Dis-information", que é a informação falsa e é criada deliberadamente de causar um dano a uma pessoa, um grupo social, uma organização ou um país; "Mis-information", que é a informação falsa, mas não foi criada com a intenção de causar um dano a alguém; "Mal-information", que é a informação baseada na realidade e é usada para propor dano a uma pessoa, uma organização ou a um país.

Coincide, pois, esse crescimento do uso massivo de notícias falsas com uma crise das democracias. Não são fenômenos que se confundem, mas estão relacionados. Normalmente, as posições políticas que são mais eficientes no uso profissional da mentira estruturada têm uma postura populista e usam um discurso antissistema, mesmo que suas políticas econômicas, quando no poder, sejam estreitamente associadas ao grande capital. Esse discurso corrói a legitimidade das instituições que são fundamentais para a existência da democracia constitucional, como, por exemplo, a mídia e, em alguns países, o Judiciário e órgãos de fiscalização.

Quando falamos em democracia constitucional vamos além da caracterização de uma democracia pela mera existência de eleições periódicas. Uma democracia constitucional é caracterizada garantia de limites ao poder, que será exercido sob determinados procedimentos, em baias estreitas, e pela garantia de direitos humanos, além, é evidente, da existência de eleições íntegras.

A internet é utilizada para pautar o debate político, evidenciando sentimentos e emoções que estavam latentes. É comum que o discurso incorpore elementos nacionalistas, tradicionalistas e religiosos. Os apoiadores desses grupos são tratados com uma dieta de notícias falsas, que os engaja e os radicaliza. Os adversários são atacados por campanhas de desinformação muito eficientes.

Consideramos razoavelmente respondida a primeira pergunta. Mas, retomamos a segunda: o que fazer para, com o arsenal próprio da democracia constitucional, garantir essa democracia frente a esse ataque deliberado? Como dissemos ao início, não sabemos. A questão é muito complexa e exige uma abordagem multidisciplinar no seu enfrentamento. No entanto, também, como adiantamos, vamos indicar algumas pistas.

Em primeiro lugar, precisamos ter em mente, sempre, a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. Os remédios podem ser mais letais para a democracia constitucional do que a doença. Não podemos legitimar, por exemplo, uma "polícia da verdade e da mentira", que possa ser instrumentalizada para combater adversários dos detentores eventuais do poder, em nome do combate à mentira. Isso já é visível em alguns lugares que contam atualmente com líderes autoritários. A própria pandemia do Covid-19 foi instrumentalizada para servir de álibi a um conjunto de medidas que legitimam restrições de direitos e perseguição a adversários políticos em países como Singapura, Turquia, Rússia, Tailândia, Honduras e Egito (Mchangama; Mchaughlin, 2020).

Não devemos usar o direito penal pra punir o usuário comum que even-

tualmente compartilha mentira. Muito se fala sobre o uso de robôs nessas campanhas de desinformação. É verdade que o uso de robôs é um problema. É comum existirem contas falsas, no Twitter e no Facebook, que são administradas por robôs. Mas esse não é o maior responsável pelo compartilhamento da mentira.

O ato de acreditar em notícias em campanhas de desinformação é, geralmente, associado à posição política do usuário da internet. No entanto, uma pesquisa recente sugeriu que mais do que o preconceito partidário, a preguiça em pensar é responsável pela crença acrítica na notícia (Pennycook; Rand, 2019).

Uma interessante pesquisa feita por um grupo do MIT, publicada na revista *Science* em 2018, jogou mais luzes sobre o entendimento a respeito do compartilhamento de notícias falsas na internet (Voroughi; Roy, Aral, 2018). O foco da pesquisa foi o Twitter. Os pesquisadores tiveram acesso a um conjunto vasto de tweets e verificaram como as notícias falsas eram espalhadas de forma mais veloz e com maior alcance do que notícias verdadeiras. No entanto, a descoberta mais interessante é a de que os responsáveis pelo compartilhamento não são principalmente os robôs, mas humanos, normalmente mais velhos, com pouca atividade na internet e com poucos seguidores no Twitter.

Não que os robôs sejam um problema desprezível. Pesquisas mostram que o robô serve, principalmente, pra iniciar o compartilhamento. Uma pesquisa, que analisou 14 milhões de mensagens que espalharam 400 mil notícias no Twitter, durante dez meses, em 2016 e 2017, encontrou evidências de que os robôs desempenharam um papel desproporcional na divulgação de matérias de fontes de baixa credibilidade, servindo para ampliar o alcance desses conteúdos logo no início da divulgação, ajudando-os a se tornar virais, quando marcaram influenciadores que, em algum momento, compartilham tais conteúdos (Shao et al, 1998). Esses pesquisadores indicam a repressão ao uso dos robôs como um caminho importante no combate a campanhas de desinformação.

Aqui, chegamos a um segundo ponto que queremos evidenciar na busca da solução para o problema: precisamos punir as "máfias digitais. Essa é outra face da moeda. A face mais perigosa. Não é possível à democracia admitir a existência de grupos organizados por trás das campanhas de desinformação que atacam a própria democracia, trabalhando por sua destruição. Chegamos a um dilema que é uma variação do "paradoxo da tolerância" proposto por Karl Popper (1987), quando discute se a tolerância inclui tolerar os intolerantes. Outro debate importante que cruza o tema é sobre a chamada "democracia militante", ou seja, uma democracia que se defende dos que agem para destruí-la (Loewenstein, 1937).

Essas "máfias digitais" pautam o debate político, inserindo temas para radicalizar esse debate, muitas vezes para distrair em relação a temas que interessam. Um exemplo, no meio da pandemia que vivenciamos, é o debate sobre o uso ou não de um medicamento contra a Covid-19, a cloroquina (Ricard; Medeiros, 2020). Há uma campanha forte, com uso de robôs e sustentada por informações falsas ou manipuladas, para induzir as pessoas a imaginar que há um medicamento eficiente para a doença que, por alguma razão, médicos e organizações internacionais não querem utilizar. Parece surreal que a sociedade pare, em meio a uma crise sanitária acompanhada de uma crise econômica, para discutir prescrição médica. Mesmo que se tratasse de uma sociedade altamente informada seria razoável virar o tema um importante ponto da pauta do debate político.

Outro ponto que precisa ser considerado é que precisamos exigir mais empenho das empresas responsáveis pelas redes sociais, para que sejam mais rápidas e eficientes na identificação e bloqueio dessas campanhas de desinformação. Todas as redes sociais já têm algum tipo de política sobre o tema, mas ainda são identificados déficits de eficácia e falta de clareza nessas políticas (Kaye, 2019). As redes sociais precisam ser mais ágeis e, ao mesmo tempo, mais transparentes em sua atuação contra campanhas de desinformação que as utilizam como meio.

Também é necessário investir fortemente em uma "educação para a internet" (Horowitz, 2019). A "alfabetização digital" não é uma tarefa do Estado ou só do Estado, precisa ser pensada por toda a sociedade. É preciso que tal política esteja presente nas escolas, na universidade e na mídia. Ter postura crítica frente à informação recebida exige evitar tanto a tomada do conteúdo como necessariamente verdadeiro, mas, também, evitar uma negativa genérica de toda a informação, muito comum em teorias da conspiração que envolvem a "grande mídia". Uma dificuldade nesse campo é que quem repassa informações não confiáveis geralmente acha que tem senso crítico e acredita que sabe mais do que os outros, que conhece o que está "por trás" dos fenômenos.

Por fim, queremos destacar que precisamos promover a existência de mais "ilhas" de confiança nas redes sociais. Esse é o papel da mídia tradicional, que está sendo repensada neste momento e ela própria vira alvo de ataques de várias campanhas de desinformação. Em um alerta publicado na revista *Science,* dezesseis pesquisadores de diferentes áreas, incluindo Cass Sunstein e Yochai Benkler, do Direito, ressaltaram que a imprensa como a conhecemos, com regras éticas que permitem mais confiança na sua atuação, resultou de uma reação de jornalistas falhas da própria mídia no início do século XX e que a busca pela superação do

problema das campanhas de desinformação deve levar ao desenvolvimento de um novo ecossistema informacional, orientado à verdade (Lazer et al., 2018). O combate à mentira usando a verdade como arma é, também, um papel assumido pelas agências de verificação de fatos, organizações que investigam as informações que criam polêmica e viralizam na internet, sendo o resultado dessa investigação um sinalizador para os usuários sobre serem essas informações verdadeiras ou não. Muitas dessas agências estão ligadas a órgãos tradicionais de imprensa.

Como dissemos, indicamos, aqui, apenas pistas. Esse desafio na superação dessas ameaças é do Estado e da sociedade. Não estamos nem perto de solucionar o problema. Mas, esperamos que essa busca por solução vai resultar em democracias constitucionais mais resilientes, ou seja, regimes democráticos com maior capacidade de superar crises, com seus próprios instrumentos.

COVID-19 E FEDERALISMO NO BRASIL: UM MODELO PORVIR?

Helder Felipe Oliveira Correia[1]

José Arthur Castillo de Macedo[2]

A pandemia do COVID-19 tem imposto grandes desafios à humanidade. Em escala global, vidas estão sendo perdidas para a doença que ainda carece de vacina e tratamento adequado. Analistas já asseveram que o avanço do vírus é o maior desafio da geração atual. Estimam-se perdas em níveis equivalentes ao período de guerras bélicas.

Em todo o mundo a crise sanitária virá acompanhada de uma crise econômica decorrente da parada na produção e circulação de bens e de serviços. Em alguns países, com grande número de empregos informais, há grandes chances de haver uma crise humanitária com graves consequências para as populações mais vulneráveis.

Diante de tais desafios, são necessárias releituras de antigas e a criação de novas práticas pelo poder público e por particulares.

No Brasil, já se percebe, especificamente, em relação ao ambiente jurídico, diversas leis, atos normativos e decretos que estão sendo criados a fim de melhor enfrentar o avanço da doença. Tais atos normativos têm produzido alterações em diversos campos do direito público – sobretudo Constitucional e administrativo – e privado – especialmente o direito civil e do trabalho. Essas modificações produziram alguns debates.

Um desses debates envolve a pretensa mudança no federalismo brasileiro nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Essa Corte foi chamada a analisar a constitucionalidade das medidas tomadas por diversos entes da federação, especialmente Estados e Municípios no combate a pandemia do COVID-19.

---

1 Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Barros Melo/UNIAESO e da Faculdade Nova Roma. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Pernambuco. Bolsista do PROSUP/CAPES.

2 José Arthur Castillo de Macedo professor de Direito do Instituto Federal do Paraná (IFPR), campus Colombo. Doutor em Direito pela UFPR, onde integra o CCONS – Centro de Estudos da Constituição. Advogado integrante da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR.

Antes da pandemia, o STF costumava decidir a favor da União os casos de conflitos federativos entre ela e Estados e/ou Municípios. Salvo decisões em matéria ambiental e de saúde, a regra era a centralização da federação em detrimento dos entes subnacionais e locais.

Não obstante, a partir do julgamento da liminar da ADI 6341, a Corte proferiu algumas decisões confirmando a confirmou a competência comum da União, Estados, Municípios e DF em matéria de proteção à saúde da população, nos termos do art. 23, II, CF/88. Em outras palavras, a Corte destacou que dentro das competências materiais atribuídas aos Entes federados, a proteção ao direito à saúde permite que cada pessoa política da federação possa tomar as medidas sanitárias adequadas ao seu contexto no combate à pandemia.

Assim, medidas restritivas como fechamento de comércio, mantidos apenas os serviços definidos como essenciais, obrigatoriedade do uso de máscaras, restrição à circulação de pessoas, dentre outros, estão incluídos no exercício regular das competências federativas dos entes subnacionais (Estados) e locais (Municípios).

De modo que, nesse caso, foi reafirmado o federalismo cooperativo e integrativo previsto na CF/88, pois foi assegurado o exercício das competências comuns aos Entes. Além disso, afirmou-se que as decisões tomadas pela União, como a definição de atividades essenciais, não obrigam os demais Entes, os quais poderão adaptar as normas gerais expedidas pela União aos interesses daquela localidade.

Há, portanto, um contraste entre as decisões anteriores proferidas pelo STF que interpretou de forma expansiva o amplo rol de competências da União, de um lado. E, do outro lado, as recentes decisões favoráveis a uma leitura mais ampliativa das competências dos outros entes da federação. Teria a Corte aproveitado a pandemia para modificar a sua jurisprudência ou se trata de uma mudança tão fugaz como uma chuva de verão? Diante desse cenário, ainda incerto, apresenta-se o tema que merece a devida atenção.

Este ensaio proporá algumas reflexões sobre a possibilidade de mudança de paradigma no contexto do federalismo brasileiro afirmando a possibilidade de crescimento e de reforço da importância dos Entes subnacionais após a pandemia.

Para apresentar tal reflexão, o texto será dividido em três itens. No primeiro serão apresentados o ponto de partida para ampliar o constitucionalismo no

âmbito infranacional. Depois, será retomada parte da memória do federalismo brasileiro, para que se possa compreender; no penúltimo item, as decisões recentes do STF a respeito do tema e porque elas significam uma mudança em relação à jurisprudência anterior da Corte. Ao final, apresentamos algumas considerações finais e sugestões sobre os indícios do federalismo do porvir.

1. EM BUSCA DE UM CONSTITUCIONALISMO INFRANACIONAL

Fundamentalmente, é importante destacar que as constituições infranacionais devem incorporar elementos daquilo que se convencionou chamar de constitucionalismo, na medida em que a existência de um documento escrito em nível subnacional conectado ao poder político local deve ter como principais finalidades a proteção dos seus cidadãos através da garantia de direitos fundamentais, além da limitação do exercício daquele poder mediante os preceitos constitucionais lá estabelecidos.

A rigor, disso resulta que os espaços de autonomia ocupados pelos Estados devem se pautar os anseios de proteção da liberdade iluminados pela cultura do constitucionalismo e seus desdobramentos no curso histórico. Assim, o significado, regra geral, é no sentido de os Entes infranacionais não serem apenas subdivisões políticas da nação, e que os governos estaduais não são escritórios regionais, nem agências administrativas de cumprimento das decisões do governo federal[3].

De se notar que constituição e constitucionalismo são conceitos que não se confundem. Este, conforme dito anteriormente, representa o ideário de garantia de direitos fundamentais e limitação do exercício do poder político que foram elementos catalisadores das revoluções liberais do século XVIII; por sua vez, constituição, que pode ser escrita ou fruto de longa tradição através de práticas reiteradas, costumes, tal qual o modelo comumente citado da Inglaterra, nem sempre irá incorporar as características essenciais do constitucionalismo. Essa é a razão pela qual se chama a atenção para a necessidade também do constitucionalismo influenciar as constituições infranacionais.

Nesse sentido, James A. Gardner[4] destaca que a constituição infranacional que não incorpora atribuições ao governo infranacional na proteção direta ou indireta da liberdade de seus cidadãos, não será documento baseado na ideologia

3 GARDNER, James. Em busca do constitucionalismo infranacional. In: Federalismo e Constituições: Estudos Comparados. (Org.) MAUÉS, Antonio Moreira. Curitiba: Lumen Juris Editora, 2012, p. 25.

4 Ibid., p. 27.

popular de constitucionalismo.

Portanto, dois grandes elementos precisam ser trabalhados aqui: **(I)** A busca pela incorporação dos valores constitucionais no âmbito infracional, criando uma cultura que atribua protagonismo aos Entes subnacionais; **(II)** como desdobramento, o exercício pleno das autonomias atribuídas aos Entes subnacionais. Em maior ou menor grau, tem-se que em todas as constituições vigentes no modelo de federação, houve atribuições de competências legislativas, administrativas e tributárias para os integrantes do modelo de Estado do país.

Estado que se pretende federal não pode atribuir aos Entes Infranacionais apenas competências para implementar decisões e políticas advindas do Poder Central. Nesse contexto, não há como encontrar qualquer diferença com a centralização existente em Estados Unitários.

Esse debate apresenta-se de suma importância para o Brasil, levando-se em consideração o percurso histórico-constitucional do federalismo no país. Ao que parece, os Entes subnacionais nunca tiveram a importância devida no arranjo institucional aqui existente.

2. BREVES NOTAS SOBRE O PERCURSO HISTÓRICO DO FEDERALISMO BRASILEIRO

Desde a primeira constituição republicana do Brasil (1891) tentou-se estabelecer um cenário de valorização das autonomias dos Estados-Membros, antes províncias no império. Em maior ou menor medida, os processos históricos pelos quais passou o país mostraram o pêndulo da centralização e descentralização irem de um lugar a outro, no decorrer dos acontecimentos.

A revolução de 1930 gerou alguns anos depois um regime autoritário (Estado Novo 1937-1945) nas mãos de Getúlio Vargas que concentrou poderes e retirou dos Estados autonomia. Essa autonomia também foi reduzida durante o período da ditadura civil-militar com as Constituições de 1967 e 1969. Entretanto, a CF/88 tentou resgatar a valorização das competências dos Estados e Municípios, estes últimos elevados à condição de Entes federados, promovendo maior descentralização das competências federativas.

Inicialmente houve maior descentralização das competências federativas para Estados, Distrito Federal e Municípios. Além de competências privativas em matéria legislativa, tais entes passaram a atuar conjuntamente, com competências comuns, para a proteção de determinados direitos ou valores constitucionais (art.

23). Também foram asseguradas competências legislativas concorrentes (art. 24) aos Estados e ao Distrito Federal e suplementares aos Municípios (art. 30, II).

Tanto para Estados e Municípios (também submetidos aos princípios das Constituição Estadual) houve imposição de respeito aos princípios da CF/88. Há normas expressas que impõem limitações aos Entes subnacionais, como as normas de organização dos poderes e também de organização da administração pública. Contudo, decorrência do próprio sistema constitucional, há *limitações expressas* que são estabelecidas pelo STF caso a caso, a partir da aplicação do princípio da simetria[5].

Contudo, conforme já destacado acima, através de mudanças constitucionais e em razão de decisões do STF, houve uma centralização da federação brasileira, sobretudo a partir da metade da década de 1990, inicialmente por razões fiscais[6].

Todavia, o federalismo do porvir poderia retomar a autonomia dos entes infranacionais, como uma forma de fortalecer não só a Constituição, mas também o constitucionalismo em nível infranacional, tal como defendido por Gardner.

Fernanda Dias Menezes de Almeida[7] já defendia nos tempos da constituinte de 1987/88 que deveríamos observar e criar a consciências de que os textos estaduais poderiam ter padrões próprios, não vinculados aos modelos impostos pelo texto federal, notadamente através de *standards*. Não se trata de defesa de um modelo de federalismo *cada um por si*, mas de afirmação de maior autonomia para os Entes, notadamente diante de uma federação assimétrica com integrantes tão diferentes entre si.

A maior autonomia dos entes subnacionais, especialmente dos Estados poderia gerar um arranjo federativo plural e inovador inclusive no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais em âmbito subnacional. Trata-se de um importante tema que ainda é pouco analisado em termos normativos, jurisprudências e doutrinários.

Veja-se, por exemplo, a existência de três situações que podem ocorrer no

5 Para uma análise detalhada de decisões do STF aplicando o princípio da simetria: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Jurisdição Constitucional e Federação: O princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

6 MACEDO, José Arthur Castillo de. Encruzilhadas do Federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia. 224 p. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

7 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A Constituição do Estado Federal e das unidades federadas. Revista de informação legislativa, v. 24, n. 95, p. 171-182, jul./set. 1987.

tocante aos direitos fundamentais em nível subnacional: **(I)** Cláusula de remissão aos direitos fundamentais previstos na CF/88, sem que haja declaração expressa do catálogo, promovendo integração entre a ordem regional e nacional; **(II)** catálogo de direitos fundamentais em consonância com o previsto na CF/88; por fim, **(III)** direitos fundamentais que não estão previstos na CF/88, mas garantidos na órbita estadual[8].

É natural, e, até recomendável, que as Constituições estaduais inovem na proteção de direitos fundamentais, considerando a incapacidade do legislador federal de estabelecer toda a normatividade necessária para atender aos interesses e promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, alguns exemplos podem ser destacados[9], como o art. 7º da Constituição do Estado do Pará que prevê consulta popular quando da aprovação de uma Emenda à Constituição, até mesmo de um projeto de PEC Estadual. Todavia, embora seja um instrumento interessante e *sui generis* na ótica constitucional brasileira, o referido *veto point* demanda autorização do Legislativo Estadual para ocorrer, nos termos do §2º do mesmo art. 7º. O art. 4º da Constituição baiana, por sua vez, prevê o direito de não ser privado dos serviços públicos de água, esgoto e energia elétrica daqueles que não possuem capacidade de pagar as despesas de tais direitos essenciais, nos termos da lei.

No mesmo caminho, o art. 3º da Constituição do Estado de Sergipe, mas prevendo que ninguém será prejudicado do exercício de direitos relacionados aos serviços de saúde, higiene e educação por não dispor de recursos financeiros. Já o art. 3º da Constituição do Piauí estabelece importante direito fundamental de igualdade entre mães adotivas e biológicas, inclusive de licença maternidade.

Um dos grandes debates para os estudiosos do tema, portanto, diz respeito ao espaço que deve ser ocupado pelos Entes subnacionais, somado ao modo como esses espaços estão sendo ocupados.

3. DAS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O COMBATE AO COVID-19

As recentes decisões do STF suscitaram algumas reflexões sobre se, de fato, estaríamos entrando em uma nova era para o federalismo brasileiro, em uma nova guinada do pêndulo. Antes, a Corte era extremamente centralizado-

8 SGARBOSSA, Luís Fernando; BITTENCOURT, Laura Cabrelli. Os 30 anos das constituições estaduais no Brasil e os direitos fundamentais estaduais. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, v. 4, n. 1, p. 90-116, 2019.

9 Ibid., p. 109.

ra; agora, por ocasião do julgamento da ADI 6341 e julgamento posteriores, passou a enfatizar a importância de Estados e Municípios na proteção dos direitos da população.

No enfrentamento da pandemia, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de corrente do Covid-19. Encontram-se na lei medidas que devem ser adotadas pelos Entes federados. Várias medidas foram impostas a partir da normativa expedida pela União, desconsiderando a possibilidade de atuação cooperativa entre ela e Estados e Municípios. O que foi agravado por algumas atitudes do Presidente da República que gerou uma crise federativa[10].

O autor da ADI 6341 destacou que a MP 926 que alterou a referida Lei nº 13.979/2020 teria apresentado questões específicas, de maneira tal que haveria invasão nas competências comuns dos Estados e Municípios, sustentando que não poderia a referida MP criar restrições no plexo de competências constitucionais previstas na CF/88. Precisamente, discutiu-se se Estados e Municípios poderiam adotar as suas próprias medidas sanitárias, em detrimento das contidas na Lei nº 13.979/2020, como a definição das atividades e serviços essenciais.

Até o momento o nosso federalismo é pautado pelo princípio da predominância do interesse. A norma local tem a capacidade de atender melhor às legítimas pretensões da coletividade naquela área territorial. O que é peculiar de uma localidade, pode não ser de outra localidade, razão pela qual podem os Municípios legislar sobre aquilo que é de seu interesse local (art. 30, I, CF), de modo que os cidadãos de uma localidade remota pudessem atuar na defesa dos interesses daquela localidade.

Mais uma vez, destaque-se que o federalismo de 1988 é cooperativo e integrativo, na medida em que houve compartilhamento de competências e de renda, não havendo hierarquia entre a União e os Entes federados, somado ao fato de ideia de subsidiariedade e predominância dos interesses. O STF privilegiou o federalismo cooperativo previsto na CF/88 e confirmou a possibilidade de Estados e Municípios tomarem medidas autônomas no combate à crise, sem ter que seguir determinações da União. A matéria proteção à saúde é comum a todos os Entes Federados (art. 23, II, CF), devendo-se haver atuação em todas as esferas.

Nessa senda, importante notar que a competência material dos Entes, as-

10 MACEDO, José Arthur Castillo de. Coronavírus e federalismo: o cálculo político do conflito no combate à pandemia. JOTA. Diponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-federalismo-o-calculo-politico-do-conflito-no-combate-a-pandemia-08042020 Acesso em: 30/05/2020.

sim reconhecida pelo STF, implica disposição para adotarem medidas sanitárias reputadas necessárias para o combate ao Covid-19, tais como restrição de circulação nas vias e ruas, fechamento de estabelecimentos comerciais, mantendo-se abertos apenas àqueles tidos como atividades essenciais, uso obrigatório de máscaras, restrições aos acessos de parques, praias, praças e outros ambientes públicos.

Ainda que sejam tomadas medidas severas, como nos casos extremos de *lockdown,* recai sobre a competência de cada Ente a possibilidade de adoção das medidas que se conectam ao enfrentamento da crise sanitária existente por ocasião da pandemia do Covid-19. Percebe-se, com isso, que garantir aos Entes atuação autonômica no tema proteção à saúde, implica, por decorrência lógica, garantir que aqueles adotem todos os caminhos e meios necessários à garantia e defesa da sociedade.

A Corte, inclusive, já teve oportunidade de enfrentar outras ações sobre o tema, reconhecendo a competência comum dos Entes em matéria de saúde, e sinalizando claramente que se deve privilegiar os atos locais quando estiverem em conflito com a normatização dada pela União, como foi a decisão proferida na ADPF 672.

Na ADI 6343, de relatoria do ministro Marco Aurélio, a Corte, mais uma vez, confirmou a possibilidade dos Entes restringirem a locomoção e o transporte de pessoas, uma vez as medidas embasadas em recomendações técnicas e científicas dos órgãos da vigilância sanitária. A ação havia sido proposta contra as MP´s 926 e 927 que alteraram a Lei nº 13.979/2020 impondo a obrigatoriedade de Estados e Municípios seguirem as determinações dos órgãos federais sobre o tema.

Veja-se, por exemplo, que a Corte julgou incabível Reclamação (Rcl 40507), de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, proposta pelo Shopping Center Iguatemi de Porto Alegre (SCIPA) contra decisão judicial que negou a possibilidade de comercialização de produtos por sistema de entrega em domicílio (delivery) ou no local (take away). A decisão judicial questionada baseou-se no Decreto municipal 20.534/2020, de Porto Alegre, que proibiu qualquer atividade ou abertura dos shoppings ao público.

No mesmo caminho, foi julgado o pedido de suspensão de segurança apresentado pelo Município de Macapá/AP (SS 5371), no qual o ministro Dias Toffoli suspendeu decisão do TJ-AP que havia determinado a abertura e funcionamento de estabelecimento comercial não previsto no Decreto municipal 1.915/2020. Este normativo municipal dispõe de uma série de medidas com

a finalidade de conter o avanço da contaminação pelo Covid-19, prevendo as atividades e serviços essenciais que poderiam funcionar. O presidente da Corte destacou que "Não cabe ao Poder Judiciário decidir qual ramo de atividade econômica pode ou não abrir suas portas, ou mesmo quais as medidas profiláticas que devem ser adotadas, em caso positivo, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento".

O Município de Londrina-PR ajuizou Reclamação constitucional no STF em razão de decisão proferida pelo TJ-PR que havia determinado o fechamento do comércio local, além da paralisação de outras atividades no âmbito daquela municipalidade. A decisão, segundo a reclamação, teria violado o objeto de decisão anterior proferida pela Corte Suprema na ADI 6341, na medida em que o Decreto municipal nº 484/2020 definia quais atividades e serviços eram reputados essenciais, razão pela qual poderiam continuar em funcionamento. Portanto, o TJ/PR teria descumprindo precedente vinculante, com a consequente lesão à competência constitucional do Município. O ministro Edson Fachin, relator da Reclamação 40342, determinou que o TJ-PR proferisse nova decisão em respeito ao entendimento firmado pelo STF na ADI 6341, respeitando as competências da municipalidade de estabelecer quais atividades e serviços seriam essenciais.

No caso da reclamação 39871, reputou constitucional decreto do Estado do Amazonas que suspendeu o transporte fluvial de passageiros, privilegiando a autonomia daquele Ente, em conformidade com a CF/88 e da decisão proferida na ADI 6341.

De mais a mais, em um cenário de tamanha diversidade cultural, econômica e social, não seria reputada como prudente ampla concentração dos poderes nas mãos da União. Aqui, registre-se, o enfoque é nos termos do caminho trilhado até o presente momento pela jurisprudência da Corte Suprema que, responsável direta pelo delineamento da Federação brasileira após a promulgação da CF/88, proferiu inúmeras decisões privilegiando a União em detrimento dos demais Entes[11]. Assim, o respeito ao texto constitucional ocorre no passo em que há respeito às autonomias federativas, consoante nota Ana Paula de Barcellos[12].

---

11 Na senda das críticas ao STF pelo caráter centralizador das suas decisões, dentre outros, ver: COUTO, Cláudio Gonçalves; ABSHER-BELLON, Gabriel Luan. Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil. Revista de Administração Pública | Rio de Janeiro 52(2): 321-344, mar. - abr. 2018. - LIZIERO, Leonam. A simetria que não é princípio: análise e crítica do princípio da simetria de acordo com o sentido de federalismo no Brasil. Revista de Direito da Cidade, v. 11, n. 2, p. 392-411, 2019. - LIMA, Edilberto Pontes. O STF e o equilíbrio federativo: entre a descentralização e a inércia centralizadora. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC v. 37.1, jan./ jun. p. 35-50, 2017.

12 BARCELLOS, Ana Paula de. Prognósticos para o Direito Constitucional pós covid-19: Estados, DF e Municípios mais relevantes na produção normativa? MIGALHAS. Disponível em: https://migalhas.com.br/depeso/325499/prognosticos-para-o-direito-constitucional-pos-covid19 estados-df-e-municipios-mais-relevantes-

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente ensaio, foram descritas as decisões do STF em matéria federativa antes da pandemia de claro caráter descentralizador. Foram expostas decisões proferidas durante o período de quarenta, as quais recuperaram a autonomia e a possibilidade de inovação institucional por parte dos entes subnacionais, como forma de combater o avanço da COVID-19. Porém, ainda é cedo para se dizer, com segurança, se nada será como antes, como na música eternizada por Milton Nascimento.

Todavia, foram lançadas algumas ideias sobre o federalismo do porvir, no qual a autonomia dos entes subnacionais é levada a sério, assim como o constitucionalismo e a proteção dos direitos fundamentais em nível estadual.

Não se trata de um federalismo *cada um por si*. Trata-se de afirmar as diferenças para, a um só tempo, reduzir desigualdades sociais e regionais, e, proteger as diferenças que nos fazem muitos e diversos numa comunidade (República) de pessoas livres e iguais. Eis, a diferença que pode fazer a diferença; enfim, quem sabe, não é esse o federalismo do porvir?

-na-producao-normativa. Acesso em: 01/05/2020.

O INVISÍVEL VIRUS INTERPELA O PROJETO DA MODERNIDADE

Ivone Fernandes Morcilo Lixa[1]

Lucas Machado Fagundes[2]

A pandemia global provocada pelo COVID-19 colocou à mostra a crise da Modernidade como discurso de colonialidade das subjetividades, dentre as quais o discurso de direitos humanos. Desde tal pressuposto, esta breve reflexão discute os paradoxos da própria modernidade que se manifestam como crise complexa e multifacetada, como objetivo refletir, desde a crítica jurídica em relação à concepção moderna de Direito Humanos, as contradições encobertas pelo discurso da modernidade, que tem como sustentação uma ideologia universalista abstrata, desconectada da realidade concreta dos povos do Sul global. Assim, pelo método dedutivo, a hipótese de que os direitos humanos na modernidade são encobrimentos jurídicos às crises da mesma, será evidenciada por meio do marco teórico reflexivo da crítica jurídica com base na filosofia da libertação de matriz *dusseliana*.

1. MODERNIDADE: O CONCEITO DE UMA CRISE ENCOBERTA PELOS DIREITOS HUMANOS

Nas linhas que seguem o leitor vai encontrar concepções diferentes dos manuais de direitos humanos. Afinal, se trata da crítica jurídica dos direitos humanos e, atenção, pois é a crítica jurídica do modelo hegemônico de direitos humanos, e não crítica aos direitos humanos em suas outras dimensões situadas.

Por essa razão, o marco teórico da crítica jurídica liberadora, problematiza que os direitos humanos como construção da modernidade representam um des-

---

1 Pós-doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Público (Universidad Pablo de Olavide/Es). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa (UFSC/SC). Professora, pesquisadora e extensionista do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB/SC) e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau (PPGD/FUB). Professora visitante no Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luis de Potosí, México.

2 É pós-doutor em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2018). Doutor (2015) e Mestre (2011) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor e pesquisador do Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professor visitante no Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luis de Potosí, México. Pesquisador GT-Clacso (Conselho Latino-americano de Ciências Sociais).

perdício de experiências históricas e sedimentam uma narrativa unilateral desde a particularidade hegemônica de centros de poder que se utilizam do discurso jurídico para manter suas intenções na lógica da economia política global.

Nesse sentido, resgatar as lutas por direitos humanos como projetos inacabados, é demonstrar o grau de encobrimento e logo colonialidade da modernidade. Isso auxilia entender por quais motivos em diversos momentos da história moderna insurgem os setores populares na reivindicação de direitos.

2. MODERNIDADE E COLONIALIDADE NA CONTRADITÓRIA NARRATIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Modernidade e colonialidade são esferas de um mesmo processo histórico de dominação do conhecimento, da subjetividade e do poder, conforme destaca Aníbal Quijano (2010). Isso significa que a modernidade com seus discursos desenvolvimentista encobre a face colonial que sustenta em realidade o desenvolvimento para apenas uma pequena parcela da humanidade, enquanto a imensa maioria padece na miséria, na exploração e na degradação, incluindo nesse pacote não só os sujeitos humanos, mas também a natureza.

É nesse cenário que emergiu a Filosofia da libertação de matriz *dusseliana* (2011) como um pensamento crítico não abstrato. Tal perspectiva desde a sua fundação parte do movimento real da sociedade e desde então reflete criticamente sobre as condições concretas dos sujeitos vivos em determinada lógica sócio histórica. Por essa razão, ao contrário das filosofias hegemônicas, a Filosofia da Libertação parte de um pensamento situado e comprometido com a construção de condições de possibilidade para que os sujeitos desde as suas corporalidades vivas possam encontrar maneiras para produzir e reproduzir suas vidas com dignidade.

Nesse sentido, Enrique Dussel propõe que o primeiro momento de um pensamento filosófico liberador é localizar geopoliticamente a estruturação do espaço sócio histórico. O próprio Dussel (2011) menciona que não é o mesmo nascer em Nova Iorque, que nascer na África ou qualquer outro lugar do mundo no *Sul Global* (SANTOS, 2010). Isso porque as realidades do Sul Global foram colonizadas pelas metrópoles de plantão no que tange a subjetividade, a epistemologia e as relações de poder, consolidando uma hegemonia daquilo que Immanuel Wallerstein (2005) chamou de sistema-mundo.

Sobre isso, cabe refletir um pouco. A ideia que Wallerstein (2007) destaca

como configuração do sistema-mundo moderno, se apresenta sobre três estruturas de mantimento do poder hegemônico da ideologia norte-eurocêntrica. Para esse autor, as formas do universalismo europeu se manifestam de maneira dominante em três facetas: a) Direito dos defensores dos valores universais de intervir violentamente quando do desrespeito aos paradigmas acordados em torno desses poderes; b) o particularismo essencialista do orientalismo na sua função de substituição das justificativas invasoras e; c) universalismo científico como modelo epistemológico para afirmação de paradigmas de colonialidade e de reprodução do modelo de conhecimento do universalismo norte-europeu.

Tais valores ditos universais, via de regra, são ajustados pelas potências mundiais. Podem ser resumidos na pretensa superioridade da civilização moderna, da economia capitalista, da democracia e dos direitos humanos, que atualmente são codificados e determinados pelo grupo de países que estão alinhados na faceta de mantimento da hegemonia na conjuntura de crise global. Essas ferramentas conectadas com as três facetas do parágrafo anterior são utilizadas na reprodução da dominação (WALLERSTEIN, 2007, p. 20) durante o processo da modernidade e da pós-modernidade.

Politicamente, esses três elementos se desdobraram na conversão em valores universais, em especial universalismo norte-eurocêntrico, graças à história do sistema-mundo vinculada à expansão europeia pelo resto do mundo por meio de processos violentos (guerras), de exploração econômica e de produção de injustiças sob o argumento da civilização e do progresso. O primeiro inimigo do sistema universal de valores foi construído no discurso da barbárie, logicamente que na linha divisória entre civilização e barbárie se encontra o Outro, que deve ser sequestrado da condição bárbara para não atravancar o projeto de desenvolvimento progressivo das nações do Bem e da paz perpétua.

Wallerstein (2007) alerta para o fato de nesses argumentos ocultarem-se interesses materiais específicos, que investem nas campanhas militares, como no caso da conquista da América. Estes não se esgotaram nas suas tipologias nascentes; conforme o contexto da geopolítica mundial avança, pois vão surgindo novos argumentos para justificar as causas dos defensores dos valores universais, tal qual a conjuntura do surgimento dos direitos humanos. Por isso a segunda parte do texto vai observar justamente os discursos no contexto da Pandemia.

Nesse sentido, vale lembrar que Grosfoguel (2009) alerta que ao considerar o início da modernidade localizado em 1492, deve também levar em conta a percepção da diferença colonial como elemento constitutivo da própria mo-

dernidade e, esta consideração é relevante na reflexão de porque a modernidade não dá conta dos próprios problemas por ela criados. Mas ao mesmo tempo a modernidade sustenta uma ideia de realização das suas promessas por diferentes mecanismos, entre eles a idealização sobre os direitos humanos.

Assim sendo, a modernidade e seus fundamentos baseados na produção de unicidade, uniformidade, absolutização e fetichização das esferas da vida concreta, são elementos garantidos graças a dimensão da colonização e da sequência como colonialidade. Por essa razão, Dussel alerta que a modernidade não pode ser vista na narrativa própria, aquela que localiza os primórdios modernos nas revoluções liberais do final do século XVIII. Afinal antes do *ego cogito* apareceu o *ego conquiro* para sustentar essa possibilidade do pensar racional moderno.

Dussel (2007a) prefere historicizar a modernidade em: a) *modernidade temprana* (1492-1630) sobe a hegemonia do cristianismo da igreja católica; b) *modernidade madura* (1630-1789) com o racionalismo europeu e a dependência econômico política latino-americana e; c) *modernidade tardia* (pós a segunda guerra norte-europeia) com a ascensão do imperialismo estadunidense e a globalização neoliberal. Justamente contra essa lógica moderna, Dussel propõe a um *giro descolonial* em direção a um horizonte *transmoderno*:

> […] la Filosofía de la liberación como pensamento Crítico radical desde la alteridad de muchos rostros oprimidos y exluidos: los de las mujeres, de las razas no-blancas, de los ancianos y los niños, de los marginales y los inmigrantes, de los obreros y los campesinos, de los indígenas y las culturas negadas, de los países periféricos del capitalismo transnacional globalizado, de las generaciones futuras que recibirán una Tierra destrozada […] tanto Otros y Otras silenciados e invisibles, más allá del horizonte del ser occidental, blanco, machista, burgués, que domina el mundo a comienzos del siglo XXI. (DUSSEL, 2011, p. 16)

Esse horizonte transmoderno deve considerar uma crítica pontual contra o resultado maior e mais voraz da modernidade atualmente, qual seja, o capitalismo. O filósofo Frantz Hinkelammert (2018) fala que a modernidade é o momento cultural do capitalismo que por sua vez é o momento econômico da modernidade. Com estes pilares, a modernidade sustenta seu discurso nas narrativas democráticas, constitucionais e de direitos humanos apenas no plano formal, desconectados da realidade concreta e da materialidade da vida das pessoas.

Por essa razão, Juan José Bautista S. (2018, p. 06) se pergunta: "El problema es ¿por qué en medio de tanto conocimiento "supuestamente verdadero", de tanto desarrollo científico y tecnológico, hay tanta acumulación de miseria

y injusticia y destrucción de la naturaleza a niveles nunca antes imaginados?".

No mesmo sentido Wendy Brow (2015, p. 29), provoca:

> ¿Qué ocurre con el gobierno del pueblo y para el pueblo cuando la razón neoliberal configura el alma y la ciudad como empresas contemporáneas y no entidades políticas?, ¿qué ocurre con los elementos constitutivos de la democracia – su cultura, sus sujetos, sus principios y sus instituciones – cuando la racionalidad neoliberal satura la vida política?

Tudo isso pode ser respondido na contradição que Ellen Wood (2011, p. 23) aponta no seu livro, e que pode ser resumida da seguinte forma: "O capitalismo, em poucas palavras, tem a capacidade de fazer uma distribuição universal de bens políticos sem colocar em risco suas relações constitutivas, suas coerções e desigualdades. Isso tem implicações de grande alcance para a compreensão da democracia e das possibilidades de sua expansão". E não somente da democracia como também dos direitos humanos e do constitucionalismo. Tem-se então, a configuração da lógica mercadocentrica ou a totalização do mercado da qual fala Hinkelammert (2018), no mesmo sentido, vem Atilio Boron com a ideia de mercantilização da vida social (2001) e Carlos Rivera Lugo (2019) com o Estado de fato.

Finalmente, seguindo as reflexões de Juan José Bautista S. (2018, p. 06): "Ya no es sólo el capitalismo el problema, sino el horizonte histórico y cultural que lo hizo posible, llamado Modernidad".

Portanto, sem uma crítica da totalidade da modernidade como narrativa idealizada e universalista e das suas estruturas de sustentação, não é possível a realização dos direitos humanos em contextos de crises (que são modernas). Somente um giro descolonial nos direitos humanos modernos pode romper com a lógica moderna que sustenta a inversão ideológica[3] dos próprios direitos humanos. Tal estratégia vem sendo gestionada pelos movimentos populares que frente aos constantes cenários de crise da modernidade vão reinventando suas forças políticas como forças sociais, como diria Marx (2010).

3 "[...] los resultados de este proceso de racionalización y modernización son, aparte de desastrosos, irracionales. Es lo que Hinkelammert llama la *irracionalidade de lo racionalizado*; es decir, el problema no es la razón en general, sino el tipo de racionalidad que produjo la Modernidad, que no se estructura de conformidad com la *razón* ni com la *humanidad* ni con la *vida*, sino com la sinrazón y hasta la destrucción de las condiciones de posibilidad de toda forma de vida." (BAUTISTA S., 2010, p. 07).

3. A CRUEL FACE DA MODERNIDADE REVELADA POR UM VÍRUS.

Desde fins de 2019 a humanidade com a pandemia provocada pelo COVID-19, passou a vivenciar uma experiência global de dimensão histórica que colocou em cheque o modelo civilizatório da modernidade, encarando a brutal desigualdade social e ineficácia política e científica para conter a tragédia sanitária e ecológica. Porém, não é a pandemia em si a causa única da crise, mas tornou mais aguda e evidente os déficts da modernidade que já vinham sendo vividos desde as últimas décadas do século XX, recaindo com mais crueldade sobre a parcela da população mundial excluída e fragilizada pelo capitalismo.

Enquanto projeto universalizante e colonizador que considera a vida como objeto e meio e não como condição de possibilidade de desenvolvimento de potencialidades emancipadoras, através do vírus, a modernidade foi colocada em cheque. Lembrando Walter Benjamin afirma Dussel (2020, p. 88) que o vírus acabou sendo o freio para a civilização soberba moderna que havia se tornado suicida. A longa crise produzida pelo neoliberalismo, ao que parece, vive um ápice que possibilita repensar uma nova era emancipatória, que capaz de constituir um modelo político popular.

Desde tal perspectiva, o conceito de Direitos Humanos ganha novos contornos, capaz de romper com a lógica hegemônica moderna que classifica, ordena e organiza a realidade de maneira desigual e assimétrica, sob o falso discurso de universalismos que se assentam em sociabilidades racistas, sexista, patriarcais e classistas (SANCHÉZ RUBIO, 2020, p. 54). O vírus não é democrático como alguns anunciam. Mata preferencialmente trabalhadores e trabalhadoras empobrecidos e empobrecidas, imigrantes, sem-teto, idosos, e tantos outros que, são vítimas do perverso neoliberalismo, por viverem de maneira precária expostos à situação de risco. Para tal parcela da população não há possibilidade de quarentena. Já em outubro de 2019 o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) informava um forte crescimento de trabalhadores que haviam migrado para a informalidade, totalizando 24,4 milhões de pessoas, dados que se agravaram com a pandemia. São trabalhadores que garantem a quarentena de muitos sem que possam se resguardarem de riscos de contágio e acabam sendo agentes de contaminação de seus familiares e vizinhos.

O vírus abriu de vez a caixa de Pandora, se universalizou e obriga a humanidade a repensar, sob pena de destruição definitiva, a condição de existência humana. Trata-se de reinventar e reconceituar Direitos Humanos, no sentido

dusseliano, qual seja, do humano que interpela "desde fora" a totalidade.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Sem dúvida, vive-se um tempo e limite histórico inédito que exige, para os intelectuais de retaguarda, como chama Boaventura de Sousa Santos os pensadores que para além de pensar o mundo pensam desde e com o mundo, romper o autocentramento, cicatrizar as feridas e seguir adiante movidos por uma necessária utopia que permita superar as angustias e desesperanças do presente.

Tal renovação, que se propõe, parte da trajetória histórica dos movimentos populares e políticos, particularmente da América Latina que, desde as três últimas décadas do século XX, que deram impulso e protagonizaram nova proposta de democracia e de Estado defendendo mudanças nas relações de poder. Os movimentos populares abriam caminho para os processos de luta de libertação e seguindo essa trajetória é possível aprender a conviver desde a solidariedade e respeito mútuo, sem os quais dificilmente haverá vida humana segura em curto espaço de tempo.

RISCO, RESSENTIMENTO E TERRORISMO: SOBRE A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Izabella Barros-Melo[1]

Se fosse o caso de se escolher algumas palavras para ilustrar as primeiras décadas do século XXI, uma delas seria, provavelmente, "incerteza". Incerteza quanto ao futuro político; incerteza quanto à estabilidade econômica; incerteza quanto à capacidade ocidental de permitir que seus cidadãos encontrem meios humanizados e legítimos de promover sua subsistência[2]; incerteza quanto à competência quanto ao meio ambiental de seguir oferecendo aos seres humanos a continuidade da existência. Incertezas diversas quanto aos desdobramentos do estilo de vida pós-moderno e, sobretudo, quanto aos riscos a que estamos todos expostos.

É precisamente por conta dessas incertezas que as ruas, com tanta frequência e em tantos lugares diferentes, vêm sendo ocupadas por aqueles que, ao se sentirem precarizados e vulnerabilizados pelo neoliberalismo, decidiram se fazer ouvir. Esse passo dado à frente pela sociedade civil colocou o Estado na posição de destinatário das ameaças ou dos riscos que emanam desses grupos, o que resulta em réplicas importantes por parte daqueles que exercem o poder legitimado.

As crises do capitalismo, os desgastes do poder político, o afastamento deste das pautas relativas à proteção dos interesses coletivos e, sobretudo, das minorias, o aumento da dureza do mercado ou a insatisfação com os serviços públicos são algumas das razões que despertaram nas massas a consciência a respeito da posição antagônica em que se encontram frente ao Estado e o vazio deixado por ele no que se refere à sua proteção.

Hardt e Negri (2011) entendem que esses movimentos organizados parecem mostrar a formação de um novo poder que resulta especialmente ameaçan-

---

1 Doutora em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide (Espanha), professora de Direito penal da Uniaeso (Olinda). izabellabarrosmelo@gmail.com

2 BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 81. En sentido similar, se manifiestan HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio. *Declaración*, trad. Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2012, p. 30.

te pela força que transmitem, por sua capacidade organizativa e também pelas possibilidades de que conduzam à reconfiguração do modelo político-econômico existente[3]. Essa nova figura coletiva, estimulada por elementos reformadores, parece levar consigo um tipo de argumentação com o qual muitos podem se identificar, assim que seu potencial de crescimento também assusta aqueles que se encontram bem acomodados nas mecânicas produtivas dominantes.

É precisamente pela força, que esses coletivos organizados emanam, que Estados vêm se preparando, já há algum tempo, para reprimi-los por meio da legislação.

1. RISCO

A consolidação nos mercados ocidentais de práticas produtivas que permitiram o fim da escassez e a sobreprodução, especialmente sustentada na automação e nas inovações tecnológicas e científicas por volta dos anos 70, incrementou os níveis de bem estar social e favoreceu a satisfação de necessidades materiais da modernidade avançada, processo que permitiu, por um lado, a expansão e o escoamento da produção a níveis globais, mas que também facilitou o fluxo dos riscos consequentes desse mesmo processo produtivo[4].

Os riscos a que essa sociedade está exposta, inicialmente, estão relacionados à produção, à administração e à distribuição de bens de consumo, mas também de produtos químicos, alimentícios, biológicos, tecnológicos etc., cuja manipulação nem sempre é segura e cujos resultados nem sempre são previsíveis. De acordo com Beck (2014), num primeiro momento, a exposição ao risco pode gerar uma série de efeitos irreparáveis às pessoas, aos animais e ao ecossistema, como tragédias ambientais, propagação de epidemias, contaminações químicas e ataques por armas de destruição massiva, mas não estão mais protegidos os mercados, a estrutura econômica, nem o sistema democrático[5]. Esses também podem ser afetados secundariamente e desencadear crises financeiras, conflitos militares, guerras civis, tanto quanto motivar a insurgência de grupos beligerantes e a rea-

3 HARDT, Michael; NEGRI. Antonio, *Commonweath. El proyecto de una revolución del común*, trad. Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2011, p. 355.

4 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trads. Jorge Navarro/ Daniel Jiménez/ María Rosa Borrás. 5ª. impresión. Barcelona: Paidós, 2014, p. 63. O autor também se manifesta a respeito em BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Romero Álvarez. Barcelona: Paidós, 2000, p. 23.

5 "En la sociedad del riesgo surge así a impulsos pequeños y grandes (en la alarma por el *smog*, en el accidente toxico, etc.) el *potencial político de las catástrofes".* BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trads. Jorge Navarro/ Daniel Jiménez/ María Rosa Borrás. 5ª. impresión. Barcelona: Paidós, 2014, p. 35.

lização de ataques terroristas[6].

A probabilidade de materialização dessas consequências nem sempre é alta. A Sociedade de Risco também é a mais protegida e a melhor equipada para enfrentar intempéries e para garantir para si mesma os mais altos níveis de previsibilidade. A despeito desse fato, a Sociedade de Risco tem medo[7]. E esse então se converte em algo que paradoxalmente afasta e aproxima as pessoas, segundo uma certa identificação mútua, de acordo com a forma como cada um se enxerga a si mesmo e ao outro. Os iguais se acercam; os diferentes se confrontam[8].

No que diz respeito ao enfrentamento e às consequências, não é raro que as soluções pareçam dissimuladas na gestão do risco. E isso porque, em muitos casos, a retórica política se compromete mais com o discurso de eliminação das ameaças do que com as práticas que podem ser exitosas para se alcançar esse fim[9].

Quando o controle do risco se refere à segurança pública, não é muito diferente disso. Os efeitos simbólicos do controle do delito são apresentados por Hassemer (2008), que identifica os ganhos políticos derivados das funções latentes de muitas normas penais[10]. Mas não se pode dizer que o sistema punitivo não se adaptou efetivamente às demandas da sociedade de risco.

Para esse novo panorama, o Direito penal abandona suas características liberais e assume uma postura pós-moderna: desformaliza-se, cria novos bens jurídicos (agora de natureza coletiva[11]), fragiliza o princípio de intervenção mínima, ao limitar e castigar comportamentos antecipadamente, principalmente aqueles que aparentam poder gerar danos irreversíveis[12], penaliza novas condutas derivadas de ações imprudentes e omissivas, criminaliza muitas delas pela mera exposição ao perigo abstrato através do fato e abraça pautas inflamadas pelas ân-

6 BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo global,* trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002, pp. 54-57.

7 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3ª. ed. Montevideo: B de F, 2011, p. 15.

8 Id. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trads. Jorge Navarro/ Daniel Jiménez/ María Rosa Borrás. 5ª. impresión. Barcelona: Paidós, 2014, p. 70. / BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Romero Álvarez. Barcelona: Paidós, 2000, p. 160-161. /

9 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trads. Jorge Navarro/ Daniel Jiménez/ María Rosa Borrás, 5ª. impresión. Barcelona: Paidós, 2014, p. 68.

10 HASSEMER, Winfried. *Direito penal. Fundamentos, estrutura política*. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 221. No mesmo sentido, HERZOG, Felix. "Límites al control general de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro", em *ADPCP*, T. 46, Fasc/Mes 1, 1993, p. 322.

11 SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", em *ADPCP*, T. 49, Fasc/Mes 1, 1996, p. 195.

12 GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno derecho penal. ¿hacia un derecho penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo?", em *RGDP*, Nº. 23, 2015, p. 08. También se manifesta no mesmo sentido, ROMEO CASABONA, Carlos María. "Salud humana, biotecnología y principio de precaución", em *Manuales de formación continuada*, Nº. 26, 2004.

sias condenatórias da opinião pública[13]. Já dentro da esfera processual, as pressões geradas pelo risco, combinadas com as novas plataformas tecnológicas, articulam novas metodologias de investigação, por meio, inclusive, de agentes infiltrados eletronicamente, da interceptação de comunicações e do levantamento e consolidação de informação por meio da mineração de dados, o que afeta direitos não apenas de delinquentes, mas também de indivíduos que não tinham por que serem observados. Intervenções muito antecipadas à realização do delito que costumam ser justificadas precisamente pela busca por segurança.

Essa atmosfera de emergência convida à criação de regras especiais capazes de gerir as fontes de risco, desde aqueles, que se encontram às margens da sociedade do consumo, os que possuem histórico delitivo, os que não correspondem ao comportamento majoritário ou ainda os que pertencem às minorias populacionais estigmatizadas por sua raça, nacionalidade, religião, orientação sexual, etc. Mas a tendência que se observa hoje é que esse grupo se expanda e inclua também aqueles que não temem a força do Estado, quando colocam sobre a mesa demandas que procuram romper com o modelo político-econômico estabelecido.

2. RESSENTIMENTO

Assim como já se imaginava que, cedo ou tarde, aconteceria, a sociedade de risco produziu, no apagar das luzes do ano de 2019, um efeito avassalador que circula, até o momento da redação deste texto, por todos os continentes e, a despeito das múltiplas demandas e tentativas em se identificar os responsáveis por essa calamidade[14], a sequência de comportamentos que deram origem ao coronavírus ainda não parece ter sido plenamente identificada.

O cenário desanimador, consequente da crise sanitária, combinado com a crise econômica que dela se desenrolou, lamentavelmente está explodindo em uma sequencia de crises políticas, em muitos dos países afetados, motivadas, de certa maneira, pelos desgastes materiais e emocionais de parte significativa da população e pelas insatisfações gerais quanto à gestão política da crise[15]. Mas não se pode deixar de lado que muitas dessas insatisfações também se associam

13 ALBRECHT, Peter-Alexis. "El derecho penal en la intervención de la política populista". trad. Ricardo Robles Planas, em VV.AA. (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal.* Granada: Comares, 2000, p. 483.

14 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La precaución y la prudencia y la responsabilidad en la pandemia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 2.

15 HARVEY, David. "Política anticapitalista en tiempos de COVID-19". In: AGAMBEN, Giorgio (Org.). *Sopa de Wuhan:* pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia. [s.l.]: Editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), 2020, pp. 89 e ss.

com as instabilidades e com a fragilização das condições de vida promovida pelo neoliberalismo, já mencionada, que se mistura e se confunde com as ansiedades promovidas pela pandemia em si.

Especificamente no que diz respeito ao Brasil, a instabilidade econômica parece estar combinada com a instabilidade política. E as mais diversas vozes, desde a extrema esquerda até a extrema direita, defendem transformações importantes na estrutura do poder: uns pedem mais democracia, outros, menos. Essa ironia da história recente reforça a tese de Beck (2014) a respeito dos sistemas político e econômico também estarem sujeitos aos riscos secundários da modernidade avançada.

Essa polarização ideológica e maniqueísta, que explode junto com as crises, está com muita naturalidade introduzindo no discurso político a retórica bélica contra indivíduos considerados hostis, hostilidade essa, sobretudo, percebida e sustentada por divergências quanto a visões de mundo e estilos de vida. Esses discursos, que se apresentam cada vez mais incendiários, são indiferentes a uma eventual consequência grave: a construção residual de cenários em que a eclosão de enfrentamentos civis ou de grupos, que se dediquem a exterminar a dissidência, termine invadindo a realidade social do país.

A tensão que envolve esses pleitos antagônicos tem muitas origens e nuances, que demandam análises mais amadurecidas e detalhadas em uma outra oportunidade, mas não deixamos de considerar as afirmações de Fukuyama (2019) a respeito dos ressentimentos e da busca pelo reconhecimento de identidades por parte de muitos coletivos, que provavelmente a heterogeneidade contemporânea salientou.

De acordo com o mesmo autor, a tomada de posição, por parte de qualquer líder político, no sentido do reconhecimento de uma identidade, gera entre os demais grupos não contemplados a percepção coletiva de afronta a sua dignidade, e essa humilhação move o grupo afetado em busca de compensação[16]. Considerando os acontecimentos recentes, essa afirmação poderia ser exemplificada pelo reconhecimento de pautas de gênero que desagradou grupos conservadores num dado momento e que os motivou a desconstruí-las, quando se encontrou no exercício do poder. Essa tomada de posição, por sua vez, gera os mesmos ressentimentos no grupo prejudicado que, quando tiver a oportunidade, procurará reestabelecer o reconhecimento perdido.

16 FUKUYAMA, Francis. *Identidad: La demanda de dignidad de las políticas de resentimiento*, trad. António García Maldonado. Barcelona: Deusto, 2019, p. 35.

Se essa análise tem sentido, não seria incompreensível o despontar de tantos movimentos, não só no Brasil, mas também em outros países, como Estados Unidos e Espanha, por exemplo, dedicados a reaver a identidade e os símbolos nacionais ou de sustentar a narrativa da necessidade de resgate dos tempos gloriosos de outrora (*Make America Great Again* nos Eua/ Movimento monarquista no Brasil[17].

Ocorre que não apenas os grupos conservadores querem ver reconhecidas suas identidades. Inúmeros coletivos que se sentem vulnerabilizados ou desassistidos também se unem em um coro uníssono na disputa de espaço político. Negros, mulheres, transgêneros, periféricos, imigrantes, entre outros, também estão em busca de reconhecimento e intensificam as pressões impostas aos Estados no sentido de colocá-los à prova quanto a sua capacidade em lidar com o exercício da liberdade de manifestação.

As palavras de Arias Maldonado (2016, p. 161) parecem ilustrar bem a problemática em questão: "O ressentido tem razão, porque foi objeto de uma injustiça. Mas e se o ressentido se equivoca?". Essa reflexão é importante porque sempre haverá casos em que o ressentimento aflorará por razões pouco legítimas. A família de um homicida pode ressentir-se de vê-lo condenado. Mas é possível dizer que, frente ao mal realizado por ele, sua liberdade pode converter-se em um pleito digno de ser defendido? Da mesma forma, um personagem político vitorioso, que perde o mandato por fraude eleitoral, que o beneficiou, pode ver-se ressentido diante da perda de poder? São legítimos esses ressentimentos?

Essas colocações são importantes para entendermos a diferença entre "ressentimentos justificados" e "ressentimentos imaginários"[18], sobretudo porque o ressentimento com muita facilidade explode em atos passionais que nem sempre podem ser traduzidos com objetividade.

No que diz respeito ao Brasil, o problema parece acentuado, possivelmente pelo fato do governante haver deixado claro, desde o processo eleitoral, que suas pautas afrontavam a identidade de muitos coletivos. E o fato de aquelas palavras motivarem uma votação suficiente para lhe garantir a vitória pode talvez significar que seus eleitores, então, carregavam seus próprios ressentimentos, construídos, provavelmente por governos anteriores, que reforçavam a narrativa do politicamente correto.

---

17 FUKUYAMA, Francis. *Identidad: La demanda de dignidad de las políticas de resentimiento*, trad. António García Maldonado. Barcelona: Deusto, 2019, p. 38.,

18 ARIAS MALDONADO, Manuel. *La democracia sentimental: Política y emociones en el siglo XXI*. Barcelona: Página indómita, 2016, p. 167

Em todo caso, manifestações estão acontecendo em todos os sentidos, apoiando e reprovando o governo, mas apenas estes são questionados pelo poder público. É possível, então recortar direitos apenas daqueles que não elogiam?

Certamente corremos o risco de sustentar uma perspectiva ingênua acerca dos processos de enfrentamento ao poder que estamos assistindo nos últimos tempos, tanto no cenário nacional quanto no internacional, mas ainda assim cremos que movimentos favoráveis à democracia, dados os métodos até então impostos na busca por esse fim, não aparentam ter a intenção de realizar ações dirigidas à tomada de poder pela força, assim que não parece razoável que os que se manifestam, ainda que com veemência e de maneira organizada, sejam classificados como terroristas, como algumas figuras políticas vêm procurando sustentar recentemente. Evidentemente, mudanças na forma de atuação desses grupos podem levar a uma outra interpretação quanto à intenção dos seus atos, mas o simples protagonismo nas ruas, a mobilização e a expressão livre do pensamento divergente não parecem suficientes para elevá-los à categoria terrorista, o que não quer dizer que delitos realizados por eles não sejam castigados de acordo com o Código Penal.

Em todo caso, a insistente associação entre terroristas e manifestantes parece formar parte de una estratégia comunicativa que trata de transferir a estes o mesmo rechaço e a mesma carga negativa que tradicionalmente se atribui àqueles, o que facilita o discurso da exceção apresentado como alternativa à emergência[19].

Disso se deduz que o poder mantém com o terrorismo uma relação simbiótica, pois os atos terroristas e a ameaça que representam permitem ao poder concretar mecânicas de gestão populacional que o favorecem e superar ao mesmo tempo os limites estabelecidos no controle da intervenção estatal. Sendo assim, se o propósito do terrorismo seria a destruição da ordem democrática, dos parâmetros e dos valores de uma sociedade ou do *status quo*, deve-se admitir que ele consegue, ao menos em parte, alcançar seu objetivo na medida em que, quando se concretiza o ataque, os governos fazem uso dele para reforçar suas estruturas interventoras, para ampliar seu raio de atuação e para impor a razão de Estado na gestão da crise[20]. Por isso se entende que a derrogação dos princípios constitucionais não se realiza pelo movimento hostil diretamente, mas como consequências às respostas estatais ao mesmo[21].

19 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Imperio,* trad. Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2002, pp. 15 y 16.

20 CARMONA RUANO, Miguel. "El impacto jurídico del 11 de septiembre", em *JD*, Nº. 45, 2002, p. 82.

21 ASÚA BATARRITA, Adela, "El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, «finalidades terroristas», y conductas periféricas", em Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez,

Este cenário atual, tanto brasileiro quanto estrangeiro, pode abrir as portas a uma nova realidade jurídica que convém observar com seriedade, pois pode-se chegar a produzir uma série de recortes às liberdades de expressão e de reunião, e de, efetivamente, se considerar terroristas aqueles que simplesmente se oponham ao *status quo*.

3. TERRORISMO

A evolução do terrorismo nas últimas décadas do século XX fluiu desde um conceito de delinquente, vinculado a estruturas criminais organizadas, com atuação geográfica determinada, como ETA, IRA ou RAF, a um conceito mais amplo e difuso relacionado com o extremismo religioso internacional. Diante desse processo evolutivo, é evidente que as transformações que tiveram lugar na natureza dos ataques, na logística através da qual se concretizam, nos sujeitos <ativos e passivos3 dos delitos e nas motivações que movem as ações são mudanças que se estruturam em cadeia e que por sua vez redefinem as respostas jurídicas que provocam.

Independentemente do tanto que se manifeste a doutrina a respeito do que cabe ou não dentro do conceito, e da discordância de alguns quanto à possibilidade, ou não, de supressão de elementos que caracterizam o terrorismo clássico, como a finalidade política, a estrutura organizacional ou a imposição de terror instrumental [22], delito terrorista sempre será aquele que o legislador defina como tal, com independência de que as condutas realizadas apresentem ditas características, o que termina favorecido pela própria abstração do seu significado.

Evidentemente, a despeito da liberdade concedida à criatividade legislativa, quando nos referimos a Estados democráticos, sempre será possível questionar a constitucionalidade de intervenções que contradigam Direitos fundamentais. Tendo isso em conta, apesar da sensação de anacronismo ou de indignação coletiva frente aos limites ao *ius puniendi* que as barreiras constitucionais impõem a quebra dos princípios de legalidade, de culpabilidade, o emprego de analogias ou o estabelecimento de um Direito Penal do autor, que procure, por exemplo, reprimir movimentos antifascistas, simplesmente por conta de suas ideias, somente emanam os tais efeitos latentes do castigo, característicos do Direito Penal simbólico, como já comentamos supra. Essas tentativas de descaracterização do sistema

Carlos (Coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: B de F, V. 1, 2006, pp. 246 y 247.

22 CANCIO MELIÁ, Manuel, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", em Serrano-Piedecasas, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel, 2010, p. 399.

punitivo liberal não passariam pelas mais superficiais análises de viabilidade constitucional, assim que apresentados agora, no calor das tensões, funcionam como um ponto de pressão a mais nas tentativas de intimidação dos dissidentes, mas dificilmente encontraria condições legislativas para ser positivado.

Independentemente do que acabamos de comentar, legislações estrangeiras voltadas ao controle do terrorismo vêm, nos últimos anos, aprovando insistentes reformas que verdadeiramente podem transbordar esses limites[23]. Em todo caso, essa é apenas a efetivação de uma tendência que se delineou no horizonte penal desde os atentados sofridos pelos Estados Unidos em 2001[24].

Muitos são os autores que admitem que as legislações as quais se seguiram ao 11 de setembro abriram caminho à derrogação de direitos e garantias fundamentais, não só nos Estado Unidos e Inglaterra, mas também na maioria dos países ocidentais que com eles cooperam. O primeiro passo nesse sentido foi a *USA Patriot act*, aprovada nos Estados Unidos após os atentados, por meio da qual se passou a aceitar a interceptação de contatos telefônicos e eletrônicos, ademais de autorizar amplas margens de vigilância, mudanças nas políticas de imigração, de investigação e de proteção de vítimas, reforço do poder das agências estatais de segurança, etc.[25].

No que toca ao Brasil, como era de se esperar, o cenário internacional obviamente também pressionou o legislador a considerar as ameaças dos novos tempos, sobretudo porque a Lei de segurança nacional (7.170/1983) que tangenciava o tema e que havia entrado em vigor ainda no período da ditadura militar, parte de um conceito de terrorismo completamente distante do que hoje se entende como tal e se dedica à repressão daqueles que afrontam o Estado internamente por *"inconformismo político"* ou que realizavam atos *"para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas"*, expres-

23 Vid. no entorno da União Europeia a evolução normativa produzida em matéria de terrorismo, mediante as sucessivas aprovações das Decisões Marco 2002/745/JAI, de 13 de junho de 2002 e 2008/919/JAI, de 28 de novembro de 2008 e da Diretiva (UE) 2017/541 de 15 de março de 2017, que tiveram notável influência na legislação antiterrorista de seus Estados membros e que deu lugar, por exemplo, às recentes reformas do Código penal espanhol realizada pelas LO 2/2015 e LO 1/2019.

24 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "La configuración del «Homo sacer» como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial", em Pérez Álvarez, Fernando (Coord.). *Serta: in memoriam Alexandri Baratta.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 1403. MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La criminalización del espacio público: el imparable ascenso de las «clases peligrosas»", em *REIC*, nº. 17, 2015, p. 16.

25 CARMONA RUANO, Miguel. "El impacto jurídico del 11 de septiembre", em *JD*, Nº. 45, 2002, p. 83. Nesse sentido, também se manifesta CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos. "«Guerra al terror» y al Derecho", em *JD*, Nº. 43, 2002, p. 6. Ainda, a respeito da *Patriot act*, vid. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "La configuración del «Homo sacer» como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial", em Pérez Álvarez, Fernando (Coord.). *Serta: in memoriam Alexandri Baratta,* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 1421.

sões que chegam a estar presentes na definição de algum tipo penal[26].

Em todo caso, o legislador de 2016 criou duas categorias condicionais e interdependentes entre si, para classificação do comportamento considerado terrorista, uma delas motivacional (delitos realizados por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, de cor, de etnia e de religião), mais voltada à culpabilidade do sujeito, e outra associada à finalidade da ação, limitadora da tipicidade (finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo ao perigo a pessoa, o patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública). Ambas, em conjunto, definem subjetivamente as variáveis que orientam o autor a perseguir o resultado terrorista, resultado esse definido taxativamente nos tipos penais que a lei apresenta. Mas o que é interessante destacar é que esses elementos motivacionais pouco levam das clássicas características que definem o mesmo delito em outras legislações, tanto que praticamente não parecem seguir os principais instrumentos internacionais[27].

Isso poderia ser um indicativo positivo da liberdade do poder legislativo nacional, no que diz respeito a seu compromisso em tipificar condutas de acordo com o interesse coletivo do eleitorado brasileiro, que não necessariamente corresponderia ao entendimento da comunidade internacional. Mas, infelizmente, a interpretação, que terminou sendo dada ao que consiste e motiva atos terroristas no Brasil, levou o legislador a criar um terrorismo extremamente particular, mais aproximados dos delitos de ódio, ou seja, daqueles que se realizam motivados por sentimentos discriminatórios e intolerantes[28]. E, pelo que parece, essa confusão inviabilizou a repressão de determinadas condutas que verdadeiramente se procura evitar, seja no Brasil ou fora dele. Tudo isso ratifica algo que também já foi comentado supra: que o conceito dessa categoria de delinquência, por ser tão impreciso, permite que a mesma palavra se refira a ações completamente diferentes.

Dito isso, no Brasil, o terrorismo consiste na prática, por um ou mais indivíduos, dos atos previstos pela Lei 13.260/2016, **realizados por razões de**

26 Art. 20 – "Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas".

27 Vid. nota 23.

28 GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal; ¿Hacia la construcción de injustos penales por la peligrosidad estructural?", en *RP*, [prelo], 2020, p. 4. Seguindo a Teoria do Injusto Estrutural desenvolvida por Galán Muñoz, a fim de se evitar que se estabeleça no ordenamento jurídico o reprovável Direito penal de autor, e se persiga coletivos não pelo que realizam, mas por suas ideias, os delitos de ódio devem se limitar a castigarem apenas atos que contribuam para a "manutenção de uma violência estrutural existente". Esse recorte é significativo para evidenciar que o comportamento em questão por ser suficientemente reprovável deve receber uma pena incrementada proporcionalmente à gravidade resultante das motivações a terceiros que sua ação pode demandar. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal; ¿Hacia la construcción de injustos penales por la peligrosidad estructural?", en *RP*, [prelo], 2020, pp. 21-22.

xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. Ademais, precisam ser cometidos **com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo ao perigo a pessoa, o patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública**[29].

É justamente essa definição, presente no art. 2º, o que parece mais passível de críticas, porque entre as motivações que determinam o comportamento (xenofobia, discriminação ou preconceito racial, étnico ou religioso) não está presente a característica que classicamente compõe o conceito de terrorismo: a política[30]. E costuma-se entender assim justamente porque, seguindo a própria linha histórica deste delito, o terrorismo sempre se construiu dentro da ideia de que grupos, insatisfeitos com a estrutura de poder posta, forçassem, por meio de violência e de intimidação, modificações do *status quo* **fora do espaço de argumentação e pleito que os Estados costumam dar aos seus cidadãos**, seja porque aquele não segue o regime democrático, seja porque o Estado democrático entende como nocivos ditos pleitos e não os aceita[31].

Seguindo esse raciocínio, parece ter razão a doutrina, quando sustenta que terroristas são aqueles *"que se opõem a um Estado"*[32], as suas decisões políticas, a sua estrutura, e expressam essa oposição por meio da força ou de métodos que geram impactos na sociedade. Disso facilmente se deduz que a essência do enfrentamento terrorista se direciona ao poder legitimado, embora a sociedade civil se veja muitas vezes lesionada residualmente por representar o meio pelo qual se entrega a mensagem ao seu destinatário. Se isso é verdade, então as motivações apresentadas pela Lei 13.260/2016 demonstram uma inversão dessa lógica, porque dela podemos inferir que, no Brasil, exclusivamente, os destinatários de eventuais ataques são a sociedade civil, sujeito passivo direto, ficando o Estado vitimizado apenas em segundo plano. E entendemos assim, porque o que para o legislador parece motivar as ações entendidas como terroristas, está muito mais vinculado a divergências entre grupos sociais específicos, e evidentemente heterogêneos, do que qualquer falta de consenso entre o indivíduo e o Estado. Ou seja, conforme inferimos, de acordo com a previsão legal, os indivíduos se atacam

29 Art. 2º. da Lei 13.260/2016

30 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estrutura típica e injusto.* Madrid: Reus, 2010, p. 136-137.

31 Em todo caso, a já mencionada Lei de Segurança Nacional (7170/83), que não foi revogada até então, faz referência à realização de atos de terrorismo motivados por fins políticos, mas considerando sua desatualização, inclusive quanto à descrição dos comportamentos tipificados, por exemplo, terminou sendo um instrumento que em nada se comunica com o terrorismo internacional, mas com aqueles mais orientados por lutas regionais sustentados por organizações terroristas clássicas, características dos anos 70.

32 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estrutura típica e injusto.* Madrid: Reus, 2010, p. 62.

entre si, sem questionar absolutamente em nenhum momento a preservação do *status quo* político (ou econômico, como parece ser o entendimento mais atualizado relativo ao delito em questão).

Essa interpretação põe abaixo qualquer argumentação no sentido de se justificar que o fim político poderia estar, em alguns casos, implícito nas motivações listadas no art. 2º da lei analisada, porque essa forçada conexão evidentemente termina representando uma ameaça à segurança jurídica. Não é demais lembrar que o princípio de legalidade, para essa situação, impede que se considere a aplicação de analogia para expandir as motivações que são taxativamente apresentadas pelo legislador. E tanto se pode dizer que o fundamento material da proibição não deixa dúvida nesse sentido, que o mesmo termina reiterado por um segundo dispositivo, nesse caso abertamente excludente, presente na mesma lei.

De acordo com a cláusula de exclusão disposta no art. 2º § 2º da lei 13.260/2016: *"O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei".*

Diferentemente de outras legislações internacionais, dentre as quais podemos citar a espanhola, a lei brasileira deixa claro que, caso os atos de terrorismo tenham natureza política e sejam realizados sob as circunstancias mencionadas, ou seja, nasçam de atos de protesto ou de manifestações sociais (que naturalmente levam em sua essência insatisfações político-econômicas), esses não serão assim classificados, embora venham a ser punidos de acordo com o delito correspondente definido pelo Código Penal, provavelmente por entender que o elemento subjetivo do tipo (finalidade terrorista) ou o elemento da culpabilidade (motivação por discriminação, preconceito, etc.) não estariam presentes nesses atos. O que parece acertado, inclusive.

4. CONCLUSÃO

A aproximação que se trata de estabelecer entre os indignados com o sistema político e os participantes de movimentos terroristas não convence. Não parecem nem um pouco comparáveis a periculosidade emanada pelos insatisfeitos, que procuram transformações positivas para seu contexto por meios pacíficos, e aqueles que tratam de exibir sua contrariedade com o *status quo* por meio do ter-

ror. Ainda que ambos persigam mutações nas mecânicas do poder, o ativista atua exercendo seus direitos constitucionais e isso é o que lhe diferencia dos demais.

Conforme o exposto, entendemos que, no Brasil, a inclusão de movimentos sociais como grupos terroristas, além de não fazer sentido, somente poderia se materializar mediante uma reforma ampla, profunda e constitucionalmente questionável da legislação hoje em vigor, que não reforce tendências ao Direito Penal do autor e que não afete as liberdades de expressão ou de manifestação. Isso significa que, a mera formação ou reunião de pessoas, ainda que desses encontros resultem atos violentos, não são suficientes para identificá-los como terroristas. Ademais, a combinação entre os meios, as finalidades e as motivações apresentadas pelo legislador de 2016 deveria compor uma completa legislação direcionada à repressão de delitos de ódio, no sentido de proteger coletivos que, por suas próprias características, são os que mais se encontram vulneráveis a atos de violência e intolerância, em uma sociedade[33].

33 Vid. GALÁN MUÑOZ, *Alfonso. Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal; ¿Hacia la construcción de injustos penales por la peligrosidad estructural?, en RP, [prelo],* 2020, pp. 1-37.

COVID-19: UM TESTE PARA A SOLIDARIEDADE EUROPEIA

Jamile Bergamaschine Mata Diz[1]

Hélio Eduardo de Paiva Araújo[2]

A pandemia da COVID-19 afetou gravemente todos os Estados Membros da União Europeia (UE). De acordo com os tratados que formam o seu arcabouço jurídico, prevê-se que a responsabilidade pelas medidas de contenção ao novo coronavírus (COVID-19) recai sobre tais Estados, especialmente em relação aos sistemas nacionais de saúde, ao repatriamento de cidadãos ou às restrições à vida pública, uma vez que se trata de competências compartilhadas e/ou de apoio (ou até mesmo exclusivas dos entes nacionais) (Del Pozo; Mata Diz, 2013), conforme será posteriormente analisado. Sendo competência estatal, houve uma variedade de reações para o enfrentamento da crise, neste sentido, os sistemas nacionais de saúde foram postos à prova ante uma crise de saúde sem precedentes que resultou por destacar as desigualdades entre os Estados-Membros em termos de equipamento e preparação para crises.

Por um lado, diante do desafio singular, único e sem procedentes, novas oportunidades de cooperação e solidariedade foram reveladas, fazendo com que a UE rapidamente mobilizasse recursos para encontrar soluções para combater o vírus, preparar os sistemas de saúde e, assim, evitar propagação sem precedentes, de modo a salvar vidas. Em contrapartida, essas mesmas reações de emergência inevitavelmente levantaram questões sobre a existência, conteúdo e alcance da solidariedade europeia e a efetiva capacidade de articulação conjunta do bloco, para além da "cacofonia" de respostas individuais dos Estados Membros.

O presente capítulo buscará, portanto, examinar a atuação da UE, com foco na aplicação do princípio da solidariedade, uma vez que este é um dos seus

---

1 Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Direito pela UAH, Madrid Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet de Direito UFMG. Professora da FDMC/MG e da ESDHC. Coordenadora e professora do PPGD da Universidade de Itaúna. Coordenadora da Rede de Pesquisa "Integração, Estado e Governança".

2 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Internacional pelo *Graduate Institute of International and Development Studies* (IHEID), Genebra, Suíça. Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Mestre em Administração de Empresas – MBA pelo *Bernard M. Baruch College* (CUNY), Nova Iorque, Estados Unidos.

valores fundamentais. Tal princípio, muitas vezes guiado pelos interesses políticos dos Estados Membros, será tomado como hipótese a ser confrontada com a real reação às crises, incluindo esta causada pela COVID-19, uma vez que a própria ideia da união de forças é apresentada como sendo uma das grandes forças-motriz para a construção de um espaço integrado europeu. Nesse sentido, a solidariedade será analisada como um elemento qualitativo a medir eventual sucesso ou fracasso das respostas adotadas, bem como será brevemente examinada a possibilidade de aperfeiçoamento dos mecanismos que concretizam o mencionado princípio.

O objetivo é ressaltar que a integração entre os Estados, os povos e as culturas deve ser um instrumento não só a fomentar crescimento econômico, mas principalmente para concretizar o bem-estar, a dignidade humana e a preservação da vida. Para isso, torna-se urgente avaliar as respostas concretas baseadas no princípio da solidariedade, a fim de avaliar a sua efetividade e adequação.

Para a realização do presente trabalho, foram utilizados os métodos histórico e dedutivo de modo a compreender a resposta a uma crise sem precedentes a partir de uma organização supranacional, cuja rol de competências encontra-se intrinsecamente vinculado com a atuação conjunta com seus respectivos Estados Membros. Além disso, tais métodos levam em consideração a natureza singular da União Europeia e os instrumentos jurídicos que a amparam. Ainda, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir da doutrina especializada e com base nos dados coletados e disponibilizados pelos órgãos oficiais da UE.

1. O DEVER DE SOLIDARIEDADE PREVISTO NO TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

A solidariedade tem uma presença indubitável no quadro jurídico da UE, bem como apresenta uma tradição constitucional razoavelmente estabelecida nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Os Tratados da UE referem-se explicitamente à solidariedade em várias disposições, incluindo-a nos valores[3], objetivos da UE[4] (solidariedade "entre gerações" e "entre os Estados-Membros") e políticas específicas em que o "princípio" ou "espírito" da solidariedade deve ser aplicado[5]. No entanto, a ênfase dos Tratados da UE está na solidariedade a nível dos Estados Membros ou organismos públicos, inexistindo uma interpretação comum facilmente discernível sobre o conteúdo, alcance e limites para aplicação

3 Artigo 2º do Tratado de Lisboa.
4 Artigo 3º do Tratado de Lisboa.
5 Por exemplo nos artigos 80, 122 e 194 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

da solidariedade em termos legais (Comissão Europeia, 2018).

De forma ainda mais precisa, o Título VII do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) versa sobre a "Cláusula de Solidariedade". Nesse diapasão, o artigo 222 do TFEU determina que, em caso de catástrofe de natureza humana ou natural, ou ainda, em caso de ataque terrorista, qualquer Estado Membro pode acionar os instrumentos de ajuda mútua, no marco da cooperação interinstitucional, tendo como base a atuação coordenada no seio da própria União. Ao fazê-lo, diante de uma necessidade causada por uma catástrofe de natureza animal ou humana[6] - como foi o caso dos incêndios florestais de 2007, a crise dos refugiados e da atual pandemia causada pelo novo coronavírus - devem ser acionados os instrumentos determinados na Declaração n.º 37 anexa ao Tratado de Lisboa (cujo conteúdo é bastante impreciso, levando a questionamentos sobre sua efetiva aplicação), combinado com as disposições contidas no artigo 196 do TFUE que versa sobre as medidas de proteção civil, representando tal artigo o modo de concretização da solidariedade.

Ocorre que a mencionada Declaração n.º 37 deixa em aberto (trata-se de uma norma de natureza plurissignificativa) como deve dar-se o procedimento de invocação e de resposta, seja do Estado afetado, seja dos demais Estados-membros (incluindo, ademais, terceiros países) que são chamados a prestar a assistência requerida. Como forma de esclarecer a questão e visando concretizar a alta flexibilidade conferida aos Estados quanto à obrigação (ou não) de mútua assistência, adotou-se a Decisão 2014/415/UE, de 24 de junho de 2014.

Assim, ficou estabelecido que, uma vez invocada a Cláusula de Solidariedade, o Conselho deverá, através de sua Presidência, acionar o Mecanismo Integrado de Resposta Política a situações de crise (IRPC – na sigla em inglês) e informar a todos os Estados-membros. Ao mesmo tempo, a Comissão e o Alto Representante da Política Exterior deverão tomar as seguintes medidas: (a) identificar todos os instrumentos relevantes da UE que melhor possam contribuir para responder à crise, incluindo instrumentos e estruturas setoriais, operacionais, estratégicos ou financeiros, sempre ao abrigo do Mecanismo de Proteção Civil da União Europeia (EUCPM – sigla em inglês); (b) identificar as capacidades militares que melhor possam contribuir para responder à crise, com o apoio da UE (no caso de ataques terroristas); (c) identificar e propor a utilização dos instrumentos e recursos da competência das agências da União que melhor possam

6 Caso se tratasse de matéria vinculada à política externa e de defesa comum, a Comissão e o Alto-Representante para a Política Exterior e a Política de Segurança deveriam remeter um projeto de ação ao Conselho que, por unanimidade, determinaria os meios para concretizá-lo, com auxílio do Comitê Político e de Segurança.

contribuir para responder à crise; e (d) indicar ao Conselho em que medida os instrumentos existentes são suficientes para ajudar o Estado Membro afetado na sequência da invocação da cláusula de solidariedade.[7]

Portanto, nota-se que há duas instituições claramente envolvidas no processo de invocação da Cláusula de Solidariedade que devem adotar as medidas necessárias para sua concretização (Mata Diz; Rocha; Costa, 2020):

- Conselho Europeu: que deverá conduzir o processo de tomada de decisão estratégica da UE, perante o qual se invocará a cláusula de solidariedade e se comunicará aos demais Estados-membros, funcionando como fonte de decisões políticas; e,

- Comissão Europeia: cuja função será operacionalizar, concretizar e monitorar as ações tomadas, atuando como braço executivo e de gestão para que se possa efetivar os instrumentos adotados pela própria UE.

No entanto, faz-se necessário ressaltar, que a despeito da ausência formal nos textos da participação da sociedade civil (de forma direta ou indireta), o Parlamento Europeu, por razões óbvias, também deverá participar do processo decisório quando, diante de uma eventual invocação, resulte numa demanda por uma alteração das políticas da UE. Neste sentido, os atos legislativos que se fizerem necessários para a contenção da crise devem passar, a depender da matéria, pelo crivo e aprovação do Parlamento Europeu (Mata Diz; Rocha; Costa, 2020).

A despeito da normativa e dos procedimentos mencionados anteriormente – utilizados como instrumento para estabelecer e consolidar o arcabouço jurídico da Cláusula de Solidariedade – o instituto permanece relativamente indefinido, especialmente quando se considera o alcance e conteúdo da referida cláusula. A razão para esta lacuna talvez esteja calcada na ausência de maior coesão social ante crises que afetam simultaneamente a todos os Estados, o que impossibilita a construção de pontes mais sólidas entre os Estados Membros e a União Europeia. Ademais, a solidariedade carrega em si uma natureza sutil e condicional, revelando historicamente variações de atitudes de acordo com o tema da política pública em questão (por exemplo, um pedido de ajuda mútua baseado no influxo de refugiados gera um grau menor de auxílio do que a atual crise epidemiológica, por exemplo). Há, ainda, pesquisas que apontam para clivagens domésticas e entre os Estados Membros em torno da capacidade de produzir solidariedade efetiva, citando diferentes crises econômicas, tradições sociais e normas organizacionais

7 Decisão do Conselho Relativa às regras de execução da cláusula de solidariedade pela União – (2014/415/UE), 2014).

como possíveis explicações para essa menor coesão[8].

2. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA SOLIDARIEDADE NO ESPAÇO EUROPEU

Como visto, longe de ser automática ou inata, o agir solidário europeu pode ser descrito como o produto de uma construção política, às vezes moldada por longas negociações diplomáticas, mas também improvisada ante sucessivas crises (Bertoncini, 2020). Dessa forma, entender suas origens e desenvolvimento torna-se relevante, principalmente quando, diante da atual crise sanitária, deve-se estabelecer a efetividade deste agir.

É sabido que o "espírito europeu" não surgiu espontaneamente, sendo fruto de um contexto geopolítico específico de pós-guerra, que pouco a pouco, fixou políticas e ferramentas substanciais, inclusive em termos de solidariedade entre os Estados que compõem a UE.

A construção da Europa, desde sua fundação pelo Tratado de Roma na década de 50 (e até mesmo, com os intentos do movimento pan-federalista, conforme relata Mariscal (2003)), sempre teve como influxo principal e elemento fundante a solidariedade como via para a paz, a democracia e a igualdade.

Deve-se recordar que a União Europeia é fruto direto do cenário pós-guerra e a solidariedade, neste contexto, constituiu-se junto com outros instrumentos de natureza política, econômica, social e jurídica em pilar fundamental para que se pudesse chegar, sempre mediante o consenso e respeitando as singularidades de cada participante, ao momento atual de união econômica e monetária com um rol de competências que possibilita à UE estabelecer, inclusive, ações e instrumentos visando concretizar este valor.

2.1. LIMITES PARA UM AGIR SOLIDÁRIO: POLÍTICO, JURÍDICO E ADMINISTRATIVO

Fossem os europeus mais propensos a se verem como portadores de uma identidade comum, como membros da mesma comunidade de objetivos e valores, eles compartilhariam de forma mais espontânea os mecanismos de solidariedade legalmente previstos e, assim, estariam mais propensos a agirem em nome do bem comum europeu. Essa lacuna identitária não exclui a existência de uma

8 SOLIDUS, "Research Report on transnational solidarity in the EU", Deliverable 2.3. Disponível em: https://cordis.europa.eu/project/rcn/194587_en.html

"solidariedade orgânica" entre países e cidadãos europeus; apenas intui-se que seja menos inata e que possa vir a ser reflexo direto da interdependência econômica e humana estabelecida entre os Estados Membros. Mais funcional do que emocional, essa solidariedade europeia é o subproduto de um processo político progressivo que culminou com a inclusão de determinadas cláusulas de solidariedade no Tratado de Lisboa (Bertoncini, 2020).

Esta solidariedade *de facto* encontra-se ligada à condição de ser membro da organização europeia, o que implica, além do compartilhamento de valores comuns, o dever, pelo menos em tese, de prestar assistência e cooperação mútuas diante de crises, de catástrofes naturais e/ou humanas e de ataques terroristas. Essa solidariedade tem que ser incorporada por cada um Estados, a partir da entrada como membro pleno da UE, tornando-se, portanto, um dever legal baseado nos tratados fundacionais e na normativa comum, conforme já mencionado. Contudo, na prática, vem sendo frequentemente questionada quando se trata de passar da retórica para a ação. Esse dever de solidariedade já levou ao estabelecimento de um "mecanismo europeu de proteção civil", incluindo várias ferramentas mobilizadas contra a COVID-19: um centro de coordenação e resposta a emergências, uma reserva europeia para a defesa civil (composta por especialistas em defesa civil, meios de transporte e equipamentos), um corpo médico europeu, etc.

Por outro lado, a crise também gerou, através de uma combinação de reações nacionais e europeias, o mesmo tipo de resposta daquelas dadas em outros momentos de instabilidade. Governos nacionais ainda tendem a priorizar seus próprios interesses, mesmo que em detrimento de uma solidariedade regional. Por exemplo, diante do novo coronavírus, França, Alemanha e República Tcheca introduziram limites à exportação de equipamentos médicos de proteção, como máscaras faciais, apesar da grave escassez em outros lugares ("*Coronavirus: EU ministers urge members to share supplies*", 2020). Isso lembra uma atuação nacional semelhante ao manifestado durante a pandemia de influenza H1N1 em 2009, quando vários Estados Membros estocaram vacinas e antivirais, recusando-se a compartilhá-los (Anderson; Mckee; Mossialos, 2020). Essa experiência com o enfrentamento do H1N1 levou, inclusive, à criação de um quadro legislativo europeu para a compra conjunta de equipamentos e medicamentos diante de ameaças à saúde intrarregional (Nicoll; Mckee, 2010).

Assim, fica patente, conquanto demonstrado em outras crises e confirmado na atual conjuntura provocada pelo COVID-19, que as relações estabelecidas entre os Estados Membros e os cidadãos europeus não se sustentam, per se, sobre

uma base identitária suficiente para que uma maior solidariedade seja aplicada de forma coesa e harmoniosa.

Não fosse problema suficiente a questão político-social, há outros obstáculos relevantes que precisam ser considerados e analisados. A UE encontra-se limitada em sua capacidade de agir dado a competência exclusiva dos Estados Membros em determinadas matérias, como é o caso das políticas nacionais de saúde (Mata Diz; Castro, 2017). Assim, a resposta da UE à COVID-19 se limitou a apoiar e coordenar a implementação de medidas de saúde que foram adotadas por cada Estado Membro. No âmbito regional, como complemento a tais iniciativas, foi criada uma reserva adicional de equipamento médico em março de 2020 ("RescEU"), incluindo respiradores e máscaras financiadas 90% (noventa por cento) pela UE e 10% (dez por cento) pelos Estados Membros[9] e, como dito, implantado um sistema de licitação conjunta para a aquisição de equipamento médico (Orientações da Comissão Europeia sobre contratos públicos em situação de emergência relacionada com a crise COVID-19 – (2020/C 108 I/01))[10] e para o financiamento de projetos europeus de pesquisa para vacinas e medicamentos de combate ao vírus.

A ausência de uma resposta europeia foi reconhecida pela própria Presidente da Comissão Ursula von Leyen, conforme carta publicada no Jornal La Repubblica em 01 de abril[11]:

> É preciso reconhecer que, nos primeiros dias da crise, diante da necessidade de uma resposta europeia comum, muitos pensaram apenas em seus próprios problemas domésticos. Eles não perceberam que só podemos derrotar essa pandemia juntos como uma União. Tal atitude foi prejudicial e poderia ter sido evitada.[12]

Por fim, cabe salientar que a resposta internacional a grandes surtos de doenças infecciosas é coordenada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e baseia-se em seu Regulamento Sanitário Internacional (RSI)[13]. A UE também possui um regime de controle de doenças transmissíveis, centrado no Centro Europeu de Prevenção e Controle de Doenças (CEPCD), que tem um papel crucial na resposta às ameaças à saúde no continente. Os processos da OMS e da

9 COMISSÃO EUROPEIA – Comunicado de Imprensa (IP/20/476), 2020.

10 Disponível em disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN , acesso em 01 abr 2020.

11 Disponível em https://rep.repubblica.it/pwa/commento/2020/04/01/news/europa_ursula_von_der_leyen_bruxelles_scusateci_ora_la_ue_e_con_voi-252912437/?ref=nrct-1*, acesso em 02 abr 2020.*

12 Disponível em: https://rep.repubblica.it/pwa/commento/2020/04/01/news/europa_ursula_von_der_leyen_bruxelles_scusateci_ora_la_ue_e_con_voi-252912437/?ref=nrct-1*, tradução nossa.*

13 O RSI é um 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 que têm o potencial de atravessar fronteiras e ameaçar pessoas em todo o mundo.

UE são compatíveis, mas o regime da UE envolve um nível de cooperação muito mais profundo do que o da OMS. Além do CEPCD, o regime da UE inclui um mecanismo de emergência para a aprovação de medicamentos para pandemias, regime de licitações conjuntas e o Sistema de Alerta Rápido e de Resposta (SARR), que abrange outras ameaças à saúde para além das fronteiras (Flear; De Ruijter; Mckee, 2020).

Qualquer risco à saúde com potencial de se espalhar pelas fronteiras internas da UE, deve ser notificado via SARR, e os dados são coletados e inseridos em relatórios regulares pelo CEPCD. Contudo, uma limitação do sistema diz respeito aos seus limites territoriais. Ainda que outros países extrazona também participem do SARR, incluindo Suíça, microestados como Mônaco e São Marinho, países candidatos ou potenciais candidatos à adesão[14] e países membros da Política Europeia de Vizinhança[15], tais países o fazem baseando-se no RSI. Fundamentalmente, isso quer dizer que, por estarem fora do sistema jurídico da UE, tais países não podem participar do intercâmbio e do sistema de monitoramento e resposta necessários para uma vigilância eficaz, ou de certos mecanismos utilizados para coordenar as ações para evitar a propagação.

Obviamente, os patógenos não respeitam fronteiras nacionais e essa é uma fraqueza do sistema administrativo-operacional. Ainda que Suíça e o Reino Unido pós-BREXIT venham a participar do regime da OMS, na prática, pode haver problemas de coordenação e atuação conjunta (De Ruijter, 2019).

Por fim, o CEPCD também hospeda o SARR, um portal on-line[16] que conecta as agências de saúde públicas na Europa. Isso permite que os Estados membros compartilhem informações, em tempo quase real, sobre casos da COVID-19 (casos, mortes, índices de letalidade, etc.). No entanto, novamente, países fora do Espaço Econômico Europeu (EEE), incluindo a Suíça, não têm acesso, tendo o Reino Unido já se retirado em razão do BREXIT (Flear; De Ruijter; Mckee, 2020).

2.2. A REAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA ANTE A CRISE GERA-

14 Albânia, Bósnia e Herzegovina, Kosovo, Macedônia, Montenegro, Servia e Turquia.

15 Os países da Europa Oriental e do Sul do Mediterrâneo mais próximos da UE Argélia, Armênia, Azerbaijão, Bielorrússia, Egito, Geórgia, Israel, Jordânia, Líbano, Líbia, República da Moldávia, Marrocos, Palestina, Tunísia e Ucrânia.

16 Disponível em https://www.ecdc.europa.eu/en/cases-2019-ncov-eueea, acesso em 24 abr 2020.

DA PELO COVID-19

Em que pese o acima exposto, é importante notar que as instituições europeias já demonstraram considerável capacidade de reação e de um agir solidário ao fornecer respostas econômicas e financeiras à crise. Além do fortalecimento dos empréstimos do Banco Europeu de Investimento (BEI) às Pequenas e Médias Empresas (PMEs) e do lançamento de um Apoio para Mitigar os Riscos de Desemprego em caso de Emergência (SURE), é notável que o Mecanismo de Estabilidade Europeu (MEE) tenha sido ativado incondicionalmente para financiar gastos relacionados à saúde – ainda que limitado a 2% do PIB ("*Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*", 2020). É ainda mais notável que o Banco Central Europeu (BCE) tenha indicado que poderia comprar dívida pública sem respeitar o princípio da proporcionalidade – o que, conforme noticiou a BBC, gerou críticas da parte da mais alta corte alemã em razão de que tais compras seriam contrárias à Constituição Alemã.

Nesse particular, torna-se fator positivo que, diferentemente das crises anteriores, o coronavírus esteja afetando a todos indistintamente (não é "assimétrica", ainda que possa afetar de forma desigual os Estados), portanto, gerando maior capacidade de mobilização e de engajamento diante da imperiosa necessidade de solidariedade entre os Estados. Porém, essa suposta ausência de "risco moral" não deve mascarar a existência de dificuldades políticas, que podem resultar em uma ruptura da integração europeia se os mecanismos de solidariedade propostos forem baseados em atuações exclusivamente nacionais e não em conjunto e em coesão com a União, como aglutinadora das ações de seus membros.

3. O APRIMORAMENTO DO SISTEMA EUROPEU E O FORTALECIMENTO DA SOLIDARIEDADE

Embora não se tenha demonstrado uma atuação conjunta dos Estados Membros com a UE diante do cenário atual de pandemia , é possível uma resposta mais rápida e coesa às crises que possam, no futuro, assolar a UE (como a do novo coronavírus), especialmente quando se considera os instrumentos jurídicos e políticos já existentes. Dentre estas respostas pode-se reforçar, a título de exemplo, as seguintes ações:

(a) uma melhor coordenação dos esforços para adquirir e distribuir equipamentos de proteção individual, medicamentos e vacinas para os todos os Estados-membros e países terceiros, tornando-se, assim, centro de referência mundial no combate à COVID-19;

(b) incentivar os países economicamente mais desenvolvidos e que possuem políticas de saúde mais eficazes a apoiar aqueles que tenham menor capacidade econômica e política de resposta;

(c) uma maior demonstração de solidariedade europeia ancorada numa atuação conjunta, eficaz e rápida que atenda às demandas dos Estados de forma a promover uma aproximação permanente e que possibilite, dada as especificidades de cada um de seus membros, soluções coesas para fomentar o desenvolvimento sustentável compreendido em seus pilares de crescimento econômico, proteção ambiental e desenvolvimento social; e

(d) envolvimento proativo com países fora da UE, buscando ampliar o diálogo multinível e (re)fortalecer o sistema multilateral, bem como apoiar as organizações internacionais e medidas globais para contenção não só da crise sanitária, mas também econômica.

Isso exigirá, ademais, o acesso para todos os países, principalmente Suíça e Reino Unido, a fóruns como o HSC, o sistema de alerta e resposta precoce e monitoramento científico do CEPCD.

Em situações anteriores, como nos casos de incêndios florestais transfronteiriços, as instituições europeias já haviam alertado sobre a necessidade de agilizar, aperfeiçoar e estabelecer medidas mais efetivas de atuação diante de crises que pudessem afetar, indistintamente, a todos os Estados. Diante deste cenário, adotou-se uma Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho[17] para alterar os mecanismos de proteção civil da UE. Da leitura desta decisão é possível depreender que:

> A experiência recente tem demonstrado que a dependência de ofertas voluntárias de assistência mútua, coordenada e facilitada pelo Mecanismo da União, nem sempre asseguram a disponibilização de capacidades suficientes para dar resposta, de forma satisfatória, às necessidades básicas das pessoas afetadas por catástrofes, nem a salvaguarda adequada do ambiente e dos bens materiais. Tal é sobretudo evidente quando os Estados-Membros são simultaneamente afetados por catástrofes, que são recorrentes e inesperadas, sejam naturais ou de origem humana, e quando a capacidade coletiva é insuficiente (Parlamento/Conselho, 2019, p. 4).

E continua a Comissão alertando no texto da proposta que

> Afigura-se necessário simplificar, racionalizar e aumentar a flexibilidade dos procedimentos do Mecanismo da União para garantir que os Estados-Membros possam

17 DECISÃO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO que altera a Decisão n. 1313/2013/UE relativa a um Mecanismo de Proteção Civil da União Europeia (PE-CONS 90/18)", 2019.

> ter acesso rápido à assistência e às capacidades necessárias para responder, o mais rápida e eficientemente possível, a catástrofes naturais ou de origem humana (Ibidem, p. 12)

Sem dúvida, a COVID-19 não será a última das crises a ser afrontada pela União. É importante que a UE aprenda com os desafios do presente (e do passado) e adote medidas eficazes, rápidas e coesas para melhorar o planejamento, preparação e execução das políticas de reação à catástrofes de modo a enfrentar eventuais "gargalos" que possam resultar em uma gestão ineficiente e sem qualquer coordenação, seja por parte da UE ou dos Estados-membros. No entanto, deve-se recordar que as competências da UE se encontram delimitados pelo próprio sistema jurídico europeu. Qualquer movimento ou tentativa para incrementar o nível de solidariedade exigiria alteração no rol de competências atualmente estabelecido, o que poderia configurar em um novo esquema de integração europeu que, todavia, ainda não encontra-se plenamente determinado (como seria, por exemplo, a criação de uma federação europeia). O fato é que a solidariedade torna-se imprescindível para concretizar o lema da Europa "Unida na diversidade".

4. POSSIBILIDADE DE NOVAS MEDIDAS FRENTE A ESPECIFICIDADE DO COVID-19 E O DEVER DE SOLIDARIEDADE

O fortalecimento da solidariedade – como um fenômeno multidimensional – exige abordagens de vários níveis e através de múltiplos atores. O crescimento da solidariedade não pode ser visto como uma construção linear, sem que se reconheça a conexão entre ações, reflexos e resultados. A solidariedade só funciona se as pessoas a apoiarem; é antes de tudo um valor. E, como valor, deve pautar toda e qualquer atuação da UE e de seus membros. (Comissão Europeia, 2018).

Nesse sentido, o ex-presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, em seu discurso sobre o Estado da União[18], destacou que

> A solidariedade é o cimento que assegura a coesão da União.
>
> O termo «solidariedade» é referido 16 vezes nos Tratados, que foram subscritos e ratificados por todos os EstadosMembros.
>
> [...]

18 COMISSÃO EUROPEIA – Discurso (SPEECH/16/3046), 2016.

> O próprio euro é um resultado da solidariedade.
>
> A nossa política de desenvolvimento mostra ao resto do mundo quão forte é a nossa solidariedade.
>
> E essa solidariedade começa já a fazer-se sentir na gestão da crise dos refugiados. Embora esteja convencido de que será necessária uma solidariedade ainda muito mais forte, tenho também consciência de que tal solidariedade deve surgir voluntariamente. Deve vir do coração; não pode ser imposta.

Na perspectiva de enfrentamento do COVID-19 foram tomadas uma série de decisões que buscavam ressaltar a necessidade de serem adotadas medidas sanitárias, sociais, econômicas, orçamentarias e fiscais. São exemplos destas medidas, como já dito alhures, o fortalecimento dos empréstimos do BEI às PMEs, o lançamento do SURE e a ativação do MEE com fins a financiar gastos relacionados à saúde. Afinal, a crise trará repercussões econômicas que deverão ser enfrentadas com o apoio de um plano de ajuda mútua (financeira, política, jurídica e social) da UE.

Porém, para que se atinja o ideal expressado no Discurso do ex-presidente Juncker acima transcrito, será necessário ir além do que está sendo feito atualmente. Isso pressupõe que os Estados concordem em alavancar ainda mais os limites e o alcance da solidariedade europeia mediante, por exemplo, a assunção de dívidas com a mesma taxa de juros, o que significa que os empréstimos serão mais baratos para determinados países (Itália, Grécia ou Portugal) mas mais caros para outros (Alemanha, Holanda e França); ou que os pagamentos desses títulos sejam feitos proporcionalmente ao PIB dos países e não de acordo com os montantes tomados por cada um dos membros.

A possibilidade de se ter títulos emitidos pelo "Tesouro Europeu" (e não pelos tesouros nacionais) seria naturalmente uma das respostas mais ousadas frente à escala sem precedentes da atual crise, mas também e, acima de tudo, para aliviar países particularmente expostos e que não têm muitos recursos e nem espaços para manobra orçamentário (Bertoncini, 2020).

Neste contexto, as negociações sobre o Quadro Financeiro Plurianual 2021-2027[19] podem desempenhar um papel importante, uma vez que é um instrumento jurídico e político legítimo para os Estados Membros discutirem os

19 O Quadro Plurianual Financeiro representa o programa de planejamento da União Europeia relativo aos recursos (despesas e receitas) que devem ser aplicados durante o período de 5 (cinco) anos, estando previsto no artigo 312 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), além de ser regulado por numerosos atos normativos que dispõem sobre as regras de funcionamento, execução, controle, etc. Sobre o Marco Plurianual recomenda-se consultar a https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/spending_pt e também https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-budgetary-system/multiannual-financial-framework/, acesso em 01 abr. 2020.

eventuais "gargalos" orçamentários do que a emissão de títulos garantidos pelo Tesouro Europeu, tais como os *Eurobonds* e os *European Project Bonds*. Durante a negociação do novo Quadro poderia ser discutida a possibilidade de se criar um de um Fundo Europeu de Reconstrução, capaz de captar centenas de bilhões de euros. Será, então, uma questão de dar prioridade aos Estados mais necessitados, sem cumprir as regras de equilíbrio e de "reembolso justo".

Em suma, em momentos de crise, pode-se afirmar, sem dúvida, que o papel das instituições deve representar um porto seguro para que a comunidade política e social se sinta realmente protegida e avalizada por um sistema comum que se diz coerente, firme e eficaz.

Seria um sonho almejar que o princípio da solidariedade exerça a sua força dentre uma Europa cada vez mais diversificada e muito mais exposta a perigos comuns?

O espírito de solidariedade vem sendo ameaçado pelos medos e ansiedades que os nacionalismos e o populismo sabem tão bem explorar. Mas também pelas análises econômicas excessivamente globais que não levam em conta que os principais desafios econômicos e tecnológicas da sociedade atual só podem ser tratados por um sentimento de pertencimento comum, do qual a solidariedade é o cerne (Vignon, 2011).

5. CONCLUSÃO

A crise causada pela pandemia global que se instalou e propagou-se rapidamente pelo território europeu demonstrou como, em momentos de extrema necessidade, onde os Estados-membros da UE são solapados por uma catástrofe de natureza sanitária imprevisível e altamente devastadora (haja visto o número de infectados e de mortes causadas), os instrumentos existentes podem não se mostrar suficientes para gerar uma resposta célere, coordenada e eficaz.

No presente capítulo abordamos como o princípio da solidariedade, não só manifestado nos Tratados fundacionais, mas também na regência de toda a normativa europeia, pode e deve ser utilizado no enfrentamento de crises sanitárias transfronteiriças, tal qual na crise gerada pela COVID-19. Nesse particular, a solidariedade, como dever de cooperação, deve pautar-se em ações concretas que venham a especificar em que medida cada Estado pode cooperar com os demais, sempre sob o manto da UE.

A organização comunitária, cujo valor fundamental refere-se a uma asso-

ciação interestatal em um esquema até então inédito, baseia-se, justamente, neste elemento de solidariedade entre os povos. Chama-se dever porque não poderia haver recusa ou inércia diante da invocação feita por um de seus participantes.

A solidariedade, como valor e elemento fundamental, da União inserida inclusive em seu Tratado Fundacional (Lisboa, 2009) deve concretizar-se mediante ações que possibilitem contornar e mitigar os efeitos devastadores gerados pela COVID-19. A UE deverá, com base nos erros e acertos vivenciados no presente e no passado, consolidar e reforçar uma atuação conjunta para que diante de crises como a vivenciada atualmente possa se transformar em motor e farol que guie e impulsione as ações dos Estados, sempre com base na coesão e na cooperação mútua.

7. AGRADECIMENTO

A autora Jamile Bergamaschine Mata Diz agradece o apoio concedido pela CAPES no âmbito do Programa CAPES/Print, modalidade PVSE (Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) para a realização da presente pesquisa.

A PESTE NÃO É DEMOCRÁTICA: A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO, A LUTA ANTIFASCISTA E ANTICAPITALISTA NO BRASIL ATUAL

João Ricardo Dornelles[1]

> "Se Bolsonaro conseguisse impor sua orientação, o resultado seriam dez milhões de brasileiros mortos. Isto se chama, na linguagem penal internacional, genocídio. Por um crime equivalente, vários dignatários nazistas foram condenados à forca pelo Tribunal de Nuremberg" (Michael Löwy no seu artigo de 28 de abril de 2020, "Isto se chama genocídio").

A partir da crise global do capitalismo, iniciada em 2008, vemos o surgimento e o crescimento de diferentes movimentos de corte ultrarreacionários de extrema-direita e a ascensão de governos com base nestes movimentos. Essa virada à direita no contexto das nações e no plano internacional foi ganhando terreno e não pode ser desvinculada da sua intrínseca relação com o capitalismo e a sua atual ofensiva hiperliberal, o que eu tenho chamado de necrocapitalismo.

Quando uso a palavra necrocapitalismo não estou buscando construir um conceito, mas expressando uma característica da lógica das práticas sociopolíticas contemporâneas, onde as dimensões da biopolítica e da necropolítica estão presentes como mecanismos de dominação e controle social. Como indiquei no meu artigo *"Necrocapitalismo e Neofascismo em Tempos de Peste"*, publicado no livro "Pandemias e Pandemônio no Brasil" (Augusto; Santos, 2020), considero que toda forma de capitalismo expressa a morte, a exploração, a opressão e a destruição de toda forma de vida, pois o seu objetivo não é o bem comum ou o bem-estar da humanidade, mas sim a acumulação ampliada do capital, o aumento da taxa de lucros e a sua contínua reprodução. Mas podemos dizer que as formas clássicas do capitalismo liberal e do capitalismo de base keynesiana social-democrata fundamentavam a sua existência na ideia de democracia liberal representativa, de uma razão emancipatória e de direitos fundamentais, referências do pensamento liberal clássico. Volto a afirmar, o capitalismo, em quaisquer das suas etapas, tem como fim último a sua reprodução e a acumulação privada

1 Professor do Programa do Departamento de Direito da PUC-Rio; Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos da PUC-Rio; membro do Instituto Joaquín Herrera Flores – América Latina; membro do Coletivo Fernando Santa Cruz; membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia.

do próprio capital. No entanto, a atual etapa do capitalismo despiu-se de toda a roupagem e de todos os véus que podiam esconder a sua verdadeira essência. Estamos falando do hipercapitalismo neoliberal globalizado, que rompe com os fundamentos do pensamento liberal clássico, revelando o seu segredo mais precioso, o de nada ter a ver com o bem-estar social, com a preservação ambiental, com os direitos humanos, com a democracia (qualquer forma de democracia). Neste sentido é que usamos aqui a expressão necrocapitalismo, numa referência direta, também, ao conceito de necropolítica formulado por Achille Mbembe (Mbembe, 2018). Afirmo, assim, que vivemos a era do capitalismo de barbárie, o capitalismo da morte, o necrocapitalismo.

Para tratar deste quadro, onde temos um longo período de capitalismo neoliberal, a ascensão dos novos fascismos em um contexto de crise global e com o seu agravamento com a atual crise sanitária global da Covid-19, vale a pena resgatar análises de diferentes autores como Pierre Dardot e Christian Laval (Dardot, Laval, 2016), quando tratam das experiências da pós-democracia, a nova razão do mundo neoliberal e a construção de uma nova subjetividade ultra-individualista (uma subjetividade neoliberal); Fernando Rosas (Rosas, 2019), com sua análise sobre os diferentes fascismos do passado, os paralelismos com o neofascismo contemporâneo e suas relações diretas com o capitalismo; Boaventura de Sousa Santos (Santos, 2020), com sua análise sobre os impasses da democracia, o fascismo social e a "cruel pedagogia do vírus". Também vale a pena as análises de David Harvey, Mike Davis, Alain Baidou, Slavoj Zizek, Alain Bihr e Raúl Zibechi no livrinho digital recém-lançado *"Coronavírus e a Luta de Classes"*[2].

Como disse Mike Davis, no texto "A Crise do Coronavírus é um monstro alimentado pelo capitalismo", publicado na pequena coletânea Coronavírus e a Luta de Classes, *"a caixa de Pandora está aberta, e o nosso implacável sistema econômico está tornando tudo muito pior"*.

A tudo isso se agrega as políticas higienistas e neodarwinistas que voltam com uma força imensa em plena pandemia e encontram países com espaços abertos para os experimentos mais macabros, como os vividos na atual realidade brasileira sob o governo de um presidente fascista, com fortes conotações nazistas, que exalta um criminoso contra a humanidade como o Coronel Brilhante Ulstra e se orgulha por defender a tortura e torturadores, afirmando que a "solução para o país" é uma guerra civil com a morte de, pelo menos, 30 mil pessoas. Ou seja,

2 "Coronavírus e a Luta de Classes" é uma coletânea de artigos dos autores David Harvey, Mike Davis, Slavoj Zizek, Alain Bihr, Alain Baidou e Raúl Zibechi, lançado digitalmente no Brasil pela Editora Terra Sem Amos em plena pandemia da Covid-19.

um governante que advoga e implementa a prática da solução final.

Pois bem, Bolsonaro e os seus seguidores, em dois meses, já alcançaram a meta e até a ultrapassaram, com as mortes em massa pelo coronavírus. Agora, desavergonhadamente resolveram não mais divulgar as mortes diárias pelo coronavírus.

As políticas genocidas, higienistas e neodarwinistas necessitam de uma velha prática presente nos processos de criminalização adotados pelos sistemas penais, que é o da construção do inimigo, uma figura que é construída através da estigmatização negativa de grupos humanos inteiros que se tornam alvo prioritário das ações repressivas de vigilância e controle, estendendo-se para verdadeiras *práticas sociais genocidas* contra todos os membros do grupo.

À título de explicação, o conceito de *práticas sociais genocidas* foi trabalhado pelo sociólogo argentino Daniel Feierstein na chamada "Escola Argentina" de Estudos do Genocídio. O autor faz uma distinção entre o *conceito de genocídio*, vivenciado em diferentes momentos no decorrer do século XX, como no caso dos armênios e na experiência do nazismo, e a ideia de *práticas sociais genocidas*. A categoria de *práticas sociais genocidas* amplia o conceito de genocídio para situações de políticas de terror de Estado, onde as práticas de violências em massa, incluindo o extermínio, são adotadas por agentes públicos. (Feierstein, 2014; 2016)

E os fascismos, no passado e no presente, necessitam para a sua existência e reprodução da presença contante do inimigo. O jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, no seu livro *"O inimigo no direito penal"*, mostrou como os mecanismos de criminalização e controle dos sistemas penais sempre construíram a figura de inimigos que justificassem o exercício arbitrário do poder político sobre o conjunto da sociedade.

No artigo *La construcción del enemigo como base del (neo)fascismo*, Alfons Aragoneses tratou das ações de negação da alteridade que estão na base das políticas racistas e xenófobas através da invenção de um inimigo que gera medo e indignação, possibilitando as políticas de exceção contra tais grupos humanos.

Uma das características importantes no processo de construção da imagem do inimigo da sociedade é exatamente a não individualização de tal imagem, mas sim a construção de uma imagem abstrata e abrangente: herege (todos que se afastavam da ortodoxia da igreja); bruxa (mulheres em geral); judeu; árabe (identificado com o muçulmano); anarquista; comunista; refugiado; bandido; estrangeiro; negro; selvagem; terrorista; narcotraficante etc. A lista pode se esten-

der infinitamente.

A imagem abstrata do inimigo cria o estigma negativo em relação àqueles que são considerados estranhos, diferentes, o "outro", não reconhecido como igual por uma ordem supremacista de corte fascista.

"Theodor W. Adorno y Max Horkheimer situaban el origen del germen del totalitarismo en la Ilustración, que produce instrumentos de emancipación, pero también de barbárie; que contiene el progreso, pero también contiene el germen de la regresión."[3]

Benjamin também denunciou a barbárie contida no projeto da modernidade liberal nas Teses sobre o Conceito da História (Benjamin, 1994), de 1940, quando em sua tese sete diz que não existe documento de cultura que não seja ao mesmo tempo documento de barbárie. O mito do progresso não se sustenta pela lógica de uma razão instrumental que cria e reproduz a barbárie moderna. E neste sentido, o fascismo é moderno. Não é um excepcionalidade ou uma expressão arcaica de um passado pré-moderno. Ao contrário, tem suas raízes na modernidade liberal e nas práticas que se desenvolvem com os processos de "cientifização" do espaço social através das ciências humanas e sociais de corte positivista.

Assim, a prática dos fascismos se funda na constante invenção de inimigos como forma de mobilização de suas bases e da lógica da "guerra permanente".

Voltando ao quadro da crise pandêmica do coronavírus e a sua relação com as contradições e conflitos políticos, sociais e econômicos contemporâneos, podemos afirmar, sem medo de errar, que definitivamente a peste não é democrática. A grande maioria dos infectados e mortos são pobres, são trabalhadores, são gente que vive nas favelas, nas periferias e nas ruas. Gente que não pode ficar em isolamento, por ter que ir para as ruas garantir o sustento, por morar em condições insalubres, por não ter acesso à água, por viver em casebres de um cômodo com uma família numerosa, por estar nas prisões, por estar nos guetos etc etc etc.

E isto é a inequívoca prova de como funciona a tal sociedade capitalista, como a tal mão do mercado pode ser invisível, mas não é cega, enxerga bem a quem beneficia.

Nada mais mentiroso e falacioso do que a polêmica colocada pelos fascistas e pelos setores hegemônicos do mercado sobre uma contradição entre lutar pela vida ou lutar pela economia, salvar vidas ou salvar a economia. Como? A econo-

3 ARAGONESES, Alfons. *La construcción del enemigo como base del (neo)fascismo*. In Neofascismo. La bestia neoliberal (Adoración Guamán; Alfons Aragoneses; Sebastián Martín (dirs.) Madrid: Siglo XXI, 2019.

mia capitalista – o mercado - só existe porque existem trabalhadores. Não existe economia sem vida e sem trabalhadores. E não existe economia capitalista sem extração da mais-valia.

E aqui a luta de classes ganha uma dimensão de luta da Vida contra a Morte, de luta pelos Direitos Humanos e pelo direito à vida contra a Necropolítica do Necrocapitalismo de barbárie. E se expressa na mobilização de todas e todos contra as práticas genocidas adotadas por governos neofascistas como os de Bolsonaro ou Trump.

Quando o governo Bolsonaro, a começar pelo próprio presidente e o chamado "gabinete do ódio", demonstra uma grande insensibilidade em relação aos atingidos e às mortes, explicita a opção pela política higienista do darwinismo social, numa expressão adaptada às condições do século XXI. E tal opção se aplica através de práticas genocidas e da solução final para as camadas mais pobres da sociedade. Esta concepção já aparecia na fala do ex-ministro da saúde Nélson Teich, quando inicialmente afirmava que não valeria a pena gastar recursos financeiros com os idosos. E norteia todas as práticas genocidas de Bolsonaro, de seus colaboradores e de seus seguidores. Bolsonaro, ministros e empresários, descaradamente, têm a coragem e a falta de vergonha de dizer que a morte de idosos e pessoas portadoras de fragilidades de saúde são perdas colaterais, já que a tendência é que morreriam mesmo. A descartabilidade de seres humanos é uma das facetas perversas do fascismo e a quantificação econômica de tais perdas uma das facetas perversas da lógica capitalista. Isso não é novidade, está presente desde o século XIX e tem por base o liberalismo. Por sinal, é importante não esquecer a relação existente entre o fascismo e o liberalismo.

Em entrevista ao blog de notícias Tutaméia, publicada em 27/03/2020 no Grupo Prerrô sob o título *"Donos do poder revivem darwinismo social para justificar mortes na pandemia"*, o jurista e filósofo Silvio Almeida afirmou:

"Historicamente no capitalismo, nas pandemias geralmente surge esse discurso de descarte de corpos. Na gripe espanhola aconteceu a mesma coisa. Não é novo na história colocar uma escolha entre a fome e a peste. Agora isso está muito evidente. Não dá para sustentar a vida e o sistema ao mesmo tempo. Ele precisa inventar uma maneira de falar que nem todas as vidas importam. É preciso hierarquizar as vidas. É uma grande contradição. Mais do que uma imoralidade, é uma tentativa desesperada de preservar o funcionamento do sistema tal como ele é hoje".

E dizer que nem todas as vidas importam pode ser afirmada com um fundamento pretensamente científico, das ciências sociais e humanas positivistas e

a construção de uma referência do que seria considerado normal. Afinal, é o mesmo liberalismo que se articulou com o positivismo, como forma de justificar as práticas de exceção em relação aos considerados diferentes e inadaptados à exploração e opressão do modelo capitalista. O modelo dizia ao mesmo tempo *"todos são iguais e livres"*, mas alguns são *"diferentes, inferiores, bárbaros e selvagens"*. Afinal, como justificar o discurso liberal de igualdade jurídica e liberdade e as práticas genocidas em relação aos povos colonizados ou aos nacionais europeus que eram pobres, operários, inadaptados, rebeldes, delinquentes etc, etc, etc. O darwinismo social e o higienismo jogaram um papel decisivo nesta empreitada de manutenção, reprodução e naturalização do capitalismo.

A pandemia da covid-19 aprofundou tais tendências de um modelo de sociedade que é excludente, elitista, desigual, opressor, explorador e violento. Por isso a Covid-19 não é democrática, apesar de muitas pessoas das classes médias, altas e muito altas serem atingidas. Mas é óbvio que as classes mais privilegiadas têm muito mais chances de sobrevivência nesse naufrágio do Titanic. Afinal, sem políticas públicas sociais na área da saúde, renda etc, somente alguns terão direito aos botes salva-vidas. São os que podem transitar pela turbulência do coronavírus com algum conforto, alguns com muitíssimo conforto, outros com o conforto de um bem-estar digno, com possibilidade real de isolamento social, com possibilidade real de boa alimentação e até novas formas de lazer, com boas condições de higiene e proteção, com seus filhos podendo acompanhar as aulas através dos meios informáticos modernos etc. Com certeza não é a realidade da maioria da população mundial. E ganha contornos de tragédia anunciada no Brasil governado por fascistas, obscurantistas, gente que inventa que *"a cloroquina salva em nome de Jesus"*, gente que acredita que a Terra é plana e que o vírus é uma invenção comunista chinesa para atacar o sacrossanto capitalismo ocidental.

A tragédia que se abate sobre o mundo é dramática e ganha contornos de catástrofe no Brasil, com um Ministério da Saúde ocupado por militares obtusos que nunca entraram em uma escola de medicina e que decide, no início de junho de 2020, não mais divulgar os dados diários de infectados pelo vírus e o número de mortes, questionando os números já divulgados anteriormente. Uma política de ocultamento da realidade, censura e manipulação que opta por esconder corpos, o desaparecimento de pessoas, por sinal tão comum nas ditaduras.

A peste atinge em cheio as populações indígenas, populações quilombolas, favelados, população das periferias, população de rua e população carcerária. Atinge o povo pobre, preto, pardo, as populações em situação de vulnerabilidade

social. E toda população que se vê obrigada a estar nas ruas, trabalhando ou transitando apinhados diariamente nos transportes públicos, como as empregadas domésticas, trabalhadoras e trabalhadores dos serviços etc.

Em uma sociedade de corte escravista e colonial, onde as classes médias, altas e muito altas não conseguem viver sem os seus privilégios, contando com os "seus" serviçais, as primeiras vítimas do coronavírus foram empregadas domésticas infectadas pelos patrões que chegavam de férias do exterior. Patrões que eram assintomáticos ou se curaram e sobreviveram. As empregadas morreram sem a assistência adequada.

Vai sendo adotada uma política de solução final que começa a matar, ou deixar morrer, em nome de escolhas perversas. Hoje escolhem os idosos, os quilombolas, os indígenas, a população de rua, os presidiários. E vão ampliando a escolha de "outros", "inimigos", cidadãos de segunda classe ou não cidadãos, humanos desumanizados. E não param mais de escolher os que merecem morrer para preservar a economia, os "cidadãos de bem" (de bens???), o sistema capitalista, o estilo de vida burguesa, elitista e privilegiada. A escolha recai sobre aqueles que os "donos do poder" - capitalistas, fascistas e seus apoiadores – consideram a escória, gente improdutiva, vagabundos etc.

Com certeza o coronavírus nada tem de democrático. Não por uma decisão do vírus, lógico, mas por escolhas políticas.

Para encerrar permitam-me a informalidade no texto, uma amiga, Gisele Cittadino, fez uma postagem numa rede social que sintetiza de forma direta e simples como a pandemia do coronavírus é seletiva e atinge preferencialmente as classes populares: *"As camadas populares desse país, negras e pardas, podem trabalhar como enfermeiras nos hospitais, caixas nos supermercados, operários nas fábricas e motoristas nos ônibus. São a maioria absoluta dos mortos na pandemia."*

INSPIRAÇÕES DA LEI N.º 10.835/04 NO AUXÍLIO-EMERGENCIAL: REFLEXOS DA COVID-19 PARA A EFETIVAÇÃO DE UM DIREITO

Juliana Teixeira Esteves[1]

Vitor Gomes Dantas Gurgel[2]

Raissa Lustosa Coelho Ramos[3]

A Lei n.º 13.982/2020 surge em meio a uma pandemia global que colocou em xeque as teorias políticas clássicas e a função do Estado, reestruturando relações sociais e econômicas em todo o mundo. Não havia ocorrido ainda no século XXI uma crise internacional tão grande quanto o aparecimento do coronavírus causador da infecção respiratória, Covid-19, que se tornou um fato histórico. Essa pandemia traz consigo consequências que repercutem não só na saúde, mas também na renda, na economia e no trabalho. Neste momento da transição, entre o velho mundo e o novo mundo, um elemento antes obscurecido passou a ter vital relevância para a sobrevivência do sistema integrado: a manutenção de uma remuneração mínima de base suficiente para participar da vida social, mesmo sem contraprestação.

Em abril, foram fechados 861 mil vínculos de emprego, segundo o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), do Ministério da Economia (2020). Este número acaba retomando a discussão sobre a proposta da renda básica incondicional e universal como a alternativa mais rápida. A partir dessa análise, propõe-se um estudo que relaciona elementos da atual Lei do Auxílio Emergencial com a Lei da Renda Básica de Cidadania e outros conceitos ligados à Seguridade Social já existentes, via perspectiva crítica.

O desemprego no Brasil passou a subir ainda mais por causa da pandemia, atingindo-se a marca de 12,6% de desocupados e o recorde de 25,6% de na taxa de subutilização no trimestre encerrado em abril, segundo o Instituto Brasileiro

1 Doutora em Direito. Professora de Direito do Trabalho e Seguridade Social na UFPE. http://lattes.cnpq.br/3872001040404254 https://orcid.org/0000-0001-5603-1250

2 Mestrando em Direito no PPGD/UFPE. http://lattes.cnpq.br/1166415410891490 https://orcid.org/0000-0002-3339-6836

3 Mestranda em Direito no PPGD/UFPE. http://lattes.cnpq.br/0434004984772383 https://orcid.org/0000-0003-2809-6596

de Geografia e Estatística por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. Em relação ao trimestre imediatamente anterior (de novembro de 2019 a janeiro de 2020), houve um aumento de 898 mil pessoas na categoria de desocupados. Além disso, só na primeira quinzena de maio de 2020, os pedidos de seguro-desemprego aumentaram 76,2%, segundo a Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia (2020), o que denota também um aumento significativo de pessoas sendo demitidas.

Com a nova crise sanitária deflagrada pelo COVID-19, o debate sobre uma renda básica universal mostra-se mais atual que nunca, visto que foi exposta a fragilidade dos sistemas de proteção social tradicionais[4]. Em diversos países, incluindo o Brasil, surgiram medidas de pagamento de uma renda básica a indivíduos ou famílias na tentativa de minimizar os efeitos dos problemas evidenciados no sistema vigente. Contudo, tais transferências surgidas após a pandemia não configuram uma RBU, pois tem prazo decadencial visando o período emergencial e os beneficiários devem satisfazer critérios de elegibilidade pré-determinados.

Entretanto, existem também iniciativas sobre o instituto da renda garantida universal sem vinculação com um intervalo de tempo pré-determinado, e elas começam a aparecer à medida que a pandemia acentua os problemas de desigualdade social e pobreza no mundo.

Recentemente, o Governo da Espanha aprovou, por meio do Conselho de Ministros, uma renda mínima vital para aqueles que não possuem níveis mínimos de renda. O auxílio funcionará como um complemento à renda de famílias vulneráveis, aquelas que não possuem renda maior do que 1.005 euros, e não será uma quantia fixa, pois levará em consideração a renda da família e sua situação (no total, categorizam-se 14 tipos de lares). A gestão dos recursos será de responsabilidade do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) local, e a perspectiva é garantir a cerca de 850.000 famílias uma renda digna para sua sobrevivência (GÓMEZ, 2020).

1. O AUXÍLIO EMERGENCIAL - NATUREZA E REQUISITOS

Inspirados na defesa capitaneada pela Rede Brasileira da Renda Básica, que defende a implantação da Lei n.º 10.835/04 e em meio à pandemia da Covid-19, o Brasil editou a Lei n.º 13.982, de 02 de abril de 2020, respondendo a alguns efeitos econômicos que atingiram pessoas de baixa renda, trabalhadores

4 Para se ter uma ideia, as quedas na bolsa de valores por causa da pandemia aproximam das da crise de 2008, com a "quebra" da bolsa.

autônomos, desempregados, trabalhadores informais e intermitentes. A partir da iniciativa do Congresso Nacional para a instituição de mecanismo financeiro apto a minimizar os efeitos econômicos provocados pela pandemia, a proposta do executivo federal foi de pagamento do valor de R$200,00, o que não foi aceito pelos congressistas que findaram por aumentar o valor. Após dois meses da implantação do programa, o direito foi ampliado a outras categorias como os trabalhadores do setor cultural, mas permanece sem aprovação final do governo federal e os beneficiários continuam com grandes problemas de gestão e acesso.

O auxílio emergencial configura-se como uma política assistencial e é, portanto, recepcionada constitucionalmente no âmbito da Seguridade Social. É assim, um direito fundamental cujas previsões eram de abarcar cerca de 59,2 milhões de pessoas, contribuintes ou não do sistema de seguridade, segundo pesquisa IPEA (SOUZA, et. al., 2020), que estão expostos à uma situação de fragilidade econômica agravadas pelas reformas trabalhistas iniciadas em 2017.

Como direito criado em meio a uma situação crítica na qual sistema econômico se mostra mais uma vez incapaz de ofertar emprego e renda para toda a população economicamente ativa, reabre-se a discussão sobre as bases para a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária, como apregoado pela Constituição Federal de 1988.

O auxílio previsto é uma escolha política de tempo reduzido - três meses - , mas que engloba uma parcela importante da população brasileira, pobre e sem emprego formal ou trabalho estável, embora a lei estabeleça requisitos cumulativos reduzidos na hipótese do artigo 2º. Aqueles com direito ao auxílio irão receber depósitos no valor de R$ 600,00 por três meses, sendo que para as mulheres que são mães e chefes de família, esse valor é de R$ 1,2 mil por mês, pelo mesmo período. É uma forma de prover inicialmente alguma proteção às pessoas que estão restritas do trabalho e sem renda em virtude do isolamento social.

O auxílio emergencial é pago aos maiores de 18 anos, formalmente desempregados, que não esteja recebendo benefício previdenciário ou assistencial e que exercem atividade na condição de microempreendedor individual, contribuinte individual, ou trabalhador informal, inclusive o intermitente inativo, inscrito no CadÚnico, mediante autodeclaração. A renda familiar mensal *per capita* deve ser de até 1/2 salário-mínimo; ou a renda familiar mensal total, de até 3 salários mínimos. No ano de 2018, não pode ter recebido rendimentos tributáveis acima de R$ 28.559,70. Observa-se que a narrativa legislativa, ao final, é em torno da renda, ainda que o referido artigo 2º tenha se atido à questão social. De forma

geral, o auxílio tem fundamental papel como uma das medidas de contenção do colapso econômico.

2. INSPIRAÇÕES DO AUXÍLIO EMERGENCIAL - A RENDA BÁSICA DE CIDADANIA

A Lei n.º 13.982/2020, assim como a proposta instituída na lei 10.835/2004, está pautada nos históricos princípios da justiça social e da liberdade e dignidade humanas de aceitação universal. Contribui para o aumento da dignidade humana, para a diminuição da vulnerabilidade das pessoas às adversidades naturais e econômicas e para a concretização da plenitude da liberdade individual, e ataca um dos principais determinantes da histórica pobreza brasileira: a desigualdade distributiva da renda. Nesse contexto, a renda básica se apresenta consistente com valores jurídicos fundamentais para a configuração do Estado brasileiro, que estabelece no artigo 3º da Constituição Federal os objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Em outros pontos, percebemos a clara preocupação do Constituinte de 1988 com as questões sociais. Ampliando sua dimensão social, inclui no art. 6º, entre os direitos fundamentais, a educação, a saúde, a moradia, o trabalho, o lazer, a segurança e a proteção à maternidade e à infância. Mais adiante, ao tratar da ordem social, estabelece normas programáticas que asseguram aos trabalhadores proteção contra a perda da capacidade para trabalhar e que garantem aos desvalidos em geral direitos assistenciais básicos. Entretanto, existe um imenso fosso que separa as intenções do Texto Constitucional da realidade social. A vulnerabilidade das instituições da área social brasileira, contam com escassos recursos técnicos e sofrem a influência de interesses privados.

Assim, Suplicy refinou a ideia a partir de debates acadêmicos e políticos, concebendo uma proposta universal, sem condicionamentos. Abandonando o projeto inicial, Programa de Garantia de Renda Mínima, outro foi apresentado ao legislativo federal (PL do Senado n.º 266/01 e PL n.º 254/03 na Câmara) com correções técnico-legislativas exigidas pelas comissões por onde tramitou o primeiro projeto, sendo denominado 'Lei da Renda Básica de Cidadania'.

Aprovada rapidamente, a Lei n.º 10.835/04 apresentava as vantagens da renda básica universal em relação à renda mínima focalizada: maior alcance da população-alvo, por escapar das falhas de exclusão inerentes a sistemas de focalização; ausência de qualquer forma de desonra dos beneficiários ou de investiga-

ção estatal das finanças dos cidadãos; e inexistência do desestímulo ao trabalho que poderia surgir em programa focalizado a partir do parâmetro da renda.

A Lei n.º 13.835/04 foi criada para que a pessoa deva receber uma renda e não pelo quê ela deve receber a renda. Isso ocorre em decorrência do respeito ao princípio da dignidade recepcionado na CF/88, que, por sua vez, não está vinculado ao trabalho. A Constituição vincula o ser humano à dignidade.[5]

A Renda Básica de Cidadania é um direito de todos os brasileiros residentes no país e estrangeiros residentes há pelo menos 5 anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, de receberem, anualmente, um benefício monetário.

Tal como o atual Auxílio Emergencial, os debates travados à época trouxeram as avaliações dos programas de renda mínima que mencionavam o fortalecimento da cidadania, o caráter distributivo, o estímulo do controle social das políticas públicas e impulsionamento da atividade econômica com estabelecimento de obstáculos ao trabalho infantil.

O professor Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 1993) defende a existência da renda básica universal como meio legitimador dos direitos fundamentais. Para o autor, a posição de universalidade de direitos fundamentais acaba sendo adstrita a um sistema positivo que confere validade a eles. Assim, ainda que exista o direito à liberdade de pensar e liberdade pessoal, e os direitos políticos e sociais, em uma sociedade escravocrata ou inteiramente mercantilista tais direitos desaparecem como fumaça; não seriam, portanto, nem universais, nem fundamentais. Pontua também que essa universalidade não é absoluta, mas relativa: todos os direitos que promovem a igualdade estão logicamente relacionados às classes de sujeitos a quem sua propriedade é legalmente reconhecida. O grau de igualdade diante da universalidade desses direitos fundamentais varia de acordo com o grau de democracia do Estado, bem como de acordo com as condições socioeconômicas em que vivem os cidadãos.

Dessa forma, Ferrajoli formula a tese segundo a qual para realmente existir a universalidade dos direitos humanos de forma condizente com o constitucionalismo, primeiro é necessário garantir a renda universal, pois não é pleno o exercício dos direitos fundamentais onde haja desigualdade, miséria e pobreza. De acordo com o jurista, essa plenitude pode ser alcançada apenas com a garantia

5 A vinculação da dignidade ao trabalho está registrado em portões de campos de concentração nazistas, onde se lê: "Arbeit macht frei". Tradução: "o trabalho liberta". A expressão pode ser vista na entrada de Auschmwitz e a expressão fora erguida por ordem do comandante Rudolf Hoss.

a um salário mínimo justo para quem trabalha e uma renda garantida para quem não trabalha.

Ele desenvolve, como desdobramento natural da Teoria do Garantismo Jurídico, enquanto conjunto de estudos das técnicas de tutelas dos direitos fundamentais, o garantismo social, "para designar o conjunto de garantias, em boa medida ainda ausentes ou imperfeitas, dirigida à satisfação dos direitos sociais, como a saúde, a educação e o trabalho e outros semelhantes" (FERRAJOLI, 2008, apud SILVA, 2011). Para ele, existe um dever no direito em se preocupar com todos os direitos fundamentais existentes para a garantia do sujeito em face do Estado e do mundo, especialmente o mundo globalizado.

Nesse sentido, a concepção de uma renda mínima enquanto mecanismo de assistência social pode ser visto como uma forma de garantir o direito fundamental à vida digna e a existência de todos de maneira mais independente em relação às determinações sociais às quais cada pessoa é sujeitada. Sobre esse aspecto social do garantismo, Maria Goretti dal Bosco diz que

> está relacionado à necessidade de assegurar os direitos à sustentação básica dos cidadãos, como a saúde, a educação, o trabalho, a moradia, entre outros, os quais, segundo Ferrajoli (2008, p.192), devem ser considerados supraestatais – assim como todos os direitos fundamentais – de modo a impor-se um sistema de obrigações internacionais para a proteção desses direitos, especialmente em relação aos países mais pobres (DAL BOSCO, 2020).

Portanto, na medida em que se trata de um expediente cujo objetivo último é a universalidade do direito à vida digna e à existência com verdadeira independência, Ferrajoli propõe a desvinculação entre o conceito jurídico de cidadania - presa a um Estado Nação - e a ideia de direito fundamental, para vincular ao conceito de ser humano, titular de direitos humanos - e portanto fundamentais - conferidos a todos os cidadãos do mundo, com a finalidade de minimizar proporção de vulnerabilidade e debilidade existentes.

3. CRÍTICAS APRESENTADAS E O PAVOR À DIGNIDADE UNIVERSAL

As principais críticas são alusivas à limitação de tais programas como meios de erradicação da pobreza e quanto à suposta ameaça de exclusão de trabalhadores desqualificados do mundo do trabalho. Os críticos conservadores apontam, ainda, uma suposta acomodação do beneficiário, o que geraria resistências à procura por alternativas de renda e emprego e atingiria a sensação comum de meri-

tocracia das pessoas vivendo sob um sistema econômico neoliberalista.

Essa crítica se pauta na ideia de que, como a renda seria incondicional, pessoas que "não contribuem com a sociedade" seriam beneficiadas sem dar nada em troco.

Essa autonomia parece assustar, todavia, ainda que se considere trabalho apenas o emprego assalariado, não há como deduzir que a renda básica contribuirá para reduzir o interesse pelo trabalho, porquanto ausente comprovação da "ociosidade" da população beneficiária.

Entretanto, essas críticas sobre a renda universal baseadas no argumento de meritocracia segundo a lógica liberal acabam indo contra sua própria ideologia do que é liberal. Afinal de contas, se a liberdade é o preceito mais importante, o quão livres se podem considerar pessoas em situação de vulnerabilidade social? A renda básica ofereceria justamente a liberdade para a pessoa escolher entre trabalhar ou não, e ainda gerenciar as oportunidades a partir do momento em que uma pessoa sem passar necessidades teria condições de não aceitar um emprego degradante e procurar outro melhor, por exemplo.

É necessário compreender que existem disparidades sociais que atingem as necessidades primárias dos seres humanos, de forma que não se tem como assegurar perspectivas de vida melhor ou melhores condições de trabalho. Isso compromete especialmente qualquer noção de liberdade do indivíduo, já que o sistema capitalista transformou o dinheiro num instrumento essencial para acessar oportunidades de vida. Sem renda, o ser humano não consegue prosperar.

A implantação de um mecanismo de RBU também é criticado por romper com o padrão que integra uma das grandes dicotomias que a sociedade usa para classificar, dividir, e entender um universo, que é a separação entre o público e o privado. Para Bobbio (1987), no contexto da sociedade capitalista e para o ser social que se constituiu nela, a separação entre esses dois componentes representa também a própria lógica de funcionamento de seu mundo, e o conceito da renda universal implica diretamente na mitigação dessa separação.

Já os principais apontamentos dos relatórios debatidos pelos setores da sociedade civil são relativos às dificuldades de identificação dos beneficiários. Importante mencionar que os opositores à política destacam o problema de mecanismos justos para seleção do público-alvo, a fim de evitar o clientelismo e o apadrinhamento político (BRITTO, 2008). Diante do crescimento da tecnologia e sua repercussão no mundo do trabalho, começam a surgir defesas, ainda que

esparsas, da necessidade da renda básica.

Ainda que demonstradas as vantagens sócio-econômicas, as oposições ao pagamento da bolsa família (ISTOÉ, 2020) - diga-se, renda mínima - à parcela da população considerada extremamente pobre, esteve presente nos quatro debates para eleições presidenciais ocorridos desde a implantação do programa, e nos três programas de governo dos principais candidatos à presidência em 2013, totalizando 16 anos de resistência de parte da população média brasileira (FORTUNA, 2020).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do coronavírus tem imposto a vários países ao redor do globo o desafio de lidar com a crise de repercussões não só de saúde, mas também na economia e na sociedade. Com o aumento nos índices de desemprego e paralisação do comércio e outras atividades, milhões de pessoas foram privadas de sua renda, o que impulsionou novamente debates sobre a necessidade de um sustento digno para todos.

Há diferenças fundamentais entre o sistema da Renda Básica da Lei n.º 10.835/04, incondicionada, e o auxílio emergencial aprovado recentemente, condicionado ao rendimento do beneficiário. O sistema da Renda Básica constitui uma evolução dos programas de renda mínima, e o programa do Auxílio Emergencial e o Bolsa-Família seriam um meio para o Brasil chegar à renda básica. Os limites para a adoção da renda básica universal são políticos e ideológicos, e os principais desafios consistem em fazer emergir a vontade política para a adoção do programa de renda básica.

A Lei da Renda Básica não exige uma nova postura do Estado em relação à aplicação de outras políticas públicas como acesso à saúde e educação. Associando-se essa premissa à nova configuração ideológica da política brasileira e às remotas defesas feitas pelo movimento sindical, é possível que as vozes da esquerda, que hoje estão na oposição, consigam ecoar.

Por fim, defende-se que o financiamento seja supranacional a fim de evitar as diferenças de capacidade de cada país/estado e garantir a busca pela redução global das desigualdades sociais. O debate caminha, pois, para a Renda Básica Universal de nível global, em uma perspectiva política, no contexto da neo-social-democracia, a partir de uma nova geopolítica global que possa assegurar o Direito à Vida ou o Direito à Existência para todo o gênero humano.

MEDIAÇÃO JUDICIAL ON-LINE: USO DE PLATAFORMAS-ODR EM TEMPOS DE COVID-19

Karen Rosa de Almeida[1]

Margareth Vetis Zaganelli[2]

Os proveitos das tecnologias em progressão podem, por certo, facilitar e otimizar a prestação de serviços jurídicos. Considerando o sem-número de recursos tecnológicos aplicáveis à materialização do Direito e a importância do tratamento adequado de controvérsias para a atribuição de garantias aos cidadãos, este estudo tem por escopo a mediação em âmbito judicial por meio de plataformas de *Online Dispute Resolution* (ODR), mormente no Brasil, com o fito de analisar sua indispensabilidade enquanto perdurarem os desafios decorrentes da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), declarada pela Organização Mundial da Saúde.

O presente capítulo foi estruturado de modo a abordar, em primeiro lugar, a temática da resolução de disputas por meios adequados para, em seguida, apresentar utilidades das vias das ODRs durante a culminância de casos de COVID-19 para a gestão de conflitos e, por fim, centrar os esforços na investigação da mediação on-line em âmbito judicial como técnica de tratamento de demandas, por meio de metodologia lógico-dedutiva, de pesquisa bibliográfica qualitativa e de análise de dados estatísticos apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Assim sendo, a pesquisa empreendida encontra justificativa na gravidade do quadro de infecções pelo novo coronavírus no Brasil – que contabiliza um acumulado de mais de 500 mil contaminações por COVID-19, segundo dados

---

1 Acadêmica de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) – Vitória. Estudante no Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI), da UFES. Integrante do Bioethik - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES). Integrante do grupo de pesquisa "Robótica, Inteligência Artificial e Direito: a proposta europeia sobre responsabilidade de robôs". Integrante do grupo de pesquisa "Direito, tecnologias e inovação" (UFES). Monitora da disciplina de Teoria Geral do Direito, ministrada na UFES em 2020. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0419295043991093>. E-mail: <rkarenalmeid@gmail.com>.

2 Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano - Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna(UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES). Professora investigadora do Projeto Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" do Erasmus Plus European Commission - cofinanciado pela União europeia (School of Law). E-mail: <mvetis@terra.com.br>.

do Ministério da Saúde (2020) – e na relevância das investigações voltadas às formas de acesso à justiça executáveis durante o período de isolamento social.

1. MÉTODOS ADEQUADOS PARA GESTÃO DE DISPUTAS: BREVES NOTAS

Ainda persistem, no Brasil, práticas excessivas de judicialização de conflitos que intensificam os efeitos da "cultura do litígio" (MORAIS, 2018) e que contribuem para o sobrestamento de processos no âmbito do Poder Judiciário – evidente no prazo médio de 740 dias para resposta definitiva de uma ação judicial, segundo Viana (2014).

Em especial atenção à morosidade da adjudicação estatal decorrente da sobrecarga dos órgãos jurisdicionais brasileiros, têm sido aprofundados, no País, estudos voltados à apresentação de métodos adequados e tempestivos de composição de demandas. Esforços no sentido de apontar a inaptidão dos tribunais para a apreciação de todas as questões não são recentes, pelo que, ainda em 1976, o professor da Universidade de Harvard, Frank Sander, destacou que

> *We lawyers have been far too single-minded when it comes to dispute resolution. We have tended to assume that the courts are the natural and obvious – and only – dispute resolvers. In fact there exists a rich variety of processes which may resolve conflicts far more effectively. Much as the police have been looked for to 'solve' racial, school and neighborly disputes, so too have we been making greater and greater demands on the courts to resolve disputes that used to be handled by other institutions of society. Quite obviously, the courts cannot continue to respond effectively to those accelerating demands. It becomes essential therefore to examine other alternatives).* (SANDER, 1976).

Proposições como a de Sander levam à percepção da imprescindibilidade da adaptação dos meios de solução de controvérsias às peculiaridades dos casos e às características dos sujeitos implicados, garantindo-se a tempestividade e a satisfatória efetivação os direitos reclamados – e, pois, o acesso à justiça, "o requisito fundamental [...] de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

Dentre os meios mais comuns de administração de disputas estão a conciliação e a mediação, aproveitadas, inclusive, em âmbito judicial nos termos do artigo de nº 334[3] do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) (BRASIL,

3 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

2015a). Essa aplicação representa, no Brasil, expressão do *multidoor court-house system,* estrutura em que são disponibilizados diferentes vias para a abordagem dos diversos tipos de questões (SANDER, 1976).

A eficácia da conciliação ou da mediação judicial, verdadeira *porta* de acesso à justiça, resta comprovada por dados como os números de processos terminados em homologação de acordos – resultantes da audiência prevista no artigo 334 do CPC/15 – nos Estados de São Paulo e de Rio de Janeiro entre 2013 e 2017, equivalentes, respectivamente, a 1.023.852 e a 381.115 processos, segundo o Conselho Nacional de Justiça (2019).

Diante da imprescindibilidade da manutenção do acesso à justiça e da expressividade dos resultados relativos à concreção de direitos pelas vias consensuais da mediação e da conciliação (também) sob domínio estatal, tornam-se essenciais os esforços para mantê-las durante a culminação de infecções por COVID-19.

Portanto, as vulnerabilidades percebidas (acentuadas ou surgidas) durante o período de isolamento social motivado pela pandemia de coronavírus (COVID-19) fundamentam a exploração dos recursos tecnológicos disponíveis para a prestação de serviços jurídicos voltados à concreção de garantias normativas – razão pela qual investigamos o uso de ODRs de primeira geração em mediação em âmbito judicial.

2. ODR: UTILIDADE DE APLICAÇÃO EM TEMPOS DE COVID-19

Chamamos *Online Dispute Resolution* ou ODR "sistemas de *Alternative Dispute Resolution*[4] baseados em modernos recursos de Tecnologias de Informação e de Comunicação [TICs]" (tradução livre) (PERUGINELLI, 2002, p. 2). Referimo-nos, então, à primeira geração de ODR, marcada pela predominância de papéis exercidos pela tecnologias e relacionados à comunicação entre os sujeitos (ANDRADE, 2010). Nesse sentido, recorre-se a chamadas de vídeo, a e-mails e a outros mecanismos de comunicação síncrona e assíncrona (PERUGINELLI, 2002).

Usualmente, defende-se o emprego de ODRs em face da facilidade do uso das ferramentas, da redução da complexidade dos procedimentos e da celeridade – ocasionada, dentre outros fatores, pela dispensa da permanência dos envolvidos

4 Expressão relativa aos meios de resolução de conflitos distintos do processo judicial. Contudo, preferimos nos referir a métodos como a mediação e a conciliação como "adequados", porquanto são passíveis de adaptação à natureza dos litígios e podem trazer resultados melhores e com mais celeridade.

no mesmo espaço físico (ANDRADE *et al,* 2010). Entretanto, diante da gravidade do quadro da pandemia de COVID-19, torna-se inevitável aplicar as tecnologias concernentes às ODRs, sobretudo as TICs que autorizam a manutenção da interlocução entre as partes à distância.

No Brasil, por exemplo, ainda que o parágrafo 7º do artigo 334 do CPC/15 informe expressamente que a audiência de mediação ou de conciliação – a ser designada no início do procedimento quando não dispensada por todas as partes – pode ser realizada por meio eletrônico (BRASIL, 2015a), publicou-se regramento específico (lei nº 13.994/2020), no contexto da disseminação do novo coronavírus, para asseverar a permissão e a utilidade dos recursos tecnológicos na efetuação desse procedimento no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis[5] (BRASIL, 2020).

É importante observar, no entanto, as condições socioeconômicas e as informações detidas pelas partes a fim de evitar que os mecanismos empregados constituam empecilho para o desenvolvimento do contraditório e obstruam o acesso à justiça. A tendência, todavia, é que os proveitos sejam ainda mais convenientes durante o distanciamento social.

3. MEDIAÇÃO JUDICIAL DIGITAL NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA: A PLATAFORMA MOL E A CAMPANHA "A JUSTIÇA NÃO VAI PARAR"

A mediação, uso de um terceiro imparcial para assistir o conflito e para restabelecer o contato entre as partes (KUSTER, 2017), tem-se revelado técnica eficaz para a composição de litígios e para a atribuição de direitos – e, pois, para o acesso à justiça – no Brasil. Isso porque a realização de acordos tem maiores chances de satisfazer aos dois polos do litígio do que as decisões impostas pelo magistrado à questão. Parece ter sido esse o entendimento do legislador, considerando que o CPC/15 influencia amplamente a consensualidade.

Com efeito, a lei de nº 13.140/2015, a qual dispõe sobre mediação judicial e extrajudicial, estabelece, em seu artigo 46, que "a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo" (BRASIL, 2015b). Então, considerando a ausência de imposições – à exceção da concordância dos sujeitos parciais – con-

5 Art. 2º Os arts. 22 e 23 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 22, § 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes". (BRASIL, 2020).

cernentes à forma virtual de realização das sessões/das audiências, argumentamos no sentido de que não existem prejuízos no uso dessa forma de gestão, mas, ao contrário, os resultados tendem a ser maximizados a partir do emprego da tecnologia.

O sucesso da "Mediação Online" (MOL) ratifica essa proposição. Constituída no ano de 2015, a MOL, primeira plataforma de mediação em espaço virtual no País, já tratou de mais de 54 mil casos e foi utilizada por empresas como Magazineluiza, Itaú, Caixa Econômica e Mercado Livre (MOL, 2019).

Aproveitando-se das experiências adquiridas desde 2015 e reconhecendo (i) a necessidade do aproveitamento dos mecanismos de *Online Dispute Resolution* para a realização de sessões de mediação durante o isolamento social, (ii) a eficácia da mediação judicial na atribuição de garantias normativas e (iii) a indispensabilidade de manutenção do acesso à justiça mesmo em meio à pandemia de COVID-19, a plataforma "Mediação Online" lançou a campanha "a justiça não vai parar" e disponibilizou seu espaço virtual gratuitamente, durante o enfrentamento do coronavírus, para todos os órgãos componentes do Poder Judiciário (MOL, 2019).

A campanha parece reforçar o argumento de que a concreção da justiça – com a consequente materialização de direitos – nem sempre é obtida por meio da prolação de sentença judicial.

É pertinente destacar, por último, que a saída do âmbito judicial, possível a partir do restabelecimento do contato entre as partes nas audiências designadas para a mediação da controvérsia, tem potencial para poupar os envolvidos, em alguma medida, das instabilidades na prestação de serviços jurídicos durante a pandemia – *v.g.,* não sujeição à interrupção de prazos processuais em face do aumento do número de infecções por COVID-19.

4. CONCLUSÃO

São necessárias a este trabalho as observações sobre as imensuráveis proporções dos impactos causados pela pandemia de COVID-19 na sociedade e, pois, no Direito e no oferecimento de serviços jurídicos no Brasil. Assim, o estudo empreendido no capítulo cooperou para melhor compreensão acerca das repercussões da disseminação do coronavírus no País sobre o acesso à justiça, apontando para a *Online Dispute Resolution* – mais especificamente, para a mediação on-line – como alternativa viável à manutenção da materialização de direitos.

Nesse sentido, destacamos benefícios como a dispensa da presença física dos envolvidos e como a economia resultantes da mediação judicial pelas vias das Tecnologias de Informação e de Comunicação – característica forma de emprego de ODR e conveniente para a atribuição de garantias normativas aos cidadãos durante o período de afastamento social determinado em razão do alarmante número de infecções por COVID-19 no Brasil.

Os resultados da pesquisa bibliográfica efetuada, do exame de leis pertinentes e da análise de dados feita apontam para a utilidade e para a eficácia da mediação em âmbito judicial na efetivação de direitos e na preservação do acesso à justiça, porquanto a técnica pode ser adaptada para casos em que as partes se encontram em situações vulnerabilidades decorrentes da pandemia de coronavírus – *v.g.,* pessoas integrantes do grupo de risco.

Assim, os proveitos da mediação nesse cenário são confirmados pelo desenvolvimento da campanha "a justiça não vai parar" pela plataforma "Mediação Online", com disponibilização gratuita de espaço virtual para a realização de sessões on-line pelos órgãos do Poder Judiciário.

ENFERMIDADE DEMOCRÁTICA NA PANDEMIA DA COVID-19

Lilian Balmant Emerique[1]

Nos últimos anos tem crescido o debate em torno da crise e corrosão da democracia que, aos poucos, vai ganhando expressões globais. Uma vasta literatura, principalmente proveniente do eixo norte, acompanha o fenômeno, destaca seu ineditismo frente às crises democráticas passadas e advertem sobre os seus perigos no presente. Inclusive, algumas análises menos otimistas, sinalizam para um futuro caótico com o risco de morte para a democracia, a virada para extrema direita, a emergência do (neo)fascismo.

O que há em comum nesta literatura, ainda que na percepção dos autores existam diferença nas causas, nas ênfases de abordagem e na construção de respostas? De um modo geral, todos sinalizam, advertem ou constatam o delicado momento e o declínio pelo qual passa a democracia em várias partes do mundo. As palavras mais comuns se tornam: "erosão", "corrosão", "retrocesso", "decadência", "derrocada", "esvaziamento" da democracia e de suas instituições.

Em meio à expansão global deste processo, o momento vivenciado desde meados da década de 2010 é bastante nebuloso. As experiências governamentais de inovações democráticas reduziram substancialmente se comparadas com a década anterior. Diversos países estão aprisionados em espirais democráticas regressivas e os casos de Estados fracassados têm aumentado. Até agora os partidos políticos de vertente mais democrática e os movimentos sociais não obtiveram sucesso em melhorar as relações de força numa outra direção e correntes conservadoras e reacionárias acrescem seus espaços de ação e adesão.

O cenário é, no mínimo, preocupante e merece todo o empenho para compreender, denunciar, criticar e procurar respostas para a sobrevivência da democracia e o aperfeiçoamento de suas instituições, especialmente no sul global, onde as fragilidades democráticas são maiores, mais se justifica um debate subs-

---

1 Professora Associada da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Este trabalho conta com apoio à investigação: a) FAPERJ Edital de Apoio à Pesquisa em Humanidades - Processo n.º E-26/210.112/2016; b) CNPq Edital Universal nº 26/2018 - Processo nº 408728/2018-3; c) CAPES PRINT UFRJ – Processo n.º 8888.364723/2019-00. Pesquisa construída no âmbito do pós-doutorado na Facultad de Derecho de la Universidad de València (Espanha) e no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa (Portugal).

tancial do tema.

Não bastasse o problema de natureza política, a propagação exponencial do coronavírus culminando na pandemia da COVID-19 tem produzido um conjunto de reações políticas variadas nos países. Todavia, em muitos desses países onde já se vislumbravam dificuldades causadas pela erosão democrática, a pandemia tem servido como desculpa para justificar a ampliação de poderes de governantes e o uso de medidas restritivas de direitos desproporcionais para o enfrentamento das questões de saúde pública.

A própria construção da pandemia como "fenômeno social" desenvolve um novo espaço para o debate público e torna-se uma causa que transcende o caso individual dos doentes ou o destino de grupos particulares mais afetados (no caso do coronavírus, por exemplo, os idosos). Passa a colocar em xeque o interesse coletivo. Em torno dela intervêm e mobilizam-se muitos grupos e as mais diversas instituições nacionais e internacionais, estatais ou não estatais.

Como toda epidemia, o COVID-19 manifesta fraturas sociais, pois nenhuma epidemia é só um problema médico, mas histórico e político. A doença exige respostas à altura de sua complexidade, não sendo possível tratá-la somente com medidas paliativas. Até porque, diversos fatores influenciam no seu curso, dentre os quais os fatores biomédicos podem, em dadas conjunturas, não ser necessariamente os mais importantes, inclusive podendo dar lugar a outros pontos de referência no seu desenrolar.

Os contextos sociais e culturais estruturam os paradigmas mutantes da epidemia pelo COVID-19 nos países e essas forças condicionam, concomitantemente, as formas de reação da sociedade à epidemia. Reações essas que demonstram as tensões sociais contemporâneas sejam elas visíveis, escondidas ou desconhecidas na paisagem social.

A proposta deste sucinto estudo consiste em explorar a questão da crise da democracia sob a perspectiva da assim chamada "nova-direita" e seus representantes, procurando entender o fenômeno e sua forma de atuação em meio à pandemia da COVID-19.

1. EROSÃO DEMOCRÁTICA E A "NOVA DIREITA": A CONTAMINAÇÃO DA POLÍTICA

Alguns autores têm designado como *pós-democracia* a fase crítica enfrentada pelas democracias nos últimos anos, em que pese alguma rejeição do termo por este padecer de certa imprecisão - uma vez que pode equivocadamente

induzir a conclusão de que se trata de uma nova etapa de superação positiva da democracia – a referência a esta imagem ajuda a situar o debate sobre a crise democrática nos dias de hoje.[2]

Por pós-democracia se designa a tendência dominante na atualidade de um sistema no qual, aparentemente, não existe diferença em relação à democracia ocidental clássica, ou seja, caracteriza-se por eleições livres, independência judicial, respeito aos direitos individuais. A aparência é a mesma, porém, a democracia é esvaziada desde dentro e o poder real é transferido do *demos*, a medida em que as decisões são tomadas pelas direções de grandes empresas transnacionais, pelas agências de classificação de risco, pelo mercado financeiro, pelas organizações internacionais e comunitárias e pelos órgãos tecnocráticos.

As leituras críticas deste momento inquietante pelo qual a democracia tem passado são balizadas em aspectos diversos do processo, acentuam certas características e constroem distintas linhas de abordagem. Na literatura mais concentrada nos elementos políticos da desconsolidação democrática encontra-se um espectro grande de trabalhos nos quais o processo é identificado como fruto da expansão do populismo autoritário e da perda da consistência da democracia liberal e, um outro grupo que enxerga o problema com um olhar mais negativo sob o cenário político, exibindo contornos de uma nova onda fascista, neofascista ou de um fim apocalíptico com a morte da democracia.

Na percepção de Mounk, a democracia liberal tem se decomposto em suas partes integrantes, conduzindo a ascensão da democracia iliberal (democracia sem valores liberais) e do liberalismo antidemocrático (liberalismo sem valores democráticos). Para ele o desencanto com o sistema político é causado devido: a estagnação do padrão de vida, o medo da democracia multiétnica e a ascensão das mídias sociais; o que acarreta um sério risco para a sobrevivência da democracia liberal, carecendo de vitalidade para resgatar e defender os valores democráticos.[3] Ainda que se discorde total ou parcialmente das causas e/ou das saídas anotadas

2 O termo pós-democracia foi cunhado no livro de Colin Crouch. Post-democracy. Polity: Cambridge, 2004, que explica: "En este modelo, aunque por supuesto las elecciones existan y puedan cambiar los gobiernos, lo debate electoral público se limita a un espectáculo que está estrechamente controlado e gestionado por equipos rivales de profesionales expertos en técnicas de persuasión, y que se centra solamente en una pequena gama de cuestiones escogidas por estos equipos. La mayor parte de los ciudadanos desempeña um papel passivo, inactivo o inconcluso apático, y responde unicamente a las señales que se le lanzan... la política se desarrolla entre bambalinas mediante la interacción entre los gobiernos eligidos y unas elites que, de forma abrumadora, representan los interesses de las empresas (p. 11)." No Brasil, Rubens Casara (2017) discute a pós-democracia sob a perspectiva do Direito, com ênfase no papel do direito penal na gestão dos grupos sociais considerados indesejáveis. CASARA, Rubens R R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 5ª ed.- Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017. E Luciana Ballestrin (2018) coloca ênfase nas peculiaridades do sul global em relação aos problemas suscitados pela pós-democracia. BALLESTRIN, Luciana. O Debate Pós-democrático no Século XXI. Revista Sul-Americana de Ciência Política, 2018, v. 4, n. 2, 149-164.

3 MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 31-32.

por Mounk para o problema, é difícil discordar da existência de uma crise da democracia contemporânea, com prejuízo para os valores liberais.

Segundo Ginsburg e Huq existem dois caminhos para o declínio da democracia: a) o colapso completo e rápido pelo autoritarismo, especialmente na forma do (neo)fascismo e; b) o caminho lento da erosão democrática em três principais predicados: *i*) eleições competitivas; *ii)* liberdade de expressão e associação; *iii)* rule of law (Estado de Direito).[4]

Enfim, a erosão acontece nos alicerces constitutivos da democracia, daí ser essencial a identificação do momento em que a democracia começa a deteriorar, ainda que desta desconsolidação democrática não resulte um autoritarismo completo. O problema passa pelo incremento de mudanças no regime legal e nas instituições com efeitos cumulativos que, em quantidade suficiente, altera a qualidade da democracia. Também existem os casos híbridos ou progressivos, em que a lenta mudança culmina no colapso da democracia em termos de mudanças normativas e institucionais.

Parte expressiva, muito embora não exclusiva, destes processos de erosão democrática tiveram como protagonistas os governos formados por representantes da assim chamada "nova direita".

A nova direita, embora não se apresente da mesma forma em todos os lugares, emerge em razão de um conjunto de fatores sociais, políticos e econômicos variados, cujo surgimento se acentuou a partir da crise econômica de 2008, com o desgaste da imagem dos **governos ditos "progressistas"** na América Latina e de um tipo de socialdemocracia europeia causada, mesmo quando havia alternância política, pela continuidade e posterior avanço da agenda neoliberal por eles criticadas, trazendo desconfiança e pessimismo no eleitorado em relação à capacidade destes para a resolução das diversas crises, bem como o ingresso no debate entre o público e o privado, que embaralhou o cenário cultural constituído e alcançou certo apelo entre as silentes maiorias.

Na América Latina os processos de esvaziamento dos direitos trabalhistas e previdenciários, a precarização, o favorecimento dos bancos e dos grandes grupos empresariais nacionais e internacionais, a insuficiência com o tempo das políticas compensatórias para redução da **pobreza** e a extensão da violência e insegurança urbana ao ponto de tornarem-se preocupações centrais tanto nas classes medias como entre os residentes nas periferias urbanas, contribuíram para a deterioração dos ciclos "progressistas". Sendo certo que estes se esgotaram com virada no des-

4 GINSBURG, Tom e HUQ, Aziz Z. How to save a constitucional democracy. Chicago and London: University of Chicago Press, 2018, p. 43.

tino econômico da região, provocadas pela queda do preço das *commodities,* que afetaram a folga orçamentária financiadora das políticas públicas e subsídios que permitiram, inclusive, as práticas de clientelismo político.

A nova direita em muitos casos é encarada por uma parcela expressiva da sociedade como uma resposta extrema à ausência de um horizonte de expectativas expressas num desejo de mudança do *establishment*.

Não é invulgar que a nova direita se associe a fenômenos como autoritarismo, nacionalismo, populismo, conservadorismo, às vezes ocorre um deslocamento da questão social para as questões identitárias gerando xenofobia, islamofobia, desprezo pelo pluralismo, racismo, discurso de ódio etc.[5]

Segundo Carlos A. Gadea, a nova direita assinala também uma m**udança de cultura** caracterizada pela sinergia entre **modernidade** e **conservadorismo** por meio da qual acontece uma "renovação da esfera privada como âmbito privilegiado da vida cotidiana. Procuram-se fórmulas que corrigiriam os **desvios sociais e culturais** desta acelerada, flexível, volátil e banalizada vida contemporânea". Além disso, a nova direita não apresenta uma ideologia clara no padrão tradicional, porque em certos assuntos pode assumir uma posição progressista e noutros uma posição conservadora. Na América Latina e nos Estados Unidos da América (EUA) o conservadorismo é reforçado pela aproximação com igrejas evangélicas que lhes dão base de apoio político.[6]

Por último, a nova direita cultiva uma base comportamental e de crenças baseadas no amplo uso de tecnologias e comunicação por meio de redes sociais, na defesa inquestionável da meritocracia, no mundo *cool* do *coach*, na vida saudável. Tem como base moral uma nova identidade individualista e global, com preocupações tanto religiosas quanto ecológicas, sobre o cuidado de si mesmo.[7]

Pois bem, em meio ao quadro de enfermidade democrática que acomete vários países até aqui referido, se soma o revés da crise de saúde provocada pela pandemia do COVID-19 e, neste tumultuado cenário, casos diversos se somam em que governos aproveitam-se da pandemia para aumentar seu poder e inúmeras decisões tomadas para tentar deter o progresso da pandemia e/ou os seus reflexos negativos na economia são tomadas em contradição com os postulados democráticos.

---

5 TRAVERSO, Enzo. Las nuevas caras de la derecha. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018.

6 "A nova direta reflete uma sinergia entre modernidade e conservadorismo. Entrevista com Carlos A. Gadea" Por Patricia Fachin, em 15 de maio de 2019. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/eventos/159-noticias/entrevistas/589142-a-nova-direita-reflete-uma-sinergia-entre-modernidade-e-conservadorismo-entrevista-especial-com-carlos-gadea. Acessado em: 01 mai. 2020.

7 *Idem*.

2. ENFERMIDADE DEMOCRÁTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

O coronavírus não é o grande responsável pela atual enfermidade democrática, mas ele virou uma desculpa ou um aliado a mais para justificar o aprofundamento da corrosão da democracia nos países que já sofriam com estes processos, isto é, os governantes dos países aonde a erosão democrática já segue vigorosa, utilizam mais frequentemente o aparato antidemocrático nas medidas emergenciais impostas para conter a propagação do vírus ou mesmo na omissão criminosa em adotar medidas sanitárias eficazes para conter o avanço da pandemia.

Tal como não existe uma uniformidade na nova direita, igualmente as respostas adotadas pelos governantes desta linha para o enfrentamento da pandemia da COVID-19 também seguem caminhos diferenciados conforme o país. Aqui faremos uma abordagem sucinta e panorâmica sobre esta questão.

Em vários países as medidas emergenciais que mais atingem a democracia incluem a apresentação ao Poder Legislativo de projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo com processo legislativo acelerado. Apesar de nestas circunstâncias não se atender ao tempo necessário para o debate público, isto em si mesmo não constitui um problema, pois são padrões institucionais aceitos na democracia. No entanto, se o conteúdo normativo não for fundamentado na ciência, nas orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS) e de órgãos de saúde ou de especialistas econômicos e internacionais e, além disso, der margem para medidas questionáveis e atentatórias aos direitos humanos, deslocando-os do centro das soluções[8], daí podem resultar problemas para a democracia, em maior ou menor medida, conforme o caso.

Uma vez que estas leis são aprovadas, no todo ou em parte, com alterações ou não do seu conteúdo pelos legisladores, são emitidos vários documentos normativos secundários pelo Executivo (por ex: decretos, portarias etc.), alguns deles com proposições de eficácia duvidosas para atender as necessidades geradas pela pandemia.[9]

8 BACHELET, Michelle. "Coronavírus: direitos humanos precisam estar no centro da resposta" em 13/03/2020. https://nacoesunidas.org/coronavirus-direitos-humanos-precisam-estar-no-centro-da-resposta-diz-bachelet/amp/ Acesso em 17 mar. 2020.

9 No Brasil, a Lei nº. 13.979/2020 "lei de quarentena", aprovada em fevereiro de 2020, circunscrevendo-se a epidemia de COVID-19, enumera algumas disposições mais bem aquilatadas no debate sanitário brasileiro nos seguintes temas: nas restrições de direitos prevista na legislação (tais como o isolamento, quarentena, compulsoriedade de testes, vacinação, exames e tratamentos médicos, restrição temporária de entrada e saída do país de pessoas e bens; a requisição de bens e serviços privados pelo Estado, dentre outras) foram acrescentadas algumas salvaguardas; algumas melhorias de procedimentos introduzidas no texto pelo Congresso Nacional; exigência de transparência das ações da Administração Pública (licitação e informações permanentes); apoio social aos mais vulneráveis (matérias trabalhistas, previdenciárias e assistenciais); uso de medidas com respaldo

Na Hungria a enfermidade democrática se alastrou com a pandemia da COVID-19, o estado de emergência foi a medida utilizada para conter o progresso dos contágios. Contudo, posteriormente, foram produzidas e encaminhadas normas com o intuito de amplia-lo sem uma sustentação de base científica adequada para justificar a manutenção da medida indefinidamente e o governante pediu autorização ao Legislativo para suspender determinadas leis e a permissão para emitir decretos livremente (governar por decretos).

Em suma, Viktor Orbán tem utilizado a pandemia para obter poderes plenipotenciários para governar por decreto por tempo indeterminado, silenciar e imprensa e dissidentes e promover repressão de manifestações. Ganhou poderes para suspender aplicação de determinadas leis, o próprio trabalho do Parlamento ou o calendário eleitoral do país. A lei aprovada pelo Parlamento, onde o partido de Orbán tem maioria, prevê a condenação com penas de até 5 anos de prisão de quem dificultar aplicação de medidas de contenção do vírus ou disseminar informações falsas ou fatos distorcidos, suscetíveis de causar alarme ou instabilidade social, esta lei foi escrita de forma a permitir perseguir atividade jornalística e dissidentes, pois a prisão irá recair sob aqueles que contestarem informações oficiais do governo nos meios de comunicação.[10]

De certa forma, o que se pretende com este conjunto de proposições é ter poderes para decidir quando a pandemia começa e quando ela termina e, ainda que o Legislativo fique impedido de manter suas sessões em funcionamento para evitar contaminação dos parlamentares ou tornar-se um foco de propagação da doença, o objetivo é seguir dirigindo o país na base de normas (decretos especiais) emitidas pelo Executivo.

Nos EUA o governo de Trump caminhou do negacionismo em torno da epidemia até ao ataque da OMS, o que causa um estremecimento do multilate-

em decisões científicas e com base em decisões de órgãos técnicos de saúde pública; e questões de dignidade da pessoa e proteção de direitos humanos. Conferir importante análise sobre a lei da quarentena em VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. "A emergência do novo coronavírus e a "lei de quarentena" no Brasil". Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020, p. 10. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180. Acesso em 13 mar. 2020. Contudo, se a lei da quarentena, apesar de ser de iniciativa do Executivo, apresentou melhorias pelo debate no Congresso, o mesmo não se passa em relação às disposições normativas secundárias emitidas posteriormente pelo Executivo (Portarias, Decretos, Decretos Legislativos, Medidas Provisórias, Resoluções, Instruções Normativas) algumas delas possuem vários dispositivos polêmicos. Apenas a título de exemplo: a) Portaria nº 120 de 17 de março de 2020, que dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela, sem neste primeiro momento restringir entrada de estrangeiros provenientes de outros países; b) Portaria Interministerial nº 5 de 17 de março de 2020, que dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública O art. 5º estipula: "O descumprimento da medida de quarentena, prevista no inciso II do caput do art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020, poderá sujeitar os infratores às sanções penais previstas nos arts. 268 e 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave."

10 Disponível em: https://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/orban-aproveita-coronavirus-para-reforcar-poderes-por-tempo-indeterminado . Acessado em 01 mai 2020.

ralismo, põe em xeque a credibilidade das organizações internacionais e provoca a ruptura com apoios financeiros à OMS. Também ocorreram vários ataques à imprensa promovidos pelo governo que comprometem o modelo de democracia liberal.

As teorias da conspiração, desinformação e a propaganda falsa encontram espaço durante a pandemia devido ao desespero por entender fatos e dar sentido ao caos, gerando a busca por encontrar a "causa" ou alguém/algo para culpar pelo surgimento de enfermidades. No caso da COVID-19 o governo americano primeiramente atribuiu a responsabilidade do vírus aos chineses e depois passou a lançar as culpas sobre a OMS. Também desacreditaram notas de experts cientistas e o desacordo inicial de opiniões deixou o Governo de Trump e de muitos republicanos com menor pressão para agir pronta e firmemente, o que trouxe graves consequências.[11]

Fato é que a pandemia mostrou a desigualdade da sociedade americana, especialmente em relação aos afrodescendentes e aos de origem latino-americana e aos homeless, a falta do Estado Social, sobretudo na área de saúde num contexto pandêmico, a fragilidade da economia e várias mazelas da sociedade, acentuando a xenofobia, o racismo e os males já existentes mesmo antes da pandemia. No contexto da pandemia o país se assemelhou aos países periféricos e a inércia do Estado elevou a conta dos infectados, dos doentes e das mortes, isso sem falar nos problemas econômicos que já se vão desenhando.

David Harvey, diz que ironicamente o mais liberal dos países terá de se curvar ao estado social mínimo para sair da crise econômica provocada pela pandemia, uma vez que as únicas medidas políticas que irão funcionar política ou economicamente são os programas de resgate que precisarão ser fomentados por Trump, numa presumível máscara de tentar fazer a América grande novamente.[12]

Enfim, diante de uma crise sanitária o caso estadunidense revela que uma sociedade civil ativa e um setor privado dinâmico e rico na economia global não são capazes de substituir um Estado Social que trabalhe razoavelmente bem e com grande habilidade de coordenação e resposta. A economia neoliberal que desaparelha o Estado e sua burocracia inviabiliza as respostas rápidas e eficientes, além de agravar impactos sociais de efeitos futuros.

O discurso que relaciona a doença com a imigração torna-se uma arma política discriminatória contra estrangeiros ou mesmo uma forma de afirmar que as

11 Disponível em: https://www.publico.pt/2020/04/15/mundo/noticia/covid19-trump-estrangula-oms-rejeita-culpas-combate-pandemia-1912460. Acessado em 01 mai 2020.

12 HARVEY, David. "Política anticapitalista em tempos de COVID-19". In: Sopa de Wuhan. ASPO, 2020, p. 96.

teses nacionalistas defendidas por governantes populistas encontram fundamentos nos fatos, reacendendo as questões de soberania nacional em diversos temas.[13]

No Brasil, a posição extremista de Bolsonaro sobre a doença e a quarentena tem causado instabilidade política, a falta ação coordenada e a troca de ministros da saúde por divergências de condução das políticas públicas de saúde ainda piora o problema, ainda há a guerra federativa e o caos econômico e social. Uma parcela da população segue em regime de isolamento social. Outra parte da população não cumpre as medidas quer por impossibilidade econômica ou fática de manter confinamento nas circunstâncias em que vivem.

Há o grupo que não pratica o isolamento social por descrença na gravidade da doença ou pela crença na eficácia de medicação questionável ou por defender economia acima da vida. Estes últimos se enquadram no perfil da militância da nova direita e ainda fazem uso do direito de manifestação para contestar medidas de governadores para questionar quarentena, defender uso de medicações de eficácia comprovadamente imprópria para o tratamento da COVID-19, ridicularizar determinações embasadas em conhecimento científico, propagar teorias de conspiração e acender ânimos contra as instituições e os poderes legislativo e judiciário.

Muitas medidas provisórias e normas emitidas pelo Poder Executivo no rescaldo da pandemia são questionadas no Judiciário e o cenário caótico parece não encontrar nada além de disputa política, uso de law fare e aparelhamento da Polícia Federal pelo Governo para fins de perseguição política movidas para um suposto combate seletivo à corrupção.

A desinformação se alastra tão exponencialmente quanto o vírus e o número de novos casos da doença, o Sistema Único de Saúde entra em colapso em muitas cidades e os cemitérios enchem-se de covas e valas comuns, tornando o país o epicentro da doença no mundo. Enfim, a enfermidade democrática brasileira acentua os problemas da pandemia.

3. CONCLUSÃO

A pandemia de COVID-19, por si só, não provoca, atrai ou se apoia num modelo de pós-democracia, contudo em países já fustigados por este panorama

13 Por Jamil Chade em 24/03/2020. "Populistas e regimes autocráticos usam vírus para ampliar poderes e censura." https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/03/24/populistas-e-regimes-autocraticos-usam-virus-para-ampliar-poderes-e-censura.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em 25 mar. 2020. "O globalismo está entrando em colapso", afirmou. Nigel Farage, porta-voz da campanha do Brexit, também se apressou em decretar o fim do projeto europeu. "Agora somos todos nacionalistas", decretou, num tom de que o mundo reconheceu suas ideias. Segundo ele, a "demonstração do conceito de solidariedade, defendido pela UE e seus amigos globalistas, agora não servem para nada."

político - particularmente aqueles governados pela nova direita -, ela pode ser um fator de risco a mais para a democracia periclitante, pois os governantes tendem a usá-la para prosseguir com os processos de erosão democrática, ampliando seus próprios poderes e aproveitando para censurar e conter os dissidentes, bem como sustentar a aprovação de medidas destituídas de razoabilidade, adequação e proporcionalidade que, em circunstâncias não emergenciais, dificilmente seriam aceitáveis do ponto de vista democrático e de direitos humanos.

As repercussões da pandemia do COVID-19 no plano político e jurídico estão ainda por começar, o quadro de instabilidade momentânea deixará um saldo de enormes prejuízos, cujos efeitos são desconhecidos no seu conjunto. A superação virá com o tempo, mas as sequelas permanecerão para lembrar-nos da inesperada doença que acometeu a política e freou o mundo em 2020.

Em suma, diante da possibilidade - em alguns países uma probabilidade elevada - de governos populistas e regimes autoritários, quer da nova direita ou não, se excederem nos seus poderes comprometendo a própria democracia, torna-se de derradeira relevância confrontar as medidas adotadas pelos governos com as seguintes indagações: a) as decisões tomadas têm estrita conexão com a crise específica provocada pela pandemia?, ou seja, qual é a sua contribuição para apontar uma saída para as dificuldades causadas pelo coronavírus?; b) as providências admitidas são proporcionais para tratar da epidemia ou produzem consequências negativas para a democracia liberal? Quais?; e c) muito embora as medidas de emergência sejam transitórias e estejam relacionadas a esta emergência epidêmica, os termos vagos, podem comprometer a clareza e fazer as medidas se arrastarem para além da crise (indefinidamente), logo, quando serão abolidas, sob quais condições podem ser prorrogadas e por quanto tempo?

Estas questões contribuem para orientar uma análise crítica com respeito às legislações e decisões tomadas durante a crise para compor um discernimento se estão servindo ou não a propósitos políticos diversos que contaminam o processo democrático e contribuem para a enfermidade democrática em meio a pandemia do COVID-19.

A PANDEMIA DA COVID-19 E O RISCO DOS MEDICAMENTOS "MILAGROSOS": O USO OFF LABEL DA CLOROQUINA E HIDROXICLOROQUINA

Lívia Barros[1]

Marina Falcão Lisboa Brito[2]

Com a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), começou uma corrida contra o tempo em busca do desenvolvimento de protocolos – vacinas e medicamentos – que demonstrem eficácia e segurança na prevenção e tratamento da doença que se espalha em velocidade alarmante.

Diante do crescimento exponencial de contaminados e mortes, o mundo se encontra diante da necessidade de "trocar o pneu com o carro andando", como diz o ditado popular. Ao mesmo tempo em que os Estados precisam impor políticas públicas emergenciais com fins ao achatamento da curva de contaminação, precisam estabelecer protocolos de atendimento aos contaminados.

E como fazê-lo? A partir de quais critérios? A ciência é responsável por apresentar, em conjunto com os demais setores, alternativas. Em razão do fator tempo, vive-se uma escassez de estudos científicos que atenda aos protocolos de eficácia e segurança da Organização Mundial da Saúde (OMS) e das Agência Reguladoras de todo o mundo (a exemplo da FDA e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – Brasil).

A curva epidemiológica se encontra em momentos distintos ao redor do mundo, acarretando o desenvolvimento de inúmeras pesquisas científicas a respeito dos tratamentos testados naqueles países onde o vírus se espalhou primeiro. A utilização de medicamentos *off label* (fora da bula), tais como a Cloroquina e a Hidroxicloroquina para o tratamento dos pacientes com a COVID-19, inicial-

---

1 Doutora em Direito Constitucional na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Mestre em Direitos Humanos na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Especialista Direito Administrativo da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Especialista em Direito Público na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Professora de Direito Administrativo no curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professora de Direito Administrativo e Direito Constitucional do curso de graduação em Direito da UNIFBV. Professora de vários cursos de pós-graduação em Direito, presencial e EAD. Advogada especialista em saúde.

2 Mestranda em Direito Constitucional na Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduanda em Direito Administrativo pela PUC-MG. Advogada. Membro da Comissão de Direito Administrativo e Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-PE.

mente apontada como uma alternativa em casos extremos, ganhou repercussão política e social a partir do incentivo de alguns chefes do Poder Executivo, a exemplo do Presidente Jair Bolsonaro (Brasil) e Donald Trump (EUA).

Recentemente (27/03/2020), no Brasil, o Ministério da Saúde lançou nota informativa nº 5/2020 DAF/SCTIE/MS recomendando o uso da Cloroquina e Hidroxicloroquina para aqueles médicos que julguem necessário sua aplicação em pacientes com sintomas graves da COVID-19. Por outro lado, no mesmo dia, a ANVISA também se manifestou acerca da liberação – mesmo deixando claro que não há registros de tratamento da COVID-19 com esses medicamentos e que não existe estudo conclusivo sobre sua eficácia - para o uso desses fármacos em pesquisas a fim de descobrir a sua eficácia na prevenção em casos mais leves da infecção, bem como em pacientes com pneumonia causada por infecção pelo vírus Sars-CoV-2. (PACHECO; PACHITO; BAGATTINI, 2020, p. 17)

Mais adiante, no dia 20 de maio de 2020, o Ministério da Saúde lançou nota (2020, p. 2) recomendando o uso da Cloroquina ou Hidroxicloroquina para todos os pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), sejam aqueles com sintomas leves ou graves, ficando a prescrição a critério do médico profissional de saúde, conjuntamente com a anuência por escrito do paciente com os sintomas.

Diante do exposto, questiona-se: A inclusão de medicamentos de uso *off label* sem a demonstração de eficácia e segurança no protocolo oficial do SUS representa alternativa juridicamente adequada ao combate a pandemia do novo coranavírus?

Desse modo, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar a compatibilidade acerca da obrigação constitucional de efetivação do direito fundamental à saúde a partir da inclusão no protocolo oficial do SUS do uso *off label* da Cloroquina e Hidroxicloroquina, no tratamento da COVID-19.

1. A CLOROQUINA E HIDROXICLOROQUINA COMO TÁBUA DE SALVAÇÃO POLÍTICA PARA A COVID-19

A COVID-19, doença respiratória aguda causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2) foi identificada pela primeira vez em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China em dezembro de 2019. Em 11 de março de 2020, período similar aos registros dos primeiros casos no Brasil, a OMS atestou a existência de uma pandemia, ou seja, o vírus já marcava presença em todos os continentes, gerando enormes incertezas por

se tratar de um vírus ainda não conhecido e estudado, e por não existirem, até o momento, instruções de tratamento dos pacientes que crescem cada dia mais (BRASIL, 2020, p. 20).

Inicialmente conhecida por causar doenças em animais, como mamíferos e aves, a COVID-19 agora afeta os seres-humanos. O desenvolvimento da doença ocorre com infecções no trato respiratório do paciente, ocasionando quadros leves ou mais graves, que pode causar uma síndrome aguda respiratória.

O que se conhece até o momento é que a transmissão pode ocorrer a partir de superfícies contaminadas ou entre pessoas, independente da apresentação de sintomas. O tempo de incubação do vírus pode variar de 2-14 dias (MENEZES; SANCHES; CHEQUER, 2020, p. 2) e, os não assintomáticos, inicialmente podem ter tosse, febre, fadiga, dispneia, e as complicações incluem pneumonia e síndrome da angústia respiratória aguda. O diagnóstico pode ser feito com a avaliação clínica do paciente, complementados com exames laboratoriais - escassos na grande maioria dos países, incluindo o Brasil (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

Considerando a taxa de letalidade e, principalmente, de transmissibilidade, enquanto não surge uma vacina ou tratamento com eficácia e segurança, o principal desafio é não colapsar os sistemas de saúde – público e privado, através das estratégias de incentivo ao isolamento social, higienização, utilização de máscaras e expansão dos leitos de atendimento direcionados aos infectados.

Na corrida em busca pela cura da COVID-19, foram iniciados testes com medicamentos já existentes e de eficácia comprovada para outras doenças, nos infectados com a COVID-19, ou seja, a utilização *off label* (fora da bula) de medicações como a Cloroquina – já utilizado no tratamento da malária – e a Hidroxicloroquina. Em um primeiro momento, foi possível notar um leve efeito inibidor dos sintomas da doença *in vitro* (SANDERS et al., 2020, p. 4)

Sedentos por uma solução e diante das especulações acerca do uso benéfico desses medicamentos, o governo brasileiro se adiantou em adquirir e produzir cerca de 10 milhões de comprimidos desses medicamentos (VARGAS, 2020), incluindo a recente doação dos Estados Unidos da América de 2 milhões de comprimidos, esse número alcança a casa de mais de 12 milhões de comprimidos de Cloroquina e Hidroxicloroquina.

Em 27 de março de 2020 o Ministério da Saúde lançou nota informativa justificando o uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina como "terapia adju-

vante" no tratamento de pacientes com a forma mais grave da COVID-19. No mesmo dia a ANVISA publicou nota autorizando o uso da Hidroxicloroquina associado com a Azitromicina em pesquisas cientificas para tentar entender como o remédio funciona em pacientes com a COVID-19, que estejam com sintomas leves ou moderados, e para aqueles que possuem pneumonia causada pelo própria COVID-19 (ANVISA, 2020).

Entretanto, as próprias notas do Ministério da Saúde e da ANVISA confirmam que a literatura cientifica é escassa e divergente quanto à eficácia dos fármacos Cloroquina e Hidroxicloroquina no tratamento da COVID-19. Sendo mais do que necessário a realização de ensaios clínicos, com um número maior de pessoas infectadas, para que, com esses resultados, seja possível analisar com segurança e efetividade o funcionamento desses fármacos no organismo humano infectado (MENEZES; SANCHES; CHEQUER, 2020, p.10).

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE VERSUS O USO OFF LABEL DA CLOROQUINA/HIDROXICLOROQUINA

Ao redor do globo a saúde tem sido definida desde uma visão da construção histórica e social até a conceituação da ONU (1945), sendo a saúde o total bem-estar físico, social e mental.

Por essa razão, o direito à saúde está inserido no preâmbulo da Constituição da OMS, que diz "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade" (RIBEIRO, 2013, p. 143). Logo, a intenção é enxergar o direito à saúde como um direito que desfruta de todos os meios necessários para se alcançar o maior nível de bem-estar, assim como preconiza a Declaração de Alta-Ata (1978), onde diz "todos que trabalham nos campos da saúde e do desenvolvimento e da comunidade mundial para promover à saúde de todos os povos do mundo" (Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde).

É possível notar que a busca pelo conceito de saúde não se restringe apenas ao debate acadêmico, mas também a sua aplicação na prática médica. Assim, no presente trabalho será adotada a definição da OMS (2014) onde saúde é "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades".

Desse modo, ao fazer uma análise do possível nível adequado de vida, estabelecido pela dignidade humana, está dentro dele inserido o direito a uma vida

digna, podendo ser diretamente correlacionado ao direito que todo cidadão tem à saúde. Assim, faz parte de uma vida digna o acesso à saúde, garantido por meio da atuação estatal na criação de políticas públicas para aqueles que não possuem condições de arcar com o próprio cuidado médico e viverem com dignidade. (RIBEIRO, 2013, p. 145-146).

O problema se insere no uso de um medicamento que, apesar de registrado, ainda não conta com estudos que comprovem a sua eficácia para o tratamento de pessoas com a COVID-19. É nesse momento que surge a tratativa do problema dos medicamentos *off label* e a promessa de cura trazida na sua utilização.

3. A IMPOSIÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO USO DA CLOROQUINA E HIDROXICLOROQUINA PARA TRATAMENTO DE PACIENTES COM A COVID-19

Conforme supramencionado, recentemente o Ministério da Saúde recomendou o uso da Cloroquina e Hidroxicloroquina em pacientes de estágio leve, moderado e intenso da COVID-19 no Brasil. A recomendação deixa claro que o remédio (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020), apesar de ser registrado e já utilizado no tratamento de doenças como a malária, ainda não possui sua eficácia comprovada para o tratamento da COVID-19, e muito menos se sabe dos seus possíveis riscos aos pacientes.

A priori, é importante destacar que um medicamento que não esteja de acordo com os protocolos e diretrizes farmacêuticas impostos pela ANVISA, devem ser vistos com certa cautela tanto pela população, mas muito mais pelos profissionais de saúde. Isso porque, um medicamento para ser aprovado no Brasil necessita passar por diversos procedimentos e testes científicos – que irão atestar sua eficácia, qualidade, segurança - antes de ser recomendado e utilizado para "X" doença, logo, um medicamento que não passa por esses estágios, tende a desafiar um consenso científico sobre a abordagem do tratamento (PACHECO; PACHITO; BAGATTINI, 2020, p. 12).

Por isso é importante estabelecer uma diferenciação entre medicamentos *off label* e medicamentos experimentais.

Os medicamentos experimentais são aqueles que ainda não foram aprovados em nenhuma agencia reguladora, para nenhum tipo de tratamento, seja ele qual for. Ou seja, não passaram por estudos clínicos, logo, não podem ser adquiridos em quase nenhum país, o seu acesso se restringe ainda aos estudos clínicos

e pesquisas para serem expandidos (COLLUCCI, 2014).

Esse não é o caso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina, visto que são medicamentos já registrados e testados para outras doenças, o ponto chave é que esses medicamentos ainda não foram testados e registrados para a COVID-19, ou seja, pouco ou nada se sabe da sua eficácia e serventia no tratamento dos pacientes com a doença.

Em que pese alguns testes terem comprovado a melhora de alguns pacientes num momento inicial (SANDERS et al., 2020, p. 4), ainda assim são necessários vários outros ensaios para averiguar a segurança farmacológica e toxidade, com o intuito de garantir a segurança e a eficácia no desenvolvimento clínico. Logo, estudos e pesquisas complementares ainda são necessários para atestar a segurança e a eficácia da Cloroquina e Hidroxicloroquina

Dessa maneira, resta claro que não se trata de promover o acesso da população a qualquer tipo medicamento, mas sim de apenas permitir a democratização daqueles que realmente demonstram resultados seguros.

Porém, em determinadas situações – como por exemplo, o caso dos medicamentos oncológicos, onde apesar de ainda não comprovada a eficácia para determinado uso, o médico deseje prescrevê-la -, como a que estamos vivendo: uma pandemia e a busca pela cura está em constante crescimento. Entretanto, esses medicamentos que ainda não passaram pelos testes necessários para serem destinados à novos usos não entram para a lista de medicamentos do SUS, logo, não são fornecidos para a população usuária do serviço público de saúde. Entretanto, diante da situação de pandemia, o binômio legalidade e eficiência estão sendo flexibilizados e os protocolos do SUS têm permitido o uso de medicamentos *off label*, sem eficácia comprovada.

É de extrema importância perceber que, o medicamento que não se submete aos testes impostos pela ANVISA pode acarretar as seguintes consequências:

> a) não há avaliação se o mesmo agrega mais benefícios do que efeitos colaterais (segurança); b) não há avaliação se o mesmo age sobre a enfermidade para o qual foi desenvolvido (eficácia); c) não há conhecimento de se o fármaco está sendo produzido de acordo com as regras sanitárias brasileiras no tocante a qualidade de insumos e processo de fabricação (qualidade); d) não há análise se o medicamento que se pretende utilizar traz maiores benefícios do que aqueles já disponíveis no sistema e, em caso afirmativo, se o benefício justifica o gasto financeiro a ser realizado (custo-efetividade) (ARAÚJO, 2014, p. 152).

Assim, passando por essas etapas o medicamento registrado no Brasil re-

cebe a aprovação da ANVISA, que passam, agora, a constar na sua bula. Desse modo, um medicamento em desconformidade com os protocolos das agências de saúde deve ser visto com cautela, pois é mais propenso a contrariar recomendações cientificas já fundamentadas e reconhecidas.

4. O OUTRO LADO DA MOEDA: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE

No dia 25 de maio de 2020, a OMS com base no estudo da *The Lancet*, indo na contramão de todas as recomendações, ordenou que pesquisas e estudos com os medicamentos sejam interrompidos devido não somente a falta de resultados, mas também a presença de elementos prejudiciais no tratamento de pacientes com a COVID-19. O texto da Revista *The Lancet* (2020) dizia:

> Nesta grande análise multinacional com casos reais, não observamos nenhum benefício da hidroxicloroquina ou cloroquina (quando usados isoladamente ou em combinação com um macrolídeo) nos resultados hospitalares, quando iniciado precocemente após o diagnóstico de covid-19. Cada um dos regimes medicamentosos de cloroquina ou hidroxicloroquina isoladamente ou em combinação com um macrolídeo foi associado a um risco aumentado de ocorrência clinicamente significativa de arritmias ventriculares e aumento do risco de morte hospitalar com covid-19.

Países como a França, Bélgica e Itália deixaram de usar a Hidroxicloroquina nos seus pacientes diante da ordem da OMS com base nos estudos apresentados.

Segundo a OMS, embora a Hidroxicloroquina e a Cloroquina já terem sido produtos licenciados pra o tratamentos de outra doenças, até o momento eles não demonstraram serem eficazes para o tratamento de pacientes com coronavírus, o que se coaduna ainda mais com a primeira recomendação de uso do remédio apenas como uma tentativa de cura quando nada mais pode ser feito pelo paciente.

Ainda mais em um país com o Brasil, onde os níveis de automedicação são altíssimos. Segundo a Data Folha em 2019 75% da população brasileira se automedica, seja no uso de analgésico, anti-inflamatórios e até antibióticos. Curioso ressaltar que, segundo Aquino (2008, p. 734) ressalta as estatísticas alarmantes a respeito do uso de medicamentos. Aproximadamente um terço das internações ocorridas no país possui como origem o uso incorreto de medicamentos. Estatísticas da Fiocruz revelam que os medicamentos respondem por 27% das intoxicações no Brasil e 16% dos casos de morte.

Nesse diapasão, a Sociedade Brasileira de Imunologia (SBI) também lançou parecer desfavorável ao uso do medicamento, inclusive para pacientes leves, pois o que se tem de evidencia científica no momento é que por mais que esses medicamentos sejam utilizados e se gere algum tipo de benefício, ainda desconhecido, nada substitui o isolamento social, segundo a SBI.

Entretanto, o governo federal tem apostado nesses medicamentos como uma saída e como uma política pública de enfrentamento a COVID-19, o que não se revela uma das melhores condutas. O governo federal recomenda que o uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020) seja de escolha livre do médico, desde que haja a anuência do paciente, tanto para casos leves como graves. Entretanto, é importante ressaltar que o uso *off label* de um medicamento não tem respaldo científico nem regulatório, mas pode ser usado excepcionalmente desde que a título de experimento e sob responsabilidade do médico e mediante consentimento livre, esclarecido e informado do paciente, pois, pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico (COLUCCI, 2014). Entretanto, a última instrução do Conselho Federal de Medicina (CFM) concedeu certa abertura a possíveis exageros ao emitir o Parecer nº 4/2020, isentando o médico de infração ética ao prescrever tratamento com Cloroquina e Hidroxicloroquina, o que, possivelmente, pode acarretar ainda mais no uso irresponsável desses fármacos.

Em situação parecida com a "pílula do câncer" o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu sobre o tema na ADI 5501, onde o Min. Luís Roberto Barroso entendeu que:

> [...] em tema de tamanha relevância, que envolve pessoas fragilizadas pela doença e com grande ânsia para obter a cura, não há espaço para especulações. Diante da ausência de informações e conhecimentos científicos acerca de eventuais efeitos adversos de uma substância, a solução nunca deverá ser a liberação para consumo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5501/DF.**)

Os medicamentos *off label* não devem ser utilizados para flexibilizar o isolamento, essa possível tentativa do governo de lançar uma cura milagrosa pode até ser vista com bons olhos por aqueles cidadãos que estão pensando em retomar suas atividades e ao trabalho. Por outro lado, é importante raciocinar o momento de crise que o mundo está vivendo e não colocar tudo a perder pela ganância e desejo de achar uma cura num passe de mágica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante sopesar que diante da atual pandemia e da evolução rápida

das notícias e acontecimentos, artigos e estudos científicos tendem a ficar abertos à questionamentos e mudanças. Logo o resultado dessa pesquisa é fruto dos eventos atuais e acessíveis que tem ocorrido no Brasil e no mundo.

É verdade que, vez ou outra, medicamentos não comprovados são usados por médicos e pacientes em uma situação de "desespero", o que nos aproxima muito mais de uma medicina baseada na esperança e não baseada em evidências. E, portanto, vale lembrar que a Saúde é um direito e dever do Estado também sob a negativa, ou seja, é vedado ao Estado colocar qualquer dos seus cidadãos em situação de vulnerabilidade recomendando fármacos que ainda não demonstram nenhum tipo de eficácia ou tem seus resultados ainda muito nebulosos.

Nesses casos, quem assumiria a responsabilidade técnica, administrativa e moral pela utilização desses meios diagnósticos ou terapêuticos? E neste ponto é necessário certo afastamento científico e metodológico da via emocional, afinal, falar de saúde é falar de situações que em regra nos colocam sob o drama de Sofia. Mas, é preciso discutir e definir sobre que acesso à saúde estamos tratando.

Logo, esse acesso deve ser ilimitado, mesmo que envolva medicamentos experimentais sem comprovação científica de eficiência e segurança? Ou deve ser um acesso tecnicamente parametrizado, considerando que, ao mesmo tempo em que o medicamento é insumo importante no processo de atenção à saúde, pode constituir-se em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada? Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento, de qualquer forma, mas de selecionar aqueles que demonstrem ser seguros e eficazes.

Do exposto, o fundamento apresentado por Petramale e Nishizawa, (2010), no sentido de não acreditar ser papel do SUS cobrir os gastos com tratamentos experimentais, ou seja, aqueles não aprovados em nenhuma agência reguladora, cuja eficácia ainda não foi demonstrada por estudos clínicos e o acesso deve ser apenas nesses tipos de estudos ou em programas de acesso expandido, em razão de que o que é experimental não pode ser considerado tratamento, mesmo que diga respeito a uma tecnologia ou medicamento já comercializado com outra indicação terapêutica, como ocorre com a Cloroquina e Hidroxicloroquina.

O argumento que pode ser levantado é acerca da existência daquelas drogas que, apesar de não terem registro na ANVISA, possuem registro fora do Brasil. De certo a questão é mais complexa, visto que em algum país elas já foram avaliadas e testadas, estando comercialmente disponíveis no mercado. O que, entretanto, não é o caso da Cloroquina e Hidroxicloroquina, nas quais os testes para o uso na COVID-19 estavam ocorrendo todos ao mesmo tempo. Por diversas ve-

zes, no Brasil, o medicamento deixa de desempenhar o papel que lhe caberia e se transforma em algo parecido com a ilusão da droga ilícita quanto à possibilidade fantasiosa de obter resultados excepcionais em um período extremamente curto.

Afinal, ainda que em dias de excepcionalidade – e muito mais agora –, é preciso garantir o cumprimento aos procedimentos já previamente estabelecidos por lei, sob o risco de se abrir um precedente que pode levar, em situações como esta, resultados tão graves quanto. Logo, o que se pode extrair é que a Cloroquina e a Hidroxcloroquina devem ser prescritas com excepcionalidade. Assim, em tempos de pandemia a preservação da ciência e de tudo que a rodeia deve ser redobrada, cabendo aos órgãos reguladores evitar que uma "cura milagrosa" traga mais ainda problemas para a atual situação.

RESILIÊNCIA OU ADAPTAÇÃO: DILEMA PÓS-CORONA-VÍRUS

Lucas M. Aguiar[1]

Gisele Ricobom[2]

O isolamento social provocado pela Covid-19 tem promovido mudanças radicais no comportamento cultural, econômico, social e até mesmo religioso da sociedade. Mas quais impactos da parada abrupta e sincronizada das relações de consumo ao meio ambiente?

A desaceleração das atividades econômicas na pandemia reduziu o padrão da demanda da energia mundial, particularmente de transportes, baixando as emissões de poluentes responsáveis pelas mudanças climáticas tal como o CO_2 em até 26% em relação ao mesmo período do ano anterior[3], em nível semelhante ao das quedas provocadas pela crise econômica de 2008. Ainda não se sabe ao certo o quanto impactará positivamente ao meio ambiente, mas os cientistas têm previsto que a redução das emissões certamente continuará até o restabelecimento das atividades.

Já é possível afirmar que a crise global atual será duradoura, visto que novos surtos pandêmicos da doença podem voltar em um curto espaço de tempo, como está ocorrendo atualmente a segunda onda de Covid-19 na China. A natureza da crise atual também é distinta da crise financeira de 2018, já que o distanciamento social deixou uma parte considerável da população humana isolada em seus domicílios, reduzindo não apenas a emissão de gases tóxicos, mas também

---

1 Doutorado em Zoologia pela Universidade Federal do Paraná. Orientador do Programa de Pós-graduação em Biodiversidade Neotropical e Professor Adjunto IV do curso de Ciências Biológicas - Ecologia e Biodiversidade do Instituto Latino-americano de Ciências da Vida e da Natureza (ILACVN), da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA). Tem experiência em manejo e ecologia comportamental de primatas e carnívoros. Suas atuais linhas de pesquisa estão enfocadas em hibridação natural, comportamento social e etnoprimatologia. Contato: lucas.aguiar@unila.edu.br

2 Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide. Orientadora do Programa de Mestrado em Integração Contemporânea da América Latina – ICAL e Professora Associada I do Curso de Relações Internacionais e Integração da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA). Professora Visitante do Programa de Mestrado "Derechos Humanos, Desarrollo e Interculturalidad" da Universidade Pablo de Olavide. Atualmente em cooperação técnica com a Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Contato: giselericobom@hotmail.com

3 Le Quéré, C.; Jackson, R.B.; Jones, M.W.; Smith A.J.P.; Abernethy, S.; Andrew, R.M.; De-Gol, A.J.; Willis, D.R.; Shan, Y.; Canadell, J.G.; Friedlingstein, P.; Creutzig, F.; Peters, G.P. 2020. Temporary reduction in daily global CO2 emissions during the COVID-19 forced confinement. Nature Climate Change, https://doi.org/10.1038/s41558-020-0797-x.

a poluição sonora nas cidades, com drástica redução da movimentação humana nos espaços coletivos.

Diante da saída de cena das pessoas das ruas, dos céus, das fábricas e de todos os lugares onde os seres humanos imperam, uma outra parte invisibilizada do planeta parece se aproveitar. Um efeito imediato do confinamento social tem sido noticiado pela mídia e por várias pessoas em todo o planeta, que tem registrado a redução da pressão humana em espécies selvagens sensitivas que estão aparecendo em plena luz do dia em grandes cidades ao redor do mundo, reivindicando habitats antropogênicos[4]. Um admirável mundo novo de céu azul, águas mais limpas e animais pelas cidades do mundo remete a um pensamento idílico de como era ou poderia ser o mundo sem a humanidade.

Antes mesmo da pandemia, pesquisadores descobriram que animais selvagens de médio e grande porte, tais como elefantes, leopardos, ursos, alces, lontras e macacos vêm utilizando o ambiente urbano para sobreviver em várias cidades ao redor do globo, aproveitando o silêncio e a menor circulação de pessoas no período da noite para buscar alimentos que já não encontram em razão da drástica redução dos seus espaços[5]. A crise do novo coronavírus produziu fenômeno semelhante, pois a fauna tem aparecido nas cidades em plena luz do dia, o que demonstra que os animais resistem e reaparecem quando a atividade exploratória humana recua.

A quarentena simula os efeitos da redução da população humana e de seus distúrbios intensos, permitindo a fauna explorar as cidades também para as suas atividades diurnas. A longo prazo, poderia também aumentar a permeabilidade da matriz urbana para os animais se deslocarem entre habitats, promovendo a conectividade de seus ambientes e do fluxo genético, imprescindíveis para a manutenção das populações selvagens[6].

Não obstante, animais selvagens atraídos para as cidades podem cair em armadilhas ecológicas quando optam por habitats de baixa aptidão diante de rápidas mudanças[7]. Há também há o risco de algumas espécies serem conta-

4 Corlett, R.T.; Primack, R.B.; Devictor, V.; Maas, B.; Goswami, V.R.; Bates, A.E.; Koh, L.P.; Regan, T.J.; Loyola, R.; Pakeman, R.J.; Cumming, G.S.; Pidgeon, A.; Johns, D.; Roth, R. 2020. Impacts of the coronavirus pandemic on biodiversity conservation. Biological Conservation 246: 108571. doi: 10.1016/j.biocon.2020.108571.

5 É possível assistir a essas visitas em "Cidades que não dormem" do documentário "A Terra à Noite", disponível no Netflix em 2020.

6 Primack, R; Rozzi, R; Feinsinger, P; Dirzo, R.; Massardo, F. 2006. Fundamentos de conservación biológica: perspectivas latinoamericanas. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 797p.

7 Hale, R.; Swearer, S.E. 2016. Ecological traps: current evidence and future directions. Proceedings of the Royal Society of London B, 283: 20152647. http://dx.doi.org/10.1098/rspb.2015.2647.

minadas pelo vírus da Covid-19 diante da aproximação com os humanos[8][9]. Espécies animais sinantrópicas ou selvagens já adaptadas à vida urbana também podem sofrer com a falta de alimentos devido à redução das produções humanas. O próprio empreendimento da Biologia da Conservação pode ficar emperrado com a quarentena[10]. Mas ainda assim, a diminuição da poluição e a reaparição dos animais permite projetar esperanças para um mundo pós-pandemia.

Numa época em que a biodiversidade está em crise sob o desenrolar de uma nova e mais rápida extinção em massa[11], provocada agora pelos componentes estruturais do paradigma capitalista, a observação temporária de que pelo menos parte da ostentosa fauna pode resistir aos distúrbios e retornar, ou seja, ser resiliente, é bastante animadora, mesmo que as conclusões tenham como base registros anedóticos e pontuais.

Atualmente, cerca de 75% da porção de terra livre de geleiras do planeta mostra evidências de alteração humana em diferentes graus, sendo que menos de 25% se destinaria aos biomas selvagens, onde a biodiversidade teria seu principal refúgio[12]. A maior parte, portanto, é representada pelos ambientes que tiveram seus padrões de biodiversidade e processos ecológicos alterados pelas atividades humanas, denominados antromas ou biomas humanos[12]. Não é à toa, portanto, que o que resta da fauna aglomerada em pequenos refúgios venha a reivindicar espaços nos antromas, até mesmo urbanos. Esta rápida resposta ambiental observada durante a atual pandemia parece jogar uma luz otimista sobre o tema: o sistema não colapsou e ainda há alguma resiliência útil na natureza.

Em ecologia, o conceito de resiliência diz respeito à capacidade de um ecossistema em tolerar distúrbios e persistir, sem mudar para um estado ambiental alternativo, que seria controlado por um grupo diferente de processos ecológicos, com drásticas mudanças para a sobrevivência[13]. É também a capacidade da natureza de se restaurar, de retornar ao estado pré-distúrbio. Mas quais níveis de

8 Gortázar, C.; de la Fuente, J. 2020. COVID-19 is likely to impact animal health. Preventive Veterinary Medicine 180: 105030. https://doi.org/10.1016/j.prevetmed.2020.105030.

9 Shi, J.; Wen, Z.; Zhong, G.; Yang, H.; Wang, C.; Liu, R.; He, X.; Shuai, L.; Sun, Z.; Zhao, Y.; Liang, L.; Cui, P.; Wang, J.; Zhang, X.; Guan, Y.; Chen, H.; Bu, B. 2020. Susceptibility of ferrets, cats, dogs, and other domesticated animals to SARS–coronavirus 2. Science 368: 1016-1020.

10 Corlett, R.T.; Primack, R.B.; Devictor, V.; Maas, B.; Goswami, V.R.; Bates, A.E.; Koh, L.P.; Regan, T.J.; Loyola, R.; Pakeman, R.J.; Cumming, G.S.; Pidgeon, A.; Johns, D.; Roth, R. 2020. Impacts of the coronavirus pandemic on biodiversity conservation. Biological Conservation 246: 108571. doi: 10.1016/j.biocon.2020.108571.

11 Kolbert, E. 2015. A sexta extinção, uma história não natural. Rio de Janeiro: Intrínseca, 334p.

12 Ellis, E.C.; Ramankutty, N. 2008. Putting people in the map: anthropogenic biomes of the world. Frontiers in Ecology and the Environment, 6: 439–447.

13 Standish, R.J.; Hobbs, R.J.; Mayfield, M.M.; Bestelmeyer, B.T.; Suding, K.N.; Battaglia, L.L.; Eviner, V.; Hawkes, C.V.; Temperton, V.M.; Cramer, V.A.; Harris, J.A.; Funk, J.L.; Thomas, P.A. 2014. Resilience in ecology: abstraction, distraction, or where the action is? Biological Conservation 177: 43-51.

distúrbio um ecossistema pode absorver até perder totalmente a sua resiliência? Frente às pressões em escalas globais, como por exemplo às mudanças climáticas, quais as limitações da capacidade do ambiente para se recompor? Essas são questões ainda em aberto para a ecologia.

Em evolução, um conceito dissonante ao de resiliência e que pode explicar parte do fenômeno aqui apontado é o de adaptação, que indica serem as mudanças biológicas ou culturais respostas às pressões do ambiente[14], permitindo assim que as populações se tornem mais adequadas à alguma característica do meio, aprimorando a sobrevivência e a reprodução de forma mais ajustada ao novo contexto.

Com os impactos ambientais da população humana se ampliando por todo o planeta, observam-se mudanças drásticas dos hábitats com redução e desestabilização dos sistemas, explodindo novas e antigas doenças, muitas delas virais, que saltam da fauna para as pessoas que se expõe à vida selvagem[15]. Doenças perigosas, tal como a Covid-19, que tiveram suas origens traçadas a partir de animais[16], são sinais de alerta para que o modo do uso da natureza seja revisto.

A humanidade parece estar agora comendo o planeta vivo de uma maneira não sustentável, destruindo o patrimônio natural com o objetivo de concentrar renda. O capitalismo pressupõe um processo completamente desacoplado da natureza, pois é um modelo de desenvolvimento que se ancora no individualismo do homem econômico, autônomo e isolado de todos os outros fenômenos, reificando os recursos naturais[15].

O individualismo liberal coíbe a cooperação para estimular a competência, fazendo desaparecer uma das melhores qualidades evolutivas dos seres humanos[17], enquanto exacerba as piores. Se a solidariedade aparecer como afeto central, a farsa neoliberal capitalista cai[18].

Prestes a atingir 8 bilhões de indivíduos, o planeta está fora do equilíbrio populacional, pois ainda cresce[19]. Habilitados com novíssimas tecnologias, a hu-

14 Futuyma, D.J.; Kirkpatrick, M. 2017. Evolution. Sunderland: Sinauer Associates Inc., 594p.

15 Lewontin, R.; Levins, R. 2007. Biology under the influence: dialectical essays on ecology, agriculture and health. New York: Monthly Review Press, 400p.

16 Zhou, P.; Yang, X.L.; Wang, X.G.; Hu, B.; Zhang, L.; Zhang, W.; Si, H.R.; Zhu, Y.; Li, B.; Huang, X.L.; Chen, H.D.; Chen, J.; Luo, Y.; Guo, H.; Jiang, R.D.; Liu, M.Q.; Chen, Y.; Shen, X.R.; Wang, X.; Zheng, X.S.; Zhao, K.; Chen, Q.J.; Fei Deng, F.; Liu, L.L.; Yan, B.; Zhan, F.X.; Wang, Y.Y.; Xiao, G.F.; Shi, Z.L. A pneumonia outbreak associated with a new coronavirus of probable bat origin. Nature 579: 270-273.

17 Sapolsky, R.M. 2018. Behave: the biology of humans at our best and worst. New York: Penguin Books, 800p.

18 Safatle, V.P. 2020. Bem-vindo ao estado suicidário. São Paulo: n.1 edições.

19 Morland, P. 2019. A maré humana. A fantástica história das mudanças demográficas e migrações que fizeram e desfizeram nações, continentes e impérios. Rio de Janeiro: Zahar, 379p.

manidade moderna usa e abusa do mundo natural, conta sua história recente completamente alheia ao ambiente[20] e enaltece a nossa atual época como uma novidade única[15], traduzindo a racionalidade antropocêntrica da modernidade liberal. No entanto, a epopéia humana ao longo do globo pode ser comparada à de uma espécie invasora, chegando a ambientes e comunidades de outros seres vivos que não puderam se defender da invasão humana, ficando vulneráveis aos impactos[21]. Ademais, como não há contrapartida pela exploração da natureza, a espécie humana pode ser comparada a um parasita do planeta[20], provocando o desequilíbrio, tal como uma planta daninha, ou uma doença de extrema virulência que poderia matar o hospedeiro antes mesmo do vírus se perpetuar.

Nesse sentido, a pandemia impõe um sério dilema: adaptar a cultura capitalista às necessidades vitais da natureza permitindo assim sua resiliência ou forçar a adaptação da natureza aos meios capitalistas de produção e consumo, colocando em risco a humanidade e o ambiente?

A primeira opção asseguraria uma natureza ainda rica, diversa, em funcionamento, com o bem-estar humano e não-humano, ambos importantes, pois a saúde silvestre deve ser uma preocupação fundamental na conservação, visto estar ligada à saúde do habitat e à saúde das pessoas. Portanto, a estratégia de adaptação cultural para a resiliência da natureza produziria uma relação de coexistência com ganhos mútuos, permanentes e planetários.

A segunda opção está vertiginosamente em andamento, pois o discurso neoliberal capitalista ignora ou mesmo naturaliza as crises ambientais[22], mesmo que as consequências sejam letais para a humanidade. Seguir ajustando a natureza às necessidades de mercado acarretará na usurpação dos recursos e na extinção das espécies, simplificando e empobrecendo o meio ambiente.

A natureza unilateralmente adaptada ao consumo será mais desértica do que exuberante e de difícil recuperação. Portanto, a estratégia de adaptação da natureza à resiliência do capitalismo produziria uma relação de mais pobreza, desigualdade e doenças para a espécie humana. Uma tragédia mútua e sem volta, pois extinção de espécies é para sempre e a massiva degradação do ambiente pode ultrapassar o limiar de distúrbio que permite ao ambiente um retorno[23].

---

20 Serres, M. 1991. O contrato natural. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 142p.

21 *sensu* Nuñes, M.A.; Pauchard, A.; Ricciardi, A. 2020. Invasion science and the global spread of SARS-CoV-2. Trends in Ecology and Evolution, In press, https://doi.org/10.1016/j.tree.2020.05.004.

22 Evans, J.P. 2011. Resilience, ecology and adaptation in the experimental city. Transactions of the Institute of British Geographers 36: 223-237.

23 Standish, R.J.; Hobbs, R.J.; Mayfield, M.M.; Bestelmeyer, B.T.; Suding, K.N.; Battaglia, L.L.; Eviner, V.; Hawkes, C.V.; Temperton, V.M.; Cramer, V.A.; Harris, J.A.; Funk, J.L.; Thomas, P.A. 2014. Resilience in ecol-

Hoje em meio à crise, isolados em casa, as pessoas diminuíram o consumo e levam uma vida relativamente mais simples. Tal lógica da diminuição da atividade econômica pode significar novos parâmetros de coexistência com o mundo natural. A sobrevivência da humanidade vai depender doravante de uma visão de mundo readaptada, em que a natureza tenha um valor qualitativo para manutenção da vida na terra e deixe de ser apenas um objeto quantificável, sujeito de apropriação desigual pelos indivíduos.

Filósofos e jornalistas também têm identificado uma retomada pelo gosto da informação científica em detrimento das informações superficiais ou falsas comuns nas redes sociais. Muitos cientistas têm resgatado a ideia de abordar a natureza e suas teias de relações com os seres humanos, de forma menos reducionista e mais complexa do ponto de vista temporal, geográfico e disciplinar, superando a falsa dicotomia entre humanos e natureza, biológico e social, cognição e emoção.

As ferramentas de investigação científica e intervenção tecnológica no mundo natural podem ser epistemologicamente mais holísticas e interdisciplinares, tratando-o como um bem comunitário e um objeto de estudo complexo. A pergunta sobre "como o mundo funciona?" exige um diálogo permanente entre as humanidades, as ciências da saúde, a ecologia, a evolução e a conservação[24][25]. Ao invés de tratar o mundo natural só como objeto, melhor seria tratá-lo como um sujeito. Um sujeito numa relação contratual estabelecida com os humanos, cujas perdas e ganhos serão recíprocos[26]. Ao invés de valorar este novo sujeito somente do ponto de vista utilitário, melhor seria valorá-lo de forma mais amigável, contemplativa, naturalística e moral[27]. Essas são atitudes que ajudariam a reverter os impactos invasivos e parasíticos da humanidade, até que o desequilíbrio seja superado para atingir uma relação simbionte com a natureza.

Como visto, os animais estão reivindicando novos habitats. Mas nós não precisamos passar nossos futuros dias todos em casa para respeitar a integridade da natureza. A humanidade tem o poder para mudar de forma teleológica a sua cultura estreita de contendas para uma cultura ampla de coexistência. De uma cultura de escolhas imediatistas do capitalismo para uma visão em longo prazo e integrada.

---

ogy: abstraction, distraction, or where the action is? Biological Conservation 177: 43-51.

24 Lewontin, R.; Levins, R. 2007. Biology under the influence: dialectical essays on ecology, agriculture and health. New York: Monthly Review Press, 400p.

25 Nuñes, M.A.; Pauchard, A.; Ricciardi, A. 2020. Invasion science and the global spread of SARS-CoV-2. Trends in Ecology and Evolution, https://doi.org/10.1016/j.tree.2020.05.004.

26 Serres, M. 1991. O contrato natural. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 142p.

27 Kellert, S.R. 1993. The biological basis for human values of nature. In: Kellert, S.R.; Wilson, E.O. (Eds.). The biophilia hypothesis (pp. 42–69). Washington: Island Press, 493p.

A crise da biodiversidade é também uma tragédia humana. É necessário abandonar os signos de esgotamento da modernidade e estabelecer outra forma de relação mais cooperativa com o resto do mundo natural. Se a espécie humana está tornando o mundo ainda mais dinâmico e o objetivo da espécie humana é a sua própria resiliência, a adaptação é o processo em que a transição ocorrerá[28]. Mudar em prol da natureza também é mudar para uma humanidade mais resiliente.

28 Evans, J.P. 2011. Resilience, ecology and adaptation in the experimental city. Transactions of the Institute of British Geographers 36: 223-237.

RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL PANDÊMICO

Lucas Moreschi Paulo[1]

Anízio Pires Gavião[2]

Diante do novo cenário mundial de combate e prevenção à pandemia causada pela COVID-19, nota-se a necessidade de maiores reflexões sobre as alterações já ocorridas e que ainda ocorrerão fruto deste fenômeno. A nova realidade implica mudanças que deverão ser sentidas tanto na esfera privada da vida, no âmbito de proteção aos direitos individuais, quanto na relação tensional das competências administrativas. No Brasil, é observada uma crise institucional, sobretudo no âmbito democrático, recentemente com movimentações no sentido de responsabilização de agentes públicos no combate ao coronavírus e de embates quanto às competências dos entes federativos para a decisão sobre as medidas de combate ao vírus, esta que será amplamente explorada no estudo.

Destarte, observa-se a restrição de direitos fundamentais de modo desarrazoado por algumas medidas do poder público, tanto da cúpula do poder judiciário, quanto dos demais poderes. Medidas essas que não observam, ou pelo menos se demonstram despreocupadas em demonstrar, a fundamentação necessária para a relativização e a supressão dos direitos individuais. Não demonstrando, por exemplo, a imprescindibilidade da medida, sua idoneidade, contrabalanceando sua aplicação frente a alternativas possíveis, que, porventura, se mostrassem menos lesivas à comunidade.

Assim, o tema é atual, merece um estudo crítico e correlacional entre os parâmetros mínimos necessários para a correção das decisões judiciais que tratem

1 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4330914363996350. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público; Prof. Coord. PPGD/FMP; Prof. dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da FMP. Procurador de Justiça do Ministério PÚblico do Estado (MP-RS). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7774124880944708. E-mail: piresgaviao@hotmail.com

sobre direitos fundamentais, as competências administrativas, as medidas que estão sendo tomadas, sobretudo no direito à liberdade individual, e o choque das instituições democráticas, entre si e com o poder judiciário, que vem ocasionando grandes repercussões em terras brasileiras.

1. O ESTADO DA ARTE

Após o início das movimentações do poder público para o combate à pandemia do novo coronavírus, inclusive com a decretação do estado de calamidade pública, instrumento nunca antes utilizado no Brasil – que objetivou legitimar um gasto público maior do que o previsto na Lei Orçamentária Anual na área da saúde, e a possibilidade de desobediência da meta fiscal em virtude das ações emergenciais de combate à pandemia –, o Estado vem adotando providências de caráter excepcional para a contenção do aumento no número de casos de pessoas infectadas pela doença. Ocorre que tais providências, por vezes, ferem garantias individuais e direitos fundamentais que são constitucionalmente protegidos no Brasil. O exemplo mais chamativo é o da restrição ao convívio social pelas medidas de isolamento.

O fenômeno ocasiona verdadeira reviravolta na prática e na doutrina jurídica. Com efeito, fala-se em legalidade extraordinária proveniente de um estado de necessidade excepcional, um verdadeiro direito da crise. Contudo, esse direito, mesmo no contexto pandêmico somado a uma crise político-institucional, deve respeitar os limites estabelecidos pela diretriz constitucional. Tomar decisões "a toque de caixa", sob regime de urgência ou emergência e por grande pressão social por rapidez, pode ter efeitos tão catastróficos, a longo prazo, do que os ocasionados pela própria pandemia (CARVALHO; MAFFINI, 2020).

Destarte, foi sancionada, às pressas, a lei nº 13.979/20, alterada pela Medida Provisória 926, regulamentada pelo decreto 10.282/20 (que definiu quais serviços seriam essenciais) e pela portaria do Ministério da Saúde nº 356/20, em que foi reconhecida a possibilidade de limitação ao direito à liberdade de locomoção, pela decretação de medidas, como a quarentena, por parte de gestores locais de saúde pública. Assim, via administração, por vezes municipal, está havendo a restrição direta de dois direitos elencados no rol do artigo 5º da Constituição Federal ("CF"), os incisos XV e XVI – os quais tratam acerca do direito de reunião e de locomoção – ambos decorrem de um direito fundamental mais amplo: a liberdade.

Para Alexy (2015, p. 93-94), sendo a liberdade um princípio, isto é, um

mandamento de otimização[3], ela pode ser relativizada frente à necessidade de satisfação de outro princípio, sem que haja a declaração de invalidade ou a criação de uma cláusula de exceção para que seja reconhecida precedência no caso em concreto. Na atual situação, a liberdade foi posta de lado para a satisfação de outros bens juridicamente tutelados, em especial do direito à vida, *caput* do artigo 5º, e do direito à saúde, artigo 196, ambos da CF.

Contudo, para que estas restrições sejam feitas de modo racionalmente justificado, é necessária a presença de algum tipo de procedimento lógico-argumentativo que demonstre por que um determinado direito fundamental deverá receber precedência frente a outro direito fundamental. Nessa hipótese ocorrerá a chamada colisão de direitos fundamentais, em sentido amplo, que é quando os direitos fundamentais colidentes se consubstanciam de direitos cujos bens juridicamente tutelados são coletivos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 41).

2. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O método para solucionar qual direito fundamental deverá sobressair fortalecido da colisão é o chamado teste da proporcionalidade, contudo ele não pode vir desconectado da noção da proibição do excesso e da vedação da proteção insuficiente[4], do âmbito de proteção, ou núcleo duro[5], de um direito fundamental e dos limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais[6].

Desta forma, o teste da proporcionalidade, funcionando enquanto instrumento lógico-argumentativo para o controle da legitimidade da solução do conflito interpretativo em caso de colisões de direitos fundamentais constitucional-

3 Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Por serem mandamentos a serem otimizados, se cumprem em diferentes graus. O mandamento principiológico é sempre ideal e sua aplicação se dá *prima facie*, isto é, deverão ser aplicados mediante a ponderação, que avaliará a configuração de posições fundamentais jurídicas e deveres definitivos passíveis de exigibilidade judicial (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 32).

4 Para a efetivação dos deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais, o Estado não pode violar (em excesso) o âmbito de proteção do direito fundamental precedido, tampouco pode proteger insuficientemente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. É nessas perspectivas que se pode falar que o teste da proporcionalidade possui uma dupla face, atuando simultaneamente como controle de constitucionalidade das medidas que restringem direitos fundamentais, bem como para o controle das omissões (ou proteção insuficiente) do Estado no cumprimento de um dever de proteção (SARLET, 2013, p. 202-205).

5 Segundo a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, *prima facie*, que, mediante a imposição de restrições, vai limitando o seu campo de atuação, numa aplicação definitiva do âmbito de proteção (SARLET, 2013, p. 199).

6 Sarlet (2013, p. 202) explica que uma constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, conjuntamente, uma ordem substancial de princípios. Deste modo, o controle de constitucionalidade material, concernente na observância da proteção do núcleo essencial de determinado direito fundamental, visa atender aos requisitos da proporcionalidade (e da razoabilidade), bem como respeitar a proibição do retrocesso. Estes seriam os limites aos limites dos direitos fundamentais, isto é, instrumentos que funcionam como barreiras à restringibilidade de determinado direito, garantindo sua eficácia.

mente estabelecidos, deve ser analisado em 3 partes, etapas ou subtestes[7-8], quais sejam, a adequação (ou idoneidade técnica), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). Por meio destas etapas de verificação da validade jurídica e da legitimidade constitucional do meio adotado para a resolução de conflitos entre princípios, poderá ser avaliado, escalonadamente, se o meio empregado é adequado, necessário e em qual medida de restrição e satisfação[9] ele deverá ser otimizado, sempre conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 239).

Os subtestes da adequação e da necessidade tratam das possibilidades fáticas, expressando o mandamento a ser otimizado, visando evitar restrições evitáveis aos direitos fundamentais por ventura precedidos. A adequação estabelece uma verificação da possibilidade da medida interventiva em um direito fundamental, promotora da realização de outro direito fundamental, a ser tomada, é idônea ou não, isto é, se é apta a realizar um fim constitucionalmente legítimo (não proibido). No âmbito da proporcionalidade na atividade legislativa, sempre que várias medidas forem consideradas aptas, será do espaço estrutural de decisão do legislador optar por uma delas, levando-se em conta a ideia de Pareto-ótimo[10]. Já a necessidade diz que quando duas, ou mais, medidas forem consideradas igualmente idôneas deve-se optar pela medida que intervenha menos intensamente no outro direito fundamental. Aqui, em uma esfera de atuação legislativa, a escolha deverá ser fundamentadamente sustentada pelos conhecimentos gerais e científicos existentes no momento da intervenção, que deverá ser, na hipótese de ainda se sustentarem duas ou mais medidas, a mais eficaz, rápida, provável e com menor afetação de demais direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241-248).

Já o subteste da proporcionalidade em sentido estrito expressa um mandamento de otimização frente às possibilidades jurídicas. Este teste é consubstanciado pela noção de ponderação[11], a qual estabelecerá uma relação de precedên-

7 Fala-se também em uma quarta etapa do teste da proporcionalidade, que viria antes do subteste da adequação, que seria o da análise da legitimidade (jurídica) do meio empregado. Ela examina se o ato persegue um fim legitimamente jurídico e considerado enquanto (KLATT; MEISTER, 2012, p. 8).

8 Além disso, como estes subtestes são satisfeitos ou não, e não podem ser ponderados frente a outros testes, são considerados como regras, de modo que sua não satisfação caracterizará a ilegalidade e a inconstitucionalidade do resultado da colisão de princípios (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).

9 Neste ponto tem-se a primeira lei da ponderação (material), no sentido de que quanto maior for o grau da intensidade da intervenção, ou restrição, de um direito fundamental, tão maior deverá ser o grau de importância, de satisfação, ou, de realização, do outro (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249).

10 O princípio da adequação é uma expressão da ideia de Pareto-ótimo e exclui a adoção de meios que possam obstruir pelo menos um direito sem promover nenhum outro direito ou interesse (KLATT; MEISTER, 2012, p. 9).

11 Para um maior aproveitamento da ponderação Alexy formulou, e Klatt e Meister (2012, p. 10-11) ampliaram, a fórmula peso, um modelo matemático em que analisam que o peso absoluto, ou a correta interferência

cia condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, com base na justificação racional entre o grau de intensidade da intervenção no direito precedido pelo grau de importância de realização do direito que ganhou precedência. Essas decisões no âmbito da atividade legislativa não contam com maiores questionamentos, contudo, no âmbito judicial, emerge o problema da legitimidade judicial na decisão sobre os graus de intensidade de intervenção e de importância de realização destes direitos fundamentais, porquanto muito facilmente se rompem os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente eleito[12] (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249-251).

Assim, o Estado deverá escolher o meio menos restritivo de direitos para que possa ser considerada constitucional a restrição do outro direito. No caso da restrição da liberdade (influenciada pelas medidas de isolamento social), frente aos direitos da saúde pública e da vida, o que chamou a atenção foram as intensidades da interferência e das restrições, sem, contudo, que estivesse decretado o estado de defesa, como previa a Constituição da República, no artigo 136, §1º, inciso I, alínea "a", que prevê a restrição ao direito de reunião. É esta previsão constitucional que permite a autopreservação da CF em casos de calamidade pública, a fim de que sejam evitadas medidas desprovidas de regulação jurídica, arbitrárias, com uso de força bruta e sem limites jurídicos pré-definidos (ROTHENBURG, 2013, p. 1562). Recorda-se que no Brasil foi declarado o estado

---

do princípio alvo de preferência, terá precedência sobre o outro colidente, é fruto de uma contraposição entre o peso relativo de cada princípio (i e j), os seus graus de interferência ao caso, e a confiabilidade empírica e normativa a cada um deles no caso, conforme segue, em que W é o peso abstrato dos princípios, I é a intensidade de interferência de um sobre o outro, R^e é a confiabilidade da premissa empírica e R^n da premissa normativa:

$$W_{i;j} = \frac{W_i.I_i.R^e_i.R^n_i}{W_j.I_j.R^e_j.R^n_j}$$

Resultado deste teste será analisado na escala triádica, na qual os resultados da ponderação poderão ser i) leve, ii) moderado ou iii) sério, ou ainda, no modelo triádico duplo, i) leve-leve, ii) leve-médio, iii) leve-sério, iv) médio-leve, v) médio-médio, vi) médio-sério, vii) sério-leve, viii) sério-médio, ix) sério-sério. Assim, pode-se descrever a escala triádica básica em uma escala exponencial, em que as respostas poderão ser 2^0 (igual a 1), 2^1 (igual a 2) e 2^2 (igual a 4), de modo que quando Wi;j for maior do que 1, então o princípio que se pretendeu como preferido tem precedência ao princípio que se objetivou preterir, mas quando for igual a 1, não há resposta segura através da fórmula, e a questão ficará para a discricionariedade judicial quando do resultado da ponderação.

12 Streck (2013, p. 20-24 e 68-69) traça críticas ao modelo proposto por Alexy, uma vez que a discricionariedade judicial, fruto do maior protagonismo reconhecido ao judiciário para a concretização dos direitos fundamentais, leva, indubitavelmente, a um déficit democrático de legitimidade da atuação judicial e, como a teoria da argumentação depende desta discricionariedade, tece crítica a ela de igual forma. Ao que Trevisan (2017, p. 237-251) responde que Alexy, seguindo a linha kantiana sobre os direitos do homem, defende que as regras do discurso devem ter validez universal, isto é, que toda a argumentação tenha pretensão de veracidade e de correção (fundamentabilidade), que todos os participantes são sujeitos iguais em relação aos direitos, e que o direito deve postular a universazibilidade. De modo que três são os argumentos necessário para a fundamentação teórico-discursiva dos direitos dos homens, o da autonomia, o do consenso e o da democracia; em destaque o último dirá que a democracia somente é possível nos moldes de um Estado Constitucional Democrático de Direito no qual os direitos do homem estão, na forma de direitos fundamentais, indissociavelmente unidos à própria concepção de democracia. De modo que a jurisdição constitucional, cujos atores legítimos são os juízes, possa cumprir a ordenação-quadro (constituição) tanto quanto na atividade legislativa.

de calamidade pública, modalidade mais branda.

3. RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE AS COMPETÊNCIAS EM MEIO À PANDEMIA

No Brasil há fatores que se combinam, possibilitando uma intensa judicialização dos mais diversos aspectos sociais e políticos. Somam-se a isso a instabilidade política vivenciada dentre os três poderes da nação. Não é demasiado referir que a oposição política cumpre seu papel no Brasil, oferecendo queixas constitucionais e possibilitando que o Supremo Tribunal Federal ("STF") adentre em questões mais controvertidas[13]. Serão abordados principalmente dois casos, que consubstanciam os dois principais eixos problemáticos nessa relação tensional, um que diz respeito à falta de fundamentação das decisões que ocasionam a restrição de direitos, além da facilidade de alteração interpretativa que a Corte suprema do Brasil tem, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade ("ADIn") ajuizada da MP 926, e outro que diz respeito ao forte poder desprendido pelo STF ao sindicalizar atos de governo, no caso Ramagem.

Nesse diapasão, a Presidência da República editou a MP 926, alterando a vigência da Lei nº 13.979/20, incluindo o regramento que "para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas (...) restrição excepcional e temporária, (...), por rodovias, portos ou aeroportos de (...) a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal"[14]. Esta medida foi objeto de uma ADIn nº 6341, na qual o plenário entendeu que a MP 926 avocava para a presidência a competência dos demais entes federativos, sobretudo de determinação dos serviços públicos e atividade essenciais e das medidas de isolamento social (MAFFINI, 2020, p. 12).

---

13 A título de exemplo cita-se a MP 927/2020, que autorizava empregadores a utilizar medidas excepcionais para tentar manter o vínculo trabalhista com seus funcionários, durante a pandemia. Foram ajuizadas 07 ações diretas tratando do assunto. As ações e são autores são as que seguem, PDT (ADI 6.342), Rede Sustentabilidade (ADI 6.344), CNTM (ADI 6.346), PSB (ADI 6.348), PCdoB (ADI 6.349), Solidariedade (ADI 6.352) e CNTI (ADI 6.354) (BRASIL, 2020c, p. 216-217).

14 Com efeito, na redação original do artigo 3º da normativa já vinham incluídas as medidas de isolamento, quarentena, além de outras medidas que relativizaram o núcleo essencial de direitos fundamentais, que não serão objeto de análise desse estudo, como o da determinação compulsória de a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos, e também da possibilidade de requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa. É, como bem explicitado por Maffini (2020, p. 3) formas especiais de contratação pública com ou sem prévio processo licitatório, os impactos nos contratos já celebrados com a Administração Pública, as repercussões nas relações funcionais com os respectivos agentes públicos e as formas de responsabilização dos agentes públicos por decisões tomadas em momentos de crise.

Assim, em sede cautelar, o Ministro Marco Aurélio decidiu que as providências da União "não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do art. 23, inciso II, da Lei Maior" (BRASIL, 2020a). Esta definição foi endossada logo depois no contexto do pedido de Suspensão de Liminar n.º 1.309, pelo Ministro Dias Toffoli, que inclusive chamou atenção para o fato de que as providências estatais devem se dar mediante "ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes" (BRASIL, 2020f).

Ressalva-se que, sendo o direito discutido no plano da juridicidade, embora não se ignore o fato de que motivos políticos pautem as decisões dos órgãos administrativos e judicias, sobretudo em meio à crise institucional brasileira, compete à academia jurídica o estudo destas questões no plano da dogmática administrativa e constitucional (MAFFINI, 2020, p. 4-5).

De qualquer forma, o STF levou em consideração apenas alguns dos efeitos práticos de tomada dessas decisões, com efeito, a premente necessidade de medidas céleres que estruturassem, de modo organizado e harmônico entre os entes federativos, o que se faria no Brasil para achatar a curva de crescimento da proliferação da COVID-19, privilegiando-se a saúde pública. Ocorre que, ao assim fazer, além de não justificar argumentativamente as restrições provocadas indiretamente pela medida, sobretudo a partir do uso do teste da proporcionalidade[15], a Corte constitucional também incorreu em uma releitura interpretativa das competências constitucionais materiais[16], igualando a competência concorrente da União e dos Estados, à competência remanescente, ou suplementar[17], dos Municípios.

Assim, qualquer dos entes pode tomar providências normativas e administrativas relativas à pandemia, restringindo, sem a devida fundamentação, direitos individuais – ressalvado o argumento de mérito (saúde pública). Possibilitado por decisão que inobservou as consequências da decisão, nesse caso, de que a administração pública estadual e municipal poderia afetar direitos legitimamente.

15 Com efeito, o Supremo Tribunal Federal também foi convocado para, nos autos das ADPFs n.º 668 e n.º 669, discutir o programa do governo "O Brasil Não Pode Parar". O Ministro Luís Roberto Barroso ponderou, ao conceder pedido de medida cautelar suspendendo a referida campanha, que, "havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social (...) a questão deve ser solucionada em favor do bem saúde da população" (BRASIL, 2020b). Contudo, na hipótese apenas se indicou um bem fundamental que deverá ser sempre protegido (precedência) na hipótese aventada, sem considerar o caráter *prima facie* dos direitos fundamentais ou sua necessária adequação em casos concretos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 31-32).

16 Sobre as decisões que alteraram a competência administrativa material, sobretudo nos serviços públicos essenciais, ver MAFFINI, 2020.

17 Segundo Marinoni (2019, p. 950), tendo em conta o caráter suplementar da legislação municipal, em caso de conflito deve prevalecer a legislação federal ou estadual, de tal sorte que a superveniência de lei estadual ou federal contrária à lei municipal suspende a eficácia da última.

E mais, a decisão por impor ou relaxar as medidas de isolamento social, como a quarentena, são tomadas isoladamente e de forma acrítica pelos entes[18], mesmo com a exigência de recomendação técnica e fundamentada da ANVISA, previsto no art. 3º, inciso VI, da Lei 13.979/20 (MAFFINI, 2020, p. 5-11).

O desfecho, até então, se deu por parte dos ministros da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, com a revogação da Portaria Interministerial nº 5, de março de 2020, expedida pelos então ministros Moro e Mandetta, que orientavam sobre a obrigatoriedade das medidas de enfrentamento ao coronavírus e considerava a competência da União para editar regras gerais sobre saúde pública. A revogação se deu por meio da Portaria Interministerial nº 9, assinada pelos ministros André Mendonça e Eduardo Pazuello, em sintonia com a decisão do STF, que entendeu a competência concorrente dos entes federativos (BRASIL, 2020d, p. 44).

De outra monta, não apenas nas competências materiais entre entes federativos decidiu o STF. Em outro caso, a Suprema Corte do Brasil suspendeu a nomeação de indicado pela Presidência da República, para a ocupação do cargo de chefia da Polícia Federal. Ocorre que, em recentes decisões do Ministro Alexandre de Moraes houve a suspenção da nomeação de Alexandre Ramagem para a chefia da Polícia Federal, atendendo a pedido feito no Mandado de Segurança nº 37.097/DF. *In verbis*:

> Logicamente, não cabe ao Poder Judiciário moldar subjetivamente a Administração Pública, porém a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade da revisão judicial é impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional, inclusive no tocante as nomeações para cargos públicos, que devem observância não somente ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público (...) O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito, e, portanto, as escolhas e nomeações realizadas pelo Presidente da República devem respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, podendo, excepcionalmente nesse aspecto, o Poder Judiciário analisar a veracidade dos pressupostos fáticos para a sua celebração (motivo) (...) Em tese, apresenta-se viável a ocorrência de desvio de finalidade do ato presidencial de nomeação do Diretor da Polícia Federal, em inobservância aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e do interesse público (BRASIL, 2020e, p. 6, 10 e 11).

18 Segundo dados levantados pela Inloco, empresa que fornece dados sobre a população a partir da geolocalização dos aparelhos celulares, o Brasil tem em média apenas 50% dos municípios em isolamento social. Disponível em: https://mapabrasileirodacovid.inloco.com.br/pt/. Acesso em 29/05/2020.

Assim, o STF impediu a nomeação emitida e programada pelo Presidente da República baseado em uma probabilidade de desvio de finalidade em inobservância a preceitos constitucionais. Ocorre que, o ato político, ou ato de governo, é de natureza distinta de meros atos administrativos, justamente no que diz respeito ao controle judicial, não sendo sindicável pelos demais poderes[19] (HEINEN, 2020, p. 601). Estes atos pertencem a um núcleo diferente dos atos administrativos, não só tendo poder discricionário, mas contando com a autoridade emanada da cúpula do poder executivo, tendo igual legitimidade conferida aos demais atos administrativos e menor possibilidade de controle (preventivo ou repressivo)[20], tendo inclusive proteção constitucional para ser exercido desta forma (HEINEN, 2020, p. 608).

Desse modo, parece claro que o STF é, naturalmente, requisitado para decidir, com urgência, sobre questões constitucionalmente bem estabelecidas e, quando decidem, no mais das vezes, não demonstram a adequada construção racional para a alteração do entendimento, como visto, para a alteração da interpretação sobre as competências materiais. E antes, sobre a utilização do modelo lógico-racional consagrado para a interpretação e aplicação do direito no caso de colisão de direitos fundamentais, o teste da proporcionalidade, como no caso utilizado como exemplo, em que colidiu com a liberdade a saúde pública.

4. CONCLUSÃO

Nem a humanidade nem os sistemas criados por eles, onde está o direito, passarão incólumes de mudanças por esses tempos sombrios trazidos pela COVID-19. A incerteza e a insegurança fazem com que o ser humano busque refúgio nas forças mais ativas e céleres da sociedade. No Brasil essa missão foi resguardada ao STF.

Na decisão da ADIn 6.341, os ministros do Supremo Tribunal Federal apenas referiram que o atendimento à saúde pública é do interesse público, sem adentrar no mérito do quanto de restrição à liberdade, sobretudo de locomoção e de reunião, seria considerada tolerável, ou precedida, neste momento de crise.

A pandemia da COVID-19 não se avizinhou a passos lentos, não alertou o poder público de que viria, tampouco deu prazo de adequação à administração pública. O STF foi convocado como instância para viabilizar respostas efetivas.

19 Sobre o assunto, em diferentes tradições, temos os precedentes históricos do caso Marbury v. Madison, nos Estados Unidos recém independente, e do caso Laffitte, na França napoleônica.

20 Os atos emanados do poder político poderão ser sindicados tanto sobre aspectos formais como o mérito, quando afrontar diretamente a constituição ou a legislação (HEINEN, 2020, p. 609).

E, naturalmente, relativiza interpretações consagradas na jurisprudência em busca do atendimento aos problemas pandêmicos, na proteção da coletividade. Assim, deverá responder à altura, entregando alternativas adequadas, sem, contudo, ferir de modo injustificado direitos fundamentais.

Contudo, deve tomar suas decisões de modo racional, fundamentando as restrições aos direitos fundamentais que se mostrarem necessárias para a satisfação, em maior grau, dos bens coletivos, foco da proteção em tempos de crise.

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS EM TEMPOS DE PANDEMIA: A VULNERABILIDADE, O PRECONCEITO E A URGÊNCIA DA PROTEÇÃO

Luciana Brasileiro[1]

Em março de 2020 a Organização Mundial de Saúde reconheceu que o novo vírus, COVID-19, tinha número suficiente de pessoas infectadas para justificar decretação de pandemia.

A partir deste momento, portanto, as recomendações internacionais das autoridades sanitárias foram no sentido dos países adotarem o distanciamento social para evitar o colapso dos sistemas de saúde e, sobretudo, preservar as vidas humanas.

A necessidade de regulamentar as situações que decorrem da decretação de uma pandemia da ordem da COVID-19, nunca antes experimentada na história, surge a partir de demandas públicas e privadas.

No Brasil, Medidas Provisórias, Recomendações e projetos de lei visam a assegurar questões relacionadas a saúde, economia, relações de trabalho, relações interpessoais.

As pessoas passaram a reorganizar suas vidas a partir de uma nova realidade, que as impõe a permanência em casa por tempo integral e passam a utilizar a tecnologia para trabalho, educação e relações pessoais.

Por outro lado, um grande abismo social se descortina, escancarando a realidade do Brasil: um país pobre, com típicas demandas do subdesenvolvimento e uma péssima distribuição de renda.

Enquanto os poucos ricos do país se isolam em seus espaços luxuosos e confortáveis, a grande massa da população faz filas e desrespeita as regras sobre aglomeração, para receber um auxílio emergencial de R$ 600,00 (seiscentos reais).

Em matéria de família, dentro da esfera privada, as notícias são no sentido de que é crescente a busca pela regularização de situações de conjugalidade

1 Mestre e Doutora em Direito Civil pela UFPE. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP – UFPE). Membro do Conselho Consultivo do IBDFAM-PE. Professora Universitária. Advogada. E-mail: lucianabrasileiroadv@gmail.com.

(uniões estáveis e casamentos)[2], se intensificam os problemas relacionados ao exercício da parentalidade no que diz respeito à convivência, aumentam as demandas revisionais de alimentos e o debate acerca da prisão civil do devedor e ainda, a necessidade de uma revisão do direito sucessório com a simplificação e informatização dos testamentos.

Além disto, uma triste realidade: aumenta exponencialmente a curva da violência doméstica e dos pedidos de divórcio e os avanços que sinalizavam a diminuição das diferenças de gênero estancam e, pior, retrocedem, na medida em que as mulheres são altamente sobrecarregadas com as tarefas domésticas. Boaventura de Souza Santos alertou:

> "A quarentena será particularmente difícil para as mulheres e, nalguns casos, pode mesmo ser perigosa. As mulheres são consideradas 'as cuidadoras do mundo', dominam na prestação de cuidados dentro e fora das famílias. (...) São elas também que continuam a ter a seu cargo, exclusiva ou maioritariamente, o cuidado das famílias. Poderia imaginar-se que, havendo mais braços em casa durante a quarentena, as tarefas poderiam ser mais distribuídas. Suspeito que assim não será em face do machismo que impera e quiçá se reforça em momentos de crise e de confinamento familiar."[3]

A necessidade de proteger as figuras vulneráveis e de buscar soluções imediatas diante da pandemia, portanto, tem trazido uma nova perspectiva com a apresentação de propostas que partem de uma reflexão da crise, para o futuro. Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado, por exemplo, observam que a permanência das pessoas no isolamento social tem reforçado os vínculos afetivos e pode proporcionar uma flexibilização de pactos rígidos de uma convivência socialmente imposta.[4]

As pessoas saíram da praça e foram obrigadas à permanência no jardim. Deixaram de conviver nos ambientes públicos e passaram a se manter apenas no privado.

Esta realidade, portanto, descortina uma outra que insiste em não ser vista por algumas pessoas como entidades familiares: as famílias simultâneas.

As relações de conjugalidade que se estabelecem em simultaneidade a uma

---

2 Coronavírus: No Rio, cartório faz união estável por drive-thru. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/18562/Coronav%C3%ADrus%3A+no+Rio%2C+cart%C3%B3rio+faz+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+por+drive-thru, acesso em 31 de maio de 2020.

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel Pedagogia do Vírus. Coimbra: Almedina, 2020, p. 15-16.

4 BROCHADO, Ana Carolina; TEPEDINO, Gustavo. Em busca de uma agenda positiva para as famílias após a pandemia. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/326857/em-busca-de-uma-agenda-positiva-para-as-familias-apos-a-pandemia, acesso em: 31 de maio de 2020.

outra, desafiando o conceito cultural da monogamia e que tem sido objeto de discussão doutrinária (com avanços) e jurisprudencial.

As famílias simultâneas, expressão aqui adotada para designar a multiplicidade de relações familiares (casamento + união estável ou união estável + união estável) ainda enfrentam uma dura realidade no Brasil.

Apesar da Constituição Federal tarzer abertura para uma interpretação inclusiva de seu art. 226, que permite, portanto, o reconhecimento de entidades familiares para além das três previstas em seu rol (casamento, união estável e família monoparental), ainda são desafiadores os caminhos a percorrer para um reconhecimento de efeitos jurídicos familiares quando estas relações não ocorrem em observância à monogamia.

A ideia de relações monogâmicas surge, historicamente, como imposição de domínio masculino para um comportamento social feminino. A não observância de uma conduta monogâmica pela mulher, lhe colocava na posição de prostituta e o domínio masculino surgiu, no sentir de Engels, *para garantir a fidelidade da mulher e a paternidade dos filhos,* pois essa garantia de paternidade precisa ser indiscutível. O exercício do então pátrio poder, dentro do contexto da família patriarcal autorizava o homem até mesmo a matar a mulher adúltera. Ele assim fazia porque a mulher era parte do patrimônio dele, antes chamado de *famulus*[5].

É curioso observar que a ciência, atualmente, assegura a certeza da paternidade, mas o comportamento humano faz questão de preservar o tratamento machista dado a esta questão.

Engels pontuou ainda que às mulheres era imposto o distanciamento social, se restringindo a uma vida privada, lidando apenas com as prendas domésticas, vigiadas e mantidas à distância dos *adúlteros.* Em Atenas havia um grande cuidado com a preservação da imagem da mulher e especialmente, com a sua manutenção no lar doméstico:

> Essa foi a origem da monogamia, tal como pudemos observá-la no povo mais culto e desenvolvido da antiguidade. De modo algum foi fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha em comum, já que os casamentos, antes como agora, permaneceram casamentos de conveniência. Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente o triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente. Os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da mono-

5 BRASILEIRO, Luciana. As famílias simultâneas e seu regime jurídico. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 27.

> gamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para herdar dele. Quanto ao mais, o casamento era para eles uma carga, um dever para com os deuses, o Estado e seus antepassados, dever que estavam obrigados a cumprir. Em Atenas, a lei não apenas impunha o matrimônio como, ainda, obrigava o marido a um mínimo determinado do que se chama de obrigações conjugais. A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Ao contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então na pré-história[6].

O mesmo comportamento de opressão que adotava a monogamia como premissa para construção de regras, parece permear a aplicação da norma no Brasil, quando nos deparamos com decisões que excluem um dos núcleos familiares simultâneos do rol de entidades dotadas de efeitos jurídicos positivos.

E durante a pandemia, muito se tem perguntado acerca deste tema, com questionamentos primários sobre como estariam se mantendo as relações simultâneas diante das medidas de distanciamento social.

Isto porque esta realidade é romantizada e retratada, ainda, como um relacionamento que surge para ameaçar outro. O Superior Tribunal de Justiça, em julgado de 2010, chega a se referir às relações concubinárias como "germe de destruição" das famílias[7] e não é incomum ver as referências mais preconceituosas às relações (ainda ditas) concubinárias.

Contudo, é forçoso reconhecer que as famílias simultâneas não se ameaçam com uma determinação de distanciamento social, porque os pares não podem se avistar com frequência. As famílias simultâneas não se desnaturam em três meses de isolamento social porque são sólidas e se distanciam do conceito de relacionamentos furtivos pelo próprio conceito que lhe oferece o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1727: *As relações <u>não eventuais</u> entre o homem e a mulher, impedidos de casar, <u>constituem</u> concubinato.*

O isolamento não impõe separação de fato. Há milhares de pessoas vivendo este contexto por outras circunstâncias[8] e aparando as distâncias por meio da

6 ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. São Paulo: Expressão popular, 2010, p. 86-87.

7 Superior Tribunal de Justiça. RESP 988090 MS, Relator: Luis Felipe Salomão, DJ: 02/02/2010, Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=GERME+DE+DESTRUI%C7%C3O&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>, acesso em 31 de maio de 2020.

8 SCHEUER, Tiago. Para proteger familiares do coronavirus profissionais de saúde de SP passam a viver em hotéis ou lares separados. Disponível em: < https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/18/para-proteger-familiares-do-coronavirus-profissionais-de-saude-de-sp-passam-a-viver-em-hoteis-ou-lares-separados.ghtml>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

tecnologia.

Os pais e mães que não possuem a custódia física de seus filhos estão exercendo a conivência familiar por meio de aplicativos de videoconferência.

O não reconhecimento de efeitos jurídicos para as relações simultâneas traz, em verdade, outras feridas. Além de ter que lidar com o preconceito social decorrente da não observância do padrão monogâmico e ainda, as incertezas de um judiciário dividido entre conceder, ou não, alguns direitos, lidar com a pandemia representa lidar com a morte. As cerimônias fúnebres, por força das recomendações das autoridades sanitárias permitem a presença de pouquíssimos familiares, fiscalizados nos cemitérios. O rito de passagem da vida está sendo ressignificado. A tradição milenar de vivenciar o luto dá lugar à incerteza da contaminação por um vírus que não tem vacina.

Além da morte, triste realidade trazida pelo vírus, os problemas em vida, especialmente o comportamento irresponsável, muitas vezes estimulado pela aplicação da lei a partir de uma perspectiva reducionista e discriminatória, requer, urgentemente, a vacina da dignidade e da solidariedade, princípios basilares do Estado Social em que vivemos.

A responsabilidade de toda pessoa é dever jurídico e nas relações familiares ela é imposta pela Constituição Federal. O *design* dado às famílias pela Constituição impõe a assunção de um comportamento nunca antes experimentado, garantindo que nenhuma pessoa sofrerá as discriminações outrora experienciadas[9]. Contudo, este dever, que é também estatal, parece não ser observado quando o legislador mantém no Código Civil, por exemplo, a expressão concubinato. Ela reduz as relações familiares simultâneas ao estigmatizado reflexo de relações "impuras" e vai de encontro ao conceito de família contemporâneo, de *locus* de realização pessoal. A família deixa de existir em função do patrimônio e se funcionaliza em prol das pessoas, num modelo democrático.

Ao manter as famílias simultâneas num espaço de marginalidade, o estado estimula o comportamento irresponsável de quem sabe que não terá repercussão jurídica, por exemplo, na seara dos alimentos, a manutenção de um relacionamento (pautado na ostensibilidade, afetividade e durabilidade) que se estabeleça em paralelo a um casamento. Porque a lógica tem sido no sentido de se "escolher" quem vai receber a graça do Direito e quem não vai.

9 BRASILEIRO, Luciana. As famílias simultâneas e seu regime jurídico. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 174

O tratamento discriminatório que um dia também atingiu a prole e hoje, por força da Constiuição, não atinge mais, mantém-se em relação aos companheiros, que ainda são vistos como "adulterinos".

Enquanto houver interpretação disforme, em total inobservância aos preceitos constitucionais, haverá pessoas se relacionando, formando famílias e, no momento em que caberia ao Estado tutelar seus interesses, seja em razão do fim em vida, seja em razão da sucessão, restarão desprotegidas com a aplicação fria de uma norma deslocada do contexto atual[10].

Então, em momento de crise como a pandemia vivenciada, as regras que surgem para proteger e fortalecer as pessoas em seus contextos privados passam a se aplicar de forma seletiva – da mesma forma que estamos vendo os milionários brasileiros que resolveram vivenciar a pandemia dentro de seus iates de luxo. O desemprego, o isolamento social, o auxílio emergencial, o cuidado com a prole, as questões de ordem sucessória passam longe dos núcelos "concubinários". A busca pela fixação de uma prestação alimentar, por exemplo, diante de uma separação de fato, passa a ser um calvário, com grandes perspectivas de um pré julgamento do contexto familiar. A previdência elege uma das companheiras para receber pensão por morte. O pai que não convive com o filho ou que faz um planejamento sucessório buscado privilegiar os filhos do outro relacionamento é socialmente premiado com a aderência de pessoas que entendem que aquele comportamento assumido representa uma forma de diminuir "seu erro", "sua culpa". A mulher, vulnerada socialmente em todos os sentidos, passa a chefiar a família, como se monoparental fosse, assumindo os cuidados de gestão da casa, de sustento dos filhos e é julgada socialmente por representar o "germe de destruição da família".

Se é verdade que a sociedade tem muito a aprender com a pandemia, especialmente no que diz respeito aos valores sociais, a um Estado mais voltado para a proteção de seus indivíduos, que ela comece de casa, do jardim, mas que ela vá à praça e construa bases sólidas de uma comunidade mais livre, justa, solidária e livre de discriminação.

10 BRASILEIRO, Luciana. As famílias simultâneas e seu regime jurídico. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 176.

COVID-19 NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DO FEDERALISMO PARA A DEMOCRACIA

Luciana Grassano Melo[1]

1. COVID-19 NO BRASIL

No momento em que escrevo esse artigo, o Brasil já ultrapassa a Espanha, atingindo o quinto lugar entre os países com maior número de mortos pelo novo coronavirus, ficando atrás da França, Itália, Reino Unido e Estados Unidos, nessa ordem, esse último com a triste marca de 102.516 mortes[2].

O registro oficial da primeira morte por covid-19 no Brasil, ocorreu em 16 de março, em São Paulo, do porteiro aposentado Manoel Messias Freitas Filho. Hoje, 30 de maio, pouco mais de dois meses e meio depois, somam-se 27.878 mortos[3].

No Estado de Pernambuco, em 14 de março, foi editado o Decreto n. 48.809/2020, que dispõe sobre medidas temporárias a serem adotadas, no âmbito do Estado, para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavirus. Determina a suspensão de cirurgias eletivas na rede hospitalar pública e privada em todo o Estado de Pernambuco, de eventos, de jogos de campeonato de futebol, de centros de artesanato, museus e demais equipamentos culturais geridos pelo governo estadual, as atividades das academias de ginástica e similares, as feiras de negócios da confecção em Caruaru, Santa Cruz do Capibaribe e Toritama, a atracação de cruzeiros e outras embarcações de passageiros de grande porte, o funcionamento de escolas, universidades e demais estabelecimentos de ensino, público ou privado, em todo o Estado, entre outras medidas, e cria o Comitê especial intermunicipal de enfrentamento ao coronavirus e o Comitê estadual socioeconômico de enfrentamento ao coronavirus.

De lá para cá várias outras medidas foram editadas e tomadas para inten-

---

1 É mestre e doutora em direito pela UFPE, com estágio de doutoramento e pós-doutoramento, ambos pela CAPES, na Universidade Lusíada (Portugal) e de Bolonha (Itália), respectivamente. Professora dos programas de graduação, mestrado e doutorado em direito da UFPE. Procuradora do Estado de Pernambuco. Ex-diretora da Faculdade de Direito do Recife/UFPE (2007/2015). Email: luggmelo@gmail.com.

2 https://www.estadao.com.br/infograficos/saude,mapas-e-graficos-mostram-avanco-do-novo-coronavirus-no-mundo-e-no-brasil,1085946, acesso em 02/06/2020.

3 https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/05/dois-meses-apos-1a-morte-por-covid-19-brasil-e-cenario-de-pesadelos.shtml, acesso em 02/06/2020.

sificar o enfrentamento à pandemia, como o fechamento das atividades e comércios não essenciais, das praias, calçadões e parques, além do recente lockdown em municípios pernambucanos, que estabeleceu uma quarentena mais rígida até 31 de maio. E isso se repetiu em outros estados da federação, como é o caso do Pará, do Ceará, entre outros. Como servidora estadual e professora da UFPE estou em isolamento social, com trabalho remoto, desde 16 de março, ou seja, há dois meses e meio. Meu filho, jovem de 17 anos, desde essa data está em casa, sem aulas e em isolamento social. A partir do início do mês de maio, passou a ter aulas remotas pela internet. Mas tenho plena consciência de que eu e ele vivemos no melhor dos mundos, dentro de um mundo de verdadeiro horror, sob a ótica de meus valores de solidariedade, empatia e respeito à vida e à saúde de todos.

A crise sanitária descortinou a realidade de grave desigualdade social brasileira e mostrou claramente que as leis não bastam porque é difícil exigir isolamento social de uma população que chega a atingir índices de 50% de informalidade. Nesse contexto, a pandemia reacendeu o tema da renda básica de cidadania, que foi uma das medidas reivindicadas por 27 governadores, em 25 de março. O que prevaleceu no parlamento foi a aprovação de um auxílio emergencial de R$ 600,00, por três meses, destinado àqueles que atendam aos requisitos do Decreto n. 10.316/2020. Aos trabalhadores com contratos formais foi assegurado benefício distinto, instituído pela Medida Provisória n. 936/2020, que também autoriza a suspensão de contratos de trabalho por até trinta dias e redução de jornada e salários em até 70%, pelo prazo de 90 dias.

É também difícil governadores e prefeitos exigirem isolamento social de uma população que, além de desassistida do que é básico para a manutenção da vida, como alimentação e condições de moradia dignas, escuta diuturnamente palavras, expressões e atitudes de menosprezo frente à dimensão da importância da crise sanitária, por parte do presidente da república.

Para citar apenas os episódios mais emblemáticos, recordemos o vídeo em que Bolsonaro convocou abertamente os seus apoiadores a participarem dos protestos contra o Congresso Nacional e o Judiciário em 15/03, a despeito de depois voltar atrás e sugerir o seu adiamento. Na ocasião dos protestos, participou de ato em Brasília e cumprimentou os apoiadores, em desrespeito às recomendações do ministério da saúde de seu governo.

O presidente já se referiu ao novo coronavirus como neurose, fantasia, histeria, gripezinha ou resfriadinho, declarando o seu menosprezo à crise do coronavirus desde o início e sempre criticou as medidas regionais e locais que restringi-

ram a circulação da população, como forma de conter o contágio e dar tempo de os entes subnacionais estruturarem melhor a rede de saúde pública, com a criação de novos leitos e hospitais de campanha para atendimento das vítimas.

Criticou o fechamento de escolas e comércio, atacou governadores, culpou a imprensa pelo que considerou clima de histeria instalado no país, ignorou as determinações de seu então ministro da saúde Mandetta e visitou comércio favorecendo aglomeração de pessoas, concentrou a luta contra a epidemia na defesa da cloroquina, cujo uso já foi inclusive suspenso pela Organização Mundial de Saúde, não investiu em testagem pelo que se estima ser alto o índice de subnotificação da doença, demitiu 2 ministros de saúde durante os dois primeiros meses da pandemia, nomeou por fim um interino para ministro de saúde, militar, sem formação médica e que ocupou o ministério com outros militares, sem qualquer experiência médica e de saúde pública.

Demonstrou reação de desdém quando questionado pelo fato de o Brasil ter ultrapassado 5.000 mortes: " E daí? Lamento, quer que eu faça o que?" Em divulgação recente da reunião ministerial de 22/4 ficou comprovado que o governo nada planeja em relação ao controle das infecções da pandemia da Covid-19, tema que sequer foi abordado na referida reunião que virou um escândalo mundial em especial pelas falas do ministro do meio ambiente que sugeria aproveitar a epidemia para aprovar medidas de desregulação do meio ambiente, para "ir passando a boiada".

Enquanto o país vai assumindo a triste dianteira no ranking dos países mais devastados com a pandemia, com as perdas e o infortúnio de superar mil mortes por covid-19 em menos de 24 horas, o brasileiro ainda tem que lidar com a crise institucional instalada, a crise federativa, ameaças de ruptura institucional e contra a Corte Suprema, trocas ministeriais, escândalos de uso político da polícia federal, fake news sobre a doença, panelaços, 28 pedidos de impeachment presidencial, descrédito pela ciência, descaso pelas vidas, pressão nos estudantes quanto à data de realização do ENEM, saúde militarizada, além da violência truculenta da polícia em operações na periferia do Rio, com a morte do menino João Pedro Matos Pinto, 14 anos, alvejado pela polícia dentro de sua casa. Não bastasse tudo isso, além da crise no consumo, no turismo, nas empresas e nos empregos, o registro, na data de hoje, da retração da economia com recuo de 1,5% do PIB, seguida de previsão de piora no segundo semestre.

Em um contexto como esse, o questionamento que se coloca no presente estudo é: qual a importância do federalismo para o enfrentamento da pandemia

no Brasil e em que medida a repartição do poder federativo amplia o nosso mitigado horizonte democrático.

2. FEDERALISMO NA CRISE E A RESISTÊNCIA DOS ESTADOS

Talvez uma das principais lições que a pandemia tenha deixado para as esferas política e jurídica brasileiras, considerando-se o contexto descrito no item anterior, tenha sido evidenciar a importância do federalismo para a desconcentração de poder, resgatando-se a sua dimensão de bandeira democrática.

O que mais caracteriza o federalismo é ser uma forma de distribuição de poder político entre âmbitos central, regional e local, de modo a diluí-lo no território nacional. A Constituição federal prevê a autonomia administrativa, legislativa e financeira dos entes federados, de modo que compartilham competências administrativas e legislativas, comuns e concorrentes, conforme elencadas nos arts. 23 e 24, da CF/88, respectivamente, além de competências tributárias.

Ou seja, no Brasil, a União, os Estados e o Distrito Federal legislam, concorrentemente, sobre a proteção e a defesa da saúde (art. 24, XII), e têm competência administrativa comum para cuidar da saúde e da assistência pública, a teor do art. 23, II, da CF/88. Isto é, os governos das três esferas federativas têm a atribuição constitucional e democrática de responsabilizarem-se pela adoção e implementação de políticas públicas que assegurem o exercício social do direito à saúde da população que representam.

A Constituição Federal, portanto, propõe uma ideia de federalismo de cooperação, em que o papel da União é coordenar ações, estabelecer regras gerais e dar apoio material ao desenvolvimento de políticas públicas regionais e locais de proteção à saúde.

Mas a crise sanitária do novo coronavirus evidenciou que sendo os princípios do federalismo e do estado de direito associados ao princípio democrático, é importante para a sociedade que o poder político desconcentrado em esferas central, regional e local acolha a diferença, a divergência e a dissenção, o que melhora a política e reafirma valores democráticos.

Isso não poderia ter mais evidente manifestação de que no federalismo de resistência adotado em especial pelos governadores, frente às diretrizes políticas negacionistas e contrárias à ciência do governo federal para enfrentamento da crise pandêmica do covid-19. Diante da negação ao conhecimento científico,

por parte do governo federal, inclusive contra a orientação do próprio ministério da saúde, da importância do afastamento social, das orientações da Organização Mundial de Saúde adotadas com base em protocolos científicos testados, e da sua insistência no uso da cloroquina como meio suficiente para enfrentamento do surto pandêmico, a resposta dos governadores foi a resistência, a insurgência e a afirmação de sua independência política para promover a proteção à saúde da população sob sua administração.

Isso ficou muito claro para a sociedade que se deparou com uma confusão de ordens divergentes de diferentes níveis de poder político, cujo objetivo não cooperativo era fragilizar o próprio princípio federativo e, com isso, concentrar poder político. Entretanto, o governo Bolsonaro terminou por servir à reafirmação do federalismo, que não se compadece com políticas personalistas, cujo fundamento não enaltece valores constitucionais, como é o caso das diretrizes federais para combate à pandemia, que desprotege a saúde dos cidadãos brasileiros.

Veja que tudo o que foi explicitado nos parágrafos antecedentes teve expressão através da edição de leis e de normas com disciplinamento de políticas de enfrentamento da pandemia. No âmbito regional, por exemplo, foi citado o decreto 48.809/2020, do governador de Pernambuco. No que concerne ao âmbito federal, citam-se a lei 13.979/2020 e os decretos 10.282/2020 e 10.292/2020, esses últimos entre outros, definem serviços públicos e atividades essenciais.

Diante das graves divergências de entendimento das autoridades de níveis federativos diversos sobre as políticas públicas que deveriam ser tomadas para o combate à crise sanitária, foi proposta, pelo Conselho Federal da OAB, uma ação declaratória de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 672/DF[4], sob relatoria do ministro Alexandre de Morais, em cuja decisão liminar restaram afirmados os preceitos jurídicos fundamentais da proteção à saúde e do respeito ao federalismo,

> reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer

4 ADPF 672/DF, rel. Alexandre de Moraes, 8 de abril de 2020. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf, acesso 02/06/2020.

medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

Essa decisão tem suporte na ideia própria do federalismo de que são as autoridades locais e regionais que têm maior condição de fazer um diagnóstico em torno do avanço da doença e da capacidade de operação do sistema de saúde em cada localidade, com vistas a evitar o seu colapso.

Ficou bem expresso na ordem liminar, tanto a ideia do princípio federativo, como do próprio estado de direito, no entendimento categórico de que

> Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, consequentemente, arbitrárias.

Democracia, estado de direito e federalismo estão, portanto, estreitamente conectados, de modo que um depende do outro e todos existem para coibir a concentração autoritária de poder político e o arbítrio de governantes autocratas.

3. FEDERALISMO, REPARTIÇÃO DE PODER E DEMOCRACIA: À GUISA DE CONCLUSÃO

Para Alfred Stepan[5], que segue a definição de sistema federativo de Robert A. Dahl, para quem o federalismo é "um sistema em que algumas matérias são de exclusiva competência de determinadas unidades locais - cantões, estados, províncias - e estão constitucionalmente além do âmbito de autoridade da União, enquanto outras estão fora da competência das unidades menores", apenas um sistema democrático pode construir os sistemas constitucional, legislativo e judiciário com a autonomia necessária para se enquadrar na referida definição de federação.

E para serem considerados como federativos, os sistemas democráticos precisam conter subunidades políticas territoriais, cujo eleitorado seja formado

5 STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do demos. Cados vol. 42, n. 2, Rio de Janeiro, 1999, disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581999000200001&script=sci_arttext, acesso em 02/06/2020.

pelos cidadãos dessas unidades, além de que a Constituição deve atribuir a essas unidades soberania na elaboração de leis e políticas. Por outro lado, deve existir uma unidade política central e nacional, com poder legislativo eleito por toda a população do Estado e à qual caiba a atribuição constitucional de competência soberana para legislar e formular políticas em determinadas matérias.

Para estudiosos do federalismo americano, como Rilke[6], um dos aspectos mais atraentes do federalismo é que ele pode contribuir para a existência de um governo limitado, o que é um obstáculo para as maiorias populistas. Na visão de muitos pensadores liberais, especialmente de tradição americana, o federalismo exerce um papel importante na limitação da "tirania da maioria".

Sabe-se que o Brasil não é uma democracia duradoura, na medida que estamos há pouco mais de 30 anos do fim do processo de redemocratização, tendo sido sujeitos, no percurso de nossa história política, a longos períodos de regime autoritário e ditatorial. Principalmente por isso, do que resulta uma tendência nacional de flertar com a concentração de poder político no âmbito da União, as discussões sobre o federalismo constituem fator decisivo no debate sobre as nossas perspectivas democráticas.

Acredito que a experiência do drama da pandemia do covid-19 sob o governo Jair Bolsonaro, com clara tendência autoritária e populista, e cuja maioria que o elegeu se formou com base em ampla divulgação de fake news e com a demonização dos concorrentes, inclusive com a perseguição político-midiática e judicial do seu principal opositor, o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, vem testando diariamente a saúde de nossa mitigada democracia.

Hoje completamos dezessete dias sem que tenha sido empossado um ministro da saúde no Brasil. O presidente e seu governo continuam inteiramente omissos quanto à responsabilidade de coordenar as políticas sociais regionais e locais de combate à pandemia e de proteção à saúde pública. Quando questionado sobre essa omissão, o presidente culpa a decisão do Supremo tribunal federal, que reconheceu a competência concorrente dos estados e distrito federal, além da competência suplementar dos municípios, para a definição da referida política pública.

Ou seja, diuturnamente o governo Bolsonaro vem testando os limites de nosso estado de direito e de nosso federalismo e, com isso, testando o próprio princípio democrático. Acredito que esse federalismo de resistência dos governa-

6 RILKER, William H.. (1982), Liberalism against Populism: A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice. Prospect Heights, III., Waveland Press.

dores em relação à firmeza da decisão de afirmar a autonomia política dos entes subnacionais para adotar critérios científicos e protocolos das organizações internacionais, como parâmetros para a definição das políticas públicas de saúde, foi um fator decisivo para a nossa perspectiva democrática, além de sua importância para conter e controlar o coronavírus.

É claro que todo poder autoritário quando pretende se instalar no governo de determinada nação vai procurar minar e desautorizar as demais instituições políticas, como faz Bolsonaro em relação aos governadores e ao Supremo Tribunal Federal.

A resposta que essas instituições dão à sanha autoritária e populista do governante, juntamente com o repúdio social, no presente caso comprometido pela quarentena, é que serão capazes de manter a democracia com mínimos sinais de vida. O caso tratado no presente artigo, portanto, serve como um consolo e, quiçá, uma esperança na perspectiva de um futuro mais democrático.

CAPOEIRA, CONFINAMENTO E SALVAGUARDA

Luiz Renato Vieira[1]

Paulo Henrique Menezes da Silva[2]

Sabemos que no fim da década de 1980, com a chegada da internet no Brasil, nosso país foi se consolidando na utilização da rede mundial de computadores, tornando-se, segundo dados do CGI.Br - Comitê Gestor da Internet no Brasil (TIC CULTURA, 2016, pág. 17), referência para vários países com o seu modelo de governança da internet.

Ainda, segundo dados coletados na Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Equipamentos Culturais Brasileiros, "a cultura tem uma importância significativa para a inclusão social e para o bem-estar do cidadão [...] sendo inquestionável a importância dessas tecnologias para a expansão do acesso à cultura" (TIC CULTURA, 2016, pág. 21).

MARTINS & JUNIOR (2016), no artigo Memória como Prática na Cultura Digital, afirmam que "dentre os muitos campos impactados pelas práticas do universo da cultura digital" o que sofreu uma maior ressignificação foi o campo da memória, seja ela "pública ou privada". Com a ascendência da mídia digital, segundo esses autores, a sociedade, que em determinado momento havia se acostumado com os arquivos impressos, precisou se readequar as novas tecnologias. Neste mesmo artigo eles perguntam: "Qual o papel das instituições mantenedoras do patrimônio cultural na preservação da memória na era da cultura digital?" (MARTINS & JUNIOR, 2016, pág. 45).

Mas nós vamos nos ater, em tempos de isolamento social, ao papel da comunidade na proteção deste patrimônio cultural, conforme previsto em nossa carta magna, por entender que, no momento político por que passa o nosso país, as ações governamentais tem trabalhado sobremaneira para a descontinuidade das políticas públicas de cultura, notadamente em âmbito federal, com o desmonte do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN

---

1 Mestre de Capoeira. Mestre e Doutor em Sociologia (UnB-Université de Paris I – Pantéon Sorbonne). Professor da Universidade de Brasília.

2 Mestre de Capoeira. Bacharel em Direito (UCAM); Especialista em Patrimônio, Direitos Culturais e Cidadania (NDH/UFG) e Mestrando em Patrimônio, Cultura e Sociedade (PPGPACS/IM/UFRRJ).

e Fundação Cultural Palmares, que tem em seus quadros de direção pessoas descompromissadas com a preservação do patrimônio culturais formadores da sociedade brasileira.

O período de confinamento decorrente da pandemia do Covid-19 tem causado muitos impactos para todos nós. Nossa luta maior e mais importante é pela preservação de vidas. E temos visto um empenho e uma mobilização impressionantes nessa direção, apesar de algumas falas obscurantistas e da maldosa disseminação de informações falsas. Essas condutas ensejaram, desde antes desta pandemia, processos relacionados à disseminação de Fake News, influenciando o processo eleitoral, com abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional e processos tramitando no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal Eleitoral.

Em escala global, as pessoas estão aprendendo a se relacionar de outras formas. As redes sociais e outros recursos da Internet ganham mais importância na preservação das atividades rotineiras, tanto no trabalho quanto nas outras esferas das nossas vidas.

Na capoeira, isso não é diferente. O mundo de nossa arte-luta, que já utilizava amplamente as redes sociais, entra agora em um ritmo impressionante. São aulas, cursos, palestras, podcast, lives e atividades coletivas virtuais para todos os gostos e estilos. Enxergamos como muito positivo todo esse processo de utilização intensiva da tecnologia e dos recursos da rede mundial de computadores, que tem proporcionado para a comunidade da capoeira um aprendizado mais horizontalizado.

Podemos citar como exemplos exitosos a Rádio Capoeira, criada em 2012 com o objetivo de divulgar a arte da capoeira e suas múltiplas ações, incluindo aí o combate ao racismo e todas as formas de discriminação, difundindo aos seus ouvintes a importância dos valores civilizatórios da matriz africana na diáspora brasileira. Importante mencionar, também, a Rede Nacional de Ação pela Capoeira, espaço de articulação política que dialoga com os seus pares e com as diversas instâncias do poder público contribuindo na elaboração de políticas públicas para a capoeira. Criada em 2015 via o aplicativo WathsApp, a Rede Nacional de Ação pela Capoeira, interagindo nacionalmente por este aplicativo, elegeu para o Conselho Nacional de Política Cultural - CNPC[3], um número significativo de representantes da capoeira, que atuaram nos setoriais de Patrimônio

3 Disponível em: http://cnpc.cultura.gov.br/wp-content/uploads/sites/3/2019/08/PORTARIA-N%C2%BA-125-DE-16-DEZEMBRO-DE-2015.pdf. Acesso em 01/06/2020.

Cultural Imaterial, Culturas Afro-Brasileiras, Culturas Populares e Teatro, tendo, ainda, a representação da capoeira no Pleno daquele Conselho.

Não obstante, a Rede Nacional de Ação pela Capoeira atuou na defesa da capoeira enquanto patrimônio cultural, se articulando para derrubar a Resolução nº 44 do Conselho Nacional do Esporte[4], publicada no Diário Oficial da União no dia 05 de maio de 2016, e que reconhecia a capoeira como desporto, pressionando o IPHAN e Fundação Cultural Palmares a se posicionarem sobre tal fato, o que fez com que a Palmares lançasse uma nota[5] sobre a transformação da capoeira em esporte.

Segundo a nota

> A questão da regulamentação e esportização da capoeira é antiga e polêmica. Entidades que representam os capoeiristas e mestres de capoeira reagem ora com cautela, ora com firme oposição, haja vista que a regulamentação e profissionalização da capoeira pode representar a deslegitimação daqueles que foram responsáveis pela invenção, manutenção, transmissão e disseminação dos conhecimentos relativos à capoeiragem, em prol da figura do instrutor com formação em educação física. Tal ameaça foi inaugurada pelo Projeto de Lei da Câmara nº 31, de 2009. Essa distorção reforçaria a desequilibrada relação entre os saberes, a qual reconhece e sustenta o conhecimento acadêmico como o portador da verdade e da precisão, descartando ou relegando os saberes tradicionais, populares e baseados na oralidade a condições inferiores de qualidade e técnica. (FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES, 2016).

Após intensa pressão nas redes sociais, a Resolução nº 44 foi revogada no dia 11 de maio do mesmo ano, através da Resolução nº 45[6], por determinação do Ministro do Esporte à época. Portanto, a luta dos diversos segmentos da capoeira, através das redes sociais, não é de agora. A pandemia veio para consolidar o uso responsável e solidário das redes sociais por esta comunidade, que, não faz muito tempo, era um pouco reticente para o ensino aprendizagem da capoeira através das redes sociais.

Com todo este isolamento social, a Rádio Capoeira vem promovendo diversas atividades culturais com mestres e mestras de capoeira, com lives, entrevistas e debates em seus perfis nas redes sociais; os podcast Capoeira, Cultura e Sociedade, com Mestre Luiz Renato, do Grupo Beribazu/DF e o Mandingueiro,

4 Disponível em: http://arquivo.esporte.gov.br/arquivos/conselhoEsporte/resolucoes/Resoluo_44_-_1_e_2.pdf. Acesso em 01/06/2020.

5 Disponível em: http://www.palmares.gov.br/?p=40682. Acesso em 01/06/2020.

6 Disponível em: http://arquivo.esporte.gov.br/arquivos/conselhoEsporte/resolucoes/resoluo_n_45_-_revoga_a_resoluo_n_44.pdf. Acesso em: 01/06/2020.

com Mestre NegoLéo, de Belo Horizonte/MG. Realiza, ainda, o programa Conversa ao Pé do Berimbau, com Mestre Squisito, do Grupo Terreiro Capoeira/DF; o programa BerimBatuques, com Mestre Kblera, de Brusque/SC e o ciclo de entrevistas sobre a História da Capoeira no Rio de Janeiro, com Mestre Paulão Kikongo, ganhador do Prêmio "Edital Cultura Presente nas Redes"[7], da Secretaria de Estado de Cultura e Economia Criativa do Rio de Janeiro.

Uma hora tudo isso vai passar e a vida voltará ao normal. Nesse momento, há um exercício interessante a fazer: refletir sobre quais serão os legados, para o universo da nossa arte, dessa época tão complexa. O que vai mudar em nossas vidas como capoeiristas, professores e mestres? O que aprenderemos com a crise, além da ênfase nos cuidados com a higiene pessoal e dos ambientes de treinamento?

Mas do que nunca estamos exercitando o aprendizado horizontal e paralelo aos esquemas tradicionais das chamadas linhagens. Alunos e alunas não aprendem mais exclusivamente com seus mestres. As informações fluem livremente na Internet, basta navegar pelo Facebook, Instagram e Youtube. Centenas, milhares de aulas, entrevistas; mestres e mestras internacionalmente conhecidos compartilhando generosamente seus conhecimentos. Mas há, também, muitos jovens docentes, mestres e mestras demostrando sua vontade de aprender e de compartilhar o que já sabem. Para nós (e esperamos que para todos de nossa geração, que estão entre os 50 e 60 anos de idade, ou mais velhos), é uma alegria muito grande ver informação de qualidade sobre a capoeira fluir de forma tão intensa.

Semanas antes do início da crise, debatíamos, em alguns grupos de WathsApp, o ensino da capoeira na Internet, com as opiniões mais diversas. As circunstâncias, entretanto, mostraram que as aulas virtuais podem ser não apenas um recurso adicional, como podem se tornar o principal meio de ensino em determinadas circunstâncias.

No campo da capoeira, qual será o legado de tudo isso que estamos vivendo? Ficam muitas indagações. Essa crise vai nos ensinar a valorizar as informações sobre a capoeira a partir de seu conteúdo, analisando com senso crítico e serenidade? Haverá um questionamento do papel de mestres e mestras nos ambientes de capoeira, levando-nos a refletir sobre as práticas pedagógicas que adotamos e a necessidade de constante aperfeiçoamento e atualização? Saberemos olhar com mais atenção para jovens professores, professoras, mestras e mestres ainda menos

7 Lançado pela Secretaria de Estado de Cultura e Economia Criativa do Rio de Janeiro o edital "Cultura Presente nas Redes", pretende fomentar propostas culturais que possam ser executadas e transmitidas via internet por artistas em todo território fluminense.

conhecidos, que lutam por espaço em um ambiente de intensas disputas, onde nem sempre têm direito a voz? Entenderemos, definitivamente, que questões de igualdade de gênero são pautas necessárias, entre várias outras, para que a capoeira avance como uma arte inclusiva e democrática? São muitas as indagações.

Por outro lado, essa ressignificação pela qual está passando a arte-luta brasileira pode causar outros impactos, que precisarão ser avaliados de forma pormenorizada no momento oportuno. Descobertas as possibilidades de aulas à distância, em geral gratuitas, podendo variar de mestre e professor com um passar de dedo na tela do celular, quais serão os impactos na vida daqueles que dependem das aulas de capoeira para sobreviver? Nessa dinâmica, saberemos resguardar o lugar e a relevância da ancestralidade e da tradição para a capoeiragem?

É fundamental pensar nas dimensões profissional e humana relacionadas aos mestres e às mestras do nosso ofício. E a questão vai muito além de tudo isso. Trata-se de avaliar com muito cuidado o resultado da mudança em toda uma cadeia produtiva em que se insere a transmissão intergeracional de saberes ancestrais relacionados à capoeiragem.

Como se já não bastassem todas as dificuldades inerentes ao trato com uma manifestação cultural tão rica e dinâmica como a capoeira, anda surgem às complexidades próprias dessa crise sanitária, que também é a econômica, e que pode ser a maior do nosso tempo.

Surgem, então, novos e imensos desafios para a Salvaguarda da Capoeira como Patrimônio Imaterial. Nossa expectativa é de que se fortaleçam os diálogos e trocas de saberes, e que o empenho dos órgãos do Estado, apesar do "autoritarismo, caráter tardio, descontinuidade, desatenção, paradoxos, impasses e desafios" (RUBIM, 2007, pág.13) se some aos esforços já realizados pelos capoeiristas pela preservação de nossas formas de expressão, tradições e memórias e pela valorização dos nossos patrimônios vivos.

RECOMENDAÇÕES DA CIDH, COVID-19 E O CONTEXTO BRASILEIRO NO PÓS-PANDEMIA

Manoel Severino Moraes de Almeida[1]

Luis Emmanuel Cunha[2]

Maria Júlia Poletine Advincula[3]

Arthur de Oliveira Xavier Ramos[4]

1. AS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA A AMÉRICA LATINA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

1.1 RESOLUÇÃO N° 1/2020 E SUAS ADEQUAÇÕES À REALIDADE BRASILEIRA

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tomou a iniciativa em publicar uma Resolução, a Resolução n° 1/2020, sobre promoção e proteção aos Direitos Humanos nas Américas diante da posição tomada pela Organização Mundial da Saúde em 30 de janeiro de 2020, em declarar emergência de saúde pública internacional (status máximo de atenção da Organização), combinada com a declaração de 11 de março de 2020 da COVID-19 como doença pandêmica[5]. Essa Resolução n° 1/2020 tem caráter de disposição geral sobre preservação de Direitos Humanos em tempos extraordinários, em que o direito à vida, o direito à saúde e o direito à integridade física estão sob riscos nunca enfrentados pela humanidade, e que têm impactos em médio e longo prazos em toda ela e, especialmente, em relação aos grupos socialmente vulnerabilizados.

Ainda que não seja, em sentido estrito, um documento vinculativo, a Resolução nº 1/2020 tem o condão de organizar a atuação dos Estados do Sistema

---

1 Advogado. Professor do Curso de Direito da UNICAP. Coordenador da Cátedra UNESCO/UNICAP Dom Hélder Câmara de Direitos Humanos e Doutorando do PPGD/UNICAP. E-mail: manoel.almeida@unicap.br

2 Advogado. Pesquisador do Moinho Jurídico, PPDG-UFPE. Email: luis.bcunha@ufpe.br.

3 Advogada (OAB/PE). Pós-graduanda em Direito da Mulher (UniDBSCO). Pesquisadora militante em gênero e violência doméstica. E-mail: juliapoletine@gmail.com

4 Advogado (OAB/PE). E-mail: arthuroxr@gmail.com

5 Folha informativa da Organização Panamericana de Saúde sobre a COVID-19. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 01 de junho de 2020.

Interamericano de Direitos Humanos, a partir de diretrizes gerais em Direitos Humanos, com o objetivo de se fomentar a proteção necessária à Dignidade das pessoas, de forma a se evitar violações de Direitos Humanos e a posterior responsabilização dos Estados pelas violações. Mais que reativa, a Comissão se posicionou preventiva às violações, daí a implantação de uma unidade de resposta rápida e integrada à COVID-19 (*Rapid and Integrated Response Coordination Unit*[6]). De antemão, a CIDH tem uma unidade de monitoramento em tempo real dos fatos, omissões e ações realizadas pelos Estados em enfrentamento à COVID-19, obviamente, considerando-se a tutela de Direitos Humanos e tem também um documento como ponto de partida daquilo a ser considerado básico em um momento extraordinário de emergência de saúde global. Focando a Resolução nº 1/2020, a CIDH[7] reconhece de pronto que as Américas são um todo de Estados com o maior grau de desigualdade social no planeta e aponta que essa desigualdade é resultado da falta de acesso à alimentação adequada, moradia adequada, saneamento, água potável, poluição ambiental, além do elevado índice de pessoas em situação de pobreza e de extrema pobreza. Isso tudo é agravado quando de aplicam os recortes de raça, de gênero e se consideram as situações de elevada impunidade e corrupção das autoridades nessa região (CIDH, 2020, p.3).

Esse repertório de entrada da CIDH mostra que a COVID-19, em si, já é um fator de maior relevância até então, principalmente, como risco à Dignidade e aos Direitos Humanos, mas que consegue ficar ainda mais grave diante do cenário muito frágil institucional para a promoção e proteção aos Direitos Humanos. Leia-se, então, que esse cenário de fragilidade está centrado na fragilidade institucional dos Estados em dar uma resposta à emergência de saúde coordenada com a tutela aos Direitos Humanos. Diante disso, o primeiro ponto a ser chamado a atenção pela CIDH é em relação ao respeito ao Estado de Direito no cenário emergencial. É uma preocupação latente da CIDH que a emergência de saúde não seja "manobrada" para restrição de direitos fundamentais que não se mostrem realmente necessária à preservação da saúde, da vida e da integridade física. De certa forma, a conjuntura atual de governos com tendências autoritárias e negacionistas fortalece essa postura da CIDH. Quanto a isso, a CIDH reitera que o estado de emergência de saúde não impede a continuidade de atuação dos Poderes Judiciário e Legislativo. É imprescindível que essas autoridades públicas continuem em atuação mesmo no contexto pandêmico. Além disso, alguns direitos

6 *Rapid and Integrated Response Coordination Unit*. Disponível em: http://www.oas.org/en/iachr/SACROI_COVID19/

7 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pandemic and Human Rights in the Americas. Disponível em: http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-1-20-en.pdf. Acesso em 01 de junho de 2020.

podem ser eventualmente restringidos seu gozo em virtude da pandemia, como o direito de reunião e de livre circulação em espaços públicos e comunitários, com exceção de circulação para abastecimento de alimentos e de medicamentos. Qualquer outra restrição a direitos tem de ser proporcional ao enfrentamento à COVID-19. Jornalistas, Defensoras e Defensores de Direitos Humanos não devem ser restringidos em sua atuação (CIDH, 2020, p.5).

Feita essa primeira parte de reforço ao respeito do Estado de Direito, a CIDH passa a reconhecer cada grupo socialmente vulnerabilizado que pode ainda mais estar exposto a novos episódios de vulnerabilidade por conta da pandemia do COVID-19. Daí, chama a atenção em favor das pessoas idosas, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, pessoas migrantes, crianças e adolescentes, pessoas LGBTI+, pessoas afrodescendentes e pessoas com deficiência. Em cada grupo desses, destacam-se o seguinte: pessoas idosas (parágrafos 40 a 44), prioridade de testagem e acesso imediato a medicação e tratamento, monitorar violência familiar e institucional, quando as pessoas idosas viverem em hospitais, estabelecimentos prisionais e espaços de longa permanência; pessoas privadas de liberdade (parágrafos 45 a 48) evitar superlotação nos estabelecimentos, avaliar outras formas de punição além do encarceramento e acompanhar a qualidade de acesso à água e alimentação; mulheres (parágrafos 49 a 53) assegurar que as decisões e respostas implementadas em relação à COVID-19 tenham um recorte de gênero e garantir a atuação dos serviços de atendimento à mulher para casos de violência doméstica e sexual ocorridas nos espaços de confinamento; povos indígenas (parágrafos 54 a 57), informar sobre a COVID-19 e as medidas de enfrentamento no idioma de cada povo e respeitar suas tradições e decisão sobre isolamento voluntário; pessoas migrantes (parágrafos 58 a 62) evitar aprisionamento e intimidação das pessoas migrantes no acesso aos serviços de saúde, facilitar o retorno ao território de sua nacionalidade; crianças e adolescentes (parágrafos 63 a 67) promover a continuidade do acesso à educação, dar atenção especial às crianças e adolescentes institucionalizadas, afastadas de suas famílias ou em situação de rua; pessoas LGBTI+ (parágrafos 68 a 71) conduzir campanhas contra a homofobia, garantir o respeito ao gênero nos atendimentos de saúde, dar atenção especial às pessoas LGBTI+ em situação de pobreza e exclusão; pessoas afrodescendentes (parágrafos 72 a 75) apoiar pecuniariamente as pessoas em situação de pobreza ou de extrema pobreza, evitar o uso desnecessário da força, incluir o recorte de raça nos dados sobre a COVID-19; e pessoas com deficiência (parágrafos 76 a 80) oferecer atendimento médico prioritário e sem discriminação, garantir que a medidas tenham o recorte para pessoas com defi-

ciência, acessibilidade física aos espaços e de comunicação durante o isolamento.

São medidas que dão efetividade aos tratados de Direitos Humanos do Sistema Interamericano. Por certo, cada Estado pode detalhar e melhorar cada recomendação dessa. Por isso, a CIDH também tem instado os Estados à cooperação em relação às boas práticas, de forma a serem compartilhadas as medidas bem sucedidas, bem como se evitarem as mal sucedidas. Como dito inicialmente, não se trata de um documento vinculativo, mas se trata de um documento de um órgão promotor dos Direitos Humanos em um sistema em que o Estado brasileiro está obrigado a ele, então constitui ponto de partida que não deve ser negado, nem desprezado pelas autoridades brasileiras. Ao contrário disso, eventuais recomendações podem até deixar de ser seguidas desde que se apresentem as justificativas para isso e quais outras medidas foram tomadas e tiveram bons resultados, para isso, a circulação das boas práticas.

2. EXPOR E ENFRENTAR DESIGUALDADES
2.1 PANDEMIA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER:

A violência doméstica fere os direitos humanos, questão que precisa ser debatida pelo Estado e sociedade, conforme preceitua o art. 6 da Lei n° 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Já na introdução da referida Resolução, discute-se que a América é a região mais desigual do planeta, caracterizada por profundas brechas sociais. Tendo em vista esse contexto, pode-se dizer que também comporta altos índices de violência, especialmente aquela em razão de gênero. Ainda segundo a Resolução, a CIDH pontua que as mulheres fazem parte dos grupos em situação de especial vulnerabilidade, especialmente quando se compreende todas as nuances de gênero, classe, raça, etnia, nacionalidade, etc.

> Vejamos, portanto, um dos parágrafos sobre o tema:
> 50. Incorporar uma **perspectiva de gênero a partir de uma abordagem interseccional em todas as respostas do Estado para conter a pandemia**, levando em conta diferentes contextos e condições que aumentem a vulnerabilidade das mulheres expostas, como insegurança econômica, idade, status migratório ou deslocado, estado de incapacidade, privação de libertação, origens étnico-raciais, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, entre outros. (CIDH, 2020, p. 17, tradução nossa, grifos nossos)

Lar, nessa perspectiva, não é sinônimo de segurança (SAFFIOTI, 2002)[8].

8 SAFFIOTI, Heleieth. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. In: Estudos Feministas. Número 1-2, julho/ dezembro 2002. Disponível em: https://docplayer.com.br/22950136-Contribuicoes-feministas-para-o-estudo-da- violencia-de-genero.html. Acesso em: 01 jun. 2020.

O que muda em um período de pandemia, ou melhor, se intensifica, é que as tensões habituais são multiplicadas pelos fatores externos, como instabilidade financeira, reclusão, ansiedade, etc. O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos registrou um aumento de 9% nas ligações do Disque 180 em meados do mês de março de 2020[9]; número este, registre-se, muito subnotificado. Mesmo que os serviços estejam funcionando, as mulheres agredidas podem se sentir coagidas a manter o silêncio, já que fazer uma ligação ao lado do seu agressor pode ser mais prejudicial. E, saindo de casa, ainda correm o risco de se contaminar com o COVID-19, outro fator de inibição.

Em abril de 2020, no Estado de Pernambuco, houve um recuo de 25,45% das notificações em relação ao mesmo mês em 2019. Se comparado março de 2019 e o mesmo período em 2020, a baixa foi de 22,18%[10]. As informações são da Secretaria de Defesa Social (SDS-PE). Nessa perspectiva, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) divulgou dados recentes nos quais é possível observar uma queda nos pedidos de Medida Protetiva de Urgência que chegam até o Judiciário. Isso não quer dizer que a violência, de fato, diminuiu. Pelo contrário. Significa que os entraves estão ainda maiores para a realização de uma denúncia ou queixa por violência doméstica. Assim, fala-se em um contexto político, inclusive, já que as políticas públicas devem compreender todos esses liames percorridos pela vítima até a denúncia, de modo a diminuir as subnotificações (MIGUEL e BIROLI, 2014)[11].

> Logo, segundo a CIDH, é preciso:
> 52. Fortalecer os serviços de resposta à violência de gênero, **particularmente a violência intrafamiliar e a violência sexual no contexto do confinamento**. Reformule os mecanismos tradicionais de resposta, adotando canais de comunicação alternativos e fortalecendo as redes comunitárias para expandir os meios de comunicação e proteção das ordens dentro do período de confinamento. Além de desenvolver protocolos de atendimento e fortalecer a capacidade dos agentes de segurança e agentes da justiça envolvidos na investigação e punição de atos de violência doméstica, além de realizar a distribuição de materiais de orientação sobre como lidar com esses casos em todos os casos. instituições estatais. (CIDH, 2020, p. 17, tradução nossa, grifos nossos)

Importa dizer que a questão da violência doméstica é antiga no Brasil e, inclusive, diante da morosidade judiciária existente no país, principalmente para

9 Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/denuncias-de-violencia-contra-mulher-cresceram-9-diz-ministra Acesso em: 02 jun. 2020

10 Disponível em: https://jc.ne10.uol.com.br/pernambuco/2020/05/5610024-instituto-maria-da-penha-acusa-subnotificacoes-de-violencia-contra-mulher-durante-pandemia.html?aff_source=56d95533a8284936a374e3a6da3d7996 Acesso em: 01 jun. 2020

11 MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. Feminismo e política: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

julgar questões de direitos humanos, Maria da Penha recorreu à Justiça Internacional. Inicialmente, apresentou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), tendo sido julgado posteriormente pela referida Corte, culminando na condenação do país que, em 2006, promulgou a Lei que leva seu nome. Apesar de ser um problema antigo, histórico e sistêmico, como o governo brasileiro vai responder às recomendações ainda traz um ar desanimador.

2.2 A EPIDEMIOLOGIA DA CRISE E DESIGUALDADE REGIONAL

O caso brasileiro pode ser desdobrado em dois vetores. O primeiro, o epidemiológico, que se trunca em mais dois - o regional e o global. E o segundo, o econômico, subdividido também desta forma. É que o tratamento geopolítico da pandemia, como veremos, marcará o passo da fratura econômica que atingirá a nação brasileira. Em relação ao primeiro vetor, as estatísticas demonstram um conjunto de estarrecedores dados. Segundo acompanhamento do *Imperial College of London*[12], a taxa de contágio brasileira é a maior do Globo, sendo a de 2,8%. Como é notório, a única forma de enfrentamento da pandemia deriva da diminuição da taxa de contaminação, para evitar a sobrecarga do sistema de saúde. No entanto, em termos de infraestrutura de enfrentamento direto, como leitos de UTI, se torna perceptivelmente mais grave. O país, ao todo, possui 45.848 leitos[13] - e o problema se evidencia em um olhar mais atento. Desses, apenas metade (22.844) são públicos; todo o restante pertence à iniciativa privada. Novamente, ao aprofundarmos a percepção, nota-se um segundo problema: a extensão territorial carrega, em si, o germe da desigualdade regional; o norte e o nordeste, respectivamente, possuem a menor quantidade de leitos de UTI disponíveis. Em termos de critérios, a OMS recomenda 1 a 3 leitos/10mil habitantes. Registre-se que essa média se refere a tempos de normalidade, e mesmo assim, fica no limite ou abaixo dele.

Na pandemia, a situação é agravada de forma incomensurável, tornando ainda mais esgarçado o fino tecido que constitui a saúde pública brasileira. A região nordeste apresenta o mínimo desejado, com 1 leito/10.000 habitantes, e o norte ficando ainda aquém, com 0,9 leito/10.000 habitantes. Isto que não se considera o agravante da extensão territorial das duas regiões: a distância percorrida em regiões ribeirinhas da amazônia, de difícil acesso, até o parco tecido

12 Disponível em: https://mrc-ide.github.io/covid19-short-term-forecasts/index.html#summary-of-results Acesso em: 02 jun. 2020

13 Disponível em: http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/dados_uti_amib(1).pdf Acesso em: 02 jun. 2020

de saúde, é impraticável em tantos casos - o mesmo se diria para os interiores nordestinos.

A gravidade do que foi explicitado acima explica, em parte, o fato de o Brasil carregar o segundo lugar mundial (os EUA não são computados na lista, sendo estes, por enquanto, os primeiros) - no observatório de mortes por covid-19 da *Imperial College of London*.

2.3 POVOS TRADICIONAIS E O COVID-19

Uma das áreas mais sensíveis do Sistema Interamericano de Direitos Humanos são os povos tradicionais e um indicador dessa importância são as inúmeras decisões da Corte Interamericana, em particular, no Estado de Pernambuco, a decisão contra o Brasil vs Xukuru, é um exemplo. Mas, contamos ainda com outras 12 (doze) etnias indígenas, e uma migração recente dos índios venezuelanos Waraos.

Os povos e organizações indígenas vem construindo ao lado de pesquisadores de diversas universidades a REMDIPE[14] - Rede de Monitoramento de Direitos Indígenas, em Pernambuco, formado por organizações da sociedade civil, grupos vinculados às universidades e movimentos indígenas, juntos na defesa dos direitos humanos, com o objetivo de acompanhar a efetivação de direitos e de políticas públicas voltadas para os povos indígenas. Entre as iniciativas tomadas, a REMDIPE construiu uma página na internet "*Povos Indígenas e a Covid-19 em Pernambuco*", com o apoio da Comissão de Professores/as Indígenas em Pernambuco (COPIPE), Comissão de Juventude Indígena em Pernambuco (COJIPE) e Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME), Cátedra UNESCO/UNICAP Dom Helder Camara de Direitos Humanos e a Rede Solidária em Defesa da Vida - PE, entre outras entidades.

Antes mesmo dos primeiros casos confirmados da Covid-19 nas aldeias os povos indígenas criaram barreiras sanitárias, por conta própria, nas vias de acesso às aldeias. Trata-se de uma iniciativa complexa porque exige para sua manutenção a necessidade de cobertura de um elevado número de vias de acesso aos territórios e a proximidade dos centros urbanos; bem como a falta de itens de higiene pessoal (álcool em gel, álcool 70º- e sabão) e de Equipamentos de Proteção Individual (EPI's). No dia 23 de abril de 2020, uma indígena da etnia Fulni-ô faleceu, mas só foi confirmado que a causa mortis era Covid-19 no dia 1 de maio, segundo a Secretaria de Saúde de Águas Belas. Diante desse caso, ficou

14 REMDIPE. Disponível em: https://www.indigenascontracovidpe.com. Acesso em: 01 jun. 2020.

evidente que o vírus saiu da capital e seguiu para o interior, tendo como principal rota a BR 232, que dá acesso para cidades de médio porte no nosso estado. Daí seguiu para os municípios menores. Nesta mesma semana, havia ainda mais três casos confirmados pela Sesai no estado: um Pankararu e dois Atikum. Por fim, os indígenas ainda contabilizaram mais uma jovem Xukuru, que está com suspeita.

Diante do desafio de sistematizar as informações sobre a Pandemia da Covid-19 e dar visibilidade aos povos indígenas, a REMDIPE passou a publicar boletins semanais. O segundo boletim lamenta a morte de uma criança de apenas 3 dias de nascida, do povo Pippã. O falecimento ocorreu no sábado, dia 2 de maio, e a confirmação só foi confirmada pelo LACEM, por Covid-19, na segunda-feira, dia 4 de maio, pela Secretaria de Saúde do Município de Floresta. Este óbito somado ao falecimento do artesão Naxiá Fulni-ô, de 42 anos, naquela altura, registrou a morte do segundo indígena em Pernambuco. E neste informe trouxe também a boa notícia da primeira recuperação de um indígena em Pernambuco, era de um membro da etnia Atikum. Outro registro que constou no segundo boletim foi a informação do falecimento de um indígena venezuelano do povo Warao, que migrou para o Recife em agosto de 2019. O caso é acompanhado pelo Comitê Interinstitucional de Promoção dos Direitos das Pessoas em Situação de Migração, Refúgio e Apatridia. Conforme o dados foram sendo sistematizados e geoprocessados é possível acessar pelo mapa que destaca as informações semanalmente conforme ilustração abaixo, que foi divulgado no segundo boletim da REMDIPE de 5 de maio, e que registou os dois óbitos relatados da criança Pipipã e de um senhor da etnia Fulni-ô.

No dia 27 de maio de 2020, publicou-se pela REMDIPE o boletim especial 01, que abordou o quadro enfrentado na Região Metropolitana do Recife, diante da invisibilização e ausência de políticas específicas para os indígenas que moram nas cidades com maior população no Estado. Entre as situações apontadas estão o caso dos indígenas Waraos e de outros indivíduos dos povos com território em Pernambuco, mas que estão fora de suas aldeias[15].

Dados obtidos do censo (IBGE, 2010) há mais de 6 mil indígenas que vivem nas principais cidades da Região Metropolitana do Recife (RMR): A Capital conta com uma população declarada de 3.665 indígenas; em Olinda, autodeclararam indígenas 941; Paulista, 83; e Jaboatão dos Guararapes, 1.513. Diferente dos índios que estão aldeados ou que vivem nos territórios indígenas já demarcados os indivíduos que autodeclararam indígenas na RMR não tem acesso aos

15 Disponível em: https://cimi.org.br/2020/05/indigena-warao-morre-de-covid-19-em-recife-mpf-informa-que-40-testaram-positivo-em-joao-pessoa/ Acesso em: 02 jun. 2020

serviços da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI). E como de resto ao dar entrada em serviços de educação, saúde ou assistência social não são registrados como indígenas, caracterizando uma violação grave a identidade desses indivíduos.

Em relação aos índios Waraos, o caso foi judicializado no processo nº. 0804566-11.2020.4.05.8300S de autoria da Defensoria Pública da União contra o público municipal do Recife na Justiça Federal em Pernambuco. O processo terminou com um acordo judicial que determinou que a Prefeitura do Recife forneça abrigo adequado para todas as famílias que naquele momento estavam morando em casas sem a menor dignidade e salubridade[16]. A petição inicial ainda demandou a necessidade de distribuição de água potável e Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) aos Warao, para sua higienização de modo a evitar a proliferação da COVID-19 e outras doenças, mesmo atendido, a nova residência passou por um início de incêndio e os índios voltaram a ficar morando em uma situação precária no Recife. No primeiro documento da Rede Solidária em Defesa da Vida-PE[17], destacou-se ainda a garantia do direito à consulta, como povo tradicional que é, direito à alimentação adequada aos seus costumes, direito à comunicação pela via linguística dos mesmos, direito de receber esclarecimentos e informações adequadas sobre o quadro de saúde pública e as medidas de prevenção gerais e específicas, em língua que lhes seja compreensível, ainda que para isso seja necessária a contratação de intérprete.

3. CONCLUSÕES

Tendo em vista os temas discutidos no artigo, é cediço que, não obstante o posicionamento da CIDH em apontar temas de extrema relevância para todos os países da América Latina, o governo brasileiro decidiu, por sua vez, aplicar uma política de omissão quanto aos grupos vulneráveis, principalmente os povos originários. Sendo assim, a pandemia do COVID-19 vem mostrar que, por mais que haja uma certa pressão dos mecanismos de controle internacionais, o movimento reproduzido pelo país é o de se esquivar de seus tratados, convenções e posicionamentos políticos anteriores no que diz respeito à manutenção das conquistas envolvendo direitos humanos, dirigindo pela contramão do que vem sendo feito, por exemplo, nos países vizinhos. São anos de atraso político em apenas alguns meses de isolamento social; atraso este com vidas perdidas e danos

16 Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/05/21/indigenas-venezuelanos-sofrem-com-a-covid-19-e-a-fome-no-recife-pe Acesso em: 02 jun. 2020

17 Disponível em: http://www.unicap.br/catedradomhelder/wp-content/uploads/2020/04/Doc-1-Rede-em-Defesa-da-Vida-PE-1.pdf. Acesso em: 02 jun. 2020.

irreparáveis.

NO PODEMOS LAVARNOS LAS MANOS

Manuel E. Gándara Carballido[1]

Pretendo en las siguientes líneas formular algunas reflexiones a propósito del desafío que implica "pensar en la pandemia", entendiendo ese desafío en su doble acepción: pensar sobre la pandemia y pensar durante el tiempo de la pandemia, poniendo el foco en algunos problemas que históricamente han caracterizado al contexto latinoamericano y al ejercicio de pensar dicho contexto.

Lo primero a lo que quiero atender tiene que ver con la forma como el pensamiento crítico está intentando responder a lo que está ocurriendo. Llama la atención que a pocas semanas de declarada la pandemia, estuvieran ya en circulación varios libros diciendo no sólo lo que estaba ocurriendo, sino lo que iba a ocurrir, cómo se alterarían las formas de sociabilidad, las estructuras de gobierno e incluso las conformaciones antropológicas. Resulta realmente impresionante la capacidad que algunos autores creen tener para ver el futuro desde sus escritorios y sus computadores. En ese marco, creo oportuna la intervención de la antropóloga argentina Rita Segato,[2] quien nos invitó sencillamente a reconocer que "no sabemos", a asumir el desconcierto e incluso nuestra ignorancia y nuestra falta de condiciones para poder prever las consecuencias del nuevo coronavirus.

Obviamente, es un compromiso tratar de entender e intentar identificar escenarios para aportar al ejercicio de construir alternativas, y que dichas alternativas sean lo más dignas para todos y todas. Pero en ese ejercicio también debemos reconocer los límites de nuestra compresión de la realidad, en lugar de reproducir la lógica moderna de querer controlarlo todo, repitiendo sin más nuestras propias bases conceptuales, sin cuestionar su pertinencia. Si realmente la pandemia significa un acontecimiento, lo que caracteriza al acontecimiento es la novedad de los marcos de compresión, reconocimiento y experimentación de la realidad. Es necesaria, por tanto, cierta vigilancia epistémica para evitar ejercicios

---

1 Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha. Graduado e mestre em Filosofia. Membro associado do Instituto Joaquin Herrera Flores. Professor no Mestrado em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo da Universidad Pablo de Olavide e Professor Visitante no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

2 Segato, Rita (01/05/2020). Coronavirus: Todos somos mortales. Del significante vacío a la naturaleza abierta de la historia. En: https://contrahegemoniaweb.com.ar/2020/05/01/coronavirus-todos-somos-mortales-del-significante-vacio-a-la-naturaleza-abierta-de-la-historia1/?fbclid=IwAR3viJXrCdqEQcdsXGwqf8Y0VjdXixRWVLm8ismao-NlgcKGQfQmRyZzl1A Consulta el 10/06/2020.

intelectuales que no van más allá del intento de reproducir las teorías, queriendo encajar la realidad de la pandemia en marcos teóricos ya conocidos y no suficientemente contrastados con los nuevos contextos. Repito, no niego la importancia del ejercicio reflexivo, pero un primer paso debe ser el reconocer nuestros límites de comprensión, para realmente ponernos a pensar juntos y a tratar de entender, dialogando con los distintos actores sociales, desde los diversos contextos, para, a partir de ahí, intentar construir una respuesta.

Igualmente, me parece importante como ejercicio de pensamiento crítico, vigilar nuestro quehacer para no reproducir lógicas coloniales ¿Qué quiero decir con ello?

Quien se preocupó por dar seguimiento a lo que se ha ido publicando durante los últimos meses, pudo leer, por ejemplo, a Slavoj Žižek[3] identificando al coronavirus como un ataque al sistema capitalista internacional, o a Giogio Agamben[4] con sus posiciones polémicas frente a las decisiones tomadas por el gobierno italiano para enfrentar la enfermedad; también pudo leer a Byung-Chul Han[5] advirtiendo que lo que emergería de este tiempo histórico no sería un nuevo comunismo, sino que nos dirigiríamos hacia una forma de gobierno totalitario a través del control de la población, gracias al uso de los aplicativos. Independientemente de lo acertado o no de estas reflexiones, lo que me preocupa es la manera como en nuestros países del sur global se recibe y a veces se reproduce casi miméticamente el ejercicio intelectual de estos autores, entre otros muchos, limitándonos a reproducir sus discursos. Llamo la atención sobre el riesgo de que en América Latina hagamos un ejercicio colonizado de pensamiento, limitándonos a suponer que el gran problema sea, por ejemplo, el extenso uso de aplicativos y su susceptible aprovechamiento por los gobiernos. Por supuesto, ello constituye hoy un desafío también para nosotros, porque también se están aplicando prácticas de monitoreo de la población a través de la tecnología de la información; pero lo que me parece sintomático y preocupante es limitar a ese enfoque nuestro análisis, invisibilizando el gravísimo problema que significa el genocidio de sectores completos de nuestra población a través de determinadas políticas de seguridad o políticas sanitarias. Un genocidio que no se inicia con la pandemia y que es producto de un ejercicio de poder que desconoce la dignidad de la gran mayoría

3 Žižek, Slavoj (03/03/2020). Zizek vê o poder subversivo do Coronavírus. En: https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/zizek-ve-o-poder-subversivo-do-coronavirus/. Consulta el 10/06/2020.

4 Agamben, Giogio (26/02/2020). Coronavirus et État D´Exception. En: https://acta.zone/giorgio-agamben-coronavirus-etat-dexception/. Consulta el 10/06/2020.

5 Byung-Chul, Han (22/03/2020). O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han. En: https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html. Consulta el 10/06/2020.

de la población. Necesitamos identificar las prácticas necropolíticas que vienen siendo aplicadas desde las diversas instancias de poder. Necesitamos identificar y superar la colonialidad del saber a la hora de intentar responder a lo ocurre y lo que puede venir en el futuro para América Latina.

Todavía dentro de este mismo conjunto de inquietudes, es necesario destacar que algo que caracteriza al pensamiento crítico es el intento por desarrollar un pensar contextualizado. Nuestra reflexión debe hacerse en clave socio-histórica, y por tanto no podemos pensar en los efectos de la pandemia sin identificar, por ejemplo, la correlación de fuerzas en la disputa entre proyectos de sociedad, los problemas de racismo, de clasismo y de discriminación por género, a la hora de intentar de entender nuestra realidad.

En este orden de ideas, me parece preocupante el discurso sobre una supuesta "nueva normalidad". Creo no solo peligroso, sino incluso cínico, hablar de nueva normalidad ¿Cuál normalidad? No existe normalidad; lo que existe es un ejercicio de normalización de los hechos, para tratar de inviabilizar la transformación social. Necesitamos estar alerta para no dar curso a estrategias de invisibilización que descansan en la normalización y la naturalización de lo que ocurre. Esa normalización permite desconocer todo lo que se ha hecho en América Latina, gracias a las políticas neoliberales, para desmontar los sistemas que prestan algún tipo de servicio en el área social ¿No hay acaso responsables políticos del colapso de nuestros sistemas sanitarios? Todo esto es producto de un proceso social, donde hay responsabilidades claras en la implementación de un proyecto de sociedad que responde a los intereses de los grupos que concentran poder político y económico. Dichos proyectos y sus responsables tienen que ser identificados. La pandemia ha permitido que nuevamente afloren estas contradicciones, dándonos una nueva oportunidad para someterlas a crítica.

Las políticas neoliberales han fragilizados la capacidad de respuesta desde el Estado. Estamos teniendo respuestas muy desiguales ante la pandemia. El virus en su capacidad de contagio, de pasar de una persona a otra, puede que no presente diferencias significativas; pero la capacidad respuesta frente al contagio es profundamente desigual. Como ejemplo gritante podemos poner la ciudad de Río de Janeiro, desde donde escribo. Algunas investigaciones plantean que la letalidad frente al contagio en el Complexo de Favelas da Maré (complejo de comunidades populares) es del 30,8%, mientras que en Leblón (barrio de alto estrato socio-económico) es de 2,4%.[6]

6 Fernandes, Luana Almeida de Carvalho; da Silva, Caíque Azael Ferreira; Dameda, Cristiane ; de Bicalho,

Frente a este escenario, ¿vamos a seguir con el discurso de la democracia del virus? Seamos un poco más responsables. Dejemos el cuento de la normalidad, dejemos el cuento de la naturalización y dejemos el cuento de la democracia del virus, y reconozcamos las responsabilidades políticas de los diferentes actores.

Nos gustaría creer que una situación tan dura como la que enfrentamos por la pandemia, hace que todo el mundo esté buscando soluciones y que las disputas que se observan solo responden a diferencias de opinión sobre la mejor manera de atacarla. Me temo que ver las cosas así no solo sería ingenuo sino también peligroso. A lo que asistimos a través de los medios y las redes es a una disputa durísima en la que los sectores más poderosos a nivel político y económico aprovechan la expansión del virus en beneficio de sus intereses.

Es innegable el peligro que implica el nuevo coronavirus para la vida de muchísima gente, y los desafíos que nos plantea como sociedad; de ahí la necesidad de tomar medidas para intentar que la cantidad de enfermos graves no lleve al colapso de nuestros sistemas de salud, con la consecuencia de un número de muertes aún mayor. Siendo esto, repito, un problema urgente, sobre lo que quiero llamar la atención es sobre la forma en que esta urgencia real está siendo instrumentalizada para sacar provecho por parte de actores político-empresariales (ya uno ni sabe si esa separación tiene mucho sentido).

No me refiero solo a la posibilidad de que la actual crisis sea utilizada para ocultar que las políticas económicas neoliberales estaban llevando al desastre a nuestros países. La estrategia es más agresiva. No se tratará solo de "tapar" los desastres pasados, sino de radicalizar en propuestas al servicio de los intereses de los grandes capitales; a través, por ejemplo, de medidas de transferencia de renta al sector financiero muy superiores a las que se destinan a las familias más pobres, como viene haciéndose, por ejemplo, en Brasil.[7]

Esta forma de proceder ya fue denunciada como estrategia del shock por la periodista Naomi Klein.[8] En palabras de esta autora "la «doctrina del shock» es la estrategia política de utilizar las crisis a gran escala para impulsar políticas que sistemáticamente profundizan la desigualdad, enriquecen a las elites y debilitan

Pedro Paulo Gastalho (2020). COVID-19 EM FAVELAS CARIOCAS: NO LIMIAR ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E AS DESIGUALDADES SOCIAIS. En: https://revistas.ufrj.br/index.php/metaxy/announcement/view/469. Consulta el 10/06/2020.

7 "Com crise, Banco Central já anunciou R$ 1,2 trilhão em recursos para bancos", en InfoMoney el 23/03/2020: https://www.infomoney.com.br/economia/com-crise-banco-central-ja-anunciou-r-12-trilhao-em-recursos-para-bancos/

8 Klein, Naomi (2007). La doctrina del shok. Ed. Paidós. 712 páginas.

a todos los demás".[9] Situaciones de grave contingencia y con gran impacto en la vida de las poblaciones, como es el caso de la actual pandemia, son aprovechadas por las élites para avanzar en políticas neoliberales que en otras circunstancias no habrían sido aceptadas por su carácter claramente contrario a las necesidades e intereses de los sectores populares. Apenas a título de ejemplo, es exactamente eso lo que el Sindicato de los Trabajadores de la Justicia Federal de Río Grande del Sur denuncian al decir que "o governo de Jair Bolsonaro (sem partido) e Paulo Guedes, com o apoio de lideranças parlamentares, como Rodrigo Maia (DEM-RJ), busca usar a pandemia do coronavírus para atacar os direitos dos trabalhadores e desmontar os serviços públicos".[10]

Al mismo tiempo, la conmoción es aprovechada para acelerar en el proceso de privatización de cuanto sea imaginable. Mientras todos estamos impactados por el número de víctimas, intentando entender lo que ocurre y asistiendo a las recomendaciones de las autoridades sanitarias, la crisis es instrumentalizada para avanzar en la privatización de servicios básicos, como hace el Gobierno de Río de Janeiro con el servicio de agua.[11]

Es importante atender a estos intentos por parte de los poderosos de siempre. Ciertamente, las circunstancias no son favorables para algunas delas formas tradicionales de protesta popular, y exigen buscar formas de lucha que atiendan al nuevo contexto; estrategias de denuncia y posicionamiento son viables y necesarias para intentar hacer frente a este uso perverso de la crisis.

Pero no son estos los únicos aprendizajes posibles. Empezamos también a reconocer que la pandemia nos ha puesto frente a algunas realidades, que estando siempre ahí, nos resistíamos a ver. La pandemia ha dado la oportunidad para reevaluar nuestras prioridades y para cuestionar los esquemas de valoración que regían nuestras vidas. Nos ha permitido ver que es el campo quien salva/alimenta a la ciudad. Nos ha puesto delante que son los barrios populares quienes construyen la ciudad y dinamizan toda la economía material; por eso la preocupación de los empresarios en que no se pare la actividad de los trabajadores y las trabajadoras. Y son las mujeres, sobre las que históricamente ha descansado toda

9 Klein, Naomi (17/03/2020). "El shock es realmente el propio virus". En: https://www.elsiglo.cl/2020/03/17/naomi-klein-el-shock-es-realmente-el-propio-virus/. Consultado el 10/06/2020.

10 Valor Econômico: Com PEC do "Orçamento de guerra", governo pretende confiscar salários dos servidores, mas preserva juízes e procuradores, em https://www.sintrajufe.org.br/ultimas-noticias-detalhe/17162/valor-economico-com-pec-do-orcamento-de-guerra-governo-pretende-confiscar-salarios-dos-servidores-mas-preserva-juizes-e-procuradores.

11 "Witzel quer que governo adiante recursos do leilão da Cedae para conter crise", en https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/03/25/witzel-quer-que-governo-federal-adiante-recursos-do-leilao-da-cedae.htm?cmpid=copiaecola

la actividad de los cuidados, las que aparecen como las grandes protagonistas de este momento.

Aparece en este evento la necesidad de reevaluar cuáles son nuestras prioridades, porque ahora nuestras prioridades son salud, alimentación, vínculo; y es ahí donde todo lo que tiene que ver con la economía de los cuidados tiene una nueva oportunidad para ser reconocido. Tenemos que revisar la importancia del cuidado en nuestras vidas; esto exige, en consecuencia, pensar en la economía de los cuidados y en una redistribución de tareas a partir de la revalorización de los cuidados. Ello significa una revisión profunda de los roles de género en culturas tan profundamente patriarcales como las nuestras.

Vinculados con estos aprendizajes, que en realidad no son nuevos sino que emergen como nueva oportunidad para el reconocimiento de demandas históricas, se vienen formulando desde distintos espacios de reflexión/acción,[12] llamados a repensar el pacto socio-ambiental Habría que aprovechar, también, la posibilidad de revisar nuestros sistemas fiscales, para establecer una fiscalidad progresiva en la que sean los que más ganen quienes más paguen, y no como generalmente ocurre en América latina, donde las grandes fortunas logran evadir el pago de impuestos de manera más o menos legal. Deberíamos ir hacia una tasación de las grandes fortunas, para así tener los recursos necesarios para asumir los costos de lo significa mantener el distanciamiento social. Por otra parte debemos revisar el tema de las deudas; las deudas entre países y con organismos internacionales; las grandes deudas históricas que han sometido a nuestros pueblos al pago de fortunas que inviabilizan los recursos necesarios para el desarrollo de políticas sociales. También vienen apareciendo propuestas concretas para establecer una Renta Mínima Universal. Estas propuestas están siendo presentadas en distintas plataformas con la intención de lograr una amplia movilización que permita ganar la fuerza necesaria para obligar a su adopción por parte de las distintas instancias de decisión política. Entre ellas, me permito referir las demandas recogidas en el llamado "Por un pacto social, ecológico, económico e intercultural para América Latina".[13]

Igualmente importante al realizar este análisis es tener presentes las luchas históricas que se desarrollan en los últimos decenios. Se vienen dando luchas para denunciar la crisis ambiental. Se dan las luchas de las mujeres por el acceso a

12 Svampa, Maristella (abril 2020). Reflexiones para un mundo post-coronavirus. En: https://nuso.org/articulo/reflexiones-para-un-mundo-post-coronavirus/. Consulta el 10/06/2020.

13 Las adhesiones a este llamado pueden, y la lectura completa del documento que lo plantea, pueden ser encontradas en el siguiente enlace: http://www.pactoecosocialdelsur.com/

sus derechos sexuales y reproductivos; luchas por lograr condiciones efectivas de igualdad. También la lucha antirracista; la lucha de los pueblos originarios. Esas luchas están ahí y es importante reconocerlas, no olvidarlas. Sus causas siguen más vigentes que nunca; sus demandas son urgentes. Va a depender de la capacidad de articulación, de movilización, del ejercicio de los distintos saberes y del dialogo entre esos saberes, el que logremos construir alternativas. El ejemplo y testimonio de las luchas aparece ahora con una nueva vigencia. La lucha contra el racismo en Estados Unidos y en Brasil también hace parte del momento presente.

Lo que vaya a ocurrir no será un mero producto de la naturaleza. La pandemia tiene un componente biológico, pero la respuesta a la pandemia se da en clave política, y esa respuesta dependerá de la manera como se establezca la correlación de fuerzas en cada contexto. La transformación social no será un producto del virus; las transformaciones son asunto de los seres humanos concretos, de su capacidad de organización, movilización y presión. Se pone nuevamente sobre la mesa una disputa entre distintos proyectos de sociedad. El resultado de esa disputa no depende del virus; lo vamos a decidir las personas, los hombres y mujeres. Va a depender de la lucha social; va a depender de la capacidad de la articulación política de los distintos actores en los diversos contextos locales, regionales, nacionales e internacionales; va depender también del ejercicio profesional, técnico, de cada uno y de cada una en sus respectivos ámbitos de actuación.

La pandemia pasará, pero los efectos de las decisiones que se tomen van quedarse y pueden ser un desastre nada natural o una oportunidad para otros mundos posibles. Por eso, hay que estar atentos. Ante los desafíos que se nos presentan, no podemos lavarnos las manos.

UNIÃO EUROPEIA E A PANDEMIA DE COVID-19: NOVA FORTALEZA MEDIEVAL EM PLENO SÉCULO XXI?

Manuellita Hermes*

> "(...) a natureza garante a paz perpétua através do mecanismo das inclinações humanas; decerto com uma segurança que não é suficiente para vaticinar (teoricamente) o futuro, mas que chega, no entanto, no propósito prático, e transforma num dever o trabalhar em vista deste fim (não simplesmente quimérico)."
> – Immanuel Kant.

1. MARCOS INICIAIS

A pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 11 de março de 2020[1] acarretou reações das mais diversas ao redor do globo, em razão da necessidade de adoção de medidas de prevenção e de combate ao novo coronavírus (SARS-CoV-2) disseminador da COVID-19 (*Coronavirus Disease* 2019).

Com epicentro iniciado no continente asiático, houve a propagação, em seguida, para o europeu, onde a Itália[2] sofreu os primeiros impactos. Em continuidade, foram observadas as ações tomadas por Espanha[3], Portugal[4],

1 V. discurso 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.

2 Confiram-se: RAGONE, Sabrina. La gestión de la crisis sanitaria por COVID-19 en Italia en perspectiva constitucional. Revista Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia: 11 mayo 2020. Disponível em: https://revistaderechoestado.uexternado.edu.co/2020/05/11/la-gestion-de-la-crisis-sanitaria-por-covid--19-en-italia-en-perspectiva-constitucional/. Acesso em: 28 maio 2020; MATTES, Anita. A gradual limitação de direitos fundamentais na Itália em tempos de pandemia da COVID-19. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio (orgs.); LEAL, Andrea; MELO, Ezilda; BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis (coords.). Covid-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 429-442; CUOCOLO, Loenzo. I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana. In: CUOCOLO, Lorenzo (a cura di). I diritti costituzionali di fronti all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata. Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo. Osservatorio Emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020, p. 12-41.

3 Cf. GALLARATI, Francesco di. Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. Prime note sulla gestione dell'emergenza in Francia e Spagna. In: CUOCOLO, Lorenzo (a cura di). I diritti costituzionali di fronti all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata. Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo. Osservatorio Emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020, p. 42-68.

4 Vide VIEIRA, Rodrigo. Diário do além-mar: estado de emergência e COVID-19 em Portugal – relato de quarentena. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio (orgs.); LEAL, Andrea; MELO, Ezilda; BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis (coords.). Covid-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 398-428.

Alemanha[5], França[6], Polônia e Hungria, dentre outros países do bloco, com características muitas vezes díspares entre si, mas com um traço em comum: o pertencimento ao espaço jurídico da União Europeia (UE). Findo o longo processo da crise consistente na chamada *Brexit,* a saída do Reino Unido em 31 de janeiro de 2020[7], um novo capítulo crítico foi inaugurado na história do bloco.

Este breve estudo – circunscrito a achados delimitados pelo marco temporal presente, mas que continuam em desenvolvimento em razão da necessidade de manutenção da elaboração de políticas de mitigação de crises – debruça-se, pois, no processo de reação normativo-organizacional da União Europeia no quadro de enfrentamento da pandemia. Como objetivo geral, busca-se, nessa linha, responder à seguinte pergunta: como se dá a proteção à saúde durante a pandemia de COVID-19 no quadro de competências da União Europeia? E, especificamente, identificar se houve restrições às liberdades fundamentais de circulação de pessoas na UE.

2. O TRATAMENTO DO TRATAMENTO: AUSÊNCIA DE KOMPETENZ-KOMPETENZ – O DIREITO À SAÚDE NO QUADRO NORMATIVO DA UNIÃO EUROPEIA

Para a formação do processo de integração regional consubstanciado na União Europeia, o Estados-membros perderam parcela de suas competências em prol de um aumento substancial da capacidade de atuação exitosa diante da vulnerabilidade das relações travadas no contexto avançado de globalização. Permanecem, todavia, como os titulares de competências plenas e originais, ao passo que a UE tem competências derivadas, funcionais. A União não possui, pois, a competência sobre competência (*Kompetenz-kompetenz*), levando-se em consideração que são os Estados os detentores do poder de transferência e de permissão do exercício de competências atribuídas. Regida, pois, pelo princípio da atribuição de competências (art. 7°, TFUE), atua dentro dos limites das competências exclusivas; partilhadas ou concorrentes; e complementares, de coordenação ou

5 Sobre o país: TACCOGNA, Gerolamo di. L'orinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2. In: CUOCOLO, Lorenzo (a cura di). I diritti costituzionali di fronti all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata. Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo. Osservatorio Emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020, p. 69-94.

6 GALLARATI, Francesco di. Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. Prime note sulla gestione dell'emergenza in Francia e Spagna. In: CUOCOLO, Lorenzo (a cura di). I diritti costituzionali di fronti all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata. Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo. Osservatorio Emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020, p. 42-68.

7 Vejam-se: FABBRINI, Federico. The Future of the EU After Brexit, and Covid-19. BRIDGE Network – Working Paper 3, April 2020, p. 1-15. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3604111. Acesso em: 30 maio 2020; e FABBRINI, Federico. Brexit at the Time of Coronavirus. Disponível em: http://dcubrexitinstitute.eu/2020/03/brexit-at-the-time-of-coronavirus/. Acesso em: 29 maio 2020.

de apoio.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia[8], originariamente meramente declarada no Conselho Europeu realizado em Nice, no dia 7 de dezembro do ano 2000, desprovida, à época, de efeito vinculante, foi posteriormente assinada pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, em Estrasburgo, na França, e publicada em 14 de dezembro de 2007. O Tratado de Lisboa (TL)[9], vigente desde 2009, enfim alterou o artigo 6º do Tratado da União Europeia e conferiu, por conseguinte, efeito vinculante à Carta[10]. A proteção da saúde é objeto do seu artigo 35, que garante a todas as pessoas o direito fundamental à prevenção e a cuidados médicos, determinando-se seja assegurado um elevado nível de proteção à saúde humana quando da definição e da execução das políticas e ações da UE.

Já o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) inicialmente estabelece uma tutela transversal do direito à saúde, como preceitua o seu artigo 9º: "Na definição e execução das suas políticas e ações, a União tem em conta as exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana"[11].

O TFUE regula especificamente a saúde pública no artigo 168, que determina seja estabelecido um nível elevado de proteção à saúde. Cuida-se de competência complementar às políticas nacionais, que abrange ações não apenas de melhoria da saúde e de prevenção de enfermidades, como também de informação, educação sanitária e vigilância "das ameaças graves para a saúde com dimensão transfronteiriça, o alerta em caso de tais ameaças e o combate contra as mesmas"[12]. A cooperação entre os Estados-Membros é incentivada, assim como com países terceiros e organizações internacionais que tenham atribuições em matéria

8 UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. JO C 326 de 26.10.2012, p. 391-407.

9 UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007. OJ C 306, 17.12.2007, p. 1–271.

10 Sobre a Carta: BRONZINI, Giuseppe. I Diritti dei Lavoratori nelle Carte Europee dei Diritti Fontamentali: il ruolo della Corte di Giustizia. In: BORELLI, Silvia; GUAZZAROTTI, Andrea; LORENZON, Sara. I Diritti dei Lavoratori nelle Carte Europee dei Diritti Fondamentali. Italia: Jovene editore, 2012, p. 5; e RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos. In: BOHÓRQUEZ, María Rosario Leñero; CORONA, Esperanza Gómes; VEJA, Pablo Gutiérrez (coords.). Una Constitución para la Ciudadanía de Europa: Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 179.

11 UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Versão consolidada). JO C 326 de 26.10.2012, p. 1-390.

12 V., também, UNIÃO EUROPEIA. Decisão n. ° 1082/2013/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa às ameaças sanitárias transfronteiriças graves e que revoga a Decisão n. ° 2119/98/CE Texto relevante para efeitos do EEE. OJ L 293, 5.11.2013, p. 1–15.

de saúde, a exemplo da OMS.

No que concerne a procedimentos, as medidas destinadas à luta contra problemas sanitários transfronteiriços, à vigilância sanitária e ao combate a graves ameaças à saúde hão de ser submetidas a deliberação, segundo o processo legislativo ordinário, do Parlamento Europeu e do Conselho, consultados o Comitê Econômico e Social e o Comitê das Regiões. Com o mesmo objetivo de proteção e combate, recomendações podem ser editadas pelo Conselho, sob proposta da Comissão Europeia.

O quanto disposto no artigo 168.7 do TFUE deixa evidente a competência exclusiva dos Estados-Membros quanto à definição de políticas de saúde e organização dos correlatos serviços. Bem delimitada, portanto, a natureza complementar da competência da União Europeia em relação à saúde pública. Os Estados-Membros preservam o poder de definir suas próprias políticas e de gerir os serviços de saúde, com a livre alocação dos respectivos recursos.

Na mesma linha do artigo 168, o artigo 114 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia prevê a harmonização de disposições legislativas, regulamentares e administrativas, que devem ser aproximadas por meio de deliberação do Parlamento Europeu e do Conselho em processo legislativo ordinário, após consulta ao Comitê Econômico e Social. Trata-se de mecanismo posto à disposição em prol do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. Não aplicável, porém, a normas fiscais, referentes à livre circulação de pessoas e aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados (art. 114.1). Prescreve-se a adoção de um elevado nível de proteção à saúde, respaldado por fundamentos científicos que orientarão as competências da Comissão, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Insta mencionar, ainda, a competência concorrente para lidar com "problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado", conforme estabelecido pelo art. 4.2, k, TFUE.

Corolário da necessária proteção sanitária em uma pandemia é a proteção civil, prevista no artigo 196 do TFUE como uma outra competência complementar, de apoio ou coordenação, que estabelece o incentivo da União ao reforço dos sistemas de prevenção e proteção de catástrofes naturais ou de origem humana. Um dos seus objetivos é a promoção de "uma cooperação operacional rápida e eficaz da União entre os serviços nacionais de proteção civil" (art. 196.1, b). Para a sua consecução, há a indicação do processo legislativo ordinário a ser

desenvolvido para a adoção de medidas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, excluída a possibilidade de harmonização das normativas dos Estados-Membros. O Mecanismo de Proteção Civil da União Europeia é objeto da Decisão n. 1313/2013/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013[13].

Fincadas as bases jurídicas para a ação da União referente a temas relacionados **à saúde, incumbe-lhe agir nos estritos limites das competências definidas**[14].

3. A FORTALEZA EUROPEIA: MUROS, PONTES, MURALHAS – FRONTEIRAS, CIRCULAÇÕES E LIBERDADES

A postura inicial da União Europeia frente ao alastramento do novo coronavírus foi enquadrada como lenta e, até mesmo, omissa, caracterizadora, sob o percuciente olhar dos seus cidadãos – cidadania europeia – de um triste exemplo que demonstra uma construção incompleta, incapaz de encontrar respostas idôneas, mesmo no plano econômico[15]. Há de se levar em consideração, contudo, o elemento da imprevisibilidade do surgimento e da propagação viral, com as implicações dela decorrentes, bem como o momento inicial de incerteza, que marcou não só a UE, como também vários países no mundo. Em verdade, um olhar lançado sobre cada Estado-Membro individualmente considerado permite revelar uma miríade de respostas que podem ser classificadas como tempestivas

13 UNIÃO EUROPEIA. Decisão n. ° 1313/2013/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, relativa a um Mecanismo de Proteção Civil da União Europeia Texto relevante para efeitos do EEE. OJ L 347, 20.12.2013, p. 924–947.

14 Cf. CAGGIANO, Giandonato. COVID-19. *Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale. I Post di AISDUE, II (2020). Sezione* "Coronavirus e diritto dell'Unione", n. 7, 30 aprile 2020, p. 81-85.

15 Nesse sentido, CUOCOLO, Loenzo. Presentazione. In: CUOCOLO, Lorenzo (a cura di). I diritti costituzionali di fronti all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata. Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo. Osservatorio Emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020, p. 3.

e proporcionais[16], omissivas e tardias[17], consensuais e inclusivas[18], excessivas[19] e antidemocráticas[20]. Incumbia à UE, como sempre, encontrar o ponto de equilíbrio no atendimento de pleitos estatais e mover a máquina burocrática a fim de aparelhar o espaço comum com instrumentos idôneos ao combate pandêmico.

De fato, embora reunidos em um mesmo espaço jurídico, há conservação da soberania externa dos componentes da UE. É notório que os Estados-Membros mantêm a prerrogativa de atuar na seara internacional em nome próprio e independentemente de autorização da União. Observa-se, portanto, a manutenção da soberania externa ou horizontal.

---

16 A exemplo da Alemanha. V. CHOMSKY, Noam. Capitalismo selvagem e a sobrevivência da humanidade. In: TOSTES, Anjuli; MELO FILHO, Hugo (orgs.). Quarentena: reflexões sobre a pandemia e depois. Bauru: Canal 6, 2020, p. 159

17 Como classificada a atuação do Reino Unido, recém-egresso da UE. Cf. KOUROUTAKIS, Antonios. Inaction as a State Response to the Coronavirus Outbrake. IACL-AIDC Blog. 24 March 2020. Disponível em: https://blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/3/24/inaction-as-a-state-response-to-the-coronavirus-outbreak. Acesso em: 2 abr. 2020.

18 Com postura estatal exemplar, Portugal garantiu, ante o contexto da pandemia, o pleno acesso dos estrangeiros com processos pendentes no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras aos serviços públicos. Cf. PORTUGAL. Despacho n. 3863-B/2020: Determina que a gestão dos atendimentos e agendamentos seja feita de forma a garantir inequivocamente os direitos de todos os cidadãos estrangeiros com processos pendentes no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, no âmbito do COVID 19. Diário da República, 2.ª série, 27 mar. 2020, p. 387-(3). Sobre o consenso como o segredo do sucesso português no combate à pandemia, v. RODRIGUES, Tiago. O "mistério" e a "exceção" na Europa. A luta de Portugal contra a Covid-19 vista lá fora. JN. Portugal, 8 abr. 2020. Disponível em: https://www.jn.pt/nacional/o-misterio-e-a-excecao-na-europa-a-luta-de-portugal-contra-a-covid-19-vista-la-fora-12047297.html. Acesso em: 20 abr. 2020.

19 Como na Hungria, cujas medidas extremas utilizadas no enfrentamento da pandemia levaram o Parlamento Europeu a exortar a necessidade de preservação da democracia e do Estado de Direito, com observância dos princípios estabelecidos no art. 2° do Tratado da União Europeia: "A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres" (UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia (versão compilada 1997). JO C 340 de 10.11.1997, p. 145-172). Confira-se, nesse sentido: EUROPEAN UNION. EP stands up for democracy in Hungary during COVID-19 (press releases). Brussels, 24 March 2020. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20200324IPR75702/ep-stands-up-for-democracy-in-hungary-during-covid-19. Acesso em: 20 maio 2020.

20 Sobre a crise do Estado de direito no bloco: EUROPEAN UNION. European Commission Press Release. Rule of Law: European Commission launches infringement procedure to protect judges in Poland from political control. Brussels, 3 April 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1957. Acesso em: 28 maio 2020; CASOLARI, Federico. La protezione dello Stato di diritto nell'Unione Europea ai tempi del coronavirus: se non ora, quando? Diritto dell'Unione Europea: Forum Covid-19. SIDIBlog: il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione Europea. Roma, 7 abr. 2020. Disponível em: http://www.sidiblog.org/2020/04/07/la-protezione-dello-stato-di-diritto-nellunione-europea-ai-tempi-del-coronavirus-se-non-ora-quando/. Acesso em: 31 maio 2020; DE SENA, Pasquale. Contrasto al COVID-19 e /o demolizione dello Stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione Europea. Diritto dell'Unione Europea: Forum Covid-19. SIDIBlog: il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione Europea. Roma, 7 abr. 2020. Disponível em: http://www.sidiblog.org/2020/04/07/contrasto-al-covid-19-eo-demolizione-dello-stato-di-diritto-le-misure-ungheresi-e-la-convenzione-europea/. Acesso em: 31 maio 2020; BENVENUTI, Simone. Sulla Legge Organica ungherese n. 12 del marzo 2020 "sulla protezione contro il coronavirus". Diritto dell'Unione Europea: Forum Covid-19. SIDIBlog: il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione Europea. Roma, 7 abr. 2020. Disponível em: http://www.sidiblog.org/2020/04/07/sulla-legge-organica-ungherese-n-12-del-30-marzo-2020-sulla-protezione-contro-il-coronavirus/. Acesso em: 31 maio 2020; ABRAMOWITZ, Michael; PUDDINGTON, Arch. Poland and Hungary must not be ignored: it is a mistake to view their drift from democracy through a partisan lens. Freedom House, Washington, 26 maio 2020. Disponível em: https://freedomhouse.org/article/poland-and-hungary-must-not-be-ignored. Acesso em: 30 maio 2020.

Ressalte-se que, conquanto o Tratado da União Europeia (TUE) preveja, no seu artigo 18, um Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, nomeado pelo Conselho Europeu mediante deliberação por maioria qualificada e o acordo do Presidente da Comissão, a sua atuação restringe-se à esfera de competências da União, de quem ele é representante. Isso se depreende do texto do artigo 18.2: "O Alto Representante conduz a política externa e de segurança comum da União. Contribui com as suas propostas para a elaboração dessa política, executando-a na qualidade de mandatário do Conselho. Atua do mesmo modo no que se refere à política comum de segurança e defesa"[21].

Destarte, a previsão de uma política externa e de segurança comum (PESC), conduzida pelo Alto Representante, figura aproximada à de um Ministro de Relações Exteriores, não elimina a competência internacional dos Estados-Membros. Há permanência, no plano nacional, da estrutura hábil a propiciar a manutenção das relações internacionais, embora os Estados tenham o dever de apoiar a política externa da UE, com espírito de lealdade e de solidariedade mútua, abstendo-se de agir contrariamente aos seus interesses (art. 24.3, TUE). Verifica-se, pois, o dever de coerência, manifestado pela cumplicidade e pela defesa das políticas da UE nesta seara.

A transferência à União Europeia de competências que anteriormente compunham o leque de abrangência da atuação internacional dos Estados-membros significa que as respectivas capacidades internacionais sofreram uma relativização. Em verdade, não há mais a clássica plenitude da soberania externa, considerando que o Estado sofreu uma redução material de suas competências no âmbito internacional, atribuídas à UE. Ocorre, porém, que essa relativização não elide a personalidade internacional dos componentes da União, que, ainda assim, mantêm suas soberanias externas, apesar de mitigadas.

E nada mais ligado à soberania externa do que o controle do próprio território e de suas fronteiras. Mesmo assim, houve a abolição do controle individual de fronteiras por meio do Acordo Schengen, uma espécie de cooperação reforçada, pois não abrange todos Estados-Membros e abarca países terceiros, como associados. O Reino Unido, quando ainda Estado-Membro da UE, e a Irlanda, por exemplo, fizeram adesão apenas a algumas disposições do Código das Fronteiras Schengen, ao passo que países que não fazem parte da União, como a Islândia e

21 UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia (versão compilada 1997). JO C 340 de 10.11.1997, p. 145-172.

a Noruega, são integrantes deste espaço diferenciado de fronteiras. O acervo de Schengen refere-se ao afastamento e à readmissão de imigrantes, e ao modelo integrado de segurança, gestão, controle e vigilância das fronteiras[22].

O movimento internacional de pessoas foi considerado um elemento facilitador a propagação do vírus além dos limites territoriais de cada Estado, de forma a recrudescer a crise sanitária por meio do aumento dos denominados casos importados, que culminam na intensificação das transmissões internas, locais. Assim, uma vez que a Europa foi considerada o novo epicentro da pandemia de COVID-19, verificaram-se ações isoladas e unilaterais dos Estados-Membros em um primeiro momento[23].

No âmbito da UE, a Comissão Europeia emitiu, em 16 de março de 2020, comunicado exortando a imprescindibilidade de ações coordenadas e uniformes para proteger as fronteiras externas mediante restrições a todas as viagens não essenciais provenientes de terceiros Estados, sob pena de comprometimento do funcionamento do mercado comum[24].

Também em 16 de março de 2020, a Comissão divulgou orientações com princípios para o gerenciamento integrado das fronteiras com preservação da saúde[25] e do mercado comum, com a garantia de produtos e serviços essenciais[26]. No dia seguinte, os líderes europeus adotaram a proposta da Comissão, com o fechamento coordenado das fronteiras por melo menos 30 (trinta) dias[27], como autorizado pelos artigos 25 a 35 do Código das Fronteiras Schengen. A Comissão, em 8 de abril, convidou vivamente os Estados a prorrogar as restrições até 15 de maio de 2020[28].

22 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016 que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) (codificação). OJ L 77, 23.3.2016, p. 1–52. Sobre o tema, PERALES, Ascensión Elvira. Libertad de circulación de personas en la Unión Europea: Límites por razón de orden público. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 22-25.

23 Vide DOMINELLI, Stefano di. COVID-19: riflessioni di diritto dell'Unione europea. *In*: CUOCOLO, Lorenzo (a cura di). I diritti costituzionali di fronti all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata. Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo. Osservatorio Emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020, p. 156-161.

24 EUROPEAN UNION. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. COVID-19: temporary Restriction on Non-Essential Travel to the EU. Brussels, 16.3.2020.

25 UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão Orientações sobre a assistência de emergência da UE em matéria de cooperação transfronteiriça no domínio dos cuidados de saúde no contexto da crise da COVID-19 2020/C 111 I/01. OJ C 111I, 3.4.2020, p. 1–5.

26 EUROPEAN UNION. COVID-19 Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services. Brussels, 16.3.2020.

27 UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão COVID-19 Orientações sobre a aplicação da restrição temporária das viagens não indispensáveis para a UE, sobre a facilitação de regimes de trânsito para o repatriamento de cidadãos da UE e sobre os efeitos na política de vistos 2020/C 102 I/02 C/2020/2050. OJ C 102I, 30.3.2020, p. 3–11.

28 UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Con-

Erigidas, assim, as barreiras de proteção da União Europeia durante ao combate da pandemia de COVID-19 mediante a restrição da liberdade de circulação de pessoas, uma das liberdades fundamentais concernentes à cidadania da União (art. 45 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia). Com a evolução e a revisão dos tratados, criou-se a livre circulação de cidadãos dentro das fronteiras da UE, que também foi alvo de limitação decorrente da pandemia. Os Estados-membros, além de blindarem as fronteiras externas, referentes ao amplo território integrado da UE, realizaram o controle das fronteiras internas, entre os próprios membros.

No que concerne ao direito derivado, a livre circulação de cidadãos é regulada pela Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da UE, de 29 de abril de 2004[29], editada com o objetivo de simplificar e codificar os esparsos instrumentos normativos comunitários que estavam em vigor à época, com o escopo de reforçar a livre circulação de cidadãos. Fez-se, assim, uma codificação dos regulamentos anteriormente existentes, que integra entendimentos emanados do Tribunal de Justiça da União Europeia[30] e apresenta inovações. O instrumento normativo conceitua a cidadania da União e a família, elenca os titulares dos direitos e estabelece os parâmetros dos direitos de entrada, saída, permanência e residência, dentre outros aspectos.

A Diretiva 2004/38/CE possui previsão específica de possibilidade de restrição em razão de motivos de saúde pública, como estatuído no seu art. 29.1, *verbis*: "As únicas doenças suscetíveis de justificar medidas restritivas da livre circulação são as doenças com potencial epidémico definidas pelos instrumentos pertinentes da Organização Mundial de Saúde, bem como outras doenças infecciosas ou parasitárias contagiosas, desde que sejam objeto de disposições de proteção aplicáveis aos nacionais do Estado-Membro de acolhimento".

Vale salientar, ainda, que a livre circulação dos trabalhadores é objeto do Regulamento (UE) 492/2011, dedicado aos trabalhadores da União e seus fami-

selho relativa à avaliação da aplicação das restrições temporárias às viagens não indispensáveis para a UE. Bruxelas, 8.4.2020.

29 UNIÃO EUROPEIA. Retificação à Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.° 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158 de 30.4.2004). OJ L 229, 29.6.2004, p. 35–48.

30 Vide DE BRUYCKER, Philippe. La libre circulation des citoyens européen entre codification et reforme: Présentation générale de la directive 2004/38. In: CARLIER, Jean-Yves; GUILD, Elspeth. L'avenir de la libre circulation des persignes dans l'U.E: Analyse de la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de circuler et de séjourner librement. Vol 2, Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 2006, p. 27-31.

liares[31]. Sua restrição é permitida por razões de saúde pública, nos termos do art. 45.3, TFUE[32].

Além das orientações no sentido de gestão de fronteiras com permissão e facilitação de trabalhadores fronteiriços e que efetuem labor essencial[33], a Comissão emitiu comunicado com orientações sobre o exercício da livre circulação de trabalhadores durante o surto de COVID-19. Foram elencadas profissões que devem ter livre entrada nos territórios dos Estados-Membros. Demonstrou-se, também, preocupação com a proporcionalidade dos critérios aplicados nas restrições aos demais trabalhadores. A Comissão insta, ainda, pela objetividade e pela não discriminação[34].

4. POR UMA MANUTENÇÃO DA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA SOCIAL E DA SOLIDARIEDADE NA UNIÃO EUROPEIA

A inimaginável e repentina propagação do SARS-CoV-2 acarretou uma pandemia que tornou essencial a reação nos planos nacional, regional e internacional em prol de proteger e implementar o direito à saúde.

Na União Europeia, conforme previsto por normas originárias ou de direito derivado, foram adotadas medidas que levaram à limitação das liberdades de circulação, verdadeiros direitos fundamentais do bloco.

Observa-se a atuação da Comissão sobretudo com propostas e comunicados – seguidos pelos Estados-Membros –, que consistem em instrumentos de *soft law* geralmente utilizados no exercício de competências complementares, de apoio ou de coordenação, como a proteção à saúde.

Malgrado haja autorização normativa de restrição, é imperativo, porém, manutenção de medidas estritamente ligadas à permanência da necessidade de

31 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores na União. JO L 141 de 27.5.2011, p. 1-12. Sobre o tema, v. HERMES, Manuellita. Livre Circulação de Trabalhadores e Seguridade Social: Estudo Comparado entre União Europeia e Mercosul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 45-120.

32 Nos seguintes termos: "A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de:
a) Responder a ofertas de emprego efetivamente feitas;
b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-Membros;
c) Residir num dos Estados-Membros a fim de nele exercer uma atividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais;
d) Permanecer no território de um Estado-Membro depois de nele ter exercido uma atividade laboral, nas condições que serão objeto de regulamentos a estabelecer pela Comissão".

33 EUROPEAN UNION. COVID-19 Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services. Brussels, 16.3.2020.

34 UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão. Orientações sobre o exercício da livre circulação de trabalhadores durante o surto de COVID-19 2020/C 102 I/03. OJ C 102I, 30.3.2020, p. 12–14.

combate à crise sanitária. Indispensável, outrossim: a) realizar o teste de proporcionalidade das medidas; b) fundamentar as ações, inclusive com base em um consenso científico; c) verificar a efetividade da política de restrições em relação à contenção do número de novos casos de COVID-19; d) avaliar o risco de comprometimento da cidadania da UE, bem como dos direitos fundamentais dela decorrentes; e) assegurar a observância do Estado de direito (art. 2°, TUE), que já era objeto de crise no seio da União Europeia, como demonstram os casos húngaro e polonês.

Tornar concreta a solidariedade europeia, multicitada ao longo dos tratados, inclusive erigida a um dos objetivos da UE, é essencial, seja na sua concepção como elemento de porosidade entre as fronteiras internas do bloco, em prestígio aos cidadãos; seja nas relações com países terceiros e respectivos nacionais. Isso porque o *espírito de solidariedade* europeu não é inato, mas foi construído por meio de um processo político[35] ora fragilizado em razão da crise. Da cidadania social decorre a solidariedade social, com as derivadas proteção à saúde e garantia da circulação responsável, inclusive de imigrantes[36]. Trata-se de corolário do exercício de implementação da igualdade substancial.

Não se olvide que o nascimento da União Europeia, tal como hoje conhecida, deu-se após os escombros da Segunda Guerra Mundial, com conquistas que paulatinamente traçaram um caráter não somente econômico do bloco, mas também social e de preservação de direitos fundamentais. A mobilidade interna com a abertura coordenada e controlada a países terceiros faz parte do *acquis communautaire* e, como tal, insta seja regida pela proibição do retrocesso, delimitando-se a excepcionalidade da exceção[37]. Por conseguinte, impõe-se assegurar a cidadania dinâmica à presente e às futuras gerações, sem que se perenize a excepcionalidade de modo a conferir um aspecto de exclusão dissonante da *união na diversidade*.

A gestão da proteção à saúde há de ser coordenada de forma inclusiva, flexível, moderada, proporcional e solidária. No contexto da pandemia de COVID-19, é preciso rechaçar arroubos temporais que propiciem a ascensão ou a consolidação de cenários de nacionalismos, discriminação, vigilância excessiva, restrição de mobilidade e xenofobia. Em suma: o aprisionamento e até mesmo a ruptura com valores e objetivos da União Europeia.

---

35 BERTONCINI, Yves. European solidarity in times of crises: a legacy to develop in the face of COVID-19. Fondation Robert Schuman. European issues, n° 555, 21 April 2020.

36 ZONCA, Elena Valentina. Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri: profili comparatistici. Italia: Wolters Kluwer, 2016, p. 131-139.

37 SANTOS, Boaventura de Sousa. A Cruel Pedagogia do Vírus. Coimbra: Almedina, 2020, p. 13-14.

REPOSICIONANDO O DEBATE FEDERALISTA NO BRASIL EM RAZÃO DA PANDEMIA COVID-19: HÁ MESMO UMA TENDÊNCIA À DESCENTRALIZAÇÃO?

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo[1]

Leonam Liziero[2]

PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

As relações federativas no Brasil passam por um processo longo de rediscussão com a pandemia no ano de 2020 causada pelo Coronavírus (SARS-CoV-2). No Brasil, a proporção e alcance da doença tem se alastrado de grandes centros urbanos (sobretudo São Paulo, Rio de Janeiro, Fortaleza, Recife e Manaus), epicentros iniciais, para o interior – localidades em que os recursos para o tratamento dos infectados são ainda mais escassos.

A Covid-19, apesar da grande desdita que assola a população brasileira, pode configurar um marco na configuração das relações federativas no Brasil. Neste breve texto, pretendemos demonstrar quais são as perspectivas para o federalismo brasileiro considerando o estado de emergência relacionado à COVID-19

1. A CENTRALIZAÇÃO FEDERATIVA E FEDERALISMO FISCAL: A PRIMEIRA PROSPECÇÃO: REDESENHO E INSURGÊNCIA FEDERATIVA

Iniciaremos com uma simples afirmação que condensa os dilemas federativos brasileiros: o Estado federal brasileiro não é adequado ao federalismo brasileiro. A partir desta afirmação, pontuamos uma consequência: a centralização é uma característica presente na história constitucional do Estado federal brasileiro e sufocou muitas vezes o federalismo no Brasil. E uma terceira afirmação preli-

---

1 Professor de Direito Constitucional na Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Direito (UFPE -1998); Doutor em Direito (UFPE - 2003); Realizou pesquisa de pós-doutorado na Universidade de Pisa com bolsa CAPES de estágio pós-doutoral no exterior (2013); Professor permanente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco (Mestrado e Doutorado).

2 Doutor em Direito, na linha de Teoria e Filosofia do Direito, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, com Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) e da Graduação em Direito (DCJ) da Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

minar: as tensões federativas no Brasil estão vinculadas à ausência de mecanismos constitucionais de proteção dos entes subnacionais contra o poderio da União. Em certa medida, estas três afirmações se coadunam com o defendido por Bresser-Pereira (2016, p.84) que "a construção do Estado brasileiro pode ser pensada como uma luta permanente entre a centralização e o federalismo, como uma sucessão de períodos de centralização aos quais se sucedem períodos de descentralização".

Em *Os Barões da Federação*, já clássico livro acerca dos dilemas federativos no Brasil, Fernando Abrucio defende a seguinte tese: os governadores ganharam muito poder durante os anos 1980 e o acúmulo de influências localizadas levou a um desenho federativo em 1988 que concedeu grande autonomia aos governos estaduais. Devido ao descontrole destes no início dos anos 1990, a União, por meio de diversas reforças fiscais naquela década, retomou para si as rédeas da condução política a nível nacional e sufocou os poderes estaduais. As ideias de Abrucio são até defensáveis em certas medidas, mas compreendemos que o cenário pode ser lido de outro modo, em conformidade com a proposta de Marta Arretche.

Em *Democracia, Federalismo e Centralização no Brasil*, Arretche identifica um resultado aproximado ao de Abrucio: a federação brasileira é altamente centralizadora atualmente (a obra é do ano de 2012 com base em um estudo publicado em 2006). As causas da centralização, porém, são diferentes. Arretche defende, após extensa pesquisa, que o cenário de enorme concentração de poder da União tem origens já presentes no texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Assim, a Constituição de 1988 teria sido promulgada como centralizadora em essência e este arranjo institucional levou à crise nos Estados nos anos 1990 e, consequentemente, às inúmeras reformas fiscais.

De modo suscinto, tais reformas fiscais foram: (i) a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/1993, que concedeu à União a permissão de realizar retenções nos créditos oriundos de impostos estaduais e municipais no que fosse necessário para prestação de garantia ou contragarantia, bem como a retenção destes créditos para pagamentos de dívidas; (ii) a instituição, por meio da Medida Provisória n. 1.514/1996, do Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária – PROES. Tal programa teve como objetivo a buscar por estabilidade financeira dos Estados, que em meados dos anos 1990 já estavam bastante endividados. Em especial, foi direcionado à extinção ou privatização dos bancos públicos estaduais; (iii) o Fundo Social de Emergência – FSE

(posteriormente, Fundo de Estabilidade Fiscal), implementado pela Emenda Constitucional n. 17/1997, que estabeleceu a vinculação de 20% das receitas da União com prioridade de destinação para benefícios assistenciais e previdenciários, saúde e educação e, consequentemente, reduziu consideravelmente o repasse aos Estados e Municípios; (iv) a promulgação da Lei Complementar n. 87/1996, também conhecida por Lei Kandir, que, no intuito de estimular a produção para exportação, bem como a importação, desonerou diversos produtos e serviços da cobrança de ICMS, principal fonte de receita estadual; (v) por fim, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), que estabeleceu limites para o uso de receitas dos entes subnacionais e, consequentemente, levou-os à grande perda de autonomia. São todas questões típicas de federalismo fiscal.

O Senado, em tese a casa da Federação, tem atuação no Brasil altamente díspar em comparação às expectativas projetadas pela tradicional Teoria do Estado nos bancos das faculdades de Direito. Ainda que representantes majoritários dos Estados no Congresso Nacional, os Senadores não mantêm atuação em prol dos interesses daqueles, segundo a já citada pesquisa de Arretche (2012, p. 141), já que os Senadores costumam levar em conta o alinhamento partidário e as orientações das bancadas na hora de votar emendas e leis ao invés do interesse dos governos estaduais de seus Estados correspondentes.

Por outro lado, não apenas as reformas de iniciativa do Poder Executivo e abraçadas pelo Poder Legislativo (numa prática bem visível do então "Presidencialismo de Coalizão") representaram uma colisão na autonomia dos Estados. A cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, em sua prática decisória também agiu em favor dos interesses da União e em desfavor dos Estados e Municípios.

E, como grande causa deste cenário centralizador, identifica-se a chamada *tese da jurisdição* (ARRETCHE, 2009), que consiste em compreender que a Constituição de 1988 criou um modelo de repartição de competências que proveu à União ampla autoridade em inúmeras matérias, aliada às limitadíssimas oportunidades de resistência dos poderes subnacionais contra as decisões da União, o que Arretche (2009, p. 380) denomina por *tese do poder de veto*.

Percebe-se, nesta breve demonstração, que a União no sistema federativo de 1988 continuou agigantada em relação aos Estados e Municípios. Em detalhada pesquisa, Fabricio Tomio e Ilton Robl Filho (2013) demonstram como decisões acerca de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) pelo STF funcionam como *poder de veto* no processo decisório, em especial dos poderes legisla-

tivos estaduais. Deste modo, analisam na pesquisa que o índice de sucesso a favor do requerente (para declaração de inconstitucionalidade) em processos decisórios estaduais mais que três vezes superior ao índice do processo decisório federal. As ADIs funcionam como meio político de reversão de decisões em âmbito estadual favor da União e, portanto, "o STF é um ator institucional (com poder de veto) muito mais presente no processo decisório estadual, portanto suas decisões aumentam a estabilidade decisória dos conflitos internos aos Estados e entre os Estados (federativos)" (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 110).

A conjectura de 2020, por sua vez, pode lançar novas luzes nas relações federativas a ser observado nos próximos anos, dada a repercussão dos conflitos entre Estados (governadores) e União (Presidente da República), tema que será abordado mais adiante.

2. CAMINHOS DA DESCENTRALIZAÇÃO: ORGANIZAÇÃO COOPERATIVA ESTADUAL

Chico Science, poeta e cantor pernambucano, na música "Do Caos à Lama", já profetizava que a diminuição dos fatores de opressão começa com processos de articulação e resistência. Daí a sua fala: "posso sair daqui pra me organizar. Posso sair daqui pra desorganizar [...] que eu me organizando posso desorganizar; que eu desorganizando posso me organizar". A poesia do artista ganha vida em diversos setores da vida política brasileira. Diante do quadro de centralização indicado acima no item I, pergunta-se: o que os Estados fizeram ou podem fazer para, se organizando entre si, desorganizar o processo de centralização federativa?

Trataremos neste momento, porém, de um poderoso (ainda tímido, porém) instrumento institucional de insurgência federativa, de modo a deslocar, mesmo que em pouco grau, o eixo decisório aos Estados: o consórcio como instrumento de estímulo à cooperação federativa horizontalizada. Há um porquê.

O consórcio foi estabelecido pela reforma integral do texto do art. 241 da Constituição de 1988, com a Emenda Constitucional n. 19/1998, que possibilita a formação de uma pessoa jurídica cujo objetivo é promover integração entre os entes federativos signatários. A previsão do art. 241 originalmente era "Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 desta Constituição". Com a Reforma Administrativa trazida pela citada Emenda (originariamente proposta como PEC173/1995), o texto passou a vigorar com a seguinte redação: "A União, os

Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos". Estabeleceu-se, assim, no Direito brasileiro o instituto do consórcio público com o intuito de aprimorar a integrar entre os entes federativos.

Na exposição de motivos da Reforma Administrativa de 1998 é possível observar claramente as motivações pelas quais o instituto do consórcio foi inserido enquanto instrumento de cooperação federativa no Brasil. A mensagem, trabalho conjunto dos Ministérios da Justiça, Previdência e Assistência Social, Administração Federal e Reforma do Estado, Fazenda, Educação e Desporto e pelo de Planejamento e Orçamento, trazia como propósito a descentralização da Federação brasileira e reafirmação a autonomia dos entes subnacionais[3]. Estas diferentes formas de cooperação mencionadas no texto são justamente mecanismos de associação de modo a estimular esforços conjuntos entre tais entes federativos de modo horizontalizado, diferente da verticalização tradicional do cooperativismo federativo no Brasil. Todavia, a proposta deste instrumento nesta Reforma Administrativa se mostra como um contrassenso, uma vez que o consórcio foi instituído durante ainda o primeiro governo FHC, caracterizado por ter uma agenda altamente centralizadora (ARRETCHE, 2009, p. 396).

A partir de 2013, durante o Governo Dilma Rousseff, observa-se uma modificação das relações políticas, a emergência de movimentos com agendas conservadoras e reativos contra o governo do Partido dos Trabalhadores (CAVA, 2013) e, em certa medida, conflitos aparentes entre governos estaduais e a União em diversos aspectos. A partir de 2013, conceitos bem aplicados na compreensão do funcionamento das instituições políticas no Brasil começam a precisar ser repensados, entre os quais o próprio "presidencialismo imperial" (BUCK, 2009, p. 1088). E, dentre os quais, a própria caraterística do federalismo brasileiro de ser contido pelo Estado federal tradicionalmente centralizador no Brasil. Os consórcios são um caminho para se compreender como a "insurgência federativa" vem sendo construída.

Em 2015 entrou em vigor o primeiro consórcio interestadual do Brasil,

3 Entre tantos aspectos da Reforma Administrativa, menciona a exposição de motivos sobre os consórcios: "como disposição geral a ser incluída no texto constitucional e posteriormente regulamentada em lei complementar, prevê-se a adoção de diferentes formas de cooperação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para a organização e gestão de funções e serviços" (CAMARA DOS DEPUTADOS. Legislação Informatizada - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19, DE 1998 - Exposição de Motivos. Disponível em < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html >. Acesso em 1º de jun. 2020).

o Consórcio Interestadual de Desenvolvimento do Brasil Central, ou simplesmente, *Brasil Central.* Firmado exclusivamente entre Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Tocantins e o Distrito Federal, foi motivado por uma pauta desenvolvimentista que buscaria romper com a tradição de cooperativismo federativo no Brasil, por si verticalizado. Além disso, também como característica daquele momento, os governadores dos Estados ou eram adversários políticos da então Presidenta Dilma Rousseff, ou ao menos não eram visivelmente aliados. O Brasil Central se constituiu em uma pessoa jurídica de direito público, uma vez que constitui uma associação pública (art. 6º da Lei nº 11.107/2005), incluídas na abrangência das autarquias. Portanto, o Brasil Central é uma autarquia interestadual, a única então existente no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988.

Posteriormente, emergiram a partir de 2016 os Consórcio da Amazônia Legal, o Consórcio Nordeste e o Consórcio de Integração Sul e Sudeste. O estabelecimento de tais autarquias são sinal de fomento de cooperativismo interestadual que, embora previsto desde 1998, somente teve sua primeira instituição em 2015. A cooperação proveniente da associação de Governadores apresenta uma gradativa mudança de postura em relação ao poder federal, além de uma transformação na sedimentada ideia de cooperação verticalizada no Brasil no Século XX.

Observa-se, assim, o início de uma tendência de insurgência dos governos estaduais contra o enorme poderio da União, de modo a alterar o movimento pendular centralização-descentralização nas tensões federativas brasileiras, que normalmente tende mais ao primeiro eixo que ao segundo. O caminho à descentralização das práticas no federalismo brasileiro, porém, ganha mais espaço em razão do fator Covid-19 em meio ao governo de Jair Bolsonaro. O Presidente da República adotou em sua prática uma política de confronto contra governadores (de partidos de oposição, bem como antigos aliados), o que levou a muitas derrotas judiciais e legislativas do Poder Executivo federal desde o início da Pandemia. Este cenário, entre tantas outras razões, leva à segunda prospecção cerca das transformações nas relações federativas no durante e no após o estágio pandêmico: o enfraquecimento da instituição Presidência da República e a relação com uma releitura das competências federativas.

3. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS NO CENTRO DA DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL E O FORTALECIMENTO DOS GOVERNOS ESTADUAIS

Uma segunda prospecção que pode ser realizada como um esboço de um processo descentralizador refere-se ao tema da repartição de competências federativas e como este tema tem sido colocado na ordem do dia do constitucionalismo brasileiro. De repente, o assunto federalismo e, principalmente, o tema da proteção subnacional dos direitos, que antes era sempre relegado a segundo plano, entrou na ordem na pauta. O sistema de repartição de competências utilizado no federalismo brasileiro é uma combinação do modelo do federalismo dual com o modelo do federalismo cooperativo. Pelo modelo do federalismo dual, tem-se uma divisão de competências sempre privativas[4] para a União e para os Estados-membros. As da União são as ou dispostas por *numerus clausus*. A dos Estados-membros são as chamadas competências remanescentes. Essa é uma técnica muito conhecida de divisão de competências em estados descentralizados politicamente. A Itália, que não é tecnicamente uma Federação, também se utilizou da mesma técnica de distribuição após a reforma constitucional de 2001.

Por meio da divisão de competências do federalismo dual, tudo aquilo que não está expressamente designado para a União, será dos Estados. Esse tipo de repartição foi utilizado também pelo constituinte de 1988, a teor do que diz o art. 25 da Constituição. Ali encontra-se expressamente consignado que "são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição." Ou seja, tudo que não da União (e nem dos municípios) por expressa previsão constitucional, será do Estado.

Além do modelo do federalismo dual, também foi adotado o modelo do federalismo cooperativo. Por meio da técnica de repartição de competências do federalismo cooperativo, a Constituição elege alguns temas que podem ser objeto de atuação conjunta (legislativa ou administrativa) pela União e também por parte dos Estados-membros (no caso brasileiro, também dos municípios). Essa técnica encontra-se prevista nos arts. 23 e 24 do texto constitucional de 1988.

São vários os doutrinadores do federalismo que, examinando o tema da repartição de competências da forma como posta na Constituição vigente, indicam um federalismo centralizado. A razão para isso é a identificação de mais assuntos para a União. O campo temático, portanto, que poderia ser explorado por Esta-

4 Não iremos fazer aqui uma pseudo distinção entre competências privativas e exclusivas.

dos seria reduzido e, assim, restaria formada a configuração de um federalismo centrípeto.

O que há de novo, então, no período pandêmico que envolve esse tema de repartição de competências?

Os conflitos acima anunciados entre governo federal e governos estaduais disputam, na pandemia, a narrativa sobre quem é o competente para disciplinar a proteção da saúde e as regras sobre medidas sanitárias. Esse é o ponto.

Para entendermos melhor a questão, antes de tudo se faz necessário identificar qual é a matéria envolvida. A partir daí, poderemos apreciar quem é, de acordo com as regras constitucionais, o ente competente para discipliná-la.

Nesse sentido, os arts. 23 e 24 da Constituição Federal, respectivamente em seus incisos I XII, dizem que a competência para cuidar e defender a saúde deve ser compartilhada. Ou seja, estamos no plano da competência comum ou concorrente. E, no plano da competência concorrente, a União deve elaborar as normas gerais (lei de princípios).

Ocorre, todavia, que uma coisa são as competências estabelecidas na Constituição. Outra, diferente, são as possíveis interpretações jurisdicionais diante de casos concretos: onde inserir um tema concreto objeto de apreciação por parte do Legislativo Estadual ou mesmo do Governador de Estado como, por exemplo, a decretação de lockdown? Na competência complementar do Estado-membro para disciplinar defesa de saúde e medidas sanitárias ou na competência da União para legislar sobre direito liberdade, propriedade e direito civil?

Muitos autores estão entendendo que pode estar havendo uma "virada" descentralizadora da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o julgamento da ADPF 672[5]. Entendeu o Excelso Pretório que não pertence à União o poder de determinar, para todos, quais medidas de proteção à saúde e questões sanitárias devem ser adotadas no período pandêmico, podendo Estados também desenvolverem essa competência.

É inegável que o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento descentralizador, favorecendo Estados e Municípios. Todavia, entendemos que a questão não é, propriamente, de alteração da jurisprudência centralizadora do

5 O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), assegurou aos governos estaduais, distrital e municipal, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios, competência para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19, tais como a imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas, entre outras. Disponível em https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&ori=1 . Consulta em 2 de junho de 2020.

Supremo Tribunal Federal. A questão parece ser menos federativa e mais de proteção à saúde. Esse argumento pode ser facilmente constatado a partir de dois simples raciocínios. O primeiro é o argumento segundo o qual as medidas de restrição não devem ser uniformizadas para todo o território nacional justamente em razão de que a situação fático-concreta a ensejar as tais medidas restritivas como, por exemplo, fechamento de comércio, não são uniformes. Ou seja, a situação da gravidade sanitária pode acometer mais um Estado que outro. Por isso, até mesmo se o Brasil fosse um Estado Unitário, não poderia ele adotar uma única medida para todo o território nacional. Esse exemplo é demonstrado em outros países não federais, como, por exemplo, na própria Italia (em que pese ali haver um grau elevado de descentralização), onde houve a necessidade de um acordo entre governo nacional e regiões sobre a reabertura das atividades econômicas. [6] Parece-nos, então, que, no Brasil, a afirmação de uma "virada" descentralizadora federativa não pode ser interpretada como se a divisão das competências entre União e Estados fosse uma linha móvel que o Supremo Tribunal pudesse colocar mais para a direita ou à esquerda a partir do que deseja. No caso concreto, a afirmação da competência estadual é decorrente da impossibilidade de tratar o tema de maneira uniforme. Ou seja, não seria possível, sob o crivo constitucional, que uma única medida fosse adotada pela União para todo o território brasileiro e isto não tem necessariamente algo a ver com descentralização do federalismo (já que nem mesmo nos Estados Unitários isto foi possível, dada a disparidade entre territórios e regiões afetadas pelo vírus).

Ainda, um segundo raciocínio pode ser desenvolvido sobre essa pseudo "virada" descentralizadora do federalismo brasileiro com uma segunda pergunta simples (esta, porém, especulativa): se acaso invertêssemos a posição de governo federal e estaduais na crise pandêmica, como teria sido a posição do Supremo Tribunal Federal na mencionada ADPF 672? Ou seja, se eventualmente todos os Estados fossem contrários às medidas restritivas de isolamento social e a União, ao contrário, a favor? Será que a posição dos Ministros iria ser a de dar respaldo às competências estaduais ou teria se inclinado para a defesa do posicionamento da União? Obviamente, como dito, a questão é especulativa, pois parte de uma hipótese inexistente. Mas o exercício é útil para demonstrar a tese segundo a qual a decisão do Supremo favorável aos Estados não se deu em razão do reconhecimento de competências estaduais no bojo de um processo descentralizador da

6 Disponível em https://www.repubblica.it/politica/2020/05/15/news/decreto_aperture_fase_due-256685782/ e https://www.open.online/2020/05/15/coronavirus-trovato-laccordo-tra-il-governo-e-le-regioni-sulle-riaperture-dal-18-maggio/. Consulta em 2 de junho de 2020.

interpretação do desenho federativo. Não. A decisão do Supremo que empoderou os Estados foi, na prática, uma decisão em favor da vida e da saúde pública. O que estava em jogo, portanto, não eram cláusulas federativas. Estas estavam presentes no cenário, mas o ator principal era de fato o direito à saúde e à preservação de vidas. Não por outra razão que ministros se posicionaram publicamente em favor do controle jurisdicional de "políticas públicas genocidas". Foi justamente o que disse o Ministro Gilmar Mendes: que o Presidente da República não dispõe de competência para implementar política genocida[7] (o pano de fundo era justamente a adoção da medida de isolamento social como a mais eficaz para evitar a disseminação do contágio do coronavirus).

Assim, a postura do Supremo teve como foco a defesa da saúde, aplicando as regras de repartição de competências em favor dos Estados considerando basicamente esses dois aspectos: a) a impossibilidade de o tema ser uniformizado para todo o território nacional, elevando os Estados como atores legítimos para abordar as questões relacionadas com o isolamento social) e b) a maior e melhor defesa da saúde que estava sendo proposta pelas políticas públicas estaduais, e não federais.

Essas afirmações trazem como consectário lógico a diminuição da importância de uma possível "virada" de interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação às cláusulas federativas. Ou seja, não se pode afirmar que estaria havendo uma efetiva mudança sobre como o Supremo Tribunal Federal está enxergando as linhas de divisão de competências entre União e Estados, tradicionalmente uma visão centralizadora.

Some-se a isso um problema de seletividade na defesa do próprio direito à saúde. Após a própria decisão do STF que empoderou os Estados-membros a legislar sobre o tema de isolamento social e demais medidas restritivas para o combate ao coronavirus (sob o argumento de que eles possuem competência para impementar medidas sanitárias de defesa à saúde), a própria Corte adotou postura diversa quando a defesa da saúde era da classe de pintores de automóveis. O caso foi tratado na ADI 3811, apresentada pela Confederação Nacional das Indústrias contra uma lei do Estado do Rio de Janeiro que fixava a adoção de medidas para evitar a intoxicação de trabalhadores por substâncias químicas presentes em tintas e corrosivos. Segundo consta na decisão da Corte, referida lei estabelecia para a "dados objetivos de proteção e obediência aos padrões da Organi-

7 Disponível em https://www.poder360.com.br/coronavirus/gilmar-diz-que-bolsonaro-nao-dispoe-de-poderes-para-fazer-politica-genocida/. Consulta em 02 de junho de 2020.

zação Mundial de Saúde (OMS)" no que se refere à comprovação de atoxidade à saúde do trabalhador e ao meio ambiente. Ou seja, uma lei estadual que adotava padrões da OMS para proteção da saúde (do trabalhador) e do meio ambiente. A decisão da Corte foi centralizadora, pela inconstitucionalidade, sob o argumento de que o Estado-membro teria invadido a competência legislativa da União para dispor sobre direito do trabalho. Esse caso é interessante para demonstrar que, após a decisão descentralizadora sobre proteção de saúde na pandemia prolatada na ADPF 672, a própria Corte traçou caminho diverso quando, no entanto, o que se discutia era a proteção subnacional de direito à saúde com base em critérios da OMS. Mas, veja-se, neste caso do Rio de Janeiro, a saúde que estava sendo protegida pela lei estadual era "apenas" dos trabalhadores que atuam com manejando tintas e corrosivos, o que pode ensejar o argumento da seletividade da Corte: descentraliza a depender dos grupos beneficiados pela proteção à saúde. [8]

Naturalmente, algo há de ficar da decisão na ADPF 672. Ou seja, o simples fato de o federalismo sair do segundo plano da discussão do pesquisadores e professores do Direito Constitucional (que sempre valorizam mais os temas de jurisdição constitucional e direitos fundamentais) possa fazer com que se crie uma posição mais empática a processos de descentralização, já que, na prática, o que vem ocorrendo é uma proteção de direitos fundamentais no plano estadual. Dizer, contudo, que as cláusulas federativas serão relidas pelo Supremo é uma conclusão impossível de ser feita no presente momento. Apenas a observação atenta dos julgados da Corte poderá nos dar um indicativo sobre a matéria. Já tempos, todavia, um precedente que arrefece a tese da "virada descentralizadora", como mencionado acima (ADI 3811 julgada em 22 de maio passado).

4. CONCLUSÃO

Como conclusão deste breve ensaio, tem-se que, a despeito de o federalismo ser considerado excessivamente centralizado no Brasil, há experiências de insurgência do poder estadual de forma indiscutível.

Os Consórcios celebrados entre Estados-membros e a forma como a cooperação horizontal vem sendo exercitada demonstram um contraponto ao plano federal, servindo como uma espécie de atuação prática de federalismo cooperativo.

8 "Lei do RJ sobre medidas contra intoxicação de trabalhadores por tintas é inconstitucional".Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443977 . Consulta em 02 de junho de 2020.

Já a quanto à postura do Supremo Tribunal Federal que empoderou os Estados-membros na possibilidade de adoção de medidas de proteção à saúde e à vida, legitimando, por exemplo, a adoção estadual de medidas de isolamento social, é um fator que não pode ser utilizado como fundamento para a conclusão de uma virada federalista ou uma nova forma de interpretação jurisdicional do pacto federativo já que o objeto último da decisão era, de fato, a defesa da saúde de todos e todas diante do quadro de orientação contra o isolamento social que estava sendo sustentado pelo Governo Federal. Ademais, essas medidas, na técnica de divisão de competências, não são medidas uniformes nem menos em um Estado Unitário, diante das diferenças, entre regiões, da gravidade de comprometimento e esgotamento de sistemas públicos de saúde e atendimento à população. Isso não significa, todavia, que o debate federalista, incentivado no atual momento, não possa evidenciar de forma mais ampla aquilo que já vem sendo demonstrado há tempos: que a nossa federação é excessivamente centralizada e que um dos motivos disso é justamente o papel da jurisprudência centralizadora do Supremo Tribunal Federal.

ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO DO TRABALHO EMERGENCIAL OU DE EXCEÇÃO

Marco Aurélio Serau Junior[1]

Esse artigo, nos seus estreitos limites de espaço, busca apresentar alguns dos possíveis contornos do que vem sendo denominado *Direito do Trabalho Emergencial*, *Direito do Trabalho de Crise* ou *Direito do Trabalho de Exceção*.

Esses termos não expressam um novo ramo ou sub-ramo do Direito ou mesmo dentro do Direito do Trabalho. Tais expressões sinalizam mais exatamente um *fenômeno normativo temporal*, consistente na edição de profusa legislação *transitória*, direcionada (ao menos retoricamente) à adequação do ordenamento jurídico no que concerne às relações contratuais de trabalho, enquanto perdurarem e forem relevantes as medidas de isolamento social e paralisação (intensa) das atividades econômicas.

Esse *fenômeno normativo transitório* começou com a publicação da Lei 13.979/2020, que previa tão somente as figuras do afastamento do trabalho (isolamento e quarentena) para aqueles e aquelas que estivessem com sintomas ou suspeita de contaminação por COVID-19.

Na sequência, foi editada a Medida Provisória 927/2020, parcialmente alterada pela Medida Provisória 928/2020, já uma norma específica de Direito do Trabalho, a qual introduziu diversas possibilidades aos empregadores: a intensificação do *teletrabalho*; a antecipação de férias individuais, feriados e a concessão de férias coletivas; a intensificação do uso do *banco de horas*; a flexibilização das medidas de SST – Saúde e Segurança do Trabalho, inclusive deixando de considerar como doença do trabalho, em geral, a contaminação por COVID-19.

Em sua redação inicial, a Medida Provisória 927/2020 – justamente no ponto revogado pela Medida Provisória 928/2020 – permitia a suspensão do contrato de trabalho por 4 meses, com encaminhamento dos trabalhadores a cursos de qualificação e sem qualquer garantia de remuneração.

Como vê, a tônica das primeiras alterações trabalhistas contidas na Medi-

1 Professor da UFPR – Universidade Federal do Paraná, nas áreas de Direito do Trabalho e Previdenciário. Doutor e Mestre em Direitos Humanos (USP). Autor e coordenador de diversas obras jurídicas. Email: maseraujunior@hotmail.com

da Provisória 927/2020, sob o *argumento rotineiro de que a supressão de direitos e garantias trabalhistas é necessária à preservação de postos de trabalho*, privilegiou tão somente a perspectiva patronal, ampliando o *jus variandi* (parte do poder diretivo dos empregadores) e, em determinadas situações, permitindo sua irresponsabilidade sobre a saúde do trabalhador.

A Medida Provisória 927/2020 foi seguida pela Medida Provisória 936/2020, que permitiu, em síntese, a suspensão do contrato de trabalho e a redução de jornada (com consequente redução salarial) durante os meses em que perdurar o isolamento social. Essa norma também possibilitou que essas alterações contratuais (redução de jornada e suspensão do contrato de trabalho) fossem efetuadas mediante simples negociação individual entre empregados e empregadores, afastando a negociação coletiva preconizada pela expressamente pela Constituição Federal (art. 7º, inciso XIII) – situação que foi considerada constitucional (a partir do argumento da *interpretação conforme à Constituição*) pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6.363/DF.

A Medida Provisória 936/2020, como mecanismo compensatório da permissão da redução de jornada e da suspensão do contrato de trabalho, criou o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda – conhecido pelas siglas BEPER ou BEM – que é pago com recursos da União Federal, em moldes proporcionais ao seguro-desemprego.

Aos trabalhadores informais (que atenderem certos requisitos estabelecidos pela Lei 13.982/2020, com as modificações efetuadas pela Lei 13.998/2020) cabe apenas o *auxílio emergencial*[2], pago pela União Federal no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais) pelo período de três meses (eventualmente prorrogáveis).

Para os *trabalhadores portuários* (que não possuem contrato de trabalho e são regidos pela perspectiva do *trabalho avulso* gerido pelo OGMO – Órgão Gestor de Mão de Obra, nos moldes da Lei 9.719/98), dedicou-se a Medida Provisória 945/2020, que prevê que estes trabalhadores não sejam escalados quando integram o chamado *grupo de risco* e tenham sintomas ou suspeitas de contaminação pelo novo coronavírus. Nestas hipóteses, o administrador portuário pagará durante o período de impedimento de escala uma *compensação indenizatória mensal*, proporcional à remuneração anterior dos portuários. A reboque, a Medida Provisória 945/2020 introduziu algumas limitações ao exercício do direito de greve e de atividade sindical direcionadas aos trabalhadores portuários.

2 SERAU JR., Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social – Lei 8.742/93. Curitiba: Juruá, 2020, p. 32-34.

Em linhas gerais, o que foi apresentado nas linhas acima resume a *legislação trabalhista emergencial* – cujo exame mereceria inegável aprofundamento, incabível nos limites de espaço deste trabalho.

Em síntese, a partir do argumento recorrente da necessidade de diminuição da proteção trabalhista para viabilizar a manutenção do nível de empregos e de postos de trabalho, operou-se a uma grande política de *desproteção* que mais se assemelha a uma nova e sutil reforma trabalhista.

O Direito do Trabalho é o microcosmo do ordenamento jurídico que regula as relações de trabalho, principalmente a partir do contrato de trabalho, merecendo destaque o fato de que este instrumento é destinado especificamente às relações de emprego (conforme modelo do art. 3º da CLT). O Direito do Trabalho em especial no que diz respeito ao contrato de trabalho, expressa-se a partir de institutos de nítida natureza jurídica contratual e sinalagmática, embora tais contratos (de trabalho) sejam fortemente regulados pelo Estado e possuam um inegável viés protetivo aos trabalhadores (conforme art. 7º, *caput*, da Constituição Federal).

Tendo por ponto de partida esta premissa, bastante consolidada na doutrina trabalhista e consagrada no Texto Constitucional, deve-se indagar: a *legislação trabalhista emergencial*, apresentada acima em suas linhas gerais, deve perdurar até quando? Como ocorrerá o retorno à normalidade contratual no Direito do Trabalho? Há o *risco da legislação transitória e emergencial se tornar o modelo regulatório permanente*?

Dentro do próprio ordenamento jurídico há várias balizas muito claras no sentido de que a *legislação trabalhista emergencial* deva possuir apenas um caráter específico e transitório, devendo ser buscado o retorno à normalidade contratual trabalhista tão pronto cessada a situação econômica anormal decorrente das medidas de isolamento social que vêm sendo adotadas desde março deste ano.

Tomando-se por parâmetro o recém aprovado PL 1.179/2020, que criou o RJET - Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado, aplicável durante o período da pandemia do Coronavírus (Covid-19), constata-se que sua natureza e eficácia serão transitórias, sendo destinado tão somente a regular as questões contratuais durante o período excepcional:

> Art. 1º. Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19).

Utilizando, em termos argumentativos, um pilar importante do Direito Privado, a cláusula *rebus sic stantibus*, verifica-se que este conceito se revela insuficiente para a compreensão do fenômeno do *Direito do Trabalho Emergencial*. Segundo definição de De Plácido e Silva:

> "*Rebus sic stantibus*. É a locução latina utilizada na terminologia jurídica para designar a cláusula contratual, que se julga inserta nas convenções, em virtude da qual o devedor é obrigado a cumprir o contrato, *somente*, quando *subsistem* as condições econômicas existentes quando fundado o ajuste."[3]

A cláusula *rebus sic stantibus* expressa a ideia de que o contrato se cumpre se forem conservadas as condições preexistentes quando de sua estipulação, isto é, desde que tais condições econômicas (estruturais) não tenham sofrido modificações essenciais (o que não parece ser o caso quando se considera o ambiente econômico decorrente das medidas de confinamento social adotadas em 2020).

Porém, o raciocínio insculpido na cláusula *rebus sic stantibus* não pode ser aplicado indistintamente à hermenêutica do contrato de trabalho e de suas alterações. Ainda que o contrato de trabalho, que é o instrumento jurídico da relação de emprego, possua inegável natureza contratual e sinalagmática, trata-se de um arranjo jurídico fortemente regulado pelo Estado, com o objetivo de equilibrar as assimetrias sócio-econômicas que caracterizam as partes que compõem a relação de emprego (empregador e empregado).

Segundo DELGADO, discorrendo sobre o *princípio da proteção*:

> "Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos e princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho."[4]

Atualmente, o conteúdo regulatório mínimo do contrato de trabalho encontra-se radicado na Constituição Federal (em particular o art. 7º), bem como em inúmeros Tratados de Direito Internacional de que o Brasil é signatário – especialmente as Convenções da OIT – Organização Internacional do Trabalho. A partir deste *bloco de constitucionalidade e de convencionalidade* espraia-se o modelo protetivo pela legislação ordinária, capitaneada pela CLT.

Nessa linha, também é possível trazer a baila o *princípio constitucional da vedação do retrocesso social*, insculpido tanto na Constituição Federal de 1988

3 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico, 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.151.
4 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 15ª ed., S. Paulo: LTr, 2016, p. 201.

como em diversos Tratados de Direito Internacional de que o Brasil é signatário. Esse princípio traduz a ideia de que não se toleram reduções do nível dos direitos sociais existentes[5].

Com este enfoque, podemos afirmar que, ainda que sejam momentaneamente alterados os contratos de trabalho, diante de um cenário de urgência econômica, uma vez cessado o momento de excepcionalidade deve-se primar pela retomada das condições contratuais e garantias trabalhistas anteriores, tendo em vista a ideia de proteção à dignidade da pessoa inserida na relação de trabalho[6].

Por outro lado, considerando a principiologia própria do Direito do Trabalho, deve-se ter em conta que a *proibição da alteração contratual lesiva*[7] conta com previsão legal expressa, sendo objeto do art. 468, da CLT:

> Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Embora esse dispositivo não tenha sido concebido para as situações de excepcionalidade econômica tal qual o cenário que tem sido observado em 2020, não se pode afirmar que não seja uma perspectiva protetiva relevante e que deve ser considerada no momento posterior à cessação das medidas destinada ao enfrentamento da pandemia.

A CLT também cuidou de tratar do tema da *força maior* e como esse fenômeno pode afetar os contratos de trabalho:

> Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.
>
> § 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.
>
> § 2º - À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da

5 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado 2004, p. 403-406.

6 ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho, 3ª ed., S. Paulo: LTr, 2009, p. 277-279.

7 Veja-se este excerto doutrinário de DELGADO: "O princípio geral da inalterabilidade dos contratos sofreu forte e complexa adequação ao ingressar no Direito do Trabalho – tanto que passou a se melhor enunciar, aqui, através de uma direção específica, a da *inalterabilidade contratual lesiva*.
Em primeiro lugar, a noção *genérica* de inalterabilidade perde-se no ramo justrabalhista. É que o Direito do Trabalho não contingencia – ao contrário, incentiva – as alterações contratuais *favoráveis* ao empregado; estas tendem a ser naturalmente permitidas (art. 468, CLT).
Em segundo lugar, a noção de inalterabilidade torna-se sumamente rigorosa caso contraposta a alterações desfavoráveis ao trabalhador – que tendem a ser vedadas pela normatividade justrabalhista (arts. 444 e 468)." (DELGADO, Maurício Godinho (Curso de Direito do Trabalho, 15ª ed., S. Paulo: LTr, 2016, p. 1129).

empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.

O art. 1º, parágrafo único, da Medida Provisória 927/2020, considera, com fundamento no Decreto Legislativo 6/2020, que estamos vivenciando um período que configura *força maior* para a finalidade prevista na legislação trabalhista:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória se aplica durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, e, para fins trabalhistas, constitui hipótese de força maior, nos termos do disposto no art. 501 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Nas situações de *força maior*, em dispositivo legal cuja recepção pela Constituição Federal é contestada pela maior parte da doutrina (porque não exige negociação coletiva[8]), a legislação trabalhista admite a possibilidade de redução de salários. Porém, tão logo cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior é assegurado o restabelecimento dos salários reduzidos:

Art. 503 - É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

Parágrafo único - Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.

Cogita-se que o retorno ao patamar salarial anterior à vigência das Medidas Provisórias 927 e 936 siga este mesmo raciocínio contido no art. 503, p. único, da CLT, que tem como respaldo normativo a perspectiva protetiva típica do Direito do Trabalho. Da mesma forma, almeja-se o retorno ao mesmo nível de proteção em relação às demais condições trabalhistas alteradas com fundamento na legislação trabalhista emergencial: jornada, modalidade de trabalho, etc.

O encaminhamento que vem sendo dado à legislação trabalhista emergencial, sobretudo a atuação da jurisdição constitucional indicando sua constitucionalidade - sob a argumentação da necessidade de uma jurisprudência emergencial - indicam a possibilidade de perpetuação desse modelo jurídico-trabalhista de exceção, que autores abalizados compreendem seja o modelo, por excelência, da forma jurídica prevalecente no atual estágio do modelo econômico capitalista[9].

---

8 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho, 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017, p. 628.

9 VALIM, Rafael. Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017; SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020, p. 3.

Não se pode negar que o Direito do Trabalho possui uma relevante dependência de possibilidade que é condicionada ao ambiente econômico, sobretudo a cenários de prosperidade. Porém, essa conexão do Direito do Trabalho com a Economia não pode se traduzir em uma pura e simples captura dos direitos trabalhistas pelo campo econômico.

Até mesmo porque se espera que a atividade econômica seja retomada após o término desse período estranho que caracteriza o primeiro semestre de 2020.

Nesse sentido, não se pode olvidar que o Governo Federal tem dado andamento a diversas políticas econômicas que correm paralelas às medidas de ordem trabalhista, no intento de propiciar a manutenção e retomada da circulação econômica: linha de crédito da Medida Provisória 944; algumas modalidades de moratória tributária (FGTS, na Medida Provisória 927 e contribuições previdenciárias, em outros atos); criação do *auxílio emergencial* (Lei 13.982/2020) e do benefício emergencial (Medida Provisória 936/2020).

Apesar da incerteza quanto ao cenário econômico futuro, procuramos demonstrar neste artigo que o Direito do Trabalho não poderá admitir, pura e simplesmente, opções normativas que sejam tendentes à precarização e à desproteção, devendo buscar o retorno à normalidade contratual trabalhista, sobretudo em um modelo que dê conta das finalidades constitucionais protetivas.

UN REPENSAR PANDÉMICO EN LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS

Marta Carolina Giménez Pereira[1]

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 […]. [2]

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 capaza 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.[3]

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

---

1 Doctora en Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Pos-Doctora en Derecho, PNPD CAPES PPGD IMED, Brasil. Profesora Investigadora Visitante en Universidad Federal da Bahía integrante del Cuadro Permanente del Programa de Posgrado en Derecho (PPGD UFBA), Brasil. Email: magipe@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6905306640861147>

2 DELUCHEY, Jean-François, Manifeste de Solidarité Globale, en informe del 30/03/2020 del Séminaire du Groupe d'études 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.

3 *Vide* nota anterior.

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, 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.

1. 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[4]. 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.

2. LA DINAMICA 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 GIMENEZ, Mirtha Lorena, en entrevista sobre temas epidemiológicos mantenida el 8 de abril de 2020.

3. 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 irremediablemente 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[5].

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.

5 *Cfr*: segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

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"[6].

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[7] 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 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",

6 *Cfr.* artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

7 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).

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.

4. 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.

5. 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 articula-

do 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 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 po-

sibles 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[8]; un adecuado mecanismo de distribución de medicamentos elaborados por esas UPM; número UPM existentes[9]; 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).

---

8 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.

9 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.

Resaltemos ahora que entre los principales principios activos elaborados por laboratorios públicos argentinos se encuentran analgésicos 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).

6. 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 conlleva 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.

PERSPECTIVAS DO FEDERALISMO BRASILEIRO A PARTIR DOS CONFLITOS FEDERATIVOS SURGIDOS EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA EM 2020

Maurício Martins Reis[1]

Mateus Côrte Vitória[2]

O presente artigo tem a finalidade de apresentar uma abordagem jurídica inicial acerca das perspectivas do cenário federativo brasileiro a partir dos conflitos envolvendo a federação que chegaram ao Supremo Tribunal Federal em decorrência da adoção de medidas restritivas de direitos no contexto da pandemia do "novo coronavírus", a COVID-19. A abordagem toma como parâmetros, além dos conceitos clássicos de federalismo e da experiência nacional, o entendimento adotado pela Suprema Corte para solucionar, com caráter precário, tais litígios federativos.

De início, é importante fazer um breve apanhado histórico do contexto pandêmico no Brasil. Na data de 6 de fevereiro de 2020, foi promulgada a Lei Federal nº 13.979, também conhecida como "Lei do Coronavírus", que contém dispositivos legais que visam o enfrentamento da situação de emergência de saúde pública gerada pela disseminação do vírus. Dentre as hipóteses legislativas previstas naquele ato normativo, verifica-se a possibilidade de adoção de medidas restritivas de direitos por parte das autoridades públicas, tais como a liberdade de locomoção e do exercício de atividade profissional, bem como situações de dispensa de licitação para importação de insumos destinados ao enfrentamento da doença, além de restrições ao direito de acesso à informação nesse período. O artigo 8º da referida lei prevê ainda que a sua vigência estará limitada temporalmente à duração do estado de emergência de saúde internacional deflagrado pelo "novo coronavírus".

Após a declaração oficial da Organização Mundial da Saúde (OMS), realizada em 11 de março de 2020, de que a disseminação do "novo coronavírus" era uma pandemia, a União, em 20 de março de 2020, editou a Medida Provisória

---

1 Doutor e mestre em Direito, doutor em Filosofia. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS).

2 Advogado e mestrando em Direito (FMP-RS).

(MP) nº 926, que alterou disposições da mencionada "Lei do Coronavírus".

No entanto, embora a MP nº 926 tenha dado nova redação ao art. 3º da Lei 13.979/20, estabelecendo que as "autoridades poderão adotar" medidas previstas naquele texto legal "no âmbito de suas competências", não foi especificado nenhum critério que possibilitasse uma distinção clara das competências para a adoção de cada medida entre os entes federativos. Não obstante isso, o texto legal prevê, em seu art. 3º, §7º, que as medidas restritivas serão adotadas pelo Ministério da Saúde ou pelos gestores locais de saúde (condicionados, em sua maior parte, à autorização daquele Ministério). Além disso, a Lei prevê que tais medidas, quando adotadas, deverão resguardar o funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais – os quais foram definidos mediante Decretos Presidenciais (Decreto nº 10.282/20 e Decreto nº 10.329/20).

Logo após a sua edição, a MP nº 926 foi objeto de questionamento em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) perante o Supremo Tribunal Federal. Na ação (ADI nº 6341), arguiam-se inconstitucionalidades formais e materiais de dispositivos contidos no ato normativo que alteraram dispositivos da Lei 13.979/20. A inconstitucionalidade formal consistiria, segundo o autor da ação, na disciplina de matéria reservada à Lei Complementar mediante Medida Provisória. Isto porque o tema da saúde, previsto no artigo 23, inciso II, da Constituição da República, por constituir matéria de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, teria sua regulamentação reservada à Lei Complementar, conforme previsão do parágrafo único do referido dispositivo legal, que estabelece que a fixação de normas para cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deve ser feita mediante Lei Complementar, visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Portanto, seria incabível e, destarte, inválida, a edição de Medida Provisória à luz do art. 62, §1º, inciso III, do Texto Constitucional, dispositivo que veda a edição de Medidas Provisórias que disponham sobre matéria reservada à Lei Complementar.

Já no que se refere ao ângulo material, a ação pugnava pela inconstitucionalidade da MP nº 926 por violar a competência administrativa comum atribuída aos demais entes da Federação para cuidar da saúde, prevista no artigo 23, inciso II, da Constituição. Relacionados a esse dispositivo estão também os artigos 198, inciso I, e 200, inciso II, da Carta Constitucional. O artigo 198, inciso I, prevê a descentralização como diretriz do sistema único de saúde (SUS), o que com-

preende as ações e serviços públicos de saúde, enquanto o artigo 200, inciso II, dispõe sobre a execução de ações de vigilância epidemiológica por parte do SUS. Nesse contexto constitucional, a MP em referência teria violado a autonomia dos entes da federação, o que revelaria a necessidade de afastamento da exclusividade da União para dispor sobre tais providências sanitárias.

Em julgamento de Medida Cautelar nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, em decisão monocrática publicada no dia 26 de março de 2020 (posteriormente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 15 de abril de 2020), assinalou a urgência e necessidade da Medida Provisória no que toca à sua finalidade de preservar a saúde pública. Desde logo, assentou o entendimento de que as providências adotadas não afastam atribuições dos Estados, do DF e dos Municípios, considerando-se a competência comum prevista no artigo 23, inciso II, da Lei Maior.

De outro lado, quanto à alegação de que a aludida MP teria violado a reserva de Lei Complementar, o Ministro Relator considerou que a urgência e a necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional justificavam a edição do ato, repisando que a modificação do artigo 3º da Lei nº 13.979/20 não afastaria a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, DF e Municípios.

O Relator, então, deferiu a medida acauteladora pleiteada para tornar explícita, "no campo pedagógico e na dicção do Supremo" (STF. ADI nº 6341. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. DJ: 26/03/2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342747913&ext=.pdf), a competência concorrente, submetendo-a ao crivo do Plenário. Embora o Colegiado, ao apreciar a questão, tenha referendado a Medida Cautelar, conferiu interpretação conforme[3] à Constituição ao artigo 3º, §9º, da Lei nº 13.979/20, explicitando que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, é dado ao Presidente da República dispor, mediante Decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Em paralelo à ADI nº 6341, deve-se fazer menção à ADI nº 6343, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade e que visava à declaração de inconstitucionalidade de dispositivos das Medidas Provisórias nº 926 e 927, esta última não sendo objeto da ADI nº 6341, embora tenha alterado disposições da cha-

3 A respeito da interpretação conforme, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que sua utilização não ocasiona uma decisão de inconstitucionalidade, ou seja, não afasta o texto legal do caso concreto. Assim, a Administração que não interpreta a lei corretamente não a aplica de forma adequada (NERY JUNIOR, 2017, p. 915).

mada "Lei do Coronavírus". Ao julgar a Medida Cautelar pleiteada nesta ação, o Relator, Ministro Marco Aurélio, indeferiu o pleito liminar sob fundamentos muito similares àqueles utilizados em sua decisão monocrática na ADI nº 6341. A decisão monocrática de indeferimento desta cautelar foi publicada em 27 de março 2020. Visando à proteção da segurança jurídica e mencionando a utilização do princípio constitucional implícito da razoabilidade, "na vertente proporcionalidade" (STF. ADI nº 6343. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. DJ: 27/03/2020. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342754741&ext=.pdf), o relator indeferiu a liminar e submeteu-a a referendo do Plenário.

O referendo da Medida Cautelar em Plenário, ocorrido em 06 de maio 2020, no entanto, acabou deferindo parcialmente a liminar pleiteada, por maioria, para suspender dispositivos da lei que condicionavam a competência dos Estados e Municípios para estabelecer restrições durante a pandemia à autorização da União. O Plenário, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, estabeleceu, ainda, que o fornecimento de serviços essenciais, conforme estabelecidos no Decreto Presidencial nº 10.282/20, deve ser resguardado, observada a competência de cada ente federativo no tocante à matéria objeto da restrição.

Com base no entendimento sedimentado a partir do julgamento das liminares pleiteadas nas ADI´s nº 6341 e 6343, o Ministro Dias Toffoli proferiu duas decisões monocráticas em Medidas Cautelares pleiteadas em Suspensões de Segurança ajuizadas perante o Supremo Tribunal. A primeira, oriunda do Estado do Amapá (SS 5.371 MC), cuidava de Suspensão de Segurança ajuizada pelo Município de Macapá contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá que acolheu a impetração do dono de um estabelecimento comercial, o qual buscava eximir-se da sujeição às regras restritivas impostas pela municipalidade com vistas a combater a disseminação do vírus. O Tribunal estadual, assim, permitiu a reabertura das atividades comerciais varejistas do impetrante sob o fundamento de que o Decreto municipal violaria seu direito líquido e certo ao regular funcionamento.

Diante do caso, o Ministro Dias Toffoli consignou que os pedidos decorrentes dos efeitos da pandemia inevitavelmente geravam conflitos federativos que exigiam a tomada de "medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, sempre respeitada a competência constitucional de cada ente da Federação para atuar, dentro de sua área territorial e com vistas a resguardar sua necessária autonomia para assim proceder" (STF. SS 5371 MC. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ:

07/05/2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343017625&ext=.pdf). Dito isso, o Ministro sustentou também que a decisão do Tribunal estadual representava grave risco de efeito multiplicador, o que, por si só, já seria fundamento suficiente para ocasionar graves repercussões sobre a ordem público-administrativa e à saúde, o que justificou o deferimento da suspensão pleiteada. Nas palavras do Ministro, "Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas" (STF. SS 5371 MC. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ: 07/05/2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343017625&ext=.pdf). Com base nestes fundamentos, o Ministro suspendeu, liminarmente, os efeitos da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá que concedeu a cautelar pleiteada pelo dono do estabelecimento varejista até o trânsito em julgado do respectivo mandado de segurança.

Já a segunda decisão monocrática proferida pelo Ministro Toffoli relativamente aos efeitos da pandemia foi proferida nos autos da Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5.383 (SS 5.383 MC), originária do Estado do Sergipe. O Tribunal de Justiça daquele Estado acolheu o pedido do autor da impetração para eximi-lo do cumprimento das regras de Decreto estadual que, contrariamente ao Decreto Presidencial nº 10.344/20, não previa a atividade por ele exercida (barbeiro) como serviço essencial. Desse modo, o autor da ação buscava o enquadramento de sua atividade nas previsões do Decreto Presidencial, contrariando o Decreto local. O Tribunal estadual entendeu que, a partir do momento em que um Decreto Presidencial autoriza a abertura de barbearias, os Decretos estaduais e municipais somente podem efetivar uma proibição "razoável", autorizando a reabertura do estabelecimento. Diante disso, o Estado do Sergipe ajuizou a ação para suspender a segurança concedida pelo Tribunal estadual.

O Ministro Toffoli fundamentou a sua decisão monocrática de forma muito similar àquela utilizada para suspender os efeitos da decisão do Tribunal do Estado do Amapá no caso referido anteriormente. Ressalte-se que esta decisão, no entanto, enfrentou a questão à luz do novo Decreto Presidencial (nº 10.344/20), o qual previa as atividades de barbearia no rol dos serviços essenciais. E quanto a isso, o Ministro adentrou de forma mais aprofundada na análise do conflito federativo decorrente de disposições conflitantes entre os Decretos estaduais e federais. Mencionando a fundamentação apresentada pelo Ministro Alexandre de

Moraes em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.247.930, oriundo de São Paulo, ele ressaltou que o princípio norteador da repartição de competências legislativas entre os entes federativos brasileiros é o da predominância do interesse. Em outras palavras, a competência legislativa da União para tratar de assuntos gerais não afasta a incidência de normas estaduais e municipais editadas com fulcro na competência concorrente, devendo prevalecer, em caso de conflito, aquelas de âmbito regional quando o interesse em questão for predominantemente de cunho local. A partir disso, considerando que a função de barbeiro não é dotada de interesse nacional a justificar edição de atos normativos por parte da União, o ministro deferiu a cautelar para suspender, liminarmente, os efeitos da decisão que concedeu a cautelar nos autos do Mandado de Segurança interposto pelo barbeiro até o seu respectivo trânsito em julgado (STF. SS 5383 MC. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ: 21/05/2020. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5383.pdf).

Uma última decisão monocrática oriunda do Supremo Tribunal Federal a ser referida no presente trabalho é aquela proferida pelo Ministro Luiz Fux nos autos da Suspensão de Liminar nº 1.334, publicada no dia 28 de maio de 2020. A ação teve origem no Município de Gramado/RS, que editou Decretos municipais que restringiam as atividades de hotelaria e hospedagem a fim de evitar a disseminação do vírus na cidade. Face à impossibilidade de controle por parte da municipalidade quanto à prestação desses serviços mediante plataformas digitais, foi ajuizada Ação Civil Pública (ACP) para proibir que tais plataformas operassem no município. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entretanto, deu provimento ao recurso interposto por uma plataforma digital, possibilitando seu funcionamento, de modo que a discussão chegou ao Supremo Tribunal.

Sob fundamentos semelhantes àqueles apresentados pelo Plenário quando do referendo das liminares nos autos das ADI´s nº 6341 e 6343, o Ministro Fux entendeu que a decisão do Tribunal estadual tinha potencial para esvaziar a eficácia dos Decretos municipais que visavam resguardar a saúde pública. Acrescentou o Relator, ainda, que em se tratando de matéria de competência concorrente, deve ser observada a predominância do interesse, conforme assentado na jurisprudência daquela Corte, ainda mais quando se cuida de serviços de reserva e locação de acomodações, notadamente em tempos de pandemia e de grave crise sanitária. Nesse sentido, deferiu a medida cautelar pleiteada pelo Município para suspender os efeitos da decisão do Tribunal de Justiça estadual, o que proíbe a prestação dos serviços de hospedagem pelos meios digitais enquanto

vigentes os Decretos municipais (STF. SL 1.334. Relator Ministro Luiz Fux. DJ: 28/05/2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343206954&ext=.pdf).

Se formos analisar a literatura jurídica nacional a respeito da organização do Estado brasileiro, em especial no que se refere à forma de Estado adotada pela Constituição de 1988, observamos que há uma convergência acerca do entendimento de que os Estados-membros são dotados de autonomia, enquanto a União é dotada de soberania. Conforme lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a autonomia "significa capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano" (MENDES; BRANCO, 2015, p. 814).

Os autores sustentam que ao se verificar no Estado Federal "uma dúplice esfera de poder normativo sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontram, há a incidência de duas ordens legais: a da União e a do Estado-membro". Porém, é necessário que essa duplicidade se ajuste às demandas regionais e locais, o que somente pode ser analisado, de modo apropriado e específico, pelos governos estaduais e pelas prefeituras municipais. Considerando-se, ainda, as proporções geográficas continentais do nosso país, não é razoável supor que a autoridade federal possua os instrumentos necessários para estabelecer parâmetros particulares a serem observados por cada unidade política da federação em determinada situação, porquanto não tem o mesmo conhecimento das peculiaridades e das demandas locais que os respectivos governos estaduais e prefeituras municipais ostentam. De acordo com a doutrina de Mendes e Branco, um vasto território como o brasileiro "é propenso a ostentar diferenças de desenvolvimento de cultura e de paisagem geográfica, recomendando, ao lado do governo que busca realizar anseios nacionais, um governo local atento às peculiaridades existentes" (MENDES; BRANCO. 2015, p. 818).

Nesse mesmo sentido, Alexandre de Moraes ensina que o "princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da ***predominância do interesse*** (...)", segundo o qual "à União caberá aquelas matérias e questões de *predominância do interesse* geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de *predominante interesse regional* e aos municípios concernem os *assuntos de interesse local*" (MORAES, 2008, p. 294). Some-se a isso a advertência de Gilmar Mendes no sentido de que a repartição de competências entre União e Estados-membros é estabelecida pela Constituição Federal justamente para a finalidade de evitar "conflitos e desperdício de esforços

e recursos" (MENDES; BRANCO, 2015, p. 815).

José Afonso da Silva esclarece o entendimento a respeito da temática, distinguindo com acerto a forma unitária da forma federal de Estado. Para o jurista, se "existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se *Estado unitário*[4]. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramo-nos diante de uma *forma de Estado composto*, denominado *Estado federal* ou *Federação de Estados*" (SILVA, 2005, p. 99). Assim, "a repartição regional de poderes autônomos constitui o cerne do conceito de Estado federal. Nisso é que ele se distingue da *forma de Estado unitário* (França, Chile, Uruguai, Paraguai e outros), que não possui senão um centro de poder que se estende por todo o território e sobre toda a população e controla todas as coletividades regionais e locais" (SILVA, 2005, p. 99).

E prossegue o constitucionalista, afirmando que, embora possa haver descentralização[5] nos Estados unitários (e geralmente há), essa descentralização não é semelhante àquela verificada nas federações, mas autárquica, gerando "uma forma de *autarquia territorial* no máximo, e não uma *autonomia político-constitucional*", de modo que "as coletividades internas ficam na dependência do poder unitário, nacional e central" (SILVA, 2005, p. 99).

Adentrando no contexto dos conflitos federativos, os quais se amoldam perfeitamente aos efeitos decorrentes da pandemia ora vivenciada, a lição de Silva é valiosa: "Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal. São notórias as dificuldades quanto a saber que matérias devem ser entregues à competência da União, quais as que competirão aos Estados e quais as que se indicarão aos Municípios" (SILVA, 2005, p. 477).

Assim, os "limites da repartição regional e local de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de federação" (SILVA, 2005, p. 477). Por exemplo, nos Estados Unidos, os Estados federados possuem competências mais amplas, haja vista que a descentralização é mais acentuada. No Brasil, por outro lado, "a área de competência da União é mais dilatada, restando limitado campo de atuação aos Estados-membros" (SILVA, 2005, p. 477). Esta limitação de com-

4 A respeito do conceito de estado unitário à luz da formação do Estado brasileiro, João Camilo de Oliveira Torres entende que o Estado brasileiro é uno em seu fundamento, de modo que a pluralidade em sua estrutura e em seu funcionamento, por ser instituída pelo poder nacional, só é válida na medida em que é admitida, determinada, regulada e limitada por ele (TORRES, 2017, p. 62/63).

5 Não confundir a descentralização de competências entre os entes federativos com a descentralização de competências administrativas na esfera do Direito Administrativo. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida por pessoas distintas do Estado e centralizada quando é exercida pelo próprio Estado (MELLO, 2008, p. 149).

petências dos Estados-membros é ainda mais comprimida pela existência de competências exclusivas dos Municípios[6]. Isto ocorre porque a "Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica" (SILVA, 2005, p. 477).

José Afonso da Silva entende, em coro com a doutrina majoritária, que o princípio geral norteador da repartição de competências entre as unidades que compõem o Estado federal é o da predominância do interesse. Segundo esse princípio, cabem à União as matérias e questões em que predomina o interesse geral ou nacional, ao passo que, aos Estados-membros, caberão as matérias e os assuntos em que predomina o interesse regional. Por fim, aos Municípios concernem os assuntos de interesse local (SILVA, 2005, p. 478).

Ele ressalva, no entanto, a dificuldade em discernir os assuntos de interesse geral ou nacional daqueles de interesse regional ou local no Estado moderno. Isso porque determinadas questões não são, a rigor, de interesse nacional, pois não afetam a "Nação como um todo" (SILVA, 2005, p. 478), mas também não se restringem a um determinado Estado-membro, pois abrangem dois ou mais Estados (SILVA, 2005, p. 478).

E é justamente por essas razões que se faz tão necessária a presente discussão a respeito das perspectivas do federalismo brasileiro a partir do contexto pandêmico e das concernentes decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas que apontaram para o entendimento de que, nos conflitos federativos, deve prevalecer a predominância do interesse local. A União, em sua histórica tendência de aglutinação de competências, busca estabelecer regras (sejam restritivas, sejam concessivas de direitos) a serem seguidas em âmbito nacional, mediante a elaboração, por exemplo, de Decretos Presidenciais. Essa forma de atuação desconsidera por completo as particularidades de cada região e localidade do país, tornando essas regulamentações totalmente desarrazoadas em diversos contextos e, acima de tudo, ineficientes quanto à consecução dos objetivos por elas propostos.

Aliás, a forma confusa e descoordenada com que estas medidas vêm sendo editadas viola o princípio da cooperação que rege – ou ao menos deveria reger

6 Acerca da concepção histórica da distribuição de competências aos Municípios brasileiros, João Camilo de Oliveira Torres explica que, no período imperial, por se tratar de Estado unitário, reservava-se ao Império a parte leonina da discriminação de rendas, ficando as sobras para as províncias e as migalhas para os municípios. Há registros de queixas em relação a esta situação, inclusive do próprio Imperador (TORRES, 2017, p. 457).

– o federalismo brasileiro, o que acentua os conflitos federativos que chegam ao Poder Judiciário. Esse viés cooperativo é extraído da interpretação do artigo 23 da Constituição da República em conjunto com seu parágrafo único, que estabelece a fixação de normas para a cooperação entre os entes federativos mediante edição de Lei Complementar, visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Nesse sentido, a doutrina entende que "a cooperação é um mecanismo existente no Estado Federal que favorece o desenvolvimento das relações intergovernamentais, abrangendo as formas e os meios de aproximação dos governos (central e locais)" (REVERBEL, 2012, p. 117).

Nesse sentido, é interessante notar que o artigo 6º da "Lei do Coronavírus" prevê a obrigatoriedade do compartilhamento de dados entre as autoridades de todas as esferas federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – para identificar pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo vírus, visando evitar a sua propagação. Tal previsão legal teria, em uma primeira análise, a finalidade de enaltecer o caráter cooperativo responsável por nortear as relações entre os entes federados no contexto pandêmico, o que infelizmente não vem sendo observado de fato pela União.

Também nessa linha, é digna de referência a Lei nº 8.080/90, que já previa, em seu artigo 4º, que o conjunto de ações e serviços de saúde constitutivos do sistema único de saúde (SUS) serão prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, o que vai ao encontro da divisão de competências materiais previstas no artigo 23, inciso II, da Constituição da República no que se refere à saúde.[7] Na legislação que instituiu o SUS também está prevista a competência específica do sistema para executar ações de vigilância epidemiológica, conforme previsto no artigo 200, inciso II, da Lei Maior, o que revela, uma vez mais, o caráter cooperativo a nortear as ações sanitárias das autoridades públicas de todas as esferas federativas.

É representativo desse argumento um dos fundamentos utilizados pelo Ministro Dias Toffoli ao decidir-se monocraticamente pela concessão da medida cautelar na Suspensão de Segurança nº 5.383, quando refere que "a abertura de estabelecimentos comerciais onde se exerce a função de barbeiro, não parece dotada de interesse nacional, a justificar que a União edite legislação acerca do

7 Marcus Firmino Santiago refere que o modelo de competências comuns e concorrentes, previsto nos artigos 23 e 24 da Constituição, e o sistema de responsabilidades complementares e subsidiárias, adotado no tocante à saúde pública, conforme previsão dos artigos 198 e 200 da Lei Maior, refletem a lógica da coordenação de esforços em direção a fim comum que rege o Brasil. Esta lógica não desnatura a estrutura federativa, mas prioriza o atendimento das necessidades sociais, mesmo que em prejuízo da estrutura de rígida divisão federativa (SANTIAGO, 2013, p. 3135-3136).

tema, notadamente em tempos de pandemia, como esse que ora vivenciamos" (STF. SS 5383 MC. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ: 21/05/2020. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5383.pdf).

Nesse contexto, mostra-se urgente revitalizar o federalismo em nosso país, buscando-se o fortalecimento dos laços federativos a partir do incremento da autonomia dos Estados-membros, o que somente pode ser feito, de forma eficiente, através do compartilhamento centrífugo de competências materiais e legislativas do âmbito da União para os entes estatais regionalizados e locais.[8]

Sustenta esse critério a orientação, firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que reforça o respeito à autonomia dos Estados e dos Municípios para regulamentar assuntos de interesse local, conforme expresso nas decisões referidas anteriormente.[9] Em complemento a essa interpretação da Corte Superior, faz-se necessária, contudo, uma modificação funcional das competências dos entes federados dispostas na Constituição Federal, com a finalidade de ampliar a autonomia dos Estados-membros em detrimento da aglutinação de atribuições por parte da União. Embora esta seja uma discussão que ainda careça de maturidade política, pode-se almejar alcançá-la a partir de uma nova era que, possivelmente, se abrirá quando da superação da atual crise sanitária.

Uma maior descentralização das competências materiais e legislativas hoje acumuladas na esfera de poder da União favoreceria, a nosso ver, o desenvolvimento de políticas públicas que considerem as especificidades de cada localidade, tornando-as mais eficientes e passíveis de fiscalização pelos respectivos cidadãos.[10] Além disso, a tendência descentralizadora proporcionaria, também, um movimento de expansão desse maior grau de eficiência em direção aos diversos rincões de nosso país, inalcançáveis pelos braços do poder central.

A incapacidade da União em resolver problemas sistêmicos que afetam as inúmeras regiões e localidades do país ficou muito mais evidente a partir do

8 Fernanda Dias Menezes de Almeida explica que a área de atuação do legislador estadual, no que se refere às competências legislativas não enumeradas no Texto Constitucional, é bastante restrita. Embora tenha sido proclamada uma tendência constitucional pró-descentralilzação nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, a ampliação do espaço e da influência dos Estados-membros da Federação acabou não ocorrendo na medida desejável (ALMEIDA, 2013, p. 1614).

9 Conforme referido por Letícia Antunes Tavares, o papel da Corte Constitucional na resolução dos conflitos federativos pode, a partir de um julgamento, reforçar ou mesmo imprimir uma tendência centralizadora ou descentralizadora num modelo federal (TAVARES in CANOTILHO et al., 2019, p. 248).

10 Raul Machado Horta leciona que a repartição de competências constitucionais reclama algumas modificações, a fim de ampliar o campo da legislação concorrente de modo a permitir que a legislação estadual atue em assuntos que estão mais próximos do ordenamento do Estado-membro, permanecendo a União, assim, com a legislação de normas gerais (HORTA, 1996, p. 05).

contexto de pandemia vivido por todos nos dias atuais. Resta claro que um país com proporções continentais como o Brasil reivindica ações públicas específicas em consonância com as demandas de cada localidade, o que somente pode ser feito mais eficazmente pelos poderes públicos estaduais e municipais. Mas para que isso aconteça a posição desses entes federativos em relação à União não pode ser de dependência subordinada, e sim de forte autonomia, seja no âmbito de competências legislativas, seja no âmbito de competências materiais, o que somente poderia ser alcançado através de uma maior descentralização de poderes. Isso não significa, como se pode objetar, uma violação ao *status* de soberania da União ou uma ameaça à forma federativa de Estado[11], muito antes pelo contrário: tal estruturação representaria uma revitalização do federalismo[12] no país e um fortalecimento dos laços federativos, o que, em última análise, propiciaria maior eficiência na articulação de políticas públicas em geral e, especialmente, em situações de crise como a experimentada no início de 2020, o que para muitos representa o início simbólico do século XXI para a humanidade.

11 Nesse sentido, Rogério de Araújo Lima entende que, embora a federação desenvolvida no Brasil possa ser objeto de diversas críticas, não há nenhuma forma de Estado melhor do que a federal. Deve-se discutir e aperfeiçoar a federação, mas jamais suprimi-la (LIMA, 2011, p. 135).

12 Em relação à crise gerada pela centralização progressiva da federação brasileira, ver análise realizada em A crise do federalismo (conferência pronunciada por Dario de Almeida Magalhães no Conselho Técnico da Confederação Nacional de Comércio, no Rio de Janeiro, em 1954).

PRIVACIDADE E VIGILÂNCIA: A COVID-19 COMO JUSTIFICATIVA E A SOCIEDADE COMO FRUTO DA COLHEITA DIGITAL

Paloma Mendes Saldanha[1]

1. PRIVACIDADE: O QUE É ISSO?

É sabido que privacidade não se consagra como um termo recém-nascido advindo da cibercultura[2] decorrente do ciberespaço[3]. Muito antes de existir uma infraestrutura tecnológica habitada por seres humanos que compartilham dados e informações de maneira síncrona e assíncrona, a privacidade foi questionada por Samuel Warren e Louis Brandeis[4] ao colocarem as fotografias, os jornais e demais aparatos tecnológicos da época como itens, utilizados por serem humanos, que invadiam o "sagrado domínio da vida privada e doméstica". Nesse mesmo artigo, "The right to privacy", os autores deixaram claro a necessidade de seguir o entendimento quanto ao direito de ser deixado só, o direito à privacidade. E para isso estabeleceram limites que reforçaram um caráter individualista, negacional e de exigência absoluta de abstenção do estado na esfera da vida privada.

Warren e Brandeis[5] definiram que o direito à privacidade não impede a publicação do que é de interesse geral, assim como não veda a comunicação de tudo que é privado. Como exemplo, a utilização da informação privada num Tribunal ou numa Assembleia não seria considerada uma violação. Para eles, a reparação pela violação do direito à privacidade não poderia ser exigida se a "intromissão" fosse gerada por uma revelação verbal que não causasse dano. Da mesma forma que o consentimento do titular do direito à privacidade também

---

1 Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa (UNIPI/Itália). Especialista em Direito da Tecnologia da Informação pela UCAM/RJ. Membro do grupo de pesquisa Processo, Hermenêutica e Tecnologia (UNICAP/CAPES). Presidente da Comissão de Direito e Tecnologia da Informação da OAB/PE. Fundadora da PlacaMão.Org_. Recife/PE, Brasil. E-mail: paloma@placamae.org

2 Cultura decorrente do uso do espaço cibernético.

3 Termo criado por William Gibson em 1984 quando escreveu o livro Neuromancer que fala de uma realidade social baseada no uso constante da tecnologia com fator essencial da modificação de todas as suas estruturas sociais.

4 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *In:* Harvard Law Review, v. IV, n. 5, 1890. P. 195.

5 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. Op.cit. p. 214-218

exclui a possibilidade de sua violação.

Mas isso foi em 1890. Com as modificações surgidas a partir da Primeira Guerra Mundial e da crise econômica de 1929, a função do Estado sofre modificação e sai do modelo liberal para atender ao que ficou conhecido como Welfare State: um Estado mais presente e intervencionista no sentido de se enquadrar como protagonista na manutenção e promoção do bem-estar político e social dos seus cidadãos[6]. Esse desenvolvimento foi acompanhado pelo crescimento tecnológico digital e fez com que o termo privacidade sofresse, no século XX, uma desconstrução *a la* Jacques Derrida (1973)[7], cuja teoria tem a tarefa de desmontar discursos com a finalidade de mostrar espaços em branco ou os mais variados discursos que se escondem por detrás daquele texto inicial. Preserva-se a essência, mas altera-se o conceito por fato do contexto. Não se destrói, mas se complementa, se modifica. E isso foi o que aconteceu com o termo privacidade.

Com a presença do Welfare State, a privacidade passa a ter um caráter positivo, além do seu reconhecimento em âmbito internacional. O desenvolvimento tecnológico, na época, decorreu do pós da Segunda Guerra Mundial ficando conhecido como reestruturação produtivo-tecnológica do Estado de Bem-Estar. O aparecimento de novas tecnologias, gerou a desarticulação da classe trabalhadora, abrindo espaço para as classes capitalistas. E com essas mesmas tecnologias, o tratamento informatizado dos dados entrou numa crescente trazendo, já a partir da década de 70, uma nova dimensão para o termo privacidade. Ampliou-se, então, a ideia de direito à privacidade para a necessidade de pensar e realizar a proteção dos dados pessoais. E isso ocorreu a partir da criação de documentos e legislações sobre a temática, como por exemplo: a Lei de dados da Suécia de 1973, o Estatuto de Proteção de Dados de Rheinland-Pfalz em 1974, o Fair Credit reporting Act em 1970, as Diretrizes da OCDE para proteção da privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais em 1980, a Convenção 108 do Conselho da Europa em 1981, a Diretiva Europeia 95/46/CE de 1995, dentre outras[8].

Todo esse trabalho legislativo trouxe também empenho dos Tribunais na construção da definição ou conceito do termo privacidade. No julgamento do Tribunal Constitucional Alemão sobre a "Lei do recenseamento de População,

6 SPICKER, Paul. 2020. *Welfare States. An introduction to social policy*. Disponível em: http://www.spicker.uk/social-policy/wstate.htm Acesso em 26 mar 2020.

7 Ver como a desconstrução de Derrida é utilizada sobre a segurança jurídica processual em tempos de virtualização do Judiciário: SALDANHA, Paloma. Processo Judicial eletrônico: a segurança jurídica processual e os riscos da sociedade da informação. Recife: FASA, 2018.

8 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27; e MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, Proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29-30.

Profissão, Moradia e Trabalho", de 1982, que tinha como objetivo coletar dados dos cidadãos no intuito de fornecer para a administração pública dados sobre o crescimento populacional, ficou explícita a existência de um direito à autodeterminação informativa a partir da declaração de que existe um livre controle por parte do indivíduo sobre o fluxo de suas informações na sociedade. Essa decisão foi dada com base na Lei Fundamental que tem com finalidade a proteção da dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade[9].

Essa perspectiva aproximou a privacidade ao direito da personalidade, vez que os dados pessoais passaram a constituir ou fazer parte do desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Une-se, então, o direito à autodeterminação informativa – direito de cada cidadão poder definir o que e como quer se informar - ao direito à privacidade – o direito de ter o seu espaço pessoal preservado e dentro dos limites estabelecidos pessoalmente.

2. DADOS, TECNOLOGIA E VIGILÂNCIA

Quando o termo privacidade é abordado em meio as tecnologias digitais é inevitável a ligação à temática dos dados pessoais. E nesse ponto, a utilização do termo enquanto extensão dos direitos da personalidade é algo necessário e que precisa ser entendido do ponto de vista da internet.

A internet se tornou ferramenta essencial. E, apesar de termos apenas 50% da população mundial conectada, esta ferramenta já se enquadra na nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIV[10] e inciso XXXIII[11], como um direito equivalente ao direito à água, à luz, à saúde etc. Ou melhor, a nossa Constituição traz o direito fundamental de liberdade à informação e de acesso à informação como direitos análogos ao direito de acesso à internet. Isto porque, estamos diante de uma ferramenta que garante o livre acesso e promove o crescimento cultural de uma sociedade a partir da possibilidade do compartilhamento de ideias, opiniões, fatos, adventos, expressões artísticas e educação de maneira democrática. Ou seja, como bem coloca o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14)[12], o Direito

9 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, Proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

10 Art. 5º, XIV, CF/88: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

11 Art. 5º, XXXIII, CF/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;"

12 "Art. 4º - A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:
I - do direito de acesso à internet a todos;
II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

de Acesso à Internet se torna um direito essencial ao exercício da cidadania[13], logo um direito de todos. Entretanto, um direito essencial que ainda não está explícito em nossa Constituição como um direito social e, portanto, fundamental, mas que já deveria constar pelo simples fato de permitir o acesso a direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, mas que se encontram virtualizados. Como o acesso ao Judiciário, por exemplo.

Tendo isto definido é importante lembrar que qualquer ato praticado no sentido de limitar o uso, o acesso ou o conteúdo disponibilizado no ciberespaço pode ser considerado um atentado à liberdade de informação... à liberdade de expressão. Nesse sentido, o Artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é bem claro:

> Artigo 19.
>
> 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
>
> 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
>
> 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
>
> a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
>
> b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Nesse contexto, os dados aparecem como item essencial para o funcionamento da internet e para o desenvolvimento da tecnologia. É necessário que existam dados disponíveis no ciberespaço para que as funcionalidades da internet sejam acessadas de maneira mais qualitativa.

Com o desenvolvimento dessa ferramenta, ou meio de comunicação para alguns, tivemos o crescimento da tecnologia digital. O processamento de dados

III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e
IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados."

13 "Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...]
IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;
V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;
VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade"; [...]

passou a funcionar de uma maneira muito mais acelerada quando da criação ou surgimento das redes sociais pelo fato de que as pessoas estavam utilizando muito mais a internet. Cada clique, cada upload, download, www, https, curtida disponibilizava mais dados para as empresas que começavam a trabalhar de maneira a não perceber a essencialidade ou a verdadeira titularidade daqueles dados que poderiam ser considerados dados pessoais.

Sobre esse ponto, é importante lembrar que dados por si só são registros de caracteres ou símbolos que tenham um significado em algum documento ou suporte físico ou virtual. Pura estatística. Um conjunto de dados pode nos conceder uma informação. E quando temos dados de maneira identificada, ou melhor, quando se pode identificar uma pessoa a partir de um dado, passamos a chamá-lo de dado pessoal. Essa é a definição dada pela Lei Geral de Proteção de Dados[14] que, apesar de não estar em vigor, representa uma necessidade da sociedade brasileira por definir essas e outras nomenclaturas, mas principalmente por empoderar o consumidor ou titular dos dados pessoais no que tange a coleta, armazenamento, uso, tratamento e descarte dos seus dados.

O tema do dado pessoal como extensão da personalidade no meio virtual é, portanto, retomado e bem explicado pelo Marco Civil da Internet, em seu artigo 7º, quando diz que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e que os provedores devem garantir a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assim como a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e comunicações privadas armazenadas. A garantia passa ainda pelo não fornecimento a terceiros de dados pessoais sem que haja o consentimento livre do titular, assim como se torna necessário promover informações claras e completas sobre a coleta, o uso, o armazenamento, o tratamento e o descarte desses dados pessoais.

A despeito da inobservância das legislações já em vigor, bem como diante do crescimento das startups, empresas, ou grupo de pessoas que utilizam a internet como local para empreender a partir dos dados disponibilizados de maneira desordenada e desregrada, é importante trazer ao texto a ideia da construção de filtros e de bolhas que produzem um perfil de cada usuário ou consumidor da internet.

14 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

Eli Pariser[15] traz a percepção da existência de um filtro invisível na internet que promove a separação ou categorização das pessoas que ali habitam a partir dos seus usos e movimentos. A leitura destrincha exatamente o que é e como funcionam as tecnologias de perfilamento, bem como quais as consequências sociais desse modelo de criação de bolhas digitais em que somos cada vez mais tolhidos quanto ao acesso a todas as informações existentes no meio ambiente virtual.

O usuário será direcionado cada vez mais aos conteúdos que dizem respeito a sua vivência on-line. Tudo isso sob o argumento de que as empresas categorizam para melhorar a sua experiência no espaço deles. Entretanto, esse perfilamento esconde algo muito maior. Aqui temos necessariamente a violação ao direito à autodeterminação informativa, ou seja, cada usuário, cada cidadão tem o direito de escolher o que quer utilizar para se informar, quais as informações que quer, por exemplo, para aquele dia. Mas se uma empresa gera um perfil a partir desse uso cotidiano e não deixa espaço, não dá a oportunidade para o consumidor verificar outros conteúdos que não estão dentro das suas preferências, mas que hoje ele quer ter acesso facilitado como todas as outras informações, ela estará violando a autodeterminação informativa. Tolherá discretamente as escolhas do usuário e o influenciará diretamente a partir da disponibilização de conteúdos que atendam, unicamente, a um perfil criado por algoritmos da própria empresa.

O usuário passa a ser, então, o conteúdo e deixa de ser unicamente consumidor para se transformar em prosumidor. Ou seja, a partir da coleta dos dados daquele indivíduo, cria-se um perfil, designa-se conteúdo específico e possibilita-se a criação de novos produtos e serviços que sejam direcionados àquele mesmo perfil. E, sobre esse tema, Izabela Domingues[16] traz a publicidade de controle, nova nomenclatura dada pela autora, como a publicidade que cresce cada vez mais na sociedade hiperconectada ou sociedade de controle. A inteligência coletiva toma lugar no espaço, que hoje é cibernético, e a publicidade passa a ser pluridirecional e colaborativa, principalmente pelo fato de termos ou de sermos hoje prosumidores. Ou melhor, pelo fato de os usuários consumirem produtos e serviços digitais, mas ao mesmo tempo produzirem cada vez mais conteúdo, produto e serviço pelo simples uso da internet. O usuário, então, consome o conteúdo disponibilizado, mas também produz dados ou conteúdo para a sobrevivência daquela empresa que é 100% digital. O YouTube, o Facebook, o Instagram, o

15 PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012

16 DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de Controle. Consumo, Cibernética, Vigilância e Poder.* Porto Alegre: Sulina, 2016

WhatsApp e redes sociais afins, são exemplos de empresas essencialmente digitais e que precisam dos dados pessoais dos seus usuários para continuar aprimorando a sua plataforma, bem como continuar sustentando-a financeiramente.

E a partir dessa ideia ou fato de que o usuário faz parte de um filtro bolha que está cada vez mais direcionando suas escolhas, informações, conteúdos e tudo o mais que possa ser acessado pela internet; A partir da percepção de que a publicidade sempre fez parte desse processo, mas hoje atua de uma maneira muito mais forte e célere por causa do uso da internet e das ferramentas tecnológicas disponíveis hoje no mercado; é que se está falando automaticamente da sociedade da informação ou como Byung-Chul Han[17] diz Sociedade do controle. Para o autor, não estamos vendo o fim do panóptico tão abordado por Foucault[18] no livro Vigiar e Punir, mas estamos diante de uma desconstrução desse mesmo panóptico. Como Derrida[19] pensou, a desconstrução aqui não tem nada a ver com destruição de um conceito para a construção do outro. Mas unicamente a preservação da essência de um conceito para revisitá-lo de acordo com o contexto mais atual. E aí é onde entra o panóptico "aperspectivistico" de Buyng-Chul ou melhor o "panóptico digital do século XXI"[20]. E leva esse nome pelo simples fato de não existir mais um controle ou uma vigilância a partir do centro como era o panóptico da sociedade disciplinar tratada por Foucault (1987) e que ainda hoje podemos achar nos presídios, hospitais e escolas. Essa vigilância agora, por ser digital, é considerada é aperspectivistica e provoca em seus vigiados a ilusão de estarem em total liberdade e com sua privacidade virtual ou física protegida.

Assange[21], mesmo sendo o Fundador do Wikileaks[22], afirma que a internet é uma ameaça à civilização humana. Em seu livro *Cypherpunks*[23], o Autor traz a descrição do que é a liberdade dentro da internet em tempos de panóptico digital, deixando bem claro que ao mesmo tempo que sociedades inteiras mergulham no mundo online, programas de vigilância em massa são implementados globalmente. Os *Cypherpunks* são ativistas que defendem a utilização em massa de uma criptografia robusta para proteger as liberdades básicas que o panóptico digital

17 HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Trad. Lucas Machado. Petrópolis, Rj: Vozes, 2017.

18 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão.* Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

19 DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. Tradutores: Miriam Schnaiderman e Renato Janini Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

20 HAN, Byung-Chul. Op.cit. p. 21.

21 ASSANGE, Julian. *Cypherpunks.* Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo, 2013.

22 Resultado de busca realizada no wikipedia: Organização transnacional sem fins lucrativos, sediada na Suécia, que publica, em sua página, postagens de fontes anônimas, documentos, fotos e informações confidenciais, vazadas de governos ou empresas, sobre assuntos sensíveis.

23 ASSANGE, Julian. Op. cit. p. 43-52.

viola. No livro, o Autor ressalta que Estados democráticos de direito costumam violar os direitos dos seus cidadãos, como no uso da interceptação telefônica sem autorização judicial, por exemplo. E que existem duas abordagens para combater a vigilância em massa por parte do Estado: As leis da física, com a construção de dispositivos que impeçam a interceptação; e as leis dos homens, que visam ou buscam a aplicação de um controle democrático que garanta a não violação dos direitos fundamentais das pessoas. David Leigh e Luke Harding[24], jornalistas do The Guardian[25], mostram exatamente o que um governo pode fazer quando utiliza a tecnologia como forma de vigilância dos seus cidadãos e dos cidadãos de outras nações. A leitura retrata o escândalo que envolveu a divulgação de mais de 250 mil telegramas diplomáticos secretos e arquivos confidenciais das guerras do Afeganistão e do Iraque, bem como gera a reflexão do que vem sendo coletado, tratado e armazenado durante anos de desenvolvimento tecnológico sobre o cotidiano de cada indivíduo dentro da nossa nação.

Ao voltarmos um pouco na história do mundo é possível observar a presença da tecnologia como forma de controle e vigilância para fins que diferem dos valores constitucionais que temos hoje. O Holocausto, como conhecemos, talvez não tivesse acontecido sem o auxílio da tecnologia disponível na época. Era preciso identificar "quais dos 60 milhões de cidadãos alemães eram judeus?". Não seria possível extinguir a vida judaica, como era de desejo dos nazistas, sem identificá-los. O formato tecnológico existente na época demandaria um tempo muito superior ao desejado, sendo necessário "programas de contagem e campanhas de registro cada vez mais sofisticados". E é aí que entra a *IBM* para comercializar os cartões perfurados e as máquina *Hollerith*. Em 16 de junho de 1933, os cartões perfurados foram utilizados para registrar um CENSO que seria feito em toda a Alemanha. Nessa data, "meio milhão de recenseadores, recrutados nas fileiras dos imbuídos de mentalidade nacionalista, partiram para a jornada porta a porta em busca de informações". Era a chamada operação contínua de "perfuração rápida". As colunas dos cartões demonstravam informações pessoais como endereço, sexo, idade, religião, filhos, ocupação etc. Com a *IBM Hollerith* D-11, a Alemanha Nazista conseguiu identificar e catalogar os Judeus sob o argumento de que se estava fazendo um simples CENSO[26]. O que se verifica nesse momento

24 LEIGH, David; HARDING, Luke. *Wikileaks. A Guerra de Julian Assange contra os segredos de Estado.* Trad. Verus Editora. Campinas/SP: Verus Editora, 2011.

25 Resultado de busca realizada no wikiédia: Jornal diário nacional britânico independente, conhecido, até 1959, como Manchester Guardian. Junto com seus jornais irmãos, The Guardian Weekly e The Observer, o Guardian faz parte do Guardian Media Group, propriedade do The Scott Trust Limited.

26 BLACK, Edwin. *IBM e o Holocausto*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Ed. Campus-Elsevier, 2001.

histórico é uma organização maciça de informação que gera vigilância e controle a partir da tecnologia disponível na época.

Hoje, pode-se observar esse mesmo formato dos cartões perfurados nas redes sociais. São testes e mais testes lúdicos e de entretenimento que são utilizados pela população mundial no intuito de, inicialmente, divertir. Mas por trás da tecnologia disponibilizada no teste que diz ao usuário com qual figura pública ele(a) se parece, por exemplo, está a coleta dos dados pessoais existentes nas ferramentas que são utilizadas para acessar esse teste, bem como os perfis criados pelas redes sociais sobre aquele indivíduo. O caso *FaceApp*[27] é um bom exemplo de um cartão perfurado lúdico. Ao utilizar a inteligência artificial para transformar a foto do usuário a partir de filtros que simulam mudanças de gênero, idade e algumas características físicas, o App mencionado escondeu um impacto invisível à privacidade dos seus usuários[28]. São testes como esse fabricados por empresas que possuem contratos de parceria com as grande empresas da tecnologia. O acesso facilitado ao fazer login pelo cadastro do Facebook ou Google, por exemplo, representa um aumento na possibilidade de coleta dos dados pessoais do usuário. Dessa forma, muitas informações como endereço de e-mail, data de aniversário, fotos não só das redes sociais, mas também da galeria de fotos do smartphone, bem como lista de amigos existentes nas redes sociais e nos contatos do smartphone são disponibilizados no momento em que o usuário aceita os termos da política de privacidade dos testes, aplicativos, sites e softwares disponíveis gratuitamente para uso e deleite.

O documentário "*Terms and conditions may apply*"[29], hoje disponibilizado em poucos sites, consegue destrinchar os termo de uso e condições do Facebook no ano de 2013 e demonstra exatamente o caminho percorrido pelos dados pessoais de cada usuário da referida rede social, bem como essa coleta, tratamento, armazenamento, uso e descarte de dados pessoais afeta diretamente a vida física de toda a sociedade a partir de um modelo de vigilância baseada numa construção de visão ou perspectiva de liberdade que inexiste nos meios digitais. Outro documentário que demonstra a influência das tecnologias na sociedade contemporânea, inclusive a manipulação do pensamento de toda uma nação para toma-

27 Usuários da internet se divertiam ao baixar o aplicativo e fazer o upload de várias fotos pessoais contendo rostos no intuito de manipular a imagem e verificar como o usuário ficaria quando envelhecesse.

28 INTERNETLAB.ORG.BR. *O que a sua privacidade tema ver com o FaceApp (ou o teste do Facebook que transforma a sua foto).* Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/o-que-sua-privacidade-tem-ver-com-o-faceapp-ou-o-teste-do-facebook-que-transforma-sua-foto/ Acesso em 27 mai 2020.

29 TERMS and conditions may apply. Direção de Cullen Hoback. Estados Unidos: Hyrax Entertainment, 2013. Documentário (79 min).

da de decisões necessárias a manutenção ou não de um determinado governante, partido político, ideologia ou uma simples ideia é o documentário Privacidade hackeada. Ao abordar o escândalo do caso Facebook *versus* Cambridge Analytica, o documentário traz à tona o ponto de vista de vários personagens que participaram dessa história, bem como mostra à sociedade como somos e estamos vulneráveis à vigilância Estatal e empresarial por meio do uso lúdico das tecnologias da informação.[30]

3. COVID-19, GOVERNOS E PERSPECTIVAS

Com a COVID-19[31] a tecnologia tornou-se ferramenta fundamental para monitoramento de casos confirmados e, assim, uma facilitadora para implementação de política pública em combate ao coronavírus[32]. É perceptível o aumento de números de aplicativos criados por governos no mundo inteiro cujo objetivo é não só informar o quantitativo e localização das pessoas infectadas, mas principalmente monitorar esses indivíduos e todos os demais para que se verifique a eficácia das medidas implantadas de distanciamento e isolamento social.

Na Coreia do Sul, o governo tem rastreado telefones dos cidadãos para criação de mapa público no intuito de que as pessoas identifiquem se estão próximas ou não de outras pessoas infectadas. A coleta a partir do rastreamento inclui não só a localização do indivíduo e dados pessoais como RG, CPF, mas também registros de cartão de crédito e idas a hospitais ou entrevistas via app de pacientes confirmados. Tudo para criar um mapa retroativo de onde estiveram e com quem entraram em contato. No Irã, o governo enviou mensagens aos iranianos solicitando que fosse instalado um aplicativo (AC19) antes de ir ao hospital ou centro de saúde. Esse aplicativo coleta dados de localização em tempo real durante a análise de diagnóstico que ele propicia. Em Israel, a Agência de Segurança informou que poderá rastrear telefones de indivíduos como parte das medidas adotadas em combate a covid-19. Mas o Primeiro Ministro, Benjamin

30 PRIVACIDADE hackeada. Direção de Jehane Noujaim e Karim Amer. Estados Unidos: Netflix, 2019. Documentário (113 min).

31 "A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (suporte ventilatório)" (CORONAVIRUS.SAUDE.GOV.BR. Disponível em https://coronavirus.saude.gov.br/ Acesso em 02 jun 2020).

32 "Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19)" (CORONAVIRUS.SAUDE.GOV.BR. Disponível em https://coronavirus.saude.gov.br/ Acesso em 02 jun 2020).

Netanyahu, esclareceu que tal prática é uma medida utilizada unicamente contra terroristas por serem medidas invasivas e que violam a privacidade das pessoas afetadas. Especificou, ainda, que todos os dados coletados deverão ser excluídos, ou descartados - dentro da linguagem do fluxo dos dados – após 30 dias da sua coleta. Em Cingapura, a Agência de Tecnologia do Governo e o Ministério da Saúde criaram aplicativo de rastreamento com a tecnologia *bluetooth* para que as pessoas pudessem identificar se estavam próximas a outras pessoas infectadas com o coronavírus ou não. A Itália assinou um acordo com as operadoras de telecomunicações no sentido de coletar dados de localização de seus usuários. Mas não previam qualquer tipo de divulgação desses dados para a população em geral. O uso era interno, ou seja, restrito ao Poder Público para eficácia das medidas tomadas em combate a covid-19.[33]

No Qatar, o aplicativo Ehteraz foi lançado como um app de uso facultativo. Entretanto, tornou-se obrigatório e a não utilização, hoje, pode acarretar prisão de até 3 anos. Ele realiza a coleta dos dados de geolocalização, bem como exige acesso às fotografias, vídeos, autoriza a emissão de chamadas, a ativação de microfone e a gravação de conversas. Já houve relato, por parte da ONG Amnistia Internacional, de falhas no aplicativo colocaram os dados pessoais dos cidadãos do Qatar em exposição. Em termos de interface, o aplicativo classifica as pessoas dando uma cor para cada "gaveta" da saúde: "verde, para boa saúde; vermelho, para infectado; amarelo, para quarentena; e cinzento, para os suspeitos de estarem infectados, ou em contato com contaminados".[34]

Vários outros países, como China, Suécia, Japão, Estados Unidos, dentre outros, também possuem aplicativos no intuito de realizar o monitoramento da população não só em tempos de pandemia, mas o monitoramento como parte da segurança pública. Utiliza-se do argumento segurança nacional em desfavor da privacidade pessoal, vez que, mundialmente falando, temos o reconhecimento do interesse público prevalecendo sobre o interesse privado.

No Brasil, especificamente em Pernambuco, temos ações do Governo a partir da Secretaria de Planejamento e Gestão de Pernambuco – SEPLAG - em parceria com a Secretaria de Saúde e a Agência Estadual de Tecnologia da Informação para o monitoramento de todas as regiões pernambucanas no intuito de

33 EPOCANEGOCIOS.GLOBO.COM. 2020. *Países que usam os celulares para rastrear pandemia de coronavirus.* Disponível em https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2020/03/5-paises-que-usam-os-celulares-para-rastrear-pandemia-de-coronavirus.html Acesso em 02 jun 2020.

34 RFI.FR. 2020 *Qatar/Covid-19: aplicação obrigatória de rastreio viola vida privada***.** Disponível em http://www.rfi.fr/pt/mundo/20200527-qatar-covid-19-aplica%C3%A7%C3%A3o-obrigat%C3%B3ria-de-rastreio-viola-vida-privada Acesso em 02 jun 2020.

auxiliar no combate a covid-19. O SEPLAG criou um site[35] com mapas de calor e de localização com casos confirmados, recuperados e óbitos do coronavírus. Entretanto, no mapa de localização, mesmo que a Secretaria especifique que o mapa possui um deslocamento aleatório de 50m do local exato da moradia da pessoa enquadrada nas categorias ditas acima, ainda sim proporciona a exposição de número de edifícios em determinados endereços, como pode ser visto na foto abaixo.

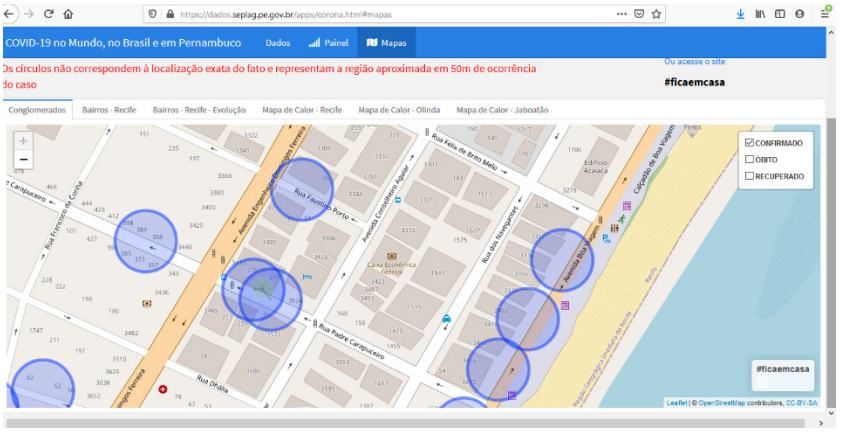


Figura 1 https://dados.seplag.pe.gov.br/apps/corona.html#mapas - Print de tela do mapa disponibilizado pela seplag.

Esse mapa continua gerando vários questionamentos não só sobre privacidade, mas também sobre a possibilidade de gerar pânico na população ou atitudes discriminatórias pelo fato de não quererem se infectar. A pergunta que fica é se é realmente necessário divulgar o mapa de localização para toda a população, se o país se encontra em um momento de distanciamento social e a indicação é para que fiquem em casa?! O que leva necessariamente ao questionamento sobre a possibilidade de a divulgação desse tipo de mapa estimular ou inibir a circulação em determinados locais da cidade por medo de ser infectado(a). Outra aplicação criada no estado de Pernambuco é o Dycovid – Dynamic Contact Tracing que funciona a partir da proximidade dos celulares das pessoas alinhado ao banco de dados da SEPLAG[36]. Neste aplicativo não há a necessidade de realização de um cadastro, ou seja, teoricamente, não há a coleta de dados pessoais como observa-

35 SEPLAG.PE.GOV.BR. 2020. Mapas. Disponível em https://dados.seplag.pe.gov.br/apps/corona.html#mapas Acesso em 02 jun 2020.

36 G1.GLOBO.COM. 2020 *Aplicativo mapeia risco de contaminação pelo coronavírus e emite alerta para usuário em PE.* Disponível em https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/05/01/aplicativo-faz-mapeamento-do-risco-de-contaminacao-pelo-novo-coronavirus-em-pernambuco.ghtml Acesso em 02 jun 2020.

mos nos outros aplicativos. Entretanto, é necessário, unicamente, a liberação do número do celular do indivíduo.

A mesma tecnologia utilizada em Cingapura é o que vem sendo feito na parceria entre Google e Apple. Com o objetivo de localizar pessoas infectadas ou saber se os cidadãos estão próximos a pessoas infectadas, as empresas se uniram e criaram uma interface de programação de aplicação para auxiliar no rastreamento de contatos. Na prática, a aplicação é optativa e seguirá os seguintes passos já estruturados pelas empresas:

Figura 2 https://canaltech.com.br/inovacao/apple-e-google-anunciam-parceria-para-usar-o-bluetooth-no-combate-ao-covid-19-163192/ - Como o sistema funcionará na prática

Diante de tantas aplicações de monitoramento no espaço cibernético, questiona-se o limite dessa vigilância e a necessidade da coleta de determinados dados pessoais que talvez não sejam necessários para a finalidade do monitoramento em prol do combate à covid19. Será que de fato é necessária a coleta de registros de cartão de crédito, como ocorre na Coreia do Sul? Será que o download do aplicativo do Estado tem que ser obrigatório para todos os cidadãos, como ocorre no Qatar? Onde estaria a autodeterminação informativa ou o livre arbítrio em poder escolher a plataforma que quer utilizar ou simplesmente não utilizar qualquer plataforma? O mapa de monitoramento precisa estar explícito para toda a população identificando as regiões com incidência ou não de COVID19,

inclusive com chances de mostrar a numeração dos possíveis edifícios de moradia das pessoas infectadas, como tem ocorrido em Pernambuco? Então, o binômio limites *versus* necessidade deve ser levado em consideração não só pelo consumidor quando está utilizando o ciberespaço, mas, principalmente, pelo empresário e pelo Governo, duas pessoas que serão diretamente responsáveis pela coleta, tratamento, uso, armazenamento e descarte dos dados pessoais da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas e várias outras reflexões percorrem o cotidiano das pessoas que se debruçam a estudar a proteção de dados pessoais não como mera preocupação, mas como visualização de que o Estado democrático de Direito existente, até que se prove o contrário, no Brasil pode estar sendo ameaçado pelo desenvolvimento tecnológico realizado por mãos erradas que não visualizam o dados pessoal como extensão da personalidade dos seres humanos. Mas unicamente como pontos de informação que geram lucro e criam oportunidades de negócios com novos produtos e serviços.

O senso de coletividade não tem sido, portanto, o instrumento utilizado pelas empresas e pelos Governos, como ficou demonstrado em relação aos usos dos aplicativos e sites exemplificados no texto. Dessa forma, é importante e urgente observar o desenvolvimento histórico da nossa sociedade para questionar se dentro da perspectiva da existência de uma sociedade de controle, cabe pensar que o meio ambiente digital nos proporciona um espaço público e um espaço privado. Mais ainda... Se esses espaços teriam limites e seriam, portanto, alheios um ao outro, ou se teríamos, como Nelson Saldanha afirmou, a ideia de que é correto pretender que no jardim, espaço privado, exista algo da praça, espaço público, e que a praça tenha algo de jardim.

A linha entre o público e o privado aparentemente é mais tênue quando acrescentamos o ingrediente da tecnologia pelo fato de existir uma facilidade na vigilância, no controle e na manipulação. A população se sente seduzida ao uso das ferramentas tecnológicas para facilitar o cotidiano e experimentar novas sensações alheias ao seu limite físico, ao mesmo tempo que os criadores dessas ferramentas não demonstram o seu real funcionamento. Temos, então, uma sociedade alienada e a questão do limite *versus* necessidades termina por se apresentar de acordo com o contexto vivenciado por aquela sociedade ou ditado por quem tem o poder ali.

Como dito acima, no exemplo do Qatar, toda aplicação é passível de sofrer

violações em sua infraestrutura. Assim como, toda coleta de dados pessoais numa nação que não possui legislação específica sobre proteção de dados pessoais, está passível de sofrer desvios de finalidades indicadas nas coletas por meio dos aplicativos que foram criados sob o argumento de um benefício social. Assim o foi com a realização do CENSO durante o Holocausto, assim foi e é com os aplicativos das redes sociais que utilizamos... E assim não seria com os aplicativos disponibilizados pelo Governo brasileiro? Quais usos serão dados, após a pandemia, aos dados pessoais coletados de toda a população brasileira? Serão descartados? Quais finalidades serão obedecidas e quais serão criadas sob o argumento de se tratar de legítimo interesse do Estado? Segurança nacional ou Privacidade? Ou será que em tempos de pandemia e tecnologia a privacidade também pode ser encarada como um interesse público?

Vigilância sem transparência não é vigilância é autoritarismo. E aí a COVID-19 se transforma numa desculpa, numa justificativa. Enquanto a sociedade, bastante fragilizada, se transforma no fruto da colheita digital em tempos de pandemia.

A CRISE DO NOVO CORONAVÍRUS: AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA LEI ANTI-COVID

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza [1]

Em 31 de dezembro de 2019, teve início a propagação do novo coronavírus COVID-19, na China, conforme alerta da Organização Mundial da Saúde – OMS, tornando-se uma pandemia com mais de 5 milhões de casos confirmados e em torno de 350 mil mortes, o que demonstra a emergência em repensar o modelo social e econômico na contemporaneidade.

O problema é que até o momento inexiste uma vacina para combater o coronavírus COVID-19, o que impõe a necessidade de adoção de medidas de limitações de direitos e estratégias de prevenção a serem implementadas pelos governos.

Nesse contexto, foi editada, em 06 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979 (chamada lei anti-covid) que dispõe de medidas de enfrentamento na emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus – COVID-19. E, em seguida, foram editadas as Medidas Provisórias nº 926, 927, 928, 951 e 961 que alteraram a Lei anti-covid e se aplicam às contratações públicas de todas as esferas, seja federal, estadual, distrital e municipal.

Diante disso, o presente artigo tem por escopo tratar da pandemia da COVID-19, à luz do direito administrativo e apresentar os principais reflexos para a Administração Pública no que se infere às contratações públicas. Para alcançar o que se objetiva transmitir, cientificamente, neste artigo, utiliza-se do método qualitativo, com vertentes exploratória e descritiva, devido a importância da natureza do tema e de pesquisa bibliográfica, por meio de livros e legislações pertinentes.

1 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.

1. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO AO NOVO CORONAVÍRUS COVID-19

A COVID-19, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, é uma doença respiratória provocada pela infecção do novo coronavírus. Com dados alarmantes ao redor do mundo, a COVID-19 já apresenta mais de 5 milhões de infectados e mais de 350 mil mortes (JOHNS HOPKINS, 2020). No Brasil, estes números já alcançaram mais de 300 mil casos confirmados e 26 mil mortes, sendo São Paulo o Estado com o maior índice, mais de 80 mil infectados e mais de 6 mil mortes (BRASIL, 2020d). O Brasil aparece no ranking mundial em 2º lugar de casos confirmados, só perde para os EUA, e figura entre os seis países com maior número de mortes por Covid-19.

Assim, diante desses altos números de propagação do coronavírus, foi necessária a aplicação de medidas emergentes a fim de minimizar o contágio. Portanto, no Brasil, foi editada a Lei nº 13.979/2020, chamada Lei anti-covid, para o enfrentamento na emergência de saúde pública com importância internacional resultante do coronavírus – COVID-19. Entre as medidas estabelecidas pela Lei anti-covid estão as restrições de isolamento das pessoas e até a quarentena (artigo 2º, I e II), inclusive as exceções para as contratações públicas, para obstar a contaminação ou a propagação da pandemia.

Neste momento, é oportuno fazer uma distinção entre o distanciamento social, o isolamento e a quarentena.

O *distanciamento social* corresponde a medidas adotadas para limitar o convívio social, reduzir a propagação da doença. Como exemplos citam-se o fechamento de escolas e mercados públicos, cancelamento de eventos e o estímulo ao teletrabalho. Todavia, serviços essenciais devem ser mantidos, em acordo com as orientações das autoridades locais, que podem ser mais ou menos restritivas.

O *isolamento* é uma medida que visa separar as pessoas doentes - sintomáticas respiratórias, casos suspeitos ou confirmados de infecção pela COVID-19 - das não doentes, para evitar a propagação do vírus e ser realizada em domicílio ou no hospitalar, conforme o estado clínico da pessoa. A medida pode ser prescrita por médico ou agente de vigilância epidemiológica e tem prazo máximo de 14 dias.

Já a *quarentena* é a restrição de atividades ou a separação de pessoas que foram presumivelmente expostas à doença contagiosa, mas que não estão doentes, ou porque não foram infectadas ou porque estão no período de incubação. Esta

medida pode ser aplicada tanto em nível individual, como por exemplo, para uma pessoa que retorna de viagem internaconal ou para contatos domiciliares de caso suspeito ou confirmado de coronavírus; ou em em nível coletivo, como exemplo, a quarentena de um navio, um bairro ou uma cidade.

Contudo, quando as medidas de distanciamento social, isolamento e quarentena se tornem insuficientes, pode ser necessário o bloqueio total (*lockdown*). Esta medida é uma intervenção aplicada a uma comunidade, uma cidade ou uma região, com a finalidade de restringir a interação entre as pessoas e interromper qualquer atividade por um curto período de tempo. Assim, exceto para saídas básicas como comprar mantimentos ou remédios, a depender da lei, pode, por meio do poder de polícia estatal, ser imputada multa a quem descumprir essa medida. Também pode ser decretado o *lockdown* quando a capacidade de leitos daquela localidade/município atingir o patamar de 70 a 80%.

Inegável que esse panorama apresenta uma colisão dos direitos fundamentais com a iniciativa privada, através da supremacia do interesse público sobre o privado. A título de ilustração, há o caso do marido de uma paciente infectada que se recusou a fazer o exame, no qual a Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF), por meio da Procuradoria do Contencioso em Matéria de Saúde Pública (PROSAÚDE), ajuizou ação de obrigação de fazer, com pedido para que o marido da paciente internada com diagnóstico de infecção por coronavírus seja submetido à coleta de amostras clínicas e a exames laboratoriais para verificar sua sorologia em relação ao novo coronavírus (DISTRITO FEDERAL, 2020).

A lei anti-covid busca observar o dever do Estado em garantir medidas sociais e econômicas que visem à redução de risco à doença, nos termos do artigo 196[2] da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

2. A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS COVID-19 E OS DIREITOS HUMANOS

A COVID-19 é um bebê científico que só tem 6 meses, logo estará sujeito a testes. Muitas providências estão sendo tomadas pelos governos que afetam o comportamento da sociedade. Inicialmente foi dito que o coronavírus não se alastraria em locais quentes como o Brasil, que o nosso clima tropical destruiria o vírus. Entretanto, estamos vendo Estados como o Amazonas, Ceará, Maranhão,

2 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

de climas quentes, com alto índice de proliferação do vírus e de mortes. A sociedade se encontra como soldado em uma guerra, na qual os profissionais da saúde e da área de segurança estão na linha de frente.

Nesta conjuntura, de um lado tem-se o direito a saúde e à vida, de outro a retomada econômica e entre ambos o distanciamento social que é a única vacina no momento. Nesse contexto, "o Direito Administrativo ganha destaque como aquele que deve equilibrar de um lado as prerrogativas do Estado e do outro os diretos fundamentais dos cidadãos" (SOBRAL DE SOUZA; SOARES, 2020, p. 550). De tal modo que medidas de flexibilização devem salvar vidas e não se tornarem uma bagunça diante da emergência atual.

Nesse passo, os governos têm de assegurar informações adequadas, disponíveis, transparentes, corretas, oportunas e consistentes à toda a população, sem olvidar da população em situação de vulnerabilidade como os idosos; pessoas com comorbidade (diabéticos, hipertensos e com problemas cardíacos); as mulheres que cuidam de suas famílias dentro e fora delas; trabalhadores precários-informais; trabalhadores da rua; os sem-abrigo; os encarcerados; os internados em campus de internamento para refugiados; e, os moradores das zonas mais pobres, como habitantes de peroferias e favelas. Não se pode esquecer do amparo aos pacientes e os trabalhadores da saúde.

Evidencie-se que os deveres fundamentais não são simples determinações fundadas em qualidades humanas, mas se tratam de modelo pautado na reciprocidade, atributo próprio do contrato social, no qual os cidadãos possuem o dever de obediência aos ditames do Estado. O Estado, por seu turno, terá o dever de assegurar direitos e, dessa forma, e se "desenvolverá a sociedade política" (MARTINS, 2020, p. 55).

Sem dúvidas, as pandemias demonstram que o capitalismo neoliberal não preparou o Estado para atender as situações de emergências, no qual cada Estado responde de forma autônoma a sua emergência. No Brasil, através da Lei 13.979/20, além da determinação de medidas sociais de enfrentamento à pandemia, foram inseridas exceções para as contratações públicas, enquanto perdurar a propagação da Covid-19, conforme tratado a seguir.

3. OS IMPACTOS DA COVID-19 NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Como supramencionado, a Lei nº 13.979/2020 (lei anti-covid) trata do

isolamento e da quarentana da população, ainda, traz as exceções para as contratações públicas, para evitar/reduzir a contaminação ou a propagação da pandemia.

Como se sabe tempos difíceis são merecedores de medidas excepcionais. Assim, a Lei anti-covid, bem como as Medidas Provisórias nº 926, 927, 928, 951 e 961, estão voltadas ao enfrentamento da COVID-19 e se aplicam às contratações públicas de todas as esferas, seja federal, estadual, distrital e municipal.

Quem tem lido as principais normas editadas recentemente, pode perceber as alterações relacionadas não apenas quanto ao processo de contratações públicas, mas também quanto a flexibilização de normas trabalhistas, normas comerciais com fechamento de estabelecimentos, normas processuais com a dilação dos prazos, dentre outros.

Todo mundo nesse momento, em especial, os órgãos públicos estão correndo atrás de insumos de saúde para combater o coronavírus e nisso consiste a busca por sabão líquido, máscaras, álcool em gel, respiradores ou outro equipamento de proteção individual - EPI, que se encontram escassos no mercado e, por conta disso, emerge a lei da oferta e procura e por consequência, ocorre a elevação dos preços.

Diante desse cenário, indaga-se: quais caminhos o gestor deverá seguir para contratar insumos, bens e serviços no combate do coronavírus? A Lei nº 13.979/2020[3] traz 3 caminhos principais: a dispensa de licitação, o pregão e os suprimentos de fundos.

A dispensa de licitação temporária (artigo 4º-B) consiste naquela em que não há a necessidade de licitar, mas, ainda, assim, existe um rito mínimo de instrução do processo e o pagamento é via nota de empenho de despesa. Essa dispensa de licitação apenas é aplicável para a aquisição de bens, para contratação de serviços, eventualmente contratar algum serviço de saúde ou até mesmo para serviços de engenharia, mas não pode ser aplicada a obras e, é aplicável nos casos de ocorrência de situação de emergência, necessidade de pronto atendimento nesta situação, presença de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamento (mesmo os usados) e outros bens, tanto públicos quanto particulares. Aqui deve-se justificar como e porque foi feita a licitação, visto que deve ser observada a regra constitucional do dever de licitar.

3 A Medida Provisória nº 926/2020 trouxe alterações à Lei 13.979/2020, em especial no que tangem as contratações públicas.

A contratação direta requer um planejamento mínimo e avaliação de mercado para evitar preços elevados e superfaturamento.

Percebe-se que são coisas distintas a previsão de dispensabilidade contida no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93 e a dispensa prevista na Lei 13.979/2020, uma vez que a primeira se refere a aquisições voltadas a calamidade pública genérica, já a segunda é específica, pois a aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinam-se ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus de que trata esta Lei, nos moldes da Medida Provisória nº 926, de 2020.

A Medida Provisória nº 961/2020 trouxe 3 inovações: I. a majoração dos limites de licitação dispensável do art. 24, I e II, no qual equipara aos valores das Estatais e ao que consta no projeto de alteração da lei geral de licitações que tramita no Congresso Nacional, cujos valores valerão não só para o enfrentamento da COVID-19, mas para todas as licitações e de 17.600,00 e 33.000,00 passaram a ser de 50.000,00 e 100.000,00; II. possibilidade de pagamento antecipado, já previsto pela doutrina, com respaldo do Tribunal de Contas da União em casos emergenciais específicos; III. utilização do Regime Diferenciado de Contratações, inclusive para obra.

O gestor, também, pode realizar um pregão, podendo usar o sistema de registro de preços, com prazos ainda mais reduzidos[4] (art. 4º-G, caput e §1º), que se volta para a aquisição de bens e serviços comuns e de engenharia, como também para a locação de bens.

Ademais, o gestor pode optar pela uso do suprimento de fundos (artigo 6º-A) que consiste na possibilidade de fazer compras com um cartão de crédito do governo até o valor de R$176 mil reais para insumos, bens ou para serviços de engenharia, mas não de obras, e de R$ 330 mil reais para serviços de engenharia (BRASIL, 2020a).

Outro caminho que pode ser seguido pelo gestor é a inexigibilidade de licitação em face da pandemia da COVID-19, com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666/92, para a contratação de especialistas com notório conhecimento em gerenciamento de crises ou riscos, consultorias, treinamentos em produtividades de trabalho remoto, dentre outros, desde que evidenciada, no caso concreto, a confluência de seus elementos caracterizadores.

Não será possível o efeito suspensivo, os recursos terão apenas efeito de-

4 A Lei nº 12.520/2002 estabelece o prazo de 8 (oito) dias, com a Lei 13.979/2020 , ficará em 4 dias úteis.

volutivo, para se imprimir maior celeridade ao processo de contratação pública; e, ainda, as audiências públicas previstas no art. 39, da Lei nº 8.666/93, serão dispensadas (art. 4º-G, e §§2º e 3º da Lei 13.979/2020), mesmo que o valor ultrapasse a R$ 330.000,000,00. Em relação a esta última, como consequência de medidas de contenção a COVID-19, cabe à Administração adiar sessões públicas de licitações remarcando-as ou republicar o Edital quando da manutenção pelo interesse público na contratação.

Com a égide da Lei anti-covid, os prazos dos contratos são de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos. Este prazo difere daquele estipulado no artigo 57, da Lei 8.666/93, regra geral, de 1 (um) ano e com somente uma prorrogação, aquele é aplicável enquanto durar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

Como forma de simplificar o certame licitatório, a lei (o artigo 4º-C) traz o afastamento da necessidade de estudos técnicos preliminares para as contratações públicas, diante da celeridade quanto a entrega dos bens, serviços e insumos para a administração pública. Ainda, Será admitida a apresentação de termo de referência ou projeto básico simplificado (artigo 4º-E).

Outra novidade trazida pela lei é que, excepcionalmente, será 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. Assim, a administração pública abre mão do elemento gestão de risco. O artigo 4º-D estabelece que a matriz ou mapa de risco somente são exigidas na gestão do contrato. Contudo, de.ve-se ter a devida cautela, uma vez que este procedimento mede o impacto e a probabilidade de ocorrências relacionadas às contratações voltadas ao combate do coronavírus quanto ao atingimento dos objetivos do contrato, prevendo ainda as ações preventivas e de contingência e os seus responsáveis.

A Lei anti-covid traz mais três inovações temporárias. A primeira consiste na supressão/acréscimo do quanto contratado em até 50% do valor inicial e atualizado do contrato (artigo 4º-I). A segunda é a dispensa de regularidade fiscal e trabalhista (artigo 4º-F) a ser contratada e ser paga mensalmente para os serviços de prestação continuada (artigos. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93), exceto a de seguridade social e a de que não emprega menor em trabalho noturno, perigoso ou insalubre. A terceira trata das sanções, posto que a ausência de culpabilidade da contratada em descumprimentos contratuais ocasionados pela pandemia de COVID-19, quando comprovadas, inviabilizam a aplicação de sanções contra-

tuais (artigo 6º-C e 6º-D). A lei anti-covid ainda comtempla em seu bojo a possibilidade de se comprar objetos, insumos e equipamentos usados, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido. Mas é lógico que o primeiro passo tem de ser pela via normal, um novo, se houver escassez, far-se-á a aquisição ou locação de produtos usados, mas em boas condições de uso.

Destarte, sabe que com a transparência intensifica o controle social, e é um dos pilares da compliance e da governança. Assim, os Tribunais de Contas devem maximizar o princípio da eficiência e ponderar no exercício de suas fiscalizações, com razoabilidade, observando o caso em concreto, levando em consideração a justificativa do gestor.

Assim, frente as contratações públicas realizadas no período da pandemia do coronovírus COVID-19, deve-se respeitar o princípio da economicidade, da proporcionalidade e observar os preços de referência do mercado.

Afinal, para os Tribunais de Contas, o superfaturamento não é apenas quando adquire-se bens com valores superiores ao do mercado, mas também quando se adquire mais bens do que o necessário e, como os recursos são limitados, precisa-se tratar a coisa pública com sensatez e extrema eficiência. Portanto, não se deve usar da lei anti-covid como fuga do interesse público. As Cortes de Contas devem ponderar no exercício de suas fiscalizações, com razoabilidade, observando o caso em concreto, levando em consideração a justificativa do gestor; se o objeto da contratação foi efetivamente entregue ou implementado na qualidade devida e dentro dos padrões contratados; avaliar os critérios de risco, usando da maior razoabilidade possível.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo é outro. Ninguém sabe o que vem pela frente quanto a pesquisa, a ciência e quanto ao eixo do Direito brasileiro. O melhor caminho para o bom combate a essa pandemia é que o poder público adote uma posição forte, com base na pesquisa. Assim, os governos das diversas esferas devem, na medida do possível, devem atuar de forma competente em momentos de crise, socorrer os mais vulneráveis, inclusive as empresas.

Nestas situações o diálogo é essencial para se mitigar esta questão da política da tentativa e do erro para assegurar tanto a saúde individual e quanto a pública.

Dessa forma, as medidas de distanciamento social, isolamento e quarenta adotadas pelos governos são fundamentais para obstar a propagação da doença. Contudo, não apenas as medidas sociais são suficientes. Nisto infere-se as exceções às contratações públicas trazidas pela Lei nº 13.979/2020 e das Medidas Provisórias que a alteraram.

Cabe pontuar, a Lei anti-covid, traz entre as alterações uma nova hipótese de dispensa de licitação que não se confunde com a dispensa estabelecida no artigo 24, inciso IV da Lei 8666/93, uma vez que aquela, deve ser usada apenas enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional resultante do coronavírus e de forma, específica, para a aquisição de bens, serviços ou insumos relativos ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

De toda forma, quanto mais tempo perdurar esse estado de emergência, mais essas novas regras vão criando raízes. Assim sendo, o futuro que se espera é que passada essa fase a sociedade tenha a aprovação de uma nova lei de licitações que trará sem dúvidas, um caminho para melhorar a logística de contratação pública no nosso país e que o pós-covid não seja um pântano nebuloso, mas que estabeleça uma trilha melhor para a esfera social, para as empresas e para o setor público.

CIDADANIA & ÉTICA – RELECTIO PARA TEMPOS DE PESTE[1]

Paulo Ferreira da Cunha[2]

1. VER O BOM E CONTEMPLAR OS VALORES

Tudo deve começar-se pelo princípio, e *no princípio era o Verbo*. Embora hoje se comece a pensar se não é agora, em vez do *Verbo, a Verba*. Vamos então ao princípio....ao Génesis, que é o *princípio dos princípios* na narrativa primordial ocidental... E, como um mito é, antes de mais, uma narrativa das origens, poderíamos dizer, sem problemas classificatórios, que se trata do grande mito fundador. Mas hoje a palavra mito anda muito confundida: significando no léxico de alguns sabe-se lá o quê.

E Deus viu que o isso era bom. Deus, no Génesis, vai (aos poucos, ao longo de uma semana: não de afogadilho, e presume-se que à Sua omnipotência não seria impossível criar tudo de uma vez) criando e organizando o Cosmos, e vai-se congratulando com a sua obra. E vai repetidamente o narrador bíblico dizendo: *E Deus viu que isso era bom*. Cada coisa criada é boa, e vista como tal.

Semelhante contentamento tem-no o Homem quando faz, quando realiza (assim imitando o princípio ou o sujeito criador), não apenas a obra material (uma casa, uma estrada, uma cidade) mas sobretudo a materialização de uma obra espiritual. Creio compreender que a obra material é como que a metáfora da espiritual.

A grande obra é a do Espírito, embora a Mão seja para ela preparação... A mão e o espírito são uma dupla, uma equipa, que sente, pensa e faz. *Deus quer, o Homem sonha, a Obra nasce* – o grande verso de Fernando Pessoa, que aliás está esculpido na fachada de uma grande escola de Artes no Porto.

---

1 O presente artigo tem como fonte primeira uma antiga conferência, a qual em boa parte foi já objeto de publicação, mais aparatosa no plano bibliográfico, na revista «Finisterra», com o título *Governo e Cidadania: Valores e Virtudes*. Procuramos agora revisitar as notas originais da conferência (e não o referido artigo), adaptando-as às inquietações presentes. Algumas intertextualidades com o édito serão óbvias (como, aliás, ecos do nosso livro *Para uma Ética Republicana*, Lisboa, Coisas de Ler, 2010), mas o sentido é novo, certas reflexões mais desenvolvidas e o público, naturalmente, outro. Trata-se, pois de um *relectio*. Algumas das passagens radicalmente novas poderão vir a ser divulgadas em breves artigos de jornal ou afins.

2 Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (em licença para o exercício daquele primeiro cargo).

Mas não é só o artista que se enquadra nessa linha de produção: toda a Pessoa humana. Johannes Hessen, clássico especialista em Ética, sublinha o sentimento de exaltação em plenitude quando o homem vê a realização de valores. Quando se realizam os valores, o Homem vê que isso era (é) bom.

Mesmo o fleumático Montesquieu (fleumático, mas genial), esse para o qual uma hora de leitura chegaria para curar qualquer mal, se rende a essa comoção que enche as pessoas de alegria serena, que vê que, cumprindo-se os valores, tudo é, realmente, muito bom: «(...) j'ai toujours senti une joie secrète lorsqu'on a fait quelque règlement qui allât au bien commun»[3].

No caso, um regulamento, uma lei, que serve o bem comum (hoje traduzido muitas vezes por justiça social – já disso falaremos), ou seja, algo que cumpre o ideal, que realiza o *valor Justiça*.

2. VALORES NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Falaremos, pois, antes de mais de valores. Não estéticos nem éticos em geral, mas de valores políticos. Valores políticos *superiores*, como bem lhes chama a constituição espanhola de 1978, que teve dois anos para dizer o que diz a nossa, arrumando-a melhor (nessa questão), sendo mais explícita. Há valores políticos superiores. Quais? Para os espanhóis, Liberdade, Igualdade, Justiça, e à última hora acrescentaram um que é princípio, mas não é valor, apesar de importantíssimo: o pluralismo político. O pluralismo, na verdade, não existe por si, não brilha com luz própria, mas sobretudo por e para a realização da plena Liberdade. Liberdade, pois, um grande e fundante, indiscutível valor político superior.

A divisa do Rio Grande do Sul, cujo hino diz: «Povo que não tem virtude, acaba por ser escravo» é Liberdade, Igualdade, Humanidade.

Há variantes...

Mas a fórmula mais clássica é a atribuída à Revolução Francesa, e, como diz o Professor Paulo Bonavides, decano dos constitucionalistas brasileiros,

> "Nós vivemos e viveremos sempre da Revolução Francesa, do verbo dos seus tribunos, do pensamento de seus filósofos, cujas teses, princípios, ideias e valores jamais pereceram e constantemente se renovam (...)
>
> Aquela Revolução prossegue, assim, até chegar aos nossos dias, com o Estado social cristalizado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade"[4].

3 MONTESQUIEU — *Pensées*, CCXIII.

4 Paulo BONAVIDES — *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7.ª ed., 2.ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 36.

Bonavides fala em princípios, e são-no, mas são, antes de mais, valores.

3. O MAGNO VALOR DA LIBERDADE

Rousseau afirmou quase no início desse seu pequeno mas precioso livro, *Du contrat social*: «L'homme est né libre, et partout il est dans les fers. »[5]. Livro muito citado, mas pouco lido...

Há uma grande confusão sobre o que seja, realmente, liberdade. Há quem pense que é a liberdade de empresa apenas, e, nesta, a liberdade de quem tem meios para oprimir quem os não tem. Há quem pense que significa fazer o que lhe dá na real gana, atropelando tudo e todos. Há quem pense em dar largas aos seus demónios pessoais, numa sede e fome de sorver o Mundo. Há quem pense, timoratamente, que é apenas poder falar mal dos governos, ou de todos, de preferência na comodidade da poltrona, ligado às redes sociais. Há quem, com outra tibieza, de outro tipo, pense que é haver rotatividade de partidos no poder, e parlamento aberto, liberdade de circulação, e pouco mais. E estes serão os que, em tempo de pandemia, consideram que estados de sítio e de emergência seriam atentados à Liberdade.

Pequeninas liberdades essas... todas elas... Embora algumas sejam tímidas versões do Valor, e outras libertinagem.

Em tempo de confinamento, assim como o preso político na sua cela, pode-se ser livre. Há uma liberdade de espírito que é a mais importante. O Homem livre é o que tem essa liberdade de espírito, que não está preso a dogmas entorpecedores da Razão, nem sequer aos próprios dogmas híper racionalistas, que congelam a agilidade da unidade multidimensional da Pessoa. Evidentemente, é muito importante a liberdade exterior. Mas mais que ela preside à Humanidade a liberdade interior. De pouco serve ter liberdade de ir a qualquer lado em tempo de pandemia se a liberdade exterior não regula a necessária contenção, que pode impor mesmo o autoconfinamento. Por vezes, a liberdade, sabiamente exercida, impõe atos contra a vontade. Liberdade não é o uso imoderado da faculdade de agir sem constrangimentos. Uma Pessoa mostra-se livre se sabe administrar a sua vida com prudência esclarecida pela ausência de fantasmas, preconceitos, vícios de lógica, temores reverenciais e outros. O que também não se pode identificar com qualquer crença. O Homem religioso, o filósofo com uma convicção sobre a máquina do mundo, político com uma ideologia, todos inscrevem na sua mente

5 ROUSSEAU, Jean-Jacques — *Du Contrat social*, I, 1.

ideias muito fundantes sobre o Mundo e a Vida. Ora não é o insensato que é livre. Não é o despreocupado leviano sem ideias nem crenças que é livre. Esse é um mero joguete nas mãos do azar. Precisamente a pessoa que tem fé, a que tem estudo e a que tem esperança política, se esse credo, essa filosofia e essa ideologia não forem máquinas de clausura mental (nalgumas versões, infelizmente, são-no), podem mais ainda exercer a sua liberdade, porque esclarecidos pela inspiração da sua vida espiritual, mental ou social. Ter convicções e práticas condizentes com elas (espera-se!) não é contrário à liberdade de espírito: a menos, insiste-se, que a religião, a seita ou afim, a filosofia ou afim, o partido ou afim, sejam não locais de construção e exercício (cada um à sua maneira) de liberdade, mas meras prisões mentais. Felizmente, há muitas entidades desses três géneros em que as teias de aranha do dogmatismo se podem considerar residuais. E há muita gente que tem os seus enquadramentos ou simpatias nesses três domínios da realidade, aí encontrando motivos de exercer a sua liberdade.

4. A COMPLEMENTARIDADE DOS VALORES LIBERDADE E IGUALDADE

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, diz logo no seu artigo primeiro:

> "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune."[6]

Há uma ligação indissolúvel entre Liberdade e Igualdade. Os velhos liberais (não os que hoje se querem por tal passar, ainda que se batizem "neoliberais"), explicaram muito bem que a liberdade depende da propriedade, em alguma medida. A velha estória de José Liberato Freire de Carvalho sobre ter mais ou menos x mil reis de inteligência para poder ser eleito no sufrágio censitário, não é uma anedota. É um exemplo de como o liberalismo levava a sério a relação entre propriedade e liberdade – chegando a chocar as nossas ideias atuais[8].

Ora se a propriedade não tiver uma mínima distribuição que permita a cada um andar de cabeça levantada, não haverá liberdade. Rousseau também é muito eloquente quando afirma, n'*O Contrato Social*, que o essencial é que ninguém seja demasiado pobre nem demasiado rico, precisamente para que o seu poder (e liberdade) não seja nulo nem excessivo:

---

6 *Apud* http://www.textes.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10086&ssrubrique=10087&article=10116 [8] CARVALHO, José Liberato Freire de — *Memórias da Vida de*..., 2.ª ed., Lisboa, Assírio e Alvim, 1982 [1ª ed., 1855].

> «J'ai déjà dit ce que c'est que la liberté civile : à l'égard de l'égalité, il ne faut pas entendre par ce mot que les degrés de puissance et de richesses soient absolument les mêmes, mais que, quant à la puissance, elle soit au-dessus de toute violence, et ne s'exerce jamais qu'en vertu du rang et des lois, et quant à la richesse, que nul citoyen ne soit assez opulent pour en pouvoir acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre : ce qui suppose, du côté des grands, modération de biens et de crédit, et, du côté des petits, modération d'avarice et de convoitise"[7].

Essa igualdade que não é de um igualitarismo sufocante, que desde logo anula a liberdade, é um sério limite à libertinagem que não vê nos outros Pessoas, com a sua dignidade. Seja em que tipo de sociabilidade seja, e muito em especial nas relações de família, amizade, trabalho, comércio, cooperação. Os outros não são meios para que se exerça uma pretensa liberdade pessoal vitalista, sem freios, de afirmação à *outrance* do Ego, mas pessoas, rostos em que o nosso rosto se espelha devolvendo-nos a imagem de uma Humanidade comum. Daí que se deva amar o próximo ou o semelhante. Se não amar, que é imperativo de uma espiritualidade maior, pelo menos respeitar. E tratar os outros como iguais, na sua diversidade e diferenças, respeitando a sua liberdade.

Não é apenas o dito e redito (retoricamente as mais das vezes): "a minha liberdade acaba onde começa a liberdade do outro". É muito mais que isso. Porque tal pode querer dizer que o meu egoísmo encontra como barreira o egoísmo alheio. E frequentemente há liberdades legítimas de um que deparam com o Ego expansionista e imparável de outro. Ora esse Ego, em expansão e conquista, não é a Liberdade do outro. É uma libertinagem, um atentado à Liberdade dos demais.

A própria Justiça é uma espécie de Igualdade. Sabe-se, diz-se, mas nem sempre disso se tiram as devidas consequências. Elizabeth Anscombe chega a dizer, noutra dimensão, política e não jurídica, que o próprio prestígio da democracia se encontra conectado com uma «obrigatória paixão» pela igualdade[8]. Mas, evidentemente, é necessário compreender sempre de que igualdade se fala. É, contudo, verdade que um mínimo de igualdade, não apenas de direitos e perante a lei, mas uma base mínima de desafogo material é essencial e um adquirido da nossa civilização – que só uma paixão retrógrada de sede de lucro e de poder associado à riqueza, impede alguns de verem e degustarem. Porque também há um deleite do espírito ao ver que todos estão bem materialmente (base também para progresso mental e espiritual: não se pensa bem com fome, e a própria religiosidade se torna, nesses casos, num deprimente *do ut des*). E mesmo a simples

7 ROUSSEAU, Jean-Jacques — *Du Contrat social*, II, 11

8 *In* GEACH, Mary/GORMALY, Luke – *Human Life, Action and Ethics. Essays by G.E.M. Anscombe*, Charlottesville, Imprint Academic, 2005, p. 67.

paixão intelectual pelo bem-estar de todos é um bálsamo para o espírito (ou, pelo menos, estimula a autoestima: o que também pode ter um lado perverso, se nada se fizer para promover esse bem estar).

5. O SUBTIL E TRANSCENDENTE VALOR DA FRATERNIDADE

Eligio Resta, no seu *Il Diritto fraterno*, é um dos que considera a Fraternidade uma promessa não cumprida. Na verdade, é-o. Sem Fraternidade que ligue e modere (alguém a comparou já ao Espírito Santo[9]) a Liberdade e a Igualdade, ambas caem em exageros de libertinagem ou de formatação.

«*Grândola, vila morena*

Terra da fraternidade

O povo é quem mais ordena

Dentro de ti, ó cidade».

Mesmo Zeca Afonso, ao cantar a Fraternidade, começa por falar afinal de poder do povo (uma forma de liberdade) e depois "em cada rosto igualdade". Onde está a Fraternidade? No elo que a todos irmana, e que é de algum modo invisível, mas tem de estar presente.

Sampaio Bruno associa a Fraternidade à Bondade, e não deixa de convocar a Justiça:

> "A Liberdade e a Igualdade, de per si, constituem o Direito. A Liberdade e a Igualdade estão submetidas ao critério que criam primeiro e a que obedecem depois. Que critério é esse? Chama-se Justiça. Não basta, porém. Então há alguma coisa acima da Justiça ainda?
>
> Há, sim. O quê? A Bondade.
>
> A Bondade com a Justiça ou (o que equivale a dizer o mesmo) a Justiça sob a Bondade tira à fórmula coordenante a rigidez teórica. Ela assume, desde então, um carácter humano, que é o final e conclusivo, completando-se a Liberdade e a Igualdade com a Fraternidade, a qual seja a Bondade coexistindo enfim com a Justiça."[10]

Mas se a Fraternidade é difícil, há caminhos para ela.

A Justiça Social é um primeiro passo para a Fraternidade.

Na sua exortação apostólica *Evangelii Gaudium*, o Papa Francisco, uma

9 Seria uma possível adenda a, *v.g.,* VULLIEZ, Hyacinthe — *Petite histoire du Saint-Esprit*, Paris, Salvator, 2015.

10 BRUNO, Sampaio — *O Encoberto,* Porto, Lello, ed. 1983, p. 292.

das figuras da cena internacional que mais tem defendido os pobres, e por isso tem sido apodado de alguns mimos absurdos (o que é muito bom sinal), afirma:

> 201. Ninguém deveria dizer que se mantém longe dos pobres, porque as suas opções de vida implicam prestar mais atenção a outras incumbências. Esta é uma desculpa frequente nos ambientes académicos, empresariais ou profissionais, e até mesmo eclesiais. (...) ninguém pode sentir-se exonerado da preocupação pelos pobres e pela justiça social (...)[11]

6. DOS VALORES ÀS VIRTUDES

Mas os valores não subsistem sem pessoas que os encarnem, que os protagonizem. E são precisos princípios ativos (como nos medicamentos – hoje compreendemos bem isso com os genéricos) para lhes darem corpo, para lhes conferirem realidade.

Embora a expressão tenha tido mau curso, e tenha sugerido certas ironias mesmo a autores excelentes, desde Paul Valéry a Romano Guardini, para só falar em nomes mais clássicos, e tão diferentes, não encontramos ainda melhor que a de *virtudes.*

As grandes parábolas das virtudes são uma laica e uma cristã: a alegoria do bom governo (e do mau), pintada nas paredes do *palazzo pubblico* de Siena por Ambrogio Lorenzetti, e o tímpano das virtudes – com uma guarda avançada no teto (em que preside a Justiça), da autoria de Rafael Sanzio.

Há muitas coisas em comum entre estas duas alegorias.

A representação do Vaticano é mais clássica: tem as virtudes cardeais e as teologais misturadas com graça e inteligência: A Fortaleza olha a Caridade, colhendo frutos de uma árvore, a Prudência[12], já de si bifronte, vê-se ao espelho, alumiada pela tocha da Fé, e exalta-se a Temperança, apontando-lhe a Esperança as alturas – ou apontando a Justiça, que está no teto, como virtude mais importante. Mais importante segundo uma teoria, porque outros dizem que, sem Prudência e sem os elementos nomeadamente de conhecimento técnico, factual, que ilumina a decisão prudente, não há justiça que valha: e não se quer justiça a torto e a direito. Já os romanos diziam: máximo direito, máxima injustiça (*summum ius, summa iniuria*). E os que pretendem que a haja, "ainda que o mundo voe em

11 Citando aqui a Congr. para a Doutrina da Fé, Instr. *Libertatis nuntius* (6 de agosto de 1984), XI, 18: AAS 76 (1984), 908.

12 Sobre esta Virtude fundamentalíssima, cf., por todos, LAUAND, Jean — *Prudentia, virtude intelectual: "lições de vida"*, "Notandum", Ano VIII, n.º 12, 2005, p. 37 ss.; PIEPER, Josef — *Las Virtudes Fundamentales*, 4.ª ed. cast., Madrid, Rialp, 1990.

estilhaços" (*fiat iustitia pereat mundus*: que é um brocardo tardio, ao que parece de um imperador do séc. XVI, Francisco I) ficam sem mundo e sem justiça.

A presença das virtudes teologais não deve perturbar ninguém, para os nossos

fins: sem fé em algo, sem esperança em algo, e sem amor ("caridade" é uma expressão que hoje tem conotações menos simpáticas) não há político que tenha alma, e um político sem alma é, por definição, um político desalmado. Portanto, Rafael não precisaria de mandar para o recreio os rechonchudos *putti*, que representam essas virtudes, adaptáveis porque polissémicos.

Os painéis de Siena são sobretudo significativos porque nos dão um contraste (um pouco maniqueísta, é certo, mas é a necessidade de comunicar – simplificando) entre o bom governo, sentado não longe da Justiça, e rodeados ambos por virtudes (ao ponto de a Justiça aparecer duas vezes) e o mau governo, representado por um feio diabo, à volta do qual estão os vícios: voando sobre a sua cabeça, inspirando-lhe pensamentos deletérios (afinal "o engano das ilusões"[13]), a avareza, a soberba e a vanglória, e como que sua implicação as encarnações da crueldade, traição e maldade, tendo como consequências primeiras nada menos que o furor, a devastação e a guerra. E depois há painéis com as concretas manifestações civis do bom governo e do mau governo.

Talvez um dos mais conhecidos seja o dos efeitos do bom governo na cidade. É uma cidade italiana, naturalmente, burguesa como o meu Porto natal. Bem burguesa, com tudo o que de bom há no bom mito do ser burguês, com os "valores" (nem todos superiores, mas muito valiosos) do *Progressismo*, *Pacifismo*, *Livre Pensamento*, *Tolerância e Fraternidade*. Com "fé na prática da liberdade e na procura da justiça", como lemos num belo livro de Hourdin e Gane[14]. Em que, resumindo, se pode comerciar em paz e com boas contas (tão boas, que o que era geral e *portuário* passou a ser particular e nosso, *portuense*: *contas à moda do Porto*, com maiúscula), e se pode também usufruir da paz e da cultura e do lazer: simbolizado pelas jovens que dançam.

Quando se pode dançar e comerciar em sossego, é porque o governo não importuna: nem por impostos excessivos, nem por peias abusivas, nem por proibições espúrias. Nem, ao contrário, por laxismo e, por exemplo, falta de policiamento ou falta de leis, ou imprudência. Na Genebra do Consistório (lembramo-nos de dois livros de Stefan Zweig) poderia certamente haver liberdade de

13 SCQUIZZATO, Paolo — *L'inganno delle illusioni*, Turim, Effatá, 2010.
14 HOURDIN, Georges / GANNE, Gilbert — *Les valeurs bourgeoises*, Nancy, Berger-Levraut, 1967.

comércio, mas não de dança. Já nalgumas utopias coletivistas, a dança, se bem enquadrada (e enquanto elemento do aparelho ideológico do Estado), seria permitida, mas não a liberdade de comércio.

Cada autoritarismo ou totalitarismo tem os seus interditos e "pecados" prediletos... Talvez seja uma questão interessante para os psiquiatras, e é-o já para os sociólogos.

7. VIRTUDES E PODER: AUCTORITAS E POTESTAS.

Mas hoje em dia é preciso ir mais longe. Não nos basta contemplar, como bons turistas, as paredes das virtudes e dos vícios. É preciso saber como, aqui e agora, se pode ter bons governos, como se pode lutar contra os vícios públicos, a que agora chamamos, em geral, corrupção.

Há antes de mais que distinguir autoridade (*auctoritas*) de nu poder (*potestas*). A autoridade é carisma, enquanto o nu poder, mera circunstância e possibilidade de usar a força.

8. VIRTUDES INDICIADORAS DA AUCTORITAS OU FISIOLÓGICAS:

1. Convicção e coerência.
2. Serviço e dedicação pública.
3. Desapego aos lugares públicos.
4. Parcimónia pública e solidariedade.
5. Despojamento, frugalidade e comedimento pessoais.
6. Constância e adaptabilidade inteligente e coerente.
7. Legalismo inteligente e crítico. Respeito pela Constituição e pelas leis como garantes do Contrato Social.

9. VIRTUDES DO EXERCÍCIO DA POTESTAS OU TERAPÊUTICAS

1. Contra a licenciosidade política: atenção, delicadeza, solidariedade ativa
2. Contra o privilégio: racionalidade e ordem, imparcialidade, equidade.

3. Contra o abuso do poder e a corrupção: diálogo, pluralismo, transparência, rigor, controlo e separação dos poderes
4. Contra os sacos azuis e as chapeladas: pombas-serpentes:
5. *Eu vos envio como ovelhas no meio de lobos. Sede, pois, prudentes como as serpentes, mas simples como as pombas*. Mateus, X, 16.
6. Contra a ignorância, o obscurantismo, a apatia, a dependência da caridade ou do assistencialismo, o servilismo, a desumanidade, o preconceito, a falta de sentido e de ideal – o amor pela Cultura e pela Educação. E pela Educação para a Cidadania, a Justiça e os Direitos Humanos
7. Contra o complexo de Aquiles: Zenão. Se tudo está parado, levanta-te! Cícero explica bem como é comodismo e suicídio não interferir na política sob pretexto de os políticos serem maus, impuros, ímprobos, e de isso ser, assim, humilhante[15]. E já Platão dizia que o preço de alguém não disputar o poder é ter-se a mediocridade no poder. Contudo, não é assim tão fácil, nos tempos que correm, a alguém sozinho e desconhecido disputar o poder. Hoje em dia, em democracias crepusculares e de espetáculo, há a inércia dos sistemas e o peso do renome (quantas vezes conquistado apenas por se ir passando na televisão) contra o anonimato. Quem consegue romper a cortina de silêncio? Ora ou os nossos sistemas se renovam, e novos atores entram em cena, ou poderão cair de podres ou às mãos de novos ditadores – já se pressente a repetição do passado: veja-se o ressuscitar de antigos preconceitos e ódios, como tem chamado a atenção o Papa Francisco. Nem imaginação há na escolha dos bodes expiatórios!

10. NOVAS VIRTUDES

Mas as velhas virtudes do republicano impoluto, quiçá talvez um pouco rígido aos olhos mais ágeis e mais dúcteis de hoje, precisam de se renovar.

Continua a ser válido, cada vez mais válido, o ternário sagrado atribuído à Revolução Francesa, e que Sampaio Bruno entre nós desenvolveu. O qual rece-

15 "Na verdade, não devemos ouvir os subterfúgios que empregam os que pretendem gozar facilmente de uma vida ociosa, embora digam que acarreta miséria e perigo auxiliar a República, rodeada de pessoas incapazes de realizar o bem, com as quais a comparação é humilhante, e em cujo combate há risco, principalmente diante da multidão revoltada, pelo que não é prudente tomar as rédeas quando não se podem conter os ímpetos desordenados da populaça, nem é generoso expor-se, na luta com adversários impuros, a injúrias ou ultrajes que a sensatez não tolera; como se, para os homens de grande virtude, animosos e, dotados de espírito vigoroso, pudesse existir causa mais justa de desejar o governo da República do que a de não sucumbir aos desejos dos ímprobos e impedir que menoscabem o Estado, tornando impossível salvá-lo quando necessário.". CÍCERO — *República*, I, 5.

beu honras no portentoso volume sobre o Cristianismo de Hans Küng (infelizmente obra muito ausente das nossas bibliotecas universitárias)[16], uma homilia de catequese do Cardeal Patriarca de Lisboa, quando Bispo do Porto[17], ou um artigo póstumo de Allan Kardec[18]. Mas mesmo o Papa João Paulo II invocaria esta mesma tríade[19].

A convergência na pluralidade é muito bom sinal. Lá dizia Teilhard de Chardin: *o que se eleva conflui*. Se um dia escrever um artigo aprofundado sobre o assunto, não esquecerei de ter comigo esses diversos autores.

Continuam também muito válidas as grandes virtudes à maneira clássica, pelo menos. Desde ao menos os Gregos... E com a visão aristotélica de que para cada virtude, que está no meio, no equilíbrio, há um vício por defeito e outro por excesso : entre a coragem está de um lado a cobardia e do outro a temeridade. Nietzsche dizia, não se tendo lembrado desta expressão: « Por vezes pode ser cobardia atirar-se para o meio dos inimigos ». Não era cobardia, era o vício simétrico, essa tonta pseudocoragem que levará à perdição. Dizia a canção de George Brassens : « Mourir pour des idées, oui, mais de mort lente... »

Não são precisas ideias éticas radicalmente novas. É preciso é um combustível novo. Uma propulsão que faça que virtudes e valores em simbiose se desenvolvam numa autêntica ética republicana (obviamente não excluindo os monárquicos que podem também, neste sentido, ser republicanos: e os melhores de entre eles sabem-no bem).

Esse novo estilo é-nos inspirado pelas *Lições Americanas* de Italo Calvino e por um livro de Alain Finkielkraut.

Assim:

1. *Leveza.* Importa adaptabilidade, ductilidade, maleabilidade mentais e vivenciais. Já Fernando Pessoa advertia (descontando alguma ironia) que como o mundo muda muito o que está parado muda sem querer... Mas mudar sem renunciar ao essencial: *Suaviter in modo, fortiter in re.*

2. *Rapidez.* Há coisas que precisam de resposta imediata. São os tempos de hoje.

---

16 KÜNG, Hans — *O Cristianismo. Essência e História*, Lisboa, Temas e Debates, 2012.

17 CLEMENTE, Manuel — " Liberdade – Igualdade – Fraternidade (Tópicos de Reflexão), Sé do Porto, 11 de março de 2010, Catequese Quaresmal, in *Porquê e Para Quê ? Pensar com esperança o Portugal de hoje,* Lisboa, Assírio & Alvim, 2010.

18 KARDEC, Allan — " Liberdade, igualdade, fraternidade ", in *Obras Póstumas*, trad. port. de Guillon Ribeiro, 40.ª ed., 3.ª reimp., Rio de Janeiro, FEB, 2010, p. 259 ss..

19 Voyage apostolique à Paris et Lisieux (30 mai-2 juin 1980, homélie du Saint-Père Jean-Paul II, Le Bourget, dimanche 1er juin 1980, *apud* http://fr.wikipedia.org/wiki/Liberté,_Égalité,_Fraternité.

E quem puder, sim, cultive um "bom uso da lentidão"[20].

3. *Rigor.* Profissionalismo (abrangente, não de *workaholics* e monomaníacos), exatidão, e precisão são indispensáveis.

4. *Exposição.* Desde logo importa a transparência, e transparência institucional. Mas procurando contrariar a sociedade do espectáulo[21].

5. *Pluralismo*. Não só pluralismo político, essencial, mas a multiplicidade, a variedade, a própria pós-disciplinaridade, no domínio do saber. Sem perder as ideias gerais, englobantes, a estruturação.

6. *Coerência*. Até como contrapolo à variedade e à fragmentação, é necessária a coerência ou consistência.

7. *Coração inteligente (*é a inspiração de Alain Finkielkraut). É o retorno atual da velha metáfora do coração[22]. Fala o Rei Salomão: « A teu servo, pois, dá um coração entendido para julgar a teu povo, para que prudentemente discirna entre o bem e o mal; porque quem poderia julgar a este teu tão grande povo? « [23]. Depois de um século de burocracia e ideologia, comenta o autor, esta prece tem todo o sentido[24] .

11. ALGUNS DESAFIOS ÉTICOS DA PANDEMIA

Julgamos que todas as pessoas de boa vontade podem comungar na aspiração a um coração inteligente. Sem ele, não haverá uma ética republicana atuante, eficaz, amigas das Pessoas. E sem ética republicana não se salvará a República. Qualquer República em concreto.

O Vírus que está na ordem do dia desafia precisamente todas as dimensões da nossa Humanidade. Obriga a pensar mais subtilmente a Liberdade. A compreender a realidade vital, ontológica, da nossa radical Igualdade natural e desigualdade construída, e a ingência de uma Fraternidade universal. Se a esta tríade damos conotações mais com estas ou aquelas tinturas, carregadas de memórias,

20 SANSOT, Pierre — *Du bon usage de la lenteur*, Paris, Payot / Rivages, 2000.

21 DÉBORD, Guy — *La société du spectacle*, 1940, trad. port. de Estela dos Santos Abreu, *A Sociedade do Espetáculo*, Rio de Janeiro, Contraponto, 9.ª reimp., 2007.

22 Por todos (há bastantes e importantes além deste), ZAMBRANO, María — "La Metáfora del Corazón", in *La Razón en la Sombra*, Antologia del Pensamiento de..., ed. de Jesús Moreno Sanz, Madrid, Siruela, 1993, p. 108 ss.

23 I R. III, 9. (versão: http://www.bibliaonline.com.br/acf/1rs/3).

24 FINKIELKRAUT, Alain — *Un coeur intelligent. Lectures*, Paris, Stock / Flammarion, 2009, contracapa.

conceitos e preconceitos, importa menos. Perante ameaças concretas, sempre a Humanidade soube elevar-se e unir-se, apesar de forças retrógradas, que acabam por ser uma dialética ajuda à afirmação do Progresso e do Espírito.

O caminho para um mundo de eticidade (com valores e com virtudes) é o que vamos fazendo há séculos, por tentativas e erros, mas há sempre, entre nós, várias atitudes para com essa caminhada humana, tão profundamente humana: os que a recusam, sentados à beira da estrada do comodismo ou do infortúnio, os que hipocritamente proclamam grande princípios, enquanto à sua sombra vivem e aproveitam, fazendo o contrário do que pregam, e finalmente os que, sem alardes, no quotidiano da sua cidadania e simplesmente da sua vida comum, dão um passo cada dia na construção de uma sociedade "mais livre, mais justa e mais fraterna", como diz o Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa, ou, como deseja o da

Constituição da República Federativa do Brasil, "uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

Todos os dias, um passo atrás do outro, sem alardes, fazendo cada um o seu dever, lutando cada qual pelo seu direito, e pelo Direito em geral.

COVID19 E POVOS INDÍGENAS: HISTÓRIA DE ABUSOS E RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL

Pedro Pulzatto Peruzzo[1]

Tiago Resende Botelho[2]

"As vidas indígenas importam muito.
Infelizmente, há várias mortes.
A gente se dói muito quando perde
um parente tão novo por omissão do Estado.
Muitos mortos foram por omissão do Estado."
(Jucinei Ukuyó Terena, Terra Indígena Buriti, 2020)[3]

Ao ler esse artigo é preciso, a todo momento, relembrar que, conforme definiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos na Resolução nº1/2020, ao falar de América estamos a descrever a região com maior desigualdade do planeta, lugar em que "a pobreza e a pobreza extrema constituem um problema transversal a todos os Estados da região, bem como pela falta ou precariedade no acesso à água potável e saneamento, insegurança alimentar, situações de contaminação ambiental e falta de moradia ou de hábitat adequado" (OEA, 2020a, p. 3).

Frente aos povos indígenas, a indignidade se avoluma como espólio, pois são vítimas históricas de pandemias e epidemias. Desde o primeiro contato com os invasores coloniais, as doenças transmitidas vitimaram os povos tradicionais. Essa realidade marcou todo o processo de colonização das Américas; para não falarmos de outros processos de colonização ao redor do mundo, a exemplo do que ocorreu no continente africano.

---

1 Professor Titular Categoria A1 da PUC-Campinas. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto senso em Direito (PPGD), vinculado a linha de pesquisa Cooperação Internacional e Direitos Humanos. Membro do grupo de pesquisa "Direito num mundo globalizado" (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq/PUC Campinas). Doutor e Mestre em Direito pela USP. Advogado graduado pela PUC Campinas, consultor geral da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil seccional São Paulo.

2 Professor Assistente da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), coordenador e professor do bacharelado em Direito da UFGD, editor-chefe da Revista Videre do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da UFGD, líder do Grupo de Pesquisa "Luta pela Terra" (CNPq/UFGD) e advogado.

3 Fala realizada no Simpósio on-line de Direito Humano e Socioambiental: desafios frente à Covid19, organizado pelo curso de Direito da UFGD. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZrLZx3ryNr0> acesso em: 01. jun. 2020

Além da transmissão de doenças pelo contato entre povos originários e invasores coloniais, outro problema precisa ser colocado quando discutimos a situação dos povos indígenas durante a pandemia no Brasil. Esse problema é o discurso que parte de uma premissa abstrata de que os povos indígenas são vulneráveis do ponto de vista imunológico. É importante registrar a ideia de um "ponto de vista", pois sobre sistema imunológico, por óbvio, não existe um padrão ideal, pois cada sistema imunológico corresponde às circunstâncias externas do ambiente ao qual ele responde.

Em outros termos, não existe sistema imunológico vulnerável a priori, mas sim sistema imunológico vulnerável consideradas determinadas circunstâncias ambientais. E aqui o contato entre invasores coloniais e povos originários se encaixa perfeitamente como um "contexto de vulnerabilidade", e não de "sistema imunológico vulnerável". Do contrário, os povos indígenas não teriam vivido por tantos séculos nas Américas antes da chegada dos invasores.

Essa compreensão é fundamental para a discussão que se coloca agora, pois sem considerar que as principais pesquisas científicas, ainda hoje, são feitas por brancos, que as medidas sanitárias são tomadas por brancos e que pouco se considera as representações de cada grupo de indivíduos social e culturalmente diferenciados afetado pelas doenças no momento de formulação dos protocolos forjados dentro de uma ciência ainda colonial, dificilmente encontraremos uma saída efetiva para a proteção da saúde e da vida dos povos indígenas no Brasil.

Alice Cruz (2013), atual relatora especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para a eliminação da discriminação contra as pessoas afetadas pela hanseníase e seus familiares, desenvolveu, em sua tese de doutorado, uma avaliação profunda e precisa sobre diversas perspectivas sobre a hanseníase e a relação complexa entre a questão biomédica e a questão social do estigma, que se aplica muito bem à forma como os povos indígenas lidam com a COVID. Define que a política de saúde para a hanseníase foi esboçada numa escala transnacional e difundida nas escalas nacionais, tendo como "cerne nuclear uma tecnologia terapêutica alardeada como apta a curar esta enfermidade em qualquer contexto, colocando a tónica, justamente, na distribuição gratuita da mesma, no seio de um paradigma curativo alicerçado na farmacêutização da saúde pública" (CRUZ, 2013, p. 444).

De acordo com a Resolução nº 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a América é caracterizada historicamente por altos índices de violência generalizada, com ênfase à violência por razões de gênero, raça ou

etnia. No Brasil, a violência étnica vem se intensificando com as políticas racistas adotadas pelo governo do Executivo Federal. Jair Messias Bolsonaro foi eleito pelo voto popular e direto homenageando ditadores, fazendo apologia à tortura, proferindo piadas lgbtqfóbicas, machistas e racistas, prometendo o armamento da população e fazendo pronunciamentos discriminatórios contra indígenas e quilombolas debaixo de um falso manto desenvolvimentista - compromissos cumpridos.

Seus discursos virulentos, quando reunidos, montam um mosaico de violências, perversidade e ódio que reverbera numa sociedade ainda fortemente marcada pela cultura colonial. Em janeiro de 2020, Bolsonaro afirmou que "Cada vez mais o índio é um ser humano igual a nós" (BOLSONARO, 2020a). Em janeiro de 2016 já havia dito: "vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros" (BOLSONARO, 2016). Em abril de 2017, mês de descomemoração da Ditadura Militar – sim, ela perdurou por 21 anos -, defendeu que "Não vai ter um centímetro demarcado para reserva indígena ou para quilombola" (HIRABAHASI, 2018). No mesmo ano, discursou: "Pode ter certeza que se eu chegar lá [Presidência da República] não vai ter dinheiro pra ONG [Organização Não-Governamental]. Se depender de mim, todo cidadão vai ter uma arma de fogo dentro de casa. Não vai ter um centímetro demarcado para reserva indígena ou para quilombola" (BOLSONARO, 2017a). Em abril de 2015, disse que "Os índios não falam nossa língua, não têm dinheiro, não têm cultura. São povos nativos. Como eles conseguem ter 13% do território nacional", bem como, "Não tem terra indígena onde não têm minerais. Ouro, estanho e magnésio estão nessas terras, especialmente na Amazônia, a área mais rica do mundo. Não entro nessa balela de defender terra pra índio" (MARQUES; ROCHA, 2015). Em abril de 2019, proferiu: "Pena que a cavalaria brasileira não tenha sido tão eficiente quanto a americana, que exterminou os índios" (PRADO; OLIVEIRA, 2019).

Ainda que ridicularizados pela imprensa nacional e internacional, as ações de Bolsonaro vêm sendo postas em prática como um projeto de destruição aos povos da natureza. Invasões de terras, grilagens, queimadas, afrouxamento das legislações e fiscalizações aumentaram em 65% o desmatamento em área indígena na Amazônia, dentre agosto de 2018 e julho de 2019 **(PRIZIBISCZKI, 2019).** O desmantelamento do Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) se alastra por todo o Brasil trazendo mais medo e insegurança frente à regulação.

Segundo dados publicados pela Comissão Pastoral da Terra em 2019, o número de famílias que sofreram violências em suas casas e terras na Amazônia Legal saltou para 87% se comparado com 2018. De cada três famílias envolvidas em conflitos por terra, uma é indígena. Assim, de 144.742 famílias em conflitos, 49.750 são indígenas, proporcionalmente 34,4% (CANUTO; CRUZEIRO; SANTOS; SIQUEIRA, 2020, p. 104).

Frente a tanta violência, este estudo científico busca demonstrar o perverso processo de invasão das terras e dos territórios dos povos indígenas pela colonialiade até os dias atuais. Analisa as relações entre questões as ambientais, pandêmicas e de saúde pública que envolvem os povos indígenas. Por fim, apresenta fundamentações jurídicas para uma possível responsabilização internacional de genocídio dos povos indígenas pelo presidente Bolsonaro frente à Covid19.

1. O PERVERSO PROCESSO DE INVASÃO DA TERRA E DO TERRITÓRIO DOS POVOS ORIGINÁRIOS

Uma análise que pode fornecer subsídios importantes para a construção (ou reconstrução) de um olhar histórico sobre as violações de direitos dos povos indígenas por meio da privação do direito à participação política desses povos é apresentada pelo historiador Tzvetan Todorov (1983) que, em meados da década de 80, tratou de três temas centrais para os estudos latino-americanos, ou seja, a tríade escravismo/colonialismo/comunicação a partir do contato entre o colonizador europeu e os povos originários que habitavam a América Latina no início do processo colonizador (muitos desses povos já extintos)[4].

Todorov (1983) sugere que ainda que existisse por parte de alguns jesuítas ou estudiosos a intenção de proteger os indígenas, essa intenção – colonial – somente poderia ser contraposta à intenção de escravizar os indígenas e não de emancipá-los e reconhecê-los em suas diferenças – o que significaria a superação do colonialismo[5]. Nessa linha, Todorov apresenta um terceiro elemento, uma

4 Dados apresentados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) apontam 3.000.000 de indígenas que viviam no Brasil, em 1500, sendo que desse total apenas 70.000 (2,4%) restaram, em 1957. Apesar de ter ocorrido um aumento populacional dos povos, em 2010 (817.962 indivíduos autodeclarados), esse número ainda representa menos da metade do número de indígenas estimado quando da chegada dos colonizadores (FUNAI, 2010): "Há várias estimativas sobre o montante da população indígena à época da conquista, tendo cada autor adotado um método próprio de cálculo (área ocupada por aldeia, densidade da população etc.). Julian Steward, no Handbook of South American Indians calculou em 1.500.000 os índios que habitavam o Brasil (STEWARD, 1949). William Denevan projetou a existência de quase 5.000.000 de índios na Amazônia (BETHELL, 1998:130-131), sendo reduzida posteriormente essa projeção para cerca de 3.600.000" *(*HEMMING*, 1978)* (OLIVEIRA; ROCHA FREIRE, 2006. p.22).

5 *"*Las Casas e outros defensores dos índios não são contrários à expansão espanhola; mas preferem uma de suas formas à outra. Daremos a cada uma delas um nome familiar (ainda que estes nomes não sejam totalmente corretos historicamente): têm uma ideologia colonialista, e são contra a ideologia escravista. O escravismo,

terceira forma de relação com "o outro" que supera não apenas o escravismo, mas também o colonialismo, ou seja, uma forma de relação que seja capaz de conciliar o princípio da autodeterminação e o princípio da não-ingerência. Assim, "se o colonialismo se opõe, de um lado, ao escravismo, opõe-se ao mesmo tempo a uma outra forma, positiva ou neutra, do contato com outrem, que chamarei simplesmente de *comunicação*. À tríade compreender/tomar/destruir corresponde esta outra, em ordem inversa: escravismo/colonialismo/comunicação" (TODOROV, 1983, p. 176, grifos nossos).

Uma informação fundamental que precisa ser conhecida é que durante a Ditadura Civil-Militar brasileira o próprio governo envidou esforços (e verba pública) para dizimar, com apoio da sociedade civil, populações indígenas mediante a disseminação de vírus entre membros das comunidades. Detalhes desse genocídio estão registrados no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV) que, em relação às violações a direitos dos povos indígenas, baseou-se no Relatório Figueiredo (MINISTÉRIO DO INTERIOR, 1967), produzido durante uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre a FUNAI, na década de 70. Alguns trechos desse Relatório esclarecem nossa preocupação.

Após a Guerra do Paraguai (1865-1870), que vitimou muitos indígenas, o Estado brasileiro (ainda imperial) iniciou um processo de ocupação das terras amazônicas e de exploração do oeste do país, especialmente do Mato Grosso. Para isso, foram instalados postos militares, criadas vilas e povoados com a proposta de incentivar as atividades econômicas locais. Rondon, que foi nomeado para chefiar os trabalhos da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Mato Grosso deparou-se com a questão indígena e relatou várias violações de direitos, escravização e doenças decorrentes de contatos descuidados durante esse processo de expansão. É neste momento que se enraíza o novo discurso contra os povos indígenas e se cria o Serviço de Proteção ao Índio (SPI).

O SPI surge, por um lado, para tutelar os índios, mas como pano de fundo existe uma proposta mais decisiva, que é tutelar os índios para que eles não atrapalhassem aquilo que à época foi propagado como desenvolvimento nacional. Neste ponto, qualquer semelhança com o que tem sido feito com a FUNAI não é mera coincidência. A fala do Ministro do Interior Maurício Rangel Reis (governo

neste sentido da palavra, reduz o outro ao nível de objeto, o que se manifesta particularmente em todos os comportamentos onde os índios são tratados como menos do que homens: sua carne é utilizada para alimentar os índios que restam, ou até mesmo os cães; (...) Mas essa forma de utilização do homem não é, evidentemente, a mais rentável. Se, em vez de conquistar o outro como objeto, ele fosse considerado como um sujeito capaz de produzir objetos que se possuirá, a cadeia teria mais um elo – um sujeito intermediário – e, ao mesmo tempo, o número de objetos possuídos seria infinitamente maior" (TODOROV, 1983. p. 172).

de Ernesto Geisel), em janeiro de 1976 – nesta época o SPI já havia sido substituído pela FUNAI –, esclarece e resume a política que tem início com o SPI: "Os índios não podem impedir a passagem do progresso [...] dentro de 10 a 20 anos não haverá mais índios no Brasil." (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 203-264).

Do mesmo modo, também aqui as semelhanças com os discursos do Presidente Bolsonaro e seus ministros não são meras coincidências. O Ministro da Educação, Abraham Weintraub, em reunião ministerial repleta de palavrões e preconceitos, buscando negar o direito à diferença base do Art. 231 da Constituição e adotando os preceitos integracionistas, afirma de forma contundente que odeia termo "povos indígenas". Para completar a sua lógica integracionista, diz: "Só tem um povo nesse país. Quer, quer. Não quer, sai de ré. É povo brasileiro, só tem um" (WEINTRAUB, 2020).

O discurso reducionista do brasileiro como um povo só foi a base para o extermínio étnico na Ditadura Civil-Militar. O relatório da CNV analisou o período compreendido entre 1946 e 1988, o dividindo em dois: na primeira fase, a União garantiu "condições propícias ao esbulho de terras indígenas e se caracterizou majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão, acobertando o poder local, interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros"; na segunda fase, "o protagonismo da União nas graves violações de direitos dos índios fica patente, sem que omissões letais, particularmente na área de saúde e no controle da corrupção, deixem de existir" (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 203-264).

O sul do Mato Grosso, historicamente ocupado pelos grupos Guarani, foi em grande parte concedido em arrendamento à Cia. Matte Laranjeira, no fim do século XIX, e foi palco de assassinatos de indígenas por colonos que, sob incentivo do governo Vargas (Marcha para o Oeste), se dispunham a colonizar a região, nos anos 40, sob as fraudes do SPI. Além do confinamento de povos dentro de reservas criadas pelo Estado, a expulsão de indígenas normalmente envolvia queima das casas, espancamentos e assassinatos.

No noroeste do Mato Grosso e sudeste de Rondônia também ocorreram massacres contra os Cinta Larga relatados pela Comissão Nacional da Verdade. A partir da década de 1950, ocorreram vários conflitos entre o povo Cinta Larga e os seringalistas e também com as empresas de mineração e de colonização na região. Estima-se que cinco mil Cinta Larga morreram por envenenamento por alimentos misturados com arsênico, aviões que atiravam brinquedos contamina-

dos com vírus da gripe, sarampo e varíola, além de assassinatos em emboscadas, nas quais suas aldeias eram dinamitadas. Ainda, havia a ação de pistoleiros, sempre tendo como pano de fundo a proposta de ocupação de terras indígenas, em evidente afronta à Constituição vigente à época. A associação criminosa entre agentes do Estado brasileiro e membros da sociedade civil foi prática estruturante no regime civil-militar. Os Cinta Larga viveram, em outubro de 1963, o Massacre do Paralelo 11. O massacre foi organizado por Francisco Amorim de Brito, homem vinculado à empresa Arruda, Junqueira e Cia. Ltda. e responsável em averiguar a existência de recursos naturais precisos nas redondezas da região do rio Jurema: "Os pistoleiros ainda encontraram uma mulher e uma criança Cinta Larga vivas. Chico Luís atirou na cabeça da criança, amarrou a mulher pelas pernas de cabeça para baixo e, com um facão, cortou-a do púbis em direção à cabeça, quase partindo a mulher ao meio" (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 203-264).

O Estado brasileiro, de forma institucionalizada atuou para integrar de forma genocida os indígenas na Ditadura-Civil Militar. O relatório da Comissão Nacional da Verdade, no capítulo "Violações de direitos humanos dos povos indígenas" estima que morreram 8.350 indígenas por massacres, prisões, torturas, maus tratos, conflitos por terra, remoções e contágio por doenças. Os assassinatos dos povos pode ter sido ainda mais expressivo, considerando a difícil investigação dos casos. Carlos Marés (2019) afirma que a direita militarizada apresenta horror a inúmeras coisas, mas, principalmente, às organizações sociais, em especial, aquelas vinculadas ao campo como indígenas, trabalhadores rurais, quilombolas, ribeirinhos e outros: "Então é visível que, apesar de termos a visão que a repressão da ditadura aconteceu mais fortemente nas cidades, em qualquer conta que se faça a repressão no campo foi exponencialmente maior. O campo foi dizimado" (MARES, 2019). Em regimes autoritários, os ataques aos povos da natureza se dão por uma "velada" omissão do Estado que, consecutivamente, gesta a permissividade aos setores ruralistas para violência, ataques, queimadas, desmatamento, assassinatos e espoliamento da natureza e dos corpos.

2. QUESTÕES SOCIOAMBIENTAIS, PANDEMIA E SAÚDE PÚBLICA PARA OS POVOS INDÍGENAS

Como registramos na introdução, o problema central não reside na baixa imunidade dos povos indígenas, mas na forma como a terra e o território foi e ainda é explorado pelos invasores coloniais e pelo agronegócio: fator que impede,

desde 1500, a manutenção de um modo tradicional de vida e, portanto, de alimentação e de promoção da saúde.

Falar de povos originários no Brasil, de acordo com o último Censo Demográfico de 2010, é referir-se às 896 mil pessoas que se autodeclararam ou se reconheceram indígenas. Destas, 36,2% vivem em área urbana e 63,8%, em área rural. No Censo, foram identificadas 505 terras indígenas ao longo de 12,5% do território brasileiro (106,7 milhões de hectares) para o abrigo de 517 mil indígenas. As maiores terras indígenas estão localizadas junto aos Yanomami, no Amazonas e em Roraima, com 25,7 mil indígenas. Há, segundo o Censo, 305 etnias e 274 línguas faladas no país (IBGE, 2010).

Os povos indígenas, em especial os que estão vivendo à beira de rodovias em áreas de retomadas e que lutam pelo direito a pertencer à terra e ao território tradicional, estão em situação de extrema vulnerabilidade, ainda mais frente à Covid19. Essa vulnerabilidade, ademais, não será suficientemente alterada apenas pelas medidas que o Ministério da Saúde anunciou para os povos indígenas durante a pandemia, pois o problema é mais profundo.

No Brasil, dados atualizados às 10h37min do dia 28 de maio de 2020 pelo Instituto Socioambiamental (ISA), confirmam 1005 casos da Covid19 em indígenas em áreas rurais e 44 óbitos (ISA, 2020). As dez terras indígenas com maior índice de vulnerabilidade ao vírus, segundo nota técnica são: Barragem (SP), Yanomami (RR), Jaraguá (SP), Vale do Javari (AM), Guarani do Krukutu (SP), Raposa Serrado do Sol (RR), Rio Branco (do Itanhaém) (SP), Waimiri Atroari (AM/RR), Alto do Rio Negro (AM) e Cantagalo (RS) (OLIVEIRA; SOARES FILHO; OVIEDO; MOREIRA; DOS SANTOS; CARLOS; ALVES; PIAZ, 2020).

A vulnerabilidade circunstancial dos povos indígenas, portanto, está mais ligada à ausência de acesso à terra, ao território e ao modo tradicional de vida do que à uma pretensa imunidade vulnerável. Em outros termos, a vulnerabilidade às doenças dos homens brancos seria completamente insignificante se o contato não tivesse ocorrido sob o manto violento da invasão, do estupro e da expropriação de terra, fatores que destruíram o modo tradicional de viver e, consequentemente, de se alimentar e de cuidar da saúde. Nesse sentido, considerar o histórico de invasão das terras tradicionais é um requisito indispensável para discutirmos políticas públicas de saúde para os povos indígenas no Brasil.

Na saga de expandir a fronteira agrícola baseada na monocultura de soja e de cana e na criação de gado, um pé de soja vale mais do que um ser humano e

o meio ambiente deixa de ser um fim a ser assegurado para a qualidade de vida de todos e passa a ser explorado como um meio para o enriquecimento de uma elite econômica muito pequena entre brasileiros e empresas multinacionais. A necessidade de aumentar vertiginosamente a produção e equilibrar uma balança comercial baseada em grãos e cujos interessados integram bancadas significativas pouco preocupadas com o desenvolvimento de uma economia social e ambientalmente sustentável no Congresso Nacional, exige o uso cada vez maior e sistemático de agrotóxicos que, além de poluírem as águas dos rios, são lançados de avião em cima de plantações e de aldeias indígenas, causando sérios danos à saúde das pessoas que ali vivem, especialmente das crianças. Os relatos dos geógrafos Eduardo Carlini e Silvio Machado (2012), da Associação dos Geógrafos Brasileiros (AGB), que participaram da Expedição "Marco Veron", organizada pelo Tribunal Popular ao Mato Grosso do Sul, em janeiro de 2012, esclarecem muito sobre essa questão:

> Em todas as aldeias visitadas, sem exceção, a violência também é praticada sob outras configurações, como por exemplo, as consequências fatais para as comunidades indígenas do assoreamento e da contaminação dos cursos d'água e solos pelo uso indiscriminado de agrotóxicos (pesticidas, fungicidas, herbicidas, fertilizantes ou adubos químicos), principalmente nas lavouras de soja, cana de açúcar e pastagens. Neste caso, as águas que são usadas para beber, banhar, cozinhar e ritualizar, de forma frequente provocam intoxicação em homens, mulheres e especialmente nas crianças das áreas atingidas. Vômitos, dificuldade para respirar, diarreia, são os sintomas mais relatados entre os Kaiowá-Guarani no que se refere à contaminação das águas. A proximidade da morte está dada a cada instante, a cada saciar da sede não se sabe quais serão as consequências. Do mesmo modo, o solo também está contaminado e os alimentos e ervas cultivados pelos Kaiowá-Guarani também não apresentam mais o mesmo vigor e qualidade que outrora apresentavam. Já não é mais possível garantir que os alimentos estejam livres de contaminação, tendo em vista que em diversas ocasiões a aplicação de agrotóxico ocorre por meio da aviação agrícola causando enorme prejuízo às restritas áreas onde, neste momento, os indígenas estão confinados. Sobre esta situação destaca-se o relato dos indígenas, que nos contaram que, muitas vezes, procuram abrigo para proteger-se do descarregamento criminoso dos insumos que inicia-se nos reduzidos trechos ocupados pelas famílias (CARLINI; MACHADO, 2012).

O uso de agrotóxicos e o desmatamento têm sido responsáveis por situações de degradação ambiental quase irreversíveis, fato que anula por completo a possibilidade da vida tradicional mesmo após a demarcação de terras indígenas, o que intensifica os fluxos migratórios de indígenas para áreas urbanas que não têm nem estrutura, nem pessoas preparadas para a convivência intercultural. Essa

situação de extrativismo irracional é muito bem abordada num texto de Michael T. Klare, *Driven to depletion*, em que ele faz uma análise acerca da irracionalidade do uso das fontes naturais, usando como exemplo a história do campo de petróleo Cantarell, descoberto por acaso por um pescador. Importante considerar que a relação com a natureza é um problema mundial e que está (ou deveria estar) no centro das preocupações sobre o que fazer com a humanidade após a vacina da COVID.

Considerar a relação do modo de produção capitalista com a natureza é o primeiro passo para seguirmos pensando uma política pública de saúde para os povos indígenas no combate à COVID. Retomando o trabalho citado de Alice Cruz (2013): o que a autora coloca no centro da discussão é exatamente a forma como as pessoas afetadas lidam e significam o processo de tratamento farmacêutico e, a partir de suas "narrativas subalternas" à ciência moderna, dos lugares reservados a elas numa sociedade preconceituosa e estigmatizante, consideram como cura da doença. Nessa linha, Cruz (2013) afirma que segundo as narrativas das mulheres e homens com doença de Hansen por ela entrevistados em Portugal e no Brasil, a cura da doença parece menos dependente da cura bacteriológica, alcançada com a poliquimioterapia, e mais do grau de saúde que lhe é contíguo.

> Logo, a *testemunha subalterna* à ciência moderna desvela como, a partir de uma epistemologia das consequências, a poliquimioterapia não é uma entidade autónoma do contexto, a despeito da visão estandardizada sobre as tecnologias biomédicas que assenta numa perspectiva, igualmente, estandardizada da corporalidade humana. Mais, a mesma revela como a farmacêutização da saúde pública é menos geradora de experiências de saúde do que da contenção das doenças no espaço público. Significa isso que, muito embora, no plano discursivo, o *giro biomédico* sobreponha a cidadania das pessoas portadoras de doença de Hansen ao bem público, a sua implementação persiste em ser mais eficaz na profilaxia e diminuição da carga colectiva da doença de Hansen do que na promoção da saúde das pessoas que a contêm nos seus corpos e, logo, na sua cidadania, enquanto igualdade de oportunidades de participação na vida social (CRUZ, 2013, p. 445).

Por isso, explica, para alguns sujeitos submetidos à intervenção poliquimioterapêutica, que a doença de Hansen tornou-se uma doença curável como outra qualquer, enquanto que, para outros, a mesma enfermidade, tratada com a mesma tecnologia, é experienciada como uma patologia crônica e sem cura.

3. A POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DO GOVERNO BOLSONARO FRENTE À COVID19

Por mais que o governo Bolsonaro trate com descaso os Direitos Humanos dos povos indígenas, há uma estrutura de defesa da dignidade desses povos que transcende seu mandato. Estar presidente não lhe resguarda o direito discricionário de cumprir ou não tais conquistas históricas de valoração do viver étnico. Em descumprindo, responderá pelo crime de genocídio frente ao Tribunal Penal Internacional, uma vez que existem dados, orientações técnicas e aparato institucional suficiente para medidas que, se não adotadas, terão o condão de concretizar o dolo, seja no homicídio, nas ofensas graves à integridade física ou mental, ou ainda na sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial de grupo racial ou étnico (artigo 6º do Estatuto de Roma, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 4.388/2002). Além disso, a responsabilidade do Estado brasileiro por atos do presidente também pode ocorrer perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O relator especial da ONU para os direitos dos povos indígenas, José Francisco Cali Tzay, do povo Maya Kaqchikel, da Guatemala – país no qual o ex-presidente Efraín Ríos Montt foi condeado por genocício –, destaca que a Covid19 está devastando as comunidades indígenas no mundo e não está vinculada a uma questão de saúde.

> Os estados de emergência estão exacerbando a marginalização das comunidades indígenas e, nas situações mais extremas, está ocorrendo uma militarização de seus territórios. Está-se negando aos povos indígenas sua liberdade de expressão e associação, enquanto os interesses comerciais estão invadindo e destruindo suas terras, territórios e recursos. Consultas com povos indígenas e também avaliações de impacto ambiental estão sendo suspensas abruptamente em alguns países para forçar a execução de megaprojetos relacionados ao agronegócio, mineração, barragens e infraestrutura. Os povos indígenas que perdem suas terras e meios de subsistência são empurrados para uma maior pobreza, taxas mais altas de desnutrição, falta de acesso a água potável e saneamento, assim como, a exclusão de serviços médicos, que por sua vez, os torna particularmente vulneráveis a doenças. [...] Os Estados devem garantir que os povos indígenas tenham acesso a informações sobre a COVID-19 em seus idiomas e que medidas especiais urgentes sejam adotadas para garantir a disponibilidade e o acesso a serviços médicos culturalmente adequados. O fato de as unidades de saúde pública serem frequentemente escassas nas comunidades indígenas constitui em um grande desafio (CIMI, 2020).

Frente ao descaso que impera na América de políticas específicas aos povos indígenas em tempos de Covia19, a Secretária-geral da OEA, na data de 3 de abril de 2020, lançou o comunicado destacando que:

> [...] solicita aos Estados membros que prestem atenção especial às populações indígenas durante a crise de saúde causada pelo COVID-19. Considerando a dupla situação de vulnerabilidade sofrida pelas comunidades indígenas devido à sua marginalização histórica e isolamento geográfico, instamos as autoridades locais, regionais e nacionais de cada Estado Membro a trabalhar em coordenação com protocolos específicos que visam proteger a saúde e o bem-estar de sua população indígena sob uma perspectiva intercultural, conforme contemplado na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas, aprovada em 2007, e na Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos, aprovado em 2016. Da mesma forma, a Secretária-geral insta os Estados Membros a gerar programas e políticas específicas para sustentar as economias das comunidades indígenas, com o objetivo de mitigar as consequências sociais e econômicas da pandemia (OEA, 2020a).

Buscando reforçar a especial vulnerabilidade dos povos originários, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos lançou a Resolução Nº1/2020, de 10 de abril de 2020. Seu conteúdo trata da Pandemia e Direitos Humanos nas Américas da CIDH e aduz a respeito dos impactos que serão sentidos de formas diferenciadas e interseccionais para coletivos e populações em realidades especiais de vulnerabilidade. Assim, torna-se imprescindível a adoção de políticas para prevenir eficazmente o contágio, medidas de segurança social e acesso aos sistemas de saúde pública que garantam atenção integral à saúde física e psicológica com diagnósticos, tratamentos adequados e com custo reduzido à população vulnerabilizada.

> Recordando que, ao emitir medidas de emergências e contenção frente à pandemia da COVID-19, os Estados da região devem aplicar perspectivas interseccionais e prestar especial atenção às necessidades e ao impacto diferenciado dessas medidas nos direitos humanos dos grupos historicamente excluídos ou em especial risco, tais como idosos e pessoas de qualquer idade que tenham doenças preexistentes, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, pessoas em situações de mobilidade humana, crianças e adolescentes, pessoas LGBTI, afrodescendentes, pessoas com deficiências, trabalhadores e pessoas que vivem em pobreza e pobreza extrema, especialmente trabalhadores informais e pessoas em situações de rua, bem como defensores de direitos humanos, líderes sociais, profissionais da saúde e jornalistas (OEA, 2020b, p. 6).

Assim, na parte resolutiva diretamente aos povos indígenas (pontos 54, 55, 56 e 57), defende: a) o direito à informação a respeito da pandemia em seu idioma tradicional; b) o respeito de forma irrestrita ao não contato com os povos e segmentos de povos indígenas isolados voluntariamente; c) medidas de proteção específicas à saúde face a pertinência cultural (cuidados preventivos, práticas

curativas e medicinas tradicionais); d) a não promoção de iniciativas legislativas e/ou avanços na implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos territórios originários enquanto durar a Covid19, uma vez que face ao distanciamento social, fica impossibilitado o respeito à consulta prévia.

Buscando reforçar a necessidade dos Estados americanos desenvolverem políticas específicas de proteção aos povos indígenas, em maio de 2020, a Comissão publicou o comunicado à imprensa que urge aos membros da OEA enfrentar o grave risco em que vivem os povos indígenas e adotar medidas urgentes e específicas para proteger o direito à saúde, à segurança alimentar, às cosmovisões e à diversidade cultural.

> No contexto da pandemia da COVID-19, a CIDH reitera que os povos indígenas tem o direito de forma coletiva e individual a desfrutarem do mais alto nível possível da saúde física, mental e espiritual. É necessário que formule e implemente políticas públicas que garantam o direito à saúde dos povos indígenas, incluindo a acessibilidade dos serviços e a disponibilidade dos insumos (incluindo exames para o diagnóstico da COVID-19); a elaboração e implementação de protocolos de prevenção e contingência especializados e culturalmente apropriados, que incluem o desenho de estratégias de capacitação destinada aos agentes de saúde indígena (como cuidadores/as e curadores/as tradicionais), e que se garanta os elementos necessários para sua proteção (máscaras, luvas, desinfetantes, entre outros); assim como a adequada cultura de atenção médica, que deverá respeitar as cosmovisões destas comunidades. Estas políticas devem incorporar os princípios fundamentais do enfoque de direitos humanos, como os de participação social, igualdade e não discriminação. Além disso, os Estados em consulta e coordenação com os povos indígenas devem promover sistemas ou práticas interculturais nos serviços médicos e de saúde prestados nas comunidades indígenas, incluindo o treinamento de profissionais e técnicos de saúde indígenas. Juntas, a CIDH, com base no direito de autodeterminação, enfatiza a obrigação de incluir representantes, líderes e autoridades tradicionais na organização das respostas e na implementação de medidas no âmbito da pandemia (OEA, 2020c).

Tais medidas, pelo que tudo indica, não serão tomadas no governo Bolsonaro. O número de óbitos e contaminação estão aumentando com o passar dos dias e não se tem uma política clara e diferenciada aos povos indígenas, como exige a OEA. Os alertas dos órgãos internacionais de riscos às vidas indígenas projetam o pior. O Alto Comissariado da ONU para Refugiados (Acnur) em comunicado, emitido no dia 19 de maio de 2020, afirmou estar preocupado com a realidade em que vivem os indígenas deslocados no Brasil e na América diante da doença: "Com a COVID-19 atingindo duramente esta região amazônica e o Brasil emergindo como um epicentro da pandemia, o ACNUR está preocupa-

do que muitos possam lutar sem condições adequadas de saúde e saneamento". Assim, a não intervenção do Estado brasileiro de forma urgente resultará o caos, pois boa parte dos indígenas fronteiriços "[...] está ameaçada pela extinção física e cultural devido à alimentação insuficiente e à desnutrição severa que pode aumentar o risco de contágio. Essas áreas carecem de serviços de saúde adequados, o que agora pode agravar a situação atual" (UNHCR, 2020, online).

A soma de todos esses elementos sustentam uma farta denúncia de genocídio ao Tribunal Penal Internacional caso as práticas do Poder Executivo não mudem e as previsões catastróficas se concretizem. Por mais que ações voluntárias cresçam em todo o país, para minimizar as perdas dos povos indígenas só uma política de Estado diferenciada e dialogando com os povos indígenas pode impedir um novo genocÍndio no Brasil.

4. CONCLUSÃO

A ausência de políticas públicas específicas vindas da União, dos estados e dos municípios para os povos indígenas contra a Covid19 demanda um monitoramento interinstitucional constante das ações estatais e, em razão do forte apelo populista dessas ideias, também das ações civis de apoio aos povos indígenas durante a pandemia, pois existem muitas coincidências entre o cenário atual e o que marcou a Ditadura Civil-Militar Brasileira. Além da falta de acesso à informação (apesar de amplíssimo acesso a recursos de expressão de ideias e pensamento), a ideologia do governo federal, suas políticas e seus seguidores se assemelham muito à ideologia dos ditadores e seus apoiadores.

Ademais, medidas implementadas contra a Covid19 são universalizantes, pensadas de forma homogênea e sem nenhuma especificidade aos povos indígenas, como determina a OEA. Assim, distanciamento social, higienização do corpo, uso de máscaras, luvas, quarentena, trabalho domiciliar, alteração e suspensão do calendário escolar e universitário são práticas que pouco contemplam as realidades dos povos indígenas.

Antes da pandemia, os relatórios nacionais e internacionais descreviam a realidade catastrófica em diversas áreas no que se refere à integridade dos povos indígenas no Brasil. No ano de 2019, o relatório da Comissão Pastoral da Terra destacou que violência contra os povos indígenas pela luta pela terra e o território aumentou (CPT, 2020). No mesmo ano, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) alertou que 81,2% das crianças Yanomamis nas aldeias do Polo Base de Auaris, em Roraima, e do Polo Base de Maturacá, no Amazô-

nia, menores de 5 anos têm baixa estatura para a idade (desnutrição crônica), 48,5% têm baixo peso para a idade (desnutrição aguda) e 67,8% estão anêmicas (UNICEF, 2019, *online*). No ano de 2018, foram registrados: 11 ocorrências de conflitos relativos a direitos territoriais; 111 casos de invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio; 135 óbitos por agressões; 941 casos de violências contra o patrimônio; 110 casos de violência contra pessoa; 142 casos de violência por omissão do poder público; 591 casos de mortalidade infantil; 135 assassinatos. Entre 2015 e 2016, foram registrados mais de 33 ataques paramilitares contra as comunidades Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul. De 2001 a 2018, foram 14 assassinatos de lideres indígenas no estado (CIMI, 2019).

Os efeitos negativos desses dados se avolumam até 2020, por total ação omissiva do Estado, e somam-se à cruel pedagogia do vírus (SANTOS, 2020). Em um país desigual como o Brasil, nem mesmo a Covid19, que assusta todos, é uma doença que afeta democraticamente. A não garantia do acesso a direitos fundamentais básicos aos povos indígenas que materializam a dignidade do viver como terra, comida, água potável, saúde, educação, lazer, cosmovisões e informação tornam-se os principais óbices à luta contra a pandemia. É partindo dessas premissas que o Estado brasileiro precisa agir, e agir de forma rápida, pois caso contrário responderá internacionalmente, pois provas e alertas não faltam do descaso com os povos indígenas frente a pandemia.

Os 57,8 milhões de votos depositados em Jair Messias Bolsonaro não lhe autorizam desrespeitar os tratados internacionais de valoração do viver étnico que o Brasil é signatário. Assim, o motivo deste pesquisar é registrar a importância de adoção de medidas interinstitucionais para que não se repita o processo de contaminação voluntária vivido na Ditadura, que seja adotada com urgência política pública de saúde específica aos povos indígenas, anunciar que existe documento público sobre essas necessidades que facilitam a responsabilização internacional de agentes públicos, caso o pior aconteça.

REPENSAR A COLONIALIDADE: O HUMANO E O SUB--HUMANO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger[1]

Jean Lucca de Oliveira Becker[2]

1. A PANDEMIA - COVID 19

A história da humanidade sempre foi marcada por contradições, complexidades e momentos de barbárie e também de crises epidêmicas e pandêmicas. "No início da decadência romana, no século II, houve uma terrível peste que matou milhões de pessoas. A peste negra no século XIV é o anúncio do fim da Idade Média e o início do Renascimento". (MAFFESOLI, 2020). "A gripe espanhola veio após a carnificina da Primeira Guerra, que marca o fim da Europa. " Verifica-se, assim, uma correlação a ser feita: cada vez que uma época se encerra, surge misteriosamente a emergência de uma pandemia. Talvez haja algo de místico nisso tudo"". (MAFFESOLI, 2020)

Místico ou não e de acordo com estudos da Fiocruz, os coronavírus, são uma causa conhecida de infecção respiratória. Em geral, provocam um resfriado leve; até as últimas décadas, raramente geravam doenças mais graves em humanos. "O que vem acontecendo desde o início deste milênio é um 'salto de espécies', ou seja, o vírus salta de uma espécie animal em que é parasita habitual para a espécie humana". A partir de 2002, surgiram três novos coronavírus — Sars (que causa síndrome respiratória aguda grave) em 2002, Mers (síndrome respiratória do Oriente Médio) em 2012 e Covid em 2019. (DOMINGUEZ, 2020).

Desde o início de fevereiro, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a chamar oficialmente a doença causada pelo novo coronavírus de Covid-19. COVID significa COrona VIrus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto "19" se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram

---

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1995). Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS.

2 Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro. A denominação é importante para evitar casos de xenofobia e preconceito, além de confusões com outras doenças. Nesse sentido, percebe-se que o mundo passa por uma grave crise, causada pela pandemia do COVID-19. Ainda não é possível compreender os impactos que tal surto ocasionará, embora já se possa cogitar de que as soluções aos inúmeros problemas advindos da pandemia dependerão de mudanças sociais, políticas, econômicas, comportamentais e valorativas, bem como intepretações jurídicas que revisitarão inclusive institutos já aparentemente sedimentados.

Assim a pandemia deve aprofundar mudanças de paradigmas na sociedade e acelerar novas tendências, epistêmicas, em economia, tecnologia, saúde, educação, direito e relações sociais. Esta crise sanitária é sinal de uma crise civilizatória. Segundo Michel Maffesoli (2020), vivemos (talvez) o fim de um paradigma, e isso ficou ainda mais evidente agora, com a presença da morte a nos rondar. Há a saturação desse modelo progressista, que é o grande modelo da civilização moderna, ele está acabando agora. A epidemia atual tem uma expressão simbólica nesse sentido. Neste contexto, depois da crise ambiental e das novas experiências do terror já no século XXI, a crise sanitária da Covid-19 parece estar a exigir que não mais deixemos escoar o tempo para a construção de um novo projeto civilizatório, que leve em consideração esta transição paradigmática que agora nos bate mais fortemente à porta. Há, que se ressaltar, todavia que segundo Kuhn (2000, p. 116):

> a transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá, igualmente, uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificada a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos.

Verifica-se, nesse sentido que **esse** momento possui uma "identidade" própria, e parece caminhar para a fragmentação/desfragmentação de conceitos, de ideias, enfim, do próprio conhecimento. Neste sentido, assevera Giddens (2002, p. 19), "o mundo está sofrendo grandes transformações, que afeta a todos, tanto para o bem como para o mal, estamos sendo empurrados para uma nova ordem

de valores (ou não) que ainda não compreendemos na sua totalidade, mas cujos efeitos já se fazem sentir. ” Antes o processo de globalização era o responsável por produzir grandes mudanças com a rapidez dos avanços da tecnologia e da comunicação, caracterizava-se pelo poder de transformar as relações econômicas, jurídicas, sociais e culturais. Mas e agora no momento de pandemia mundial e também no pós-pandemia como isso se configurará? O fato de levar ao conhecimento de grande parte da população os acontecimentos mundiais exige um conjunto de condições necessárias para sua compreensão, como formação, conhecimento, acesso às redes de computadores, fatores ausentes na realidade de muitos países. Outra característica desse processo será ainda mais a compressão tempo/espaço, alterando de forma significativa a noção de ser “global” e ser “local”.

Observa-se que nesse momento (de crise sanitária mundial) que o mundo se manifesta como um processo amplo, incerto e ambivalente, em que várias questões ficam em aberto, sem respostas. De um lado, temos um sistema que oprime, de expansão do mercado, enfraquecimento das instituições, dos laços sociais; de outro, tem-se uma abertura do conhecimento, em que as informações mais longínquas chegam por meio da rede mundial de computadores, lives, conferências etc. Especificamente no âmbito cultural, percebe-se, de um lado, a tentativa de uma homogeneização; de outro, verifica-se um apelo, um cuidado na preservação de algumas culturas, uma fascinação pela diferença juntamente com a mercantilização da etnia e da alteridade. Nisso reside o caráter incerto, complexo e ambíguo (que era algo característico do processo de globalização) e passa a ser também desse momento de crise sanitária. Evidencia-se que todas essas transformações históricas estão intrinsecamente ligadas às mudanças pelo qual o capitalismo passou nos últimos séculos, o que provocou uma ruptura no modo de ser, de agir e de pensar dos indivíduos frente à realidade global e cultural.

2. A PANDEMIA DAS SOMAS: O DEBATE DE REGULAÇÃO E EMANCIPAÇÃO

Segundo Boaventura de Souza Santos e Meneses (2010, p.31-32), a característica predominante desse pensamento moderno ocidental abissal é a impossibilidade da presença dos dois lados da linha. Tudo aquilo que é produzido do outro lado da linha é tido como irrelevante, incompreensível e invisível, ou seja, não há conhecimento real. Um exemplo prático são os conhecimentos dos populares, dos leigos, dos plebeus, dos camponeses, dos indígenas – todos presentes do outro lado da linha nos quais tiveram o seu conjunto de saberes subalternizados,

considerados como primitivos, arcaicos, inferiores, etc.

Nesse sentido, a modernidade, por excelência ocidental, acaba sendo baseada na tensão entre regulação e emancipação social.[3] Essa dicotomia fundamenta as distinções visíveis; enquanto as invisíveis caracterizam-se pela distinção entre as sociedades metropolitanas e os territórios coloniais. Logo, o pensamento moderno ocidental abissal trabalha com essa lógica de produção e radicalização de distinções.

No campo do conhecimento, a ciência e o direito moderno ilustram perfeitamente a lógica do pensamento abissal no sentido de que em ambos há uma eliminação das realidades sociais presentes no outro lado da linha, onde nesse lugar há experiências tidas como desnecessárias, tornadas invisíveis, subalternizadas, primitivas, inferiores, etc. "A este respeito, o direito moderno parece ter alguma procedência histórica sobre a ciência na criação do pensamento abissal. " (MENESES & SANTOS, 2010, p.35). Em que pese tal situação, urge a necessidade de se reinventar o direito como instrumento de mudança social e, dessa forma, atender a demanda por uma boa sociedade – sem aspectos conservadores – uma vez que ele (Direito) desempenhou um papel mínimo na gestão entre regulação e emancipação social. [4]

Se pudéssemos datar um fato histórico como a primeira manifestação de uma linha global moderna, essa seria, provavelmente, o Tratado de Tordesilhas, assinado pelas duas potencias da época – Portugal e Espanha – no ano de 1494. [5] Entretanto, na visão de Boaventura de Sousa Santos, "As verdadeiras linhas abissais emergem em meados do século XVI com as amity lines (linhas de amizade)." (MENESES & SANTOS, 2010, p. 35). A mesma trabalhou com a lógica deste lado da linha e os territórios pertencentes do outro da linha. Deste lado predomi-

3 A relação entre regulação e emancipação social está contida em diversas obras do autor. Com o desenvolvimento do capitalismo, a ciência moderna acaba por se transformar em racionalidade hegemônica e força produtiva fundamental. Além disso, a observação crítica de fatos históricos revela que a Burguesia na época ascendente, transformou o conhecimento científico num conhecimento regulador hegemônico absorvendo para si o potencial emancipatório do novo paradigma. Por conseguinte, a emancipação social que era para ser o "outro" da regulação, acaba, gradualmente, tornando-se o duplo da própria regulação social. Aliás, para manter essa última, o Estado teve que intervir cada vez mais na vida das pessoas. Exemplo: Estado de Bem-estar Social, Welfare State. O conceito de Guerra de Posição defendido por Antônio Gramsci vai auxiliar o Estado na garantia dessas políticas de alimentação, saúde, habitação, etc. a qualquer cidadão como um direito político.

4 O direito, na busca pela emancipação social, deve assumir para si um caráter contra-hegemônico, lutando contra as ideias do pensamento moderno ocidental, no qual acaba por promover a dominação e exclusão de grande parte da população. Acrescenta-se ainda a valorização da modernidade subalterna como forma de emancipação social do direito.

5 O que se serviu como parâmetro de separação foi o meridiano a trezentos e setenta léguas a oeste das ilhas de Cabo Verde. A leste as terras seriam portuguesas, e a oeste seriam espanholas. Verifica-se que o Tratado de Tordesilhas garantiu a Portugal tanto o domínio do litoral africano, quanto, segundo cálculos e previsões portuguesas, a posse e o controle de um provável "litoral americano". Essa tese se confirmou em 1500, com o "descobrimento" do Brasil.

na a paz, amizade; do outro, violência e guerra.

Por conseguinte, a partir do século XVI, a discussão em torno das linhas globais feitas pelos europeus sobre o Novo Mundo, concentrara-se na determinação pelo colonial. Cita-se o caso do Brasil, no qual foi uma colônia de exploração voltada para o enriquecimento da metrópole Portugal. Para isso, vigorará entre a metrópole e a Colônia, o Pacto Colonial, que estabelecia ser o dever da colônia brasileira complementar a economia da metrópole, produzindo o que ela necessita, além de produtos tropicais que possam ser revendidos com lucro no mercado europeu.[6] Além disso, a colônia estava proibida de produzir tudo aquilo que possa competir com a produção da metrópole. Em suma, a metrópole detinha o monopólio das atividades comerciais, portanto, o papel da colônia era enriquecer a primeira seja através de recursos naturais ou humanos em benefício dos lusitanos.

Além da Colonização portuguesa na América ser por excelência de exploração, [7] existia também a colonização espanhola. Utilizando-se como pretexto para a exploração colonial o argumento da necessidade de civilizar os povos americanos – por meio da cultura e da fé cristã – os espanhóis simplesmente dizimaram as civilizações indígenas, escondendo por trás do empreendimento comercial e cristão a finalidade primeira, que era a busca dos metais preciosos a todo custo.

Nota-se que dois objetivos foram perseguidos economicamente: metais preciosos e produtos que pudessem ser vendidos nos mercados europeus com grande lucro. Nesse sentido, ao contrário da colonização portuguesa do Brasil, onde o negro tornou-se a principal mão-de-obra, e o tráfico negreiro um negócio lucrativo, na América Espanhola, a mão-de-obra indígena foi a principal fonte produtora.

Para um dos principais juristas franceses do século XX, Michael Miaille:

> [...] Os colonizadores europeus encontraram nos territórios em que se instalavam formas de organização social que ignoravam a noção universalizante e abstrata de sujeito de direito; pelo contrário, as relações pessoais de dependência eram muito fortes, num universalismo de solidariedade social representado por grupos que iam da família à tribo. [...] foi preciso destruir esta organização social e transformar os indivíduos em sujeitos de direito, capazes de vender a sua força de

6 Dentre as principais atividades econômicas realizadas no período encontram-se a extração do pau-brasil, a produção do açúcar, a mineração e a pecuária.

7 As colônias europeias podem ser divididas, em linhas gerias, de dois tipos: as de exploração e as de povoamento. Enquanto as primeiras são voltadas para o abastecimento do mercado europeu, sendo caracterizadas pela grande propriedade, pela monocultura, pelo trabalho escravo, extração de metais, etc.; as segundas foram implementadas na parte norte da colônia inglesa, no qual o clima não permitia o cultivo de produtos diferentes dos já plantados na Europa. Logo, a produção era voltada para o consumo interno com a predominância da pequena propriedade, a policultura, e a mão de obra familiar.

trabalho. (MIAILLE, 1979, p. 112)

Dessa maneira, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, esta realidade de exclusão é tão verdadeira hoje como era no período colonial. O pensamento moderno ocidental continua a operar mediante linhas abissais que **dividem o mundo humano do sub-humano.** Logo, as colônias representam um modelo de exclusão radical que permanece atualmente no pensamento e práticas modernas ocidentais tal como aconteceu no ciclo colonial.

Seguindo essa linha de raciocínio de submissão da colônia, há de se citar as Teorias do Contrato Social dos séculos XVII e XVIII no sentido de seu significado para com o tema. Elas trabalham com a ideia de que os indivíduos modernos, e, portanto, racionais, homens metropolitanos, firmam o contrato social visando à formação da sociedade civil com o consequente abandono do estado de natureza. Em contrapartida, há a criação do outro lado da linha de um território calcado justamente pelo estado de natureza sem possibilidades para essa população formarem a sociedade civil.

> A modernidade ocidental, em vez de significar o abandono do estado de natureza e a passagem à sociedade civil, significa a coexistência da sociedade civil com o estado de natureza, separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemônico, localizado na sociedade civil, deixa de ver e declara efetivamente como não existente o estado de natureza. (MENESES & SANTOS, 2010, p. 36-37).

Dessa maneira, assevera-se que a realidade de exclusão radical do período colonial é ainda hoje presente dentro da modernidade ocidental,[8] uma vez que a mesma continua operando com linhas abissais nas quais dividem o mundo humano do sub-humano, em verdadeiro e falso, em legal e ilegal, do domínio do direito para o domínio do não-direito, ou seja, atua sob uma ótica de subalternização de saberes e práticas que tendem a se acentuar pós-pandemia . Surge assim a necessidade de se analisar o processo de decolonialidade epistêmica, especificamente com relação ao desenvolvimento de alternativas decoloniais de fronteira, com o intuito de propor um pensamento jurídico "outro", o qual parta da emergência dos saberes jurídicos subalternizados e não da perspectiva eurocêntrica e colonial do conhecimento, talvez necessário nesse momento de crise sanitária, mas que também demonstra uma multiplicidade de outras crises.

3. A PANDEMIA, O COSMOPOLITISMO SUBALTERNO E A

8 "A modernidade entrou em colapso como projeto epistemológico e cultural, o que vem abrir um vasto leque de possibilidades futuras para a sociedade, sendo uma delas o futuro não capitalista e ecosocialista (o pós-moderno de oposição)." (SANTOS, 2003, p. 167)

PROPOSIÇÃO DE UM PENSAMENTO JURÍDICO/NECESSÁRIO "OUTRO"

Segundo *Castor M.M. Bartolomé Ruiz (2020, p. 1), e*sta pandemia de corona vírus está colocando a humanidade perante muitos desafios, porém, entre eles, talvez estejamos sendo testemunhas de uma grande crise civilizatória que está fazendo tremer os alicerces estruturais e culturais construídos pelo capitalismo nos últimos quatro séculos. Este modelo impôs a cultura do *homo economicus* como uma espécie de nova religião naturalizada. A cultura do *homo economicus,* muito mais que um projeto econômico ou político, tornou-se um modo de subjetivação através do qual as atuais gerações globalizam a cultura da mercantilização da vida e a descartabilidade econômica de tudo que se toca. (RUIZ, 2020, p. 1).

Nesse sentido, percebe-se que por mais que sejam excludentes suas ações, o pensamento abissal continua por reproduzir-se de maneira sinuosa. Logo, há a necessidade de construção de uma nova prática, ou seja, um novo pensamento – pós-abissal – no qual não compactue com as já tradicionais formas e ações ocidentais modernas de pensamento. É nesse sentido que entra o conceito de cosmopolitismo subalterno ou dos oprimidos, uma variante de oposição responsável por abrigar os socialmente excluídos (já são muitos e que tendem a se acentuar no pós-pandemia) e serão muitos, vítimas da visão hegemônica de cosmopolitismo. Argumenta Boaventura de Sousa Santos:

> O cosmopolitismo subalterno manifesta-se através das iniciativas e movimentos que constituem a globalização contra hegemônica. Consiste num vasto conjunto de redes, iniciativas, organizações e movimentos que lutam contra a exclusão econômica, social, política e cultural gerada pela mais recente encarnação do capitalismo global, conhecido como globalização neoliberal. (MENESES & SANTOS, 2010, p. 51)

O autor critica de maneira incisiva o neoliberalismo[9], tendo em vista que o mesmo além de assumir uma política econômica arcaica que passa pelo corte do gasto social, pela contenção do crédito, também acredita que o capitalismo conduz de maneira automática a eliminação das desigualdades. "Sua proposta é um corte entre a política econômica e a política social, esta última vista como su-

9 Essa proposta de organização do estado ressurge com a crise do estado-providência dos anos 70. A crise do Welfare State nos países centrais permitiu o renascimento de um novo liberalismo, agora baseado ao novo contexto do capitalismo. Os neoliberais defendem a idéia de que o estado entrou em crise por se ampliar de mais, dessa forma provocando o colapso. Conforme assegura Boaventura, "Desregulação, privatização, mercado interno do Estado, comparticipação nos custos, mercadorização, cidadania activa, ressurgimento da comunidade são algumas das denominações do variado conjunto de políticas estatais com o objetivo comum de reduzir a responsabilidade do Estado na produção do bem-estar social." (SANTOS, 2000, p. 155).

bordinada aquela" (BAUMGARTEN, 1995, p. 47). Em suma, o neoliberalismo representa um modelo de política econômica calcado no aumento dramático da desigualdade nas relações sociais.[10]

Em que pese tal situação, o cosmopolitismo subalterno importa em uma forma político-cultural de globalização contra hegemônica, assim dialogando com a proposição de um pensamento jurídico "outro", o qual parta da emergência dos saberes jurídicos latino-americanos subalternizados e não de perspectiva jurídico epistemológica eurocêntrica e colonial do conhecimento, uma vez que o objeto da discussão é a constituição de uma globalização contra hegemônica capaz de incluir várias concepções sobre o mundo, defender outro tipo de unidade na diversidade, que não seja simplesmente aceita, senão celebrada e muito necessária nesse momento de crise sanitária. Entretanto, a questão sobre o cosmopolitismo[11] não pode ser utilizada para defender os interesses exclusivistas de um grupo específico, devendo ser uma ferramenta de globalização contra hegemônica ao alcance de todos no combate as sequelas econômicas, sociais e políticas que já assolavam a todos e tendem a se acentuar pós-pandemia, propondo-se assim numa concepção alternativa.

Assim como o cosmopolitismo dos oprimidos representa uma forma de globalização contra hegemônica pós-pandemia, logo um projeto plural, "nisso residindo simultaneamente a sua força e a sua fraqueza" (SANTOS, 2003, p. 28), tal pluralidade, diversidade e intercultural idade não eliminam a possibilidade de diálogo e de compreensão mútua entre as diferentes lutas. Nessa lógica, o conjunto de saberes originários a partir da história local europeia tem de ser reconhecidos, entretanto este reconhecimento não implica que tais saberes devem ser os únicos pregados e impostos ao resto do mundo.[12]

É preciso avançar no sentido de tornar visíveis todos aqueles saberes, subjetividades, práticas e memórias nos quais foram relegados a tradição como exemplos de primitivismo e inferioridade para que ambas as visões de mundo – racionalidade ocidental e saberes jurídicos latino-americanos – possam conviver de forma cooperada, comunicando-se entre si, de tal modo como prega os

10 "Essa desigualdade, por sua vez, assume múltiplas formas, que não passam de outras tantas faces da opressão. A opressão dos trabalhadores é uma delas, porém existem muitas outras espécies de opressão, como, por exemplo, as que atacam as mulheres, as minorias, os povos indígenas, os agricultores, os imigrantes, os homossexuais e as lésbicas, os jovens e as crianças." (SANTOS, 2003, p. 29-30)

11 "Ao longo da sua história, a palavra já significou universalismo, tolerância, patriotismo, o estatuto de cidadão do mundo, comunidade dos seres humanos à escala mundial, etc." (SANTOS, 2003, p. 28)

12 O pensamento decolonial representa, atualmente, um espaço epistemológico privilegiado no qual deve ser profundamente analisado no âmbito dos espaços acadêmicos.

princípios de pluralidade, diversidade e interculturalidade do cosmopolitismo subalterno. Na medida em que isso se concretizar, ambos os discursos geraram conhecimentos verdadeiros sobre a natureza, a economia, a moral, a felicidade das pessoas e o próprio direito.

Cabe ainda destacar que tal artigo também visa propor uma decolonialidade e interculturalidade epistemológica dos saberes político-jurídicos, o que possibilita uma redefinição e ressignificação da retórica emancipatória da modernidade, incluindo a análise de conceitos como o de direitos humanos, uma vez que não obstante as concessões que fez aos trabalhadores e, por conseguinte as outras classes excluídas, o liberalismo político foi capaz de neutralizar o potencial emancipatório radicalmente democrático dos direitos humanos ao Percebe-se assim há necessidade de produção de diferentes conhecimentos e estes devem se originar a partir de distintas abordagens e conceitos.

Dessa maneira, há a necessidade da discussão ou até mesmo a proposição de um pensamento jurídico "outro" que parta da emergência dos saberes jurídicos subalternizados e não de perspectiva jurídico epistemológica eurocêntrica e colonial do conhecimento. Em suma, é preciso avançar no sentido de tornar visíveis os saberes que foram subalternizados, ou seja, saberes, subjetividades, práticas e memórias que foram relegados à tradição como exemplos de primitivismo e inferioridade.

Durante os últimos 500 anos não foi possível o reconhecimento da pluralidade epistêmica do mundo. Pelo contrário, apenas uma forma de conhecer o mundo, a racionalidade ocidental, postulou-se como uma solução universal aplicável em toda parte. Nesse contexto tradicional e autoritário de perspectiva eurocêntrica e colonial do conhecimento, Lucas assevera: "De fato, é importante que se desconfie dos argumentos causais e lineares tomados como verdadeiros ou bons pelo simples fato de terem respaldo histórico". (LUCAS, 2010, p. 34-35). Ou seja, não é pelo simples fato de tal discurso ser tradicional e histórico que se deve adotá-lo como inquestionável, absoluto, legítimo e aceitável, muito desse discurso resultou nos problemas que estamos vivendo hoje.

É claro que este conjunto de saberes que se originaram a partir da história local européia tem de ser reconhecidos. Entretanto, este reconhecimento não implica que tais saberes devem ser os únicos pregados e impostos ao resto do mundo.

Em suma, é preciso avançar no sentido de tornar visíveis os saberes que foram subalternizados, ou seja, saberes, subjetividades, práticas e memórias que

foram relegados a tradição como exemplos de primitivismo e inferioridade pela modernidade ocidental. Aliás, esta última entrou em falência como projeto epistemológico e cultural, já que ela continua operando mediante linhas abissais nas quais dividem o mundo humano do sub-humano,(bem visível nesse período de crise sanitária) em verdadeiro e falso, em legal e ilegal, do domínio do direito para o domínio do não-direito, ou seja, atua sob uma ótica de subalternização de saberes.

A observação crítica de fatos históricos revela que poucos são os saberes que não foram influenciados pelas concepções eurocêntricas, sendo assim, uma proposta decolonial deve ser, como assegura Walter Mignolo (2003), "de fronteira". As epistemologias de fronteira surgem a partir da emergência dos saberes subalternizados e silenciados que, de diferentes formas, visam ressignificar e repensar os conceitos hegemônicos – como direitos humanos, democracia, Estado, dentre outros – por meio de suas próprias epistemologias. Por isso que para o autor, há um mito que se criou de que os legados de línguas e pensamentos não europeus são de algum modo deficientes. A hipótese é de que as pessoas que falam e são educadas nessas línguas são de alguma maneira epistemicamente inferiores.

Ademais, cita-se uma plausível justificativa social na realização do presente estudo, no sentido do seu foco concentrar-se nas heranças coloniais e nos desafios pós-coloniais contemporâneos, constituindo-se este último um instrumento de análise do mundo de hoje, crescentemente interligado e multipolarizado. Não obstante, trata-se de um artigo transdisciplinar, conjugando contribuições da antropologia, sociologia, ciência política, filosofia, estudos culturais, etc.

A partir da opinião de que os pensadores jurídicos não devem silenciar diante dos múltiplos efeitos da colonialidade epistêmica e das possibilidades que emergem do pensamento decolonial latino-americano é que se considera relevante e fundamental tal pesquisa.

Dessa maneira, o estudo poderá colaborar para que os saberes subalternizados e enterrados pela colonialidade agora apareçam nos mais variados espaços e representem caminhos diferentes daqueles que foram propostos pelos projetos globais hegemônicos, como o cosmopolitismo subalterno, e assim contribua para a construção de um pensamento jurídico "outro" que possa pensar novas políticas, dentre elas as políticas de solidariedade, tão necessárias num momento como esse de crise mundial sanitária.

DIREITOS AUTORAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA – A INTERRUPÇÃO DO PROCESSO DE TRANSPOSIÇÃO DO ARTIGO 17 DA DIRETIVA SOBRE DIREITOS DE AUTOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL DA UNIÃO EUROPEIA

Rodrigo Vieira Costa[1]

Quem aniversariou durante a pandemia foi a Diretiva sobre Direitos de Autor no Mercado Único Digital (*Copyright in the Digital Single Market – CDSM*), Diretiva (UE) 2019/790. Há um ano era publicada sua versão final no Jornal Oficial da União Europeia, após quase três anos de um turbulento debate sobre a proposta apresentada pela Comissão Europeia para reformulação do acervo legislativo do velho continente em matéria de direitos autorais. A principal alegativa para a mudança do marco regulatório europeu acerca dos direitos autorais foi a de que as inovações das tecnologias digitais modificaram os modelos de negócio de distribuição e acesso a conteúdos protegidos no âmbito da internet.

A CDSM (UE, 2019, online) trouxe diversas inovações sobre limitações e exceções aos direitos autorais adequadas à sociedade da informação como a possibilidade do uso do método de prospecção de textos e mineração de dados por instituições de pesquisa e científicas, os usos de obras protegidas para finalidades educacionais e pedagógicas no ambiente digital, o direito de reprodução de obras de entidades de proteção do patrimônio cultural para fins de preservação e a utilização por elas de obras e outro material protegido fora do circuito comercial, além de medidas de negociação que reestabelecem o equilíbrio entre criadores ou intérpretes com intermediários das indústrias culturais e facilitação da concessão de licenças alargadas por entidades de gestão coletiva para exploração de conteúdo protegido. Por mais, destaca-se a o dever de previsão pelos Estados-membros da UE do direito de reprodução de obras de artes visuais em domínio público.

1 Investigador Visitante em Estágio Pós-Doutoral no Centro de Estudos Sociais (CES) na Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor de Direito Público da Universidade Federal Rural do Semi-Árido em Mossoró (UFERSA). Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (PPGD/UFERSA). Pesquisador-Líder do DiGiCULT – Estudos e Pesquisas em Direito Digital e Direitos Culturais. Membro do Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFERSA. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza (GEPDC/UNIFOR). Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Membro do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais - IBDCULT. Membro do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). E-mail: rodrigo.vieira@ufersa.edu.br.

No entanto, suas principais mudanças estão relacionadas: 1) aos direitos conferidos aos editores frente a plataformas de compartilhamento e busca que utilizem, agreguem e veiculem notícias e informações, sujeitando-as ao pagamento de licenças a fim de que possam disponibilizar aos usuários o direcionamento de conteúdos protegidos por direitos autorais, e 2) à disponibilidade de conteúdos protegidos por direitos autorais na internet por parte dos utilizadores comuns e a responsabilidade civil de prestadores de serviços de partilha de conteúdos *online (Online Content Sharing Service Provider* – OCSSP) por violações de direitos autorais.

Quanto a esses dois aspectos, o processo legislativo ordinário, que envolveu o Parlamento Europeu e o Conselho da UE, foi marcado por intensas divergências mobilizadas pelas gigantes da internet (Google, Facebook, Twitter), titulares de direitos autorais e a sociedade civil europeia. Para os primeiros, a Diretiva inviabilizaria economicamente seus modelos de negócio ao obrigá-los a firmar contratos de licenciamentos amplos e com um grande número de partes envolvidas. Por outro lado, para os artistas e indústrias criativas, a Diretiva trouxe a promessa de remuneração justa pelos conteúdos disponibilizados pelas plataformas dessas corporações. No meio disso tudo, os usuários se viram ameaçados pelo uso de mecanismos automáticos de filtragem de *uploads* pelas plataformas que passariam a identificar se os materiais compartilhados eram licenciados ou violações de direitos autorais, o que na compreensão dos movimentos que os representam se constitui em verdadeira censura prévia, ferindo a liberdade de expressão protegida pela Carta Europeia dos Direitos Fundamentais.

Chegou-se a profetizar o "fim da internet", juntamente com o banimento dos memes ("*meme ban*"), caso houvesse a aprovação da proposta da Comissão Europeia tal e qual enviada ao Parlamento e ao Conselho Europeu. Iniciou-se então um grande movimento contra o então artigo 13 que ganhou apoiadores em todo mundo (*digital influencers, youtubers e instagramers*, os "pioneiros da internet" como Berners-Lee e Vint Cerf), inclusive no Brasil (KOTTASOVÁ, 2018).

O sistema de controle e monitoramento prévio de conteúdos de filtros digitais das plataformas traz graves incertezas e inseguranças jurídicas para os utilizadores comuns como restrições indevidas ao acesso à informação, censura à liberdade de expressão, violação à privacidade e à proteção de dados pessoais, sem mencionar as ameaças ao caráter aberto e ao princípio da neutralidade da internet, comprometendo seu funcionamento, além de criar obstáculos para incentivos à inovação e à criatividade promovendo concorrência desleal entre as "gigan-

tes da internet" e plataformas menores (ex. Seznam, Wattpad) que não dispõem de recursos para implementação de tecnologias de prevenção dessa envergadura.

No segundo caso, o ponto mais polêmico da Diretiva, o artigo 13 transformou-se em 17[2]. O dispositivo inverteu a lógica de responsabilização dos usuários

2 A redação final consensuada pelo Parlamento e o Conselho foi publicada da seguinte forma: "*Artigo 17.o Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha* 1.Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido protegidos por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores. Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem, por conseguinte, obter uma autorização dos titulares de direitos a que se refere o artigo 3.o, n.os 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, a fim de comunicar ao público ou de colocar à disposição do público obras ou outro material protegido. 2.Os Estados-Membros devem prever que, caso um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha obtenha uma autorização, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, essa autorização compreenda também os atos realizados pelos utilizadores dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 3.o da Diretiva 2001/29/CE se estes não agirem com caráter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas. 3.Quando os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público nas condições estabelecidas na presente diretiva, a limitação da responsabilidade prevista no artigo 14.o, n.o 1, da Diretiva 2000/31/CE não se aplica às situações abrangidas pelo presente artigo. O disposto no primeiro parágrafo do presente número, não prejudica a possível aplicação do artigo 14.o, n.o 1, da Diretiva 2000/31/CE a esses prestadores de serviços para fins não abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva. 4.Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que: a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso; c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b). 5.Para determinar se o prestador de serviço cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do n.o 4, e à luz do princípio da proporcionalidade, devem ser tidos em conta, entre outros, os seguintes elementos: a) O tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço; e b) A disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços. 6.Os Estados-Membros devem prever que, relativamente a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União por um período inferior a três anos e cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de EUR, calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão (20), as condições por força do regime de responsabilidade previsto no n.o 4 se limitem à observância do disposto no n.o 4, alínea a), e à atuação com diligência, após a receção de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação ou de remover essas obras ou outro material protegido dos seus sítios Internet. Caso o número médio mensal de visitantes individuais desses prestadores de serviços seja superior a 5 milhões, calculado com base no ano civil precedente, os referidos prestadores devem igualmente demonstrar que envidaram os melhores esforços para impedir outros carregamentos das obras e outro material protegido objeto de notificação sobre os quais os titulares tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias. 7.A cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos não resulta na indisponibilidade de obras ou outro material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação. Os Estados-Membros asseguram que os utilizadores em cada Estado-Membro possam invocar qualquer uma das seguintes exceções ou limitações existentes ao carregar e disponibilizar conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha: a) Citações, crítica, análise; b) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche. 8. A aplicação do presente artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha facultem aos titulares de direitos, a pedido destes, informações adequadas sobre o funcionamento das suas práticas no que respeita à cooperação referida no n.o 4 e, caso sejam concluídos acordos de concessão de licenças entre prestadores de serviços e titulares de direitos, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos acordos. 9.Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha criem um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, disponível para os utilizadores dos respetivos serviços em caso de litígio sobre o bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido por eles carregado, ou a respetiva remoção. Sempre que solicitem o bloqueio do acesso às suas obras ou outro material protegido

por conteúdos disponibilizados nas plataformas dos prestadores de serviços digitais, inserindo nova regra em que os provedores realizam ato de comunicação ao público quando os utilizadores carregam conteúdos protegidos, e estabelecendo a obrigatoriedade para que envidem os melhores esforços para o licenciamento de todo o material protegido junto aos titulares sob pena da remoção das obras intelectuais e de determinação de sua responsabilidade sobre o ilícito. Porém, o texto aprovado na Diretiva não significa que os imbróglios entre os vários atores que participaram da sua discussão tivessem sido apaziguados numa fórmula de consenso. Tanto assim que o 17 (10) prevê que a Comissão Europeia, após junho de 2019, organizaria uma série de diálogos de cooperação entre plataformas, titulares de direitos autorais, organizações da sociedade civil em defesa dos usuários e consumidores, entidades de gestão coletiva, provedores de internet, dentre outros interessados, e os Estados-Membros, para a elaboração de diretrizes aos países da UE na transposição e implementação nas suas normas internas do polêmico dispositivo.

Esses diálogos de cooperação foram travados em seis reuniões, entre outubro de 2019 e fevereiro deste ano (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, online), com a participação de cerca de oitenta interessados inscritos previamente para integrar as conversas, além de representantes dos Estados-membros da UE. Essas tratativas de auxílio à Comissão Europeia para elaboração das diretrizes sobre o artigo 17 foram interrompidas pela pandemia do novo corona vírus, de modo que até o presente momento não há uma proposta concreta. Os eventos foram pensados

específicos ou a remoção dessas obras ou desse material protegido, os titulares de direitos devem justificar devidamente os seus pedidos. As queixas apresentadas ao abrigo do mecanismo previsto no primeiro parágrafo são processadas sem demora injustificada e as decisões de bloqueio do acesso a conteúdos carregados ou de remoção dos mesmos são sujeitas a controlo humano. Os Estados-Membros asseguram também a disponibilidade de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios. Esses mecanismos permitem a resolução de litígios de forma imparcial e não privam o utilizador da proteção jurídica conferida pelo direito nacional, sem prejuízo do direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes. Em especial, os Estados-Membros asseguram que os utilizadores tenham acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação no que se refere às regras em matéria de direitos de autor e direitos conexos. A presente diretiva não prejudica de modo algum as utilizações legítimas, como as utilizações abrangidas pelas exceções ou limitações previstas no direito da União, nem conduz a qualquer identificação de utilizadores individuais nem ao tratamento de dados pessoais, exceto nos termos da Diretiva 2002/58/CE e do Regulamento (UE) 2016/679. Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha informam os seus utilizadores, nas suas condições gerais, da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União. 10.A partir de 6 de junho de 2019, a Comissão, em cooperação com os Estados-Membros, deve organizar diálogos entre as partes interessadas com vista a debater as melhores práticas para a cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos. A Comissão, em consulta com os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, os titulares de direitos, as organizações de utilizadores e outras partes interessadas pertinentes, e tendo em conta os resultados dos diálogos entre as partes interessadas, emite orientações sobre a aplicação do presente artigo, nomeadamente no que diz respeito à cooperação a que se refere o n.o 4. Aquando do debate sobre melhores práticas, devem ser tidos em especial consideração, entre outros aspetos, os direitos fundamentais e a utilização de exceções e limitações. Para efeitos desse diálogo entre as partes interessadas, as organizações de utilizadores têm acesso a informações adequadas dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha sobre o funcionamento das suas práticas no que diz respeito ao n.o 4.”.

para atenuar as alegações contrárias inicialmente existentes com a proposta do antigo artigo 13 e ofertar possibilidades de harmonizar e uniformizar a Diretiva, neste ponto, internamente nos países.

Na primeira reunião, em outubro de 2019, o discurso de boas-vindas da Comissária Europeia para Inovação, Pesquisa, Cultura, Educação e Juventude, a búlgara Mariya Gabriel (Partido Popular Europeu – PPE) (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, online), enfatizou positivamente a liderança da União Europeia ao adotar a CDSM, porém ressaltando nítida e exclusivamente apenas aspectos econômicos que nublaram as divergências expostas no processo legislativo europeu e que, a depender do emprego do artigo 17 quanto aos poderes das plataformas para remoção de conteúdos, pode impactar usuários em todo mundo, inclusive na América Latina, pessoas e Estados que não foram chamados, por óbvio, a decidir e opinar sobre a Diretiva (CREATIVE COMMONSBR, 2019, online).

Apesar de toda a positividade discursiva, as reuniões se desenvolveram sob o clima do debate legislativo anterior, cuja síntese de partida não cabe nos sentidos da palavra cooperação constante na Diretiva. Os interesses e reclames permanecem distintos, dificultando o trabalho de orientação da Comissão Europeia. Em regra, os atores envolvidos nos rumos do artigo 17 reafirmaram e reforçaram suas posições divergentes sobre violações de direitos autorais na rede e proteção de direitos dos criadores e dos usuários, apesar de não haver um alinhamento claro entre seus representantes nesta etapa. Há uma desconfiança mútua, pretérita, entre as diferentes partes. Ainda assim, o que podemos depreender desse debate?

Os representantes dos direitos dos usuários e organizações da sociedade civil em defesa de direitos fundamentais na Europa continuam a denunciar que as grandes plataformas persistem na adoção das tecnologias de reconhecimento automático de conteúdo (*Automatic content recognition – ACR technology*), que são insuficientes para levar em conta as garantias dos utilizadores sobre se o *upload* realizado por eles é legal ou ilegal. As grandes plataformas, por outro lado, compreendem que o artigo 17 se trata de autorização para bloqueio ou remoção de conteúdos, a fim de afastar qualquer tipo de responsabilidade por material não autorizado ou infração. Já as indústrias culturais, como a da música e do audiovisual, entendem que o dispositivo é medida que trata fundamentalmente de licenciamento de obras junto às plataformas. Por outro lado, as pequenas plataformas de conteúdo reclamam que não possuem recursos nem para licenciar, tampouco para ofertar mecanismo tão eficiente quanto os de filtragem que as permita gerenciar os conteúdos compartilhados pelos usuários.

Para se aproximar de um caminho equilibrado entre direitos dos criadores, artistas e intérpretes e usuários, entidades de gestão coletiva de direitos autorais e setores da indústria da música defenderam que o artigo 17 é fundamentalmente um dispositivo de licenciamento coletivo, contudo não resta claro se isso se daria de maneira compulsória ou voluntária, dada a infinidade de conteúdos musicais compartilhados nas plataformas. Vale lembrar que nessas plataformas a linha distintiva entre criadores e usuários é tênue, pois elas se alimentam do conteúdo produzido pelos próprios utilizadores comuns (*user-generated content – UGC*), muitos deles podem se utilizar de licenciamentos voluntários para disponibilizar suas obras, já que não têm interesse em monetizá-las. No entanto, o setor musical admite uma maior eficiência distributiva e soluções negociais que afastariam as incompatibilidades com direitos fundamentais dos usuários.

Sugestões como as *blanket licenses* e o licenciamento coletivo amplo permitiriam que usuários ou plataformas pagassem periodicamente para certos tipos de uso ou acesso a obras musicais disponibilizadas previamente em um catálogo ofertado pelas entidades de gestão coletiva ou pelos representantes dos titulares dos direitos sobre a música.

Porém, a indústria audiovisual não comunga com essa ideia. Não é interessante para seu modelo de negócio *online* baseado em licenças exclusivas para aplicações de *streaming on demand* de diversos canais de distribuição. Daí porque sua posição nesse debate está bem mais próxima e interessada no uso dos mecanismos de filtragem para protegê-la de compartilhamentos ilícitos. Embora por razões distintas, o mercado editorial reza igualmente nessa cartilha.

É certo que os trabalhadores da cultura do setor audiovisual não se alinham com esse pensamento. As suas participações no diálogo sobre o artigo 17 demonstram muito mais preocupações de que sejam remunerados de forma justa, do que impedir a partilha das obras nas plataformas. Porém, essas vozes encontram pouca ressonância frente a quem dita o funcionamento da indústria cinematográfica.

Criadores das artes visuais também veem no artigo 17 uma excelente oportunidade de licenciarem seus trabalhos. Todavia, tudo depende também do interesse das plataformas nesse tipo de conteúdo como fotografias. Grandes plataformas de música e vídeo via de regra não demonstram enxergar tantos benefícios em licenças coletivas com conteúdos dessa natureza.

Embora entre as grandes plataformas (You Tube, Facebook) não tenha imperado o silêncio, suas apresentações sobre como funcionam e gerenciam o

conteúdo compartilhado tergiversaram sobre as suas disposições em modificar suas políticas ou trouxeram o mínimo sobre as tecnologias de reconhecimento de conteúdo, demonstrando a complexidade de sua aplicação.

As tecnologias de reconhecimento apresentadas pelas gigantes da internet que administram plataforma de conteúdo, como o *Content ID* do You Tube, são espécies de inteligência artificial baseadas no aprendizado de máquina (*machine learning*) na quais os algoritmos são treinados para realizar associações e correspondências entre o material disponibilizado pelo usuário e as obras protegidas disponíveis nos seus bancos de dados. De acordo com as próprias plataformas, a tecnologia atualmente existente não é capaz de distinguir contextos sob o abrigo de limitações e exceções aos direitos autorais, ou seja, se estamos diante de um uso livre e permitido ou ilícito. Ainda assim, nem toda correspondência encontrada pelos filtros é uma violação; pode se tratar de pequeno trecho de obra, inclusão incidental, citação ou apenas uma parcela do material compartilhado no *upload*.

Nesse sentido, as associações em defesa dos direitos dos usuários e acadêmicos (IViR et. al., 2019) alertaram durante as reuniões que os filtros só poderiam ser utilizados como medidas preventivas às violações de direitos autorais se em contrapartida permitissem o reconhecimento de aspectos contextuais e dinâmicos de usos legítimos sobre as obras. Além disso, advogaram que as políticas das plataformas devem possuir ferramentas transparentes de contestação ou contra notificação dos usuários, tendo em vista que muitas das solicitações de bloqueio ou remoção não advêm dos titulares de direitos autorais, tampouco nem sempre os compartilhamentos de obras protegidas são ilícitos. Assim, evitar-se-ia bloqueios excessivos e abusivos por parte das plataformas e reivindicações ilegítimas. O uso das ACRs também não pode vir desacompanhado do julgamento humano, sob pena de restrição indevida a partir de falsos positivos advindos dessas correspondências entre arquivos, ainda que as plataformas digam que o número de detecções errôneas é irrelevante.

Ao tempo que os mecanismos de filtragem são eficientes e rápidos, não são capazes de verificar e analisar o contexto do uso das obras intelectuais. "Bloquear ou não bloquear, eis a questão" não deve ser deixada a critério das máquinas, a liberdade de expressão dos usuários não pode estar desproporcionalmente à mercê do gerenciamento de filtros tecnológicos. Mas de longe as discussões sobre essas diretrizes parecem perto das preocupações conosco, meros utilizadores; os diálogos revelam o império da dor de cabeça do alcance desse dispositivo à liberdade de mercado. Mesmo países como Alemanha, que na época da aprovação da

Diretiva apresentaram declaração em favor do equilíbrio entre salvaguarda dos usuários, remuneração adequada dos criadores e filtros de *upload* (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2019, online), se mantém inertes na propositura de medidas legais quer minimamente harmonizem esses interesses. Aliás, a Alemanha apresentou seu projeto de transposição interna da Diretiva sem disposições regulamentares do artigo 17 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DA ALEMANHA, 2020, online).

Uma questão ainda permanece latente: há como compatibilizar filtros de conteúdo com direitos dos usuários? Dela resulta outra: em que medida as políticas de uso das plataformas estão preocupadas em garanti-los?

Em verdade, as plataformas não querem modificar sua lógica de funcionamento. Assim, preservam a maneira pela qual monetizam obras intelectuais de titularidade de terceiros. Uma política de remoção baseada nos direitos dos usuários, nesta ótica, seria desnecessária e infrutífera, pois em tese agem já estritamente sob os ditames das normas legais de proteção de direitos autorais. Haveria um custo que não compensaria.

Por outro lado, os direitos dos usuários postos em segundo plano são direitos fundamentais. A questão econômica não deve se sobrepor ou tentar justificar o exercício regular de direitos que estão sob o manto de limitações e exceções, no mesmo patamar da livre iniciativa (supostamente). O que se sabe até então é exatamente o contrário da confiança pregada pelas plataformas nos mecanismos automáticos de filtragem. O frenesi contemporâneo sobre o dogma na crença da predição algorítmica do dataísmo computacional não permite, como bem adverte a filósofa Miriam Rasch (2020, online), que esses atritos, essas fricções, sejam levantadas, afinal essa visão da hipereficiência tecnológica está aí para enquadrar imprevisibilidades e incertezas, perfilar e uniformizar linguagens e ações. Qual seria o espaço então para usos livres de obras em domínio público ou ao abrigo de limitações que dependeriam do contexto se denunciassem a incapacidade das ACRs atuais de fazer distinções entre o legal e o ilegal?

Diante da insistência das grandes plataformas de tratar a questão dos usos livres pelos usuários como algo menor, no mínimo, a utilização das tecnologias de reconhecimento deve vir acompanhada de garantias procedimentais nas quais os utilizadores comuns possam contestar bloqueios ou remoções. O que deveria ser evitado é a corroboração de práticas que induzam a aceitação de falsos positivos de violação de direitos autorais, a ignorar que muitas obras estão em domínio público ou sob o abrigo de limitações ou mesmo sob o manto do licenciamento

aberto (ex. Creative Commons), e a legitimar reivindicações excessivas, abusivas e ilegítimas de titularidade sobre obras intelectuais com outros fins.

Até agora a Comissão Europeia não sinalizou quais serão as diretrizes aos países da União Europeia para a implementação do artigo 17. É esperado que quando as orientações forem elaboradas, talvez seja tarde demais. Excetuando Luxemburgo, Malta, Portugal e Polônia, todos os demais Estados-Membros têm algum tipo de iniciativa de transposição da Diretiva em andamento e em diferentes estágios. A França já regulamentou o direito conexo para os editores, e há outra proposta em relação ao artigo 17 da CDSM em curso na Assembleia Nacional.

Por enquanto, diante do atraso, as organizações da sociedade civil em defesa dos direitos dos usuários, da liberdade de expressão, do domínio público e dos consumidores vão se movimentando no sentido de discutir e apresentar propostas que orientem os parlamentares a ajustar a legislação nacional em conformidade com as potencialidades da Diretiva para proteção dos criadores de conteúdo e a adoção de limitações e exceções aos direitos autorais que traduzam o uso justo e legal de obras em meio digital. Exemplo disso é a articulação da Associação Internacional Communia (2020, online) que elaborou suas diretrizes artigo por artigo, tendo por foco os direitos dos usuários e ampliando as orientações para fora da centralidade da cláusula problemática do artigo 17 em torno da questão da adoção de filtros de *upload* pelas plataformas de compartilhamento.

Com ou sem diretrizes, algumas perguntas sobre a responsabilidade das plataformas de compartilhamento ainda permanecerão sem respostas imediatas, como as formuladas pelo ativista italiano Stefano Quintarelli (2019), que tomarei aqui a liberdade de resumi-las sinteticamente e adaptá-las para o debate acerca da Diretiva: 1) afinal, o bloqueio/remoção de conteúdo ou exclusão de usuário por infração de direitos autorais deve ser decidido exclusivamente pela plataforma? Esta decisão ou a aplicação de outro tipo de sanção está apenas sujeita à liberdade do âmbito do poder privado da empresa?

O perigo da resposta da autonomia privada extremada esconde a posição dominante das gigantes da internet e a vulnerabilidade dos usuários. A transferência dessa responsabilidade para monopólios e oligopólios globais significa abdicar de políticas públicas sobre o imaterial que estabeleçam regras sobre transparência das atividades das plataformas (bancos de dados e estatísticas sobre bloqueios e remoções por exemplo), atitude esta que só fortalece aquilo que Shoshana Zuboff (2019) denominou de capitalismo de vigilância no qual os direitos e as

experiências humanas são usurpados em nome de modelos de negócio baseados no controle e instrumentalismo do comportamento.

Além de um dilema jurídico, as disputas sobre o alcance e os limites dos sistemas de identificação de conteúdo das plataformas para combater violações de direitos autorais nos põem questões éticas sobre os algoritmos das inteligências artificiais. O que não dá (ainda) é para atribuirmos julgamentos humanos complexos como diferir uma paródia de uma obra original a robôs. Falta-lhes o contexto e o senso de humor.

A PANDEMIA ENCONTRA A PESTE: O CONTENTAMENTO PERVERSO E A COVID-19

Samuel Mânica Radaelli[1]

> Você deve notar que não tem mais tutu / e dizer que não está preocupado / Você deve lutar pela xepa da feira / e dizer que está recompensado / Você deve estampar sempre um ar de alegria / e dizer: tudo tem melhorado / Você deve rezar pelo bem do patrão / e esquecer que está desempregado / Você merece, você merece / Tudo vai bem, tudo legal / Cerveja, samba, e amanhã, seu Zé / Se acabarem com o teu Carnaval? / Você deve aprender a baixar a cabeça / E dizer sempre: "Muito obrigado" / São palavras que ainda te deixam dizer / Por ser homem bem disciplinado / Deve pois só fazer pelo bem da Nação / Tudo aquilo que for ordenado / Pra ganhar um Fuscão no juízo final / E diploma de bem comportado. (Comportamento Geral, Gonzaguinha)

No livro "A Peste", Albert Camus vai retratar um quadro de desolação decorrente de uma doença que devasta uma cidade, no livro Camus alerta para um mal que adormecido pode reaparecer sempre, nisso faz uma alusão ao Fascismo como expressão da destrutividade humana. No presente, a pandemia surge em um período em que o "Bacilo da Peste fascista" sai da dormência, em face dele podemos perceber a condição comum de ameaçados pela catástrofe sanitária, embora a desigualdade torna uma parte mais vulnerável aos males do vírus.

Assim, a "peste" retrata por Camus e a pandemia vivida hoje enfrentam o desafio de unificar os humanos para resguardar a vida, esta tarefa revela o próprio ser humano como o maior obstáculo à preservação da vida. O contentamento perverso, expressão da subjetivação do Neoliberalismo, se coloca como desafio ético à agregação planetária.

1. O CONTENTAMENTO PERVERSO

Nas últimas décadas, a manifestação de um pensamento neoliberal, no qual a democracia é um valor apenas instrumental ante a liberdade econômica[2],

---

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUI (2005), mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS (2007), doutorado em Direito pela UFSC. Atualmente é professor do Instituto Federal do Paraná-IFPR e advogado

2 "Por neoliberalismo se entende hoje, principalmente, a doutrina econômica consequentemente, o liberalismo político é apenas um modo de realização, nem sempre necessário; ou em outros termos, uma defesa intransigente da liberdade econômica, da qual a liberdade política é apenas um corolário. Ninguém melhor do que um dos

tem incidido sobre a orientação política de muitos países guindados pela crise do Estado Social, os quais, em muitos casos, têm dificuldade de financiar suas políticas de bem-estar, devido a crises e ao processo de financeirização da economia. Socialmente é motivado pelo fenômeno que Galbraith chama de "cultura do contentamento", visão meritocrática adotada pela classe média, aliada à ideia de que a satisfação das apetências de consumo e uma suposta posição social possam ser ameaçadas pelos mais pobres[3]. Diante disso, forma-se o entendimento que os direitos fundamentais devem priorizar, ou ter como conteúdo exclusivo, apenas os direitos individuais patrimoniais.[4] Neste âmbito, surge o esforço em formar uma democracia em que o mercado esteja cada vez mais imune à vontade popular, mesmo que expressa pela via indireta.[5]

Nesse esforço de interpretação, esse autor elaborou a obra "A Cultura do Contentamento", a qual aponta as características desse comportamento, percebendo nele as seguintes convicções: 1) A ideia de que a classe média, ou nas palavras de Galbraith "uma maioria satisfeita", obteve essa posição social por meio de suas qualidades individuais, sem vinculação com melhorias sociais ou políticas públicas; 2) assim sendo, cada um por si, indiferente às questões sociais e políticas, conseguirá também melhorar de vida, ou seja, a longo prazo tudo terminará bem; 3) O Estado é um empecilho neste processo individual de melhoria de vida; 4) Tolerância para as grandes desigualdades de renda, a possibilidade dos ricos continuarem enriquecendo e os pobres continuarem empobrecendo não é vista como tendo os dois fatos vinculados, e, se houver alguma vinculação entre esses fatos, de qualquer forma isso representa um incremento no dinamismo da

notáveis inspiradores do atual movimento em favor do desmantelamento do estado de serviços, o economista Friedrich Hayek insistiu sobre a indissolubilidade de liberdade econômica e de liberdade sem quaisquer outros objetivos, reafirmando assim a necessidade de distinguir claramente o liberalismo, que tem seu ponto de partida numa teoria econômica da democracia, que é uma teoria política, e atribuindo à liberdade individual (da qual a liberdade econômica seria a primeira condição) um valor intrínseco e à democracia unicamente um valor instrumental. Hayek admite que, nas lutas passadas contra o poder absoluto, liberalismo e democracia puderam proceder no mesmo passo e confundir-se um na outra. Mas agora tal confusão não deveria mais ser possível, pois acabamos por nos dar conta- sobretudo observando a que consequências não-liberais pode conduzir, e de fato conduziu, o processo de democratização- de que liberalismo e democracia respondem a problemas diversos: o liberalismo, ao problema das funções do governo e em particular à limitação de seus poderes; a democracia, ao problema de quem deve governar e com quais procedimentos." BOBBIO, Norberto**.** Liberalismo e democracia. São Paulo: Brasiliense, 6º ed., 1997, p. 87-88.

3 "Há, contudo, algumas lições em um âmbito maior que perduram. Dessas, a mais completamente invariante é o fato de pessoas e comunidades favorecidas em suas condições econômicas, sociais e políticas atribuírem virtude social e a durabilidade política àquilo que elas próprias usufruem. Essa atitude prevalece mesmo diante de evidências irrefutáveis em contrário. As crenças dos privilegiados passam a servir então à causa de prolongar o contentamento, e as ideias econômicas e políticas da época são similarmente adaptadas. Existe um sôfrego mercado político para tudo aquilo que agrada e tranquiliza. Não são poucos os interessados em servir a este mercado e em colher as recompensas resultantes em dinheiro e aplauso." GALBRAITH. John Kenneth. A cultura do contentamento. Pioneira: São Paulo: 1992. P. 11.

4 BEDIN, Gilmar Antonio. Os direitos do homem e o neoliberalismo. 3º ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

5 SUPIOT, Alain. O espírito de Filadelfia. A justiça social ante ao mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2015, p.36.

economia, o que automaticamente melhora a sociedade.[6]

A ameaça a este contentamento viria daqueles que buscam mudanças sociais, por isso os contentados manifestam revolta contra os grupos mais marginalizados. Consolidado o pressuposto de que é o mérito individual a fonte de satisfação, as questões políticas são deixadas em segundo plano. Com isso, se as mudanças sociais não são a causa da melhoria de vida das pessoas, também o insucesso se dá por causas subjetivas. Na perspectiva do contentamento, a vida das pessoas se orienta pelo dístico fracasso e sucesso, decorrente de outro binômio: culpa ou mérito, sempre dado por fatores individuais.

O comportamento decorrente disso é a indiferença às causas sociais dos problemas que afetam as pessoas, elas passam a ser ocultadas pela culpabilização dos setores mais fragilizados. Os contentados não enxergam as causas, eles imputam culpas. Com isso, deixariam de existir as vítimas dos processos sociais, mas sim, culpados pelo próprio demérito. Os explorados passam a ser vistos com medo, desprezo e ódio; por outro lado, os exploradores se firmam no imaginário dos contentes como vencedores, detentores das habilidades a serem copiadas.

Se aqueles que sofrem com a exclusão dos bens necessários são os próprios causadores da sua desgraça, a eles não cabe amparo, ao contrário, é preciso contê-los para que o comportamento que causou a sua desgraça não atinja os contentados. A compaixão dá lugar ao medo, a aposta na violência é alternativa desesperada na busca por sair do medo. Os contentados pautam a política pela busca de segurança, por esse intento estão dispostos a abrir mão das liberdades e aceitar a submissão crescente à violência de estruturas cada vez mais arbitrárias.

A violência passa a ser o escudo protetor do contentamento, com ele se produz um paliativo para satisfazer o desejo por segurança. Por esta lógica, o diferente (outro) irrompe como sendo portador do medo, com isso justifica-se tratá-lo com violência, seja preventiva ou vingativamente. Nesse movimento, o contentamento adota a perversidade como prática moral, ou moralista.

A acepção de perversidade aqui tratada, a define como a violência contra os socialmente mais frágeis, em uma lógica na qual o sistema político-econômico forja subjetividades a partir de práticas de crueldade naturalizadas pela tradição e pelas estruturas políticas, econômicas e sociais. Neste âmbito, a relação entre Neoliberalismo e Fascismo se sedimenta pela ação do mercado que mobiliza as paixões fascistas, que são elas:

- Um senso de crise catastrófica, além do alcance das soluções tradicionais;
-A crença de que o próprio grupo é vítima, sentimento esse que justifica qualquer

6 *GALBRAITH. John Kenneth.* A cultura do contentamento. Pio*neira: São Paulo: 1992.*

> ação, sem limites jurídicos ou morais, contra os inimigos, tanto internos quanto externos;
>
> -O pavor à decadência do grupo sob influência corrosiva do Liberalismo individualista, dos conflitos de classe e das influências estrangeiras;
>
> - A necessidade da autoridade de chefes naturais (sempre de sexo masculino), culminando num comandante nacional, o único capaz de encarnar o destino histórico do grupo;
>
> - A superioridade dos instintos do líder sobre a razão abstrata e universal;
>
> -A beleza da violência e a eficácia da vontade, sempre que voltadas para o êxito do grupo;
>
> -O direito do povo eleito de dominar os demais, sem restrições provenientes de qualquer tipo da lei humana ou divina, o direito sendo decidido por meio do critério único das proezas do grupo no interior de uma luta darwiniana.[7]

Neste processo, o Direito, com se aparato conceitual, mas principalmente em seu aparato institucional, tem manifesto uma prática tipicamente fascista, caracterizada por duas atitudes: por um lado, algumas instituições se arrogam funções que extrapolam os seus atributos legais, assumindo missões salvacionistas, tais como garantir segurança pública e acabar com a corrupção; por outro, assumem uma fundamentação jurídica que posiciona a justiça, razão de ser do Direito, em um lugar abaixo da vingança, clamada pelos arautos do sentimento extremado.

Diante deste cenário, o contentamento perverso se caracteriza pela sujeição obediente às estruturas de poder que atingem com crueldade peculiar aos dois grupos indesejados: "os fracos", tratados com indiferença, e "os maus", aqueles a quem se destina a violência da repressão. Em uma sociedade assim configurada o contentamento se revela perverso, não só pela adesão à crueldade estrutural, na qual o sujeito se perde na massa, mas há também uma deliberação individual, que se revela no modo como os contentes perversos se manifestam ao grupo dos indesejados, composto pelos fracos e pelos maus.

A dupla atitude de perversidade ante os indesejados (indiferença para com os fracos, ódio aos maus), trata-os como merecedores da violência. Por conta disso, uns devem padecer ante a impossibilidade de imporem ao mundo a satisfação de suas necessidades, perecendo tidos como culpados por sua tibieza, outros, devem ser combatidos por optarem pela maldade, culpados por "optarem" por "causar prejuízo" à sociedade.

O contentamento perverso tem como uma de suas premissas a crença que

7 PAXTON, Robert. A anatomia do fascismo. Trad. Patrícia Zimbres e Paula Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 358-359.

da intenção vem o resultado, ou seja, basta, querer ser forte e basta querer ser bom, funda-se assim a crença de que o sujeito constitui-se pela sua apetência, que a partir da vontade poderá fazer e conhecer. Por esta crença, da vontade do sujeito decorre a sua condição social, sendo atribuído mérito em caso de êxito, culpa em caso de fracasso. Com isso, tornam-se comuns discursos como: "ninguém escolheu ser pobre, mas é culpado por sua incapacidade de gerar renda", ou ainda, "não aceite o papel de vítima".

2. O MERCADO E A DEMOCRACIA

Em um tempo em que muitos anunciam o fim das grandes narrativas teóricas, o mercado se apresenta como uma narrativa operacional apta a justificar e decidir sobre os rumos da vida humana, pondo-se por trás da razão instrumental, ele se impõe como instância que dita os rumos da vida das pessoas e das nações. Mais que um critério deliberativo, ele é o *locus* decisório global.

A soberania do mercado o coloca com força superior às instâncias políticas, a democracia se firma como um valor acessório ao mercado, autorizada a funcionar moldada pelos seus interesses, quando incapaz de dar conta deles, deve dar lugar ao autoritarismo. Desse modo, a ideia de soberania do mercado dita como a política funciona e se funciona, estabelecendo uma forma de tutela dos sujeitos cada vez mais dispostos a abrir mão da sua liberdade em nome da liberdade do mercado.

Diante das dúvidas da razão e da angústia do pensar, em um mundo que valoriza a objetividade e a praticidade, se dá a mitificação do mercado, assumindo a forma de uma divindade mundana com uma razão perscrutável: a relação de oferta e de procura. Nela a ideia de força e adaptação são tidas como fontes de ganho para todos, menos para os fracos, ou seja, a maioria. Assumindo assim um contorno religioso, naquilo que Assmann chama de idolatria do mercado;

> O paradigma do mercado irrestrito inclui, na sua pretensão de caminho inclusivo e universal, o reclamo de uma adesão incondicional. Exige-se uma fé irrestrita e uma confiança ilimitada no caráter benéfico da lógica econômica do paradigma. Tendo presentes muitas ressonâncias bíblicas da linguagem dos profetas acerca do que os ídolos prometem , mas não podem dar, diríamos em resumo: trata-se de um paradigma que pretende explicar por onde a vida adquire sentido, como se viverá livre e feliz, qual é a base da segurança individual e social, que caminho seguir para o bem comum, em que consiste o progresso material e espiritual dos povos. Nas suas formas mais exacerbadas, mas que não são outra coisa que o desdobramento consequente da lógica do paradigma, aparece a exclusão explícita de uma busca, coletivamente participada, de metas sociais prioritárias e uma anulação prática dos

> temas sociais mais candentes, mediante dogma de que nos é impossível adquirir certeza e consciência acerca de objetivos desse tipo devendo ser confiada a sua melhor efetivação à própria lógica dos mecanismo do mercado. Em síntese, o reclamo de adesão incondicional se reveste com todas as características da fé religiosa mais dogmática e inconcussa.[8]

A liberdade e a satisfação do mercado o colocam como instância quase metafísica que orienta o contentamento perverso. A exemplo de outras divindades, o mercado também estabelece o sacrifício humano como forma de purgação, visto como destino "natural" dos incapazes desprovidos de força e adaptabilidade, os quais não são dignos de compaixão, mas de imputação por sua fraqueza, por sua descartabilidade, mas principalmente pela pouca lucratividade.

A performance produtiva individual é o fiel da balança que determina a incidência do binômio mérito e culpa; àqueles que não trazem resultados, cabe a punição. Sacrifício também passa a ser usado como sinônimo do esforço necessário para "vencer", ou seja, aplicar todas as força vitais na produção até esgotar-se, com a possibilidade de redenção ou recompensa dada pelo consumo.

Neste quadro, os explorados passam a ser vistos com medo, desprezo e ódio, por outro lado, os exploradores se firmam no imaginário social como vencedores, detentores das habilidades a serem copiadas. A luta política dá lugar à luta individual, contra o outro, não contra o sistema político ou o modo de produção, a ascensão social passa a ser buscada por meio do investimento em si próprio ou pelo descenso daqueles que se situam na mesma posição social.

O comportamento daí decorrente é a indiferença às causas sociais dos problemas que afetam as pessoas, elas passam a ser ocultadas pela culpabilização dos setores mais fragilizados. Imbuídas da ideologia neoliberal, os indivíduos não vislumbram as causas das mazelas da sociedade, e imputam culpas. Por conta disso, não são percebidas as vítimas dos processos políticos, econômicos e sociais, ao invés disso são reconhecidas como culpadas pelo próprio demérito.

3. O CONTENTAMENTO PERVERSO E A PANDEMIA

O surgimento de uma enfermidade em escala global, portadora de uma ameaça letal propensa a atingir de forma mais intensa pessoas em situação de maior fragilidade sanitária e social, faz (re)pensar o mercado enquanto instância decisória, convicção na qual se assenta o contentamento perverso. O enfrentamento da pandemia depende da consolidação de mecanismos de cuidado e proteção da vida de forma universal, tal medida rompe com racionalidade centrada

8 ASSMANN, Hugo; A idolatria do mercado. In:_____ HINKELAMMERT, Franz. A idolatria do mercado: ensaios sobre economia e mercado. Vozes: São Paulo, 1989, p.251.

na culpa (dos fracos e maus) e mérito (dos fortes e bons).[9]

O discurso que enfatiza o mercado como uma arena de méritos se sustenta pela força da reiteração ideológica, pois o mercado não seleciona os melhores, mas sim os mais baratos, sejam produtos, sejam pessoas, as quais necessitam abrir mão da sua dignidade, estas são mercadorizadas devendo encaixar-se também aos cálculos de custo-benefício. Se estas crenças continuarem vigorando no combate ao Covid-19 não haverá filtros para a catástrofe.

Tem-se assistido os curados do COVID- 19 saindo dos hospitais portando cartazes com a mensagem "eu venci o COVID-19", usando o verbo vencer no singular estão traduzindo a ideia de uma vitória individual, a despeito do aparato de profissionais da saúde, equipamentos, medicamentos e hospitais, dentro outros insumos necessários ao tratamento desta enfermidade, os quais sintetizam uma infinidade de conhecimentos e recursos concebidos pelo esforço de todo a humanidade. Ao tratar disto como uma vitória pessoal, por mais que isso possa ser visto como um comportamento inadvertido e irrisório, se tem uma pequena, e até inocente, mostra do quanto o dístico vencedores e perdedores orienta a percepção das pessoas, em uma lógica onde a própria sobrevivência é encarrada como uma questão de força e mérito.

Do "comunismo chinês" ao neoliberalismo ocidental, é comum a ideia de que a democracia faz mal ao mercado, entre uma e outro a opção é pelo mercado. A razão dessa incompatibilidade decorre de que a democracia, em suas formas autênticas, implica o esforço para a satisfação das necessidades de todos na multiplicidade de suas dimensões, enquanto que o mercado trata da defesa do interesse de poucos. Desse modo, a incompatibilidade se "resolve" quando a democracia reflete de forma inconteste os interesses de quem impera no mercado, nesta hipótese a convivência é pacífica. Contudo, a pandemia causada pelo Coronavírus vem explicitar a lógica mercadológica, na qual as vidas podem ser descartadas para a manutenção do lucro.

Os enfermos pelo Covid-19 são a expressão agigantada da condição de vítima, a qual não pode ser ocultada, como as vítimas das múltiplas formas de opressão que o sistema econômico centrado na desigualdade pode produzir. Somente o compromisso com todas as vítimas podem superar esta ameaça humanitária

9 Hinkelammert retrata bem a insuficiência desta visão "O laissez faire, laissez passez se transforma no laissez faire, laissez mourir. Deixar morrer, deixar cair na miséria e na exclusão não é matar. A lei não permite matar, mas permite deixar morrer e levar pessoas a situações nas quais estão condenadas a morrer, ainda que de modo lento. São vítimas da liberdade, porque a lei instrumentalizada pela cobiça é considerada lei da liberdade. E a liberdade tem de oferecer sacrifícios humanos para poder assegurar o bem de todos. HINKELAMMERT, Franz. A maldição que pesa sobre a lei: as raízes do pensamento em Paulo de Tarso. Trad.: Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Paulus, 2012, p. 109.

> A revelação do outro por seu grito desesperado em busca de justiça, depois por sua palavra que parte de si e não de um ser alheio é o momento em que somos despertados para a existência desse outro, que é outro e não o mesmo. Justamente por ser uma palavra através da qual o outro diz-se, partindo de si-mesmo, ela é uma pro--vocação ao ouvinte que, impossibilitado de justificar tal palavra de outrem no interior de sua totalidade busca superar esta última rumo ao emissor da palavra. Nessa sua busca, que é uma resposta à pro-vocação sofrida, o ser é obrigado a transcender sua totalidade a fim de encontrar o que é que grita de mais-além. E encontra, ao transcender, não o que, mas quem grita. Encontra uma pessoa, um outro como sujeito autônomo, livre e distinto (não só igual ou diferente).[10]

A interpelação ética das vítimas reitera a necessidade de superação do mercado como instância decisória que se sobrepõe às demandas da vida. A pandemia surge como possibilidade de repactuação ética, mas isso depende da capacidade de compreender o desamparo do outro como manifestação do desamparo do mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste cenário, a afirmação dos direitos humanos demanda a insurgência contra os discursos de conformação subjetiva (autoajuda, empreendedorismo, meritocracia, conservadorismo). Do mesmo modo, importa na afirmação radical da alteridade das vítimas da indiferença, da exploração e do ódio.

A salvação de vidas depende da luta por reabilitar a escolha popular ante os ditames da acumulação que orientam o mercado. Para isso, o livre-arbítrio não pode limitar-se a ser uma escolha de consumo, necessita converter-se na capacidade das vítimas estabelecerem a sua saciedade como razão de ser da produção econômica. Logo, o mercado precisa ser visto como a fronteira da luta libertária e emancipatória da atualidade.

Assim sendo, a superação da Covid-19 e de outras tragédias humanitárias possuem uma condição incontornável: a capacidade da luta política dos oprimidos estabelecer as razões do povo para além dos interesses de mercado, bem como, as necessidades humanas para além do acúmulo. Estes são os sinais do sino, que neste tempo soando repete: " *se um torrão de terra for levado pelas águas até o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse o solar de teus amigos ou teu próprio; a morte de qualquer homem me diminui, porque sou parte do gênero humano*".[11]

---

10 DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 374.

11 DONE, John. Meditações. Landmark: São Paulo, 2007, p. 251.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA E ALÉM

Veyzon Campos Muniz[1]

1. INTRODUÇÃO

Martha Nussbaum, ao tratar de papeis institucionais, faz uma reflexão conveniente e oportuna ao afirmar que as "instituições são feitas por pessoas, e, afinal são as pessoas que devem ser vistas como tendo deveres morais de promover capacidades humanas". Entretanto, ressalta que se deve "pensar sobre os deveres como relativos, derivativamente, às estruturais institucionais".[2]

Com efeito, em um momento dramático em que o mundo perde a cada dia milhares de seres humanos, tomando por exemplo hipotético uma chefia de Estado ou liderança de governo, que ao ser instada a se manifestar sobre o aumento do número de mortes de seus cidadãos (totalizando mais de cinco mil óbitos à época), responde: *"E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê?"*, tem-se flagrante violação aos referidos deveres morais, ignorância integral quanto à promoção de capacidades humanas e grave atentado direto aos direitos e deveres a seguir pormenorizados.

2. DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A Organização das Nações Unidas – ONU declarou em 1986 o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para nele contribuir e dele desfrutar, albergando a ideia de que todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. Em síntese, tem-se a enunciação de um direito humano

---

1 Doutorando no Programa de Doutoramento em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra. Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Paulista e em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul e pela Universidade de Caxias do Sul. Advogado, jornalista e servidor público. E-mail: veyzonmuniz@gmail.com.

2 NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie.* São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 378.

ao desenvolvimento sustentável.[3]

Flávia Piovesan, oportunamente, leciona que o "desenvolvimento há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir", sendo "parte integral dos direitos humanos fundamentais", pelo qual se reconhece a relação de interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos.[4] É justamente essa estrutura de interdependência que enseja a afirmação da promoção de estruturas institucionais pacíficas, justas, eficazes, responsáveis e inclusivas como um objetivo de desenvolvimento sustentável – ODS, consoante a Agenda 2030 firmada em 2015 na Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável.[5]

Através do ODS nº 16, pautou-se a constituição de instituições dotadas de eficácia, responsabilidade e inclusão, com amplitude de transparência (16.6), a garantia de escolhas públicas democráticas (16.7) e a garantia ao acesso público à informação e a proteção de liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais (16.10). Assim, na experiência nacional, a tentativa executiva, através de medida provisória (MP 928/2020)[6], de suspensão de prazos de respostas, estabelecidos em Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)[7], de pedidos direcionados a órgãos públicos, durante a pandemia, como bem entendeu o Supremo Tribunal Federal – STF (ADI 6.351)[8], viola o mandamento constitucional de transparência e o próprio aludido ODS.

3. DEVER FUNDAMENTAL DE GOOD GOVERNANCE

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos – ACNUDH apresenta a concepção de "boa governança" de modo contextual e flexível, correspondendo a práticas administrativas, tanto de planejamento quanto

3 ONU. *Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento* (1986). Disponível em: http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm. Acesso em 17/03/2020.

4 PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direito ao desenvolvimento.* II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: PUC/SP, 2002, p. 06.

5 ONU. *Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável* (2015). Disponível em: http://nacoesunidas.org/pos2015/cupula/. Acesso em 17/03/2020.

6 BRASIL. *Medida Provisória nº 928/2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm. Acesso em 22/04/2020.

7 BRASIL. *Lei nº 12.527/2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 20/04/2020.

8 STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.351*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf. Acesso em 18/05/2020.

de execução, com respeito pleno aos direitos humanos e ao Estado de Direito, participação efetiva, parcerias multilaterais, pluralismo político, processos e instituições transparentes e responsáveis, eficiência e eficácia do setor público, empoderamento político das pessoas, equidade e sustentabilidade. Trata-se de um conceito de densificação ética da administração pública.[9]

Destarte, a governança qualificada é expressão da moralidade administrativa, correspondendo a um inequívoco sinalizador do desenvolvimento histórico e cultural das sociedades que permite, em planos teórico e normativo, afastar da gestão pública interesses (eminente e ilicitamente) privados. Tal constructo jurídico-administrativo é categórico na orientação de processos de tomada de decisões públicas pelos quais ações devem ser implementadas (ou não) de modo a concretizar um desenvolvimento de fato sustentável – social, ética, ambiental, econômica e politicamente.[10] Estabelece-se, assim, um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão pública, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade, nos termos do Decreto 9.203/2017[11].

Portanto, pode-se dizer que, em meio a pandemia, o Executivo federal brasileiro, igualmente através de medida provisória (MP 966/2020)[12], ao tentar mitigar a reprovabilidade de ações ou omissões praticadas por agentes públicos envolvidos no enfrentamento ao Covid-19 e pelos danos eventualmente causados por eles na economia dá sinal inequívoco de má governança. A fixação de punições restritas a hipóteses de dolo ou "erro grosseiro", em flexibilização imoral dos parâmetros fixados na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)[13], caracteriza-se como um exemplo de "*not good governance*".

Entretanto, ao analisar a constitucionalidade de tal medida, o STF (ADI 6.422 e outras)[14] interpretou-a conforme a Constituição, sob a égide do mandamento de responsabilidade da administração pública, determinando a con-

9 ACNUDH. *Good Governance e Direitos Humanos.* Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx. Acesso em 17/03/2020.

10 Cf. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro.* Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 61-4.

11 BRASIL. *Decreto 9.203/2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em 16/03/2020.

12 Brasil. *Medida Provisória nº 966/2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em 18/05/2020.

13 BRASIL. *Lei nº 8.429/1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 20/04/2020.

14 STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.422*. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752731313&prcID=5912213&ad=s#. Acesso em 22/05/2020.

figuração como erro grosseiro dos atos administrativos atentatórios ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da não observância de normas e critérios técnico-científicos (tal como estabelecidos por organizações médico-sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas) e dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Indo-se ao encontro do raciocínio de qualificação positiva e propositiva da governança dos serviços públicos, com vista à realização concreta da cidadania de seus usuários, compreende-se, a partir das lições de Juarez Freitas[15], a tutela jurídica da boa administração pública a partir do direito fundamental à administração pública "proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação adequada, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas".

Assim, asseverando-se que o dever de *good governance* encontra correspondência direta a tal direito, percebe-se a disponibilidade de observância, nas relações administrativas, da cogência dos princípios e prioridades constitucionalmente estabelecidos – especialmente daqueles relacionados à saúde, ao bem-estar e à vida no contexto de uma crise sanitária global. Logo, a gestão pública adjetivada pela "qualidade" pode ser sintetizada como a garantia de uma administração dos interesses públicos direcionada ao melhor interesse dos cidadãos.

Outrossim, quando o governo federal brasileiro, mais uma vez através de medida provisória (MP 926/2020)[16], buscou centralizar normas sobre o transporte intermunicipal durante a pandemia, percebe-se uma exacerbação da competência do ente federal atentatória tanto à autonomia dos demais entes federados quanto aos princípios da regularidade, da efetividade e da segurança, prescritos pelo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público (Lei nº 13.460/2017)[17]. O STF (ADI 6.341)[18], ao seu turno, frente ao questionamento judicial de tal

15 FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

16 BRASIL. *Medida Provisória nº 926/2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 22/04/2020.

17 BRASIL. *Lei nº 13.460/2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em 20/04/2020.

18 STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf. Acesso em 18/05/2020.

medida, afirmou a **competência federativa comum para a adoção de polícias sanitárias** e de defesa da saúde sem qualquer subordinação às determinações do Executivo federal, que publicamente se posiciona contrário a boas práticas de enfretamento ao novo coronavírus – tal como é o isolamento social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROSPECTIVAS

Retomando a referência prefacial, seguindo as lições de Martha Nussbaum[19], observa-se que as instituições devem impor "a todos, de modo adequadamente justo, a responsabilidade de apoiar as capacidades de todos, até um nível mínimo". Trata-se de um importante chamamento às instituições, sobretudo governamentais, ao protagonismo na modulação de comportamentos éticos na sociedade.

A consolidação de posicionamentos políticos e escolhas públicas compatíveis à afirmação do desenvolvimento sustentável e da boa administração, nesses termos, assenta-se como uma imposição do ordenamento jurídico interno e externo na mesma medida em que é uma meta tangível e desejável diante de um estado de crise pandêmica.

De fato, como bem pondera Boaventura de Souza Santos[20], as respostas que os agentes públicos "estão a dar à crise variam de Estado para Estado, mas nenhum pode disfarçar a sua incapacidade, a sua falta de previsibilidade em relação a emergências que têm vindo a ser anunciadas". Entretanto, as incertezas impostas pelo cenário crítico não são escusas para o desprezo ao elemento ético normativamente imposto à suas condutas.

O exercício de projeção prospectiva do mundo pós-pandemia impõe, em verdade, uma necessária revisão da percepção clássica quanto ao mérito administrativo. Muito mais do que um juízo discricionário de conveniência e oportunidade, deve-se instituir um juízo legal atento à construção de novos hábitos sanitários, ecológicos e socioeconômicos e ao enfrentamento das desigualdades estruturais, focando-se nas pessoas.

Antes da disseminação global do novo coronavírus, o direito humano ao desenvolvimento sustentável já impunha o estabelecimento de uma inter-relação virtuosa entre processos democráticos, crescimento econômico e respeito aos direitos humanos. Nos tempos que se seguirem a ela, ainda mais relevante

19 NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie.* São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 381.

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Lisboa: Almedina, 2020, p. 28.

será dar prioridade às capacidades humanas, a partir da construção de ambientes material e conjunturalmente seguros.

Nesses termos, a função executiva do Estado, no estrito atendimento ao dever fundamental de *good governance* e ciente da dimensão jurídico-política da sustentabilidade, deve, com eficácia direta, tutelar o direito ao futuro. Pelo que o manejo flagrantemente equivocado de medidas normativas de urgência e relevância, sem o devido apuro e cuidado, não pode subsistir como prática administrativa, sob pena de se violar o direito fundamental à boa administração pública conferido constitucionalmente ao cidadão.

Por conseguinte, rememora-se que são os usuários dos serviços públicos que convivem com o peso concreto de decisões políticas que subvertem a lógica ética, atendendo a interesses não-públicos e projetando condutas insustentáveis. Gestores públicos, no exercício da gestão da coisa pública, não podem se furtar aos paradigmas de boa administração e sustentabilidade, ainda mais em meio a uma crise médico-sanitária global, que se encaminha para uma grande recessão econômico-financeira e que dramaticamente, no caso brasileiro, pode acarretar a agudez de instabilidades políticas.

DA RENOVAÇÃO FILOSÓFICA QUE A COVID-19 REQUER NO DIREITO E EM NÓS

Willis Santiago Guerra Filho[1]

Paola Cantarini[2]

"Nur noch ein Gott kann uns retten". *Só mais um deus pode nos salvar*. Esta é a célebre frase contida na entrevista-testamento concedida por Heidegger à revista alemã *Der Spiegel*, em 1966, a ser publicada apenas após o seu falecimento, o que se deu dez anos depois. Frase que de certa maneira resume todo o seu percurso filosófico de diagnóstico de nossa época "da imagem do mundo (*Weltbild*)", para referir expressão que cunhou e consta do título de um significativo trabalho seu deste período, pós-publicação de *Ser e Tempo*; época assombrada pela ameaça da técnica. Nesta época, de obscuridade ofuscante, de "cegueira clara", para empregar a metáfora saramaguiana, as deidades foram afugentadas, ou exiladas, como preferia Heine. É certo que quem promove a fuga ou exílio foi e continua sendo sobretudo o Deus único ou trino dos monoteísmos, preparando a generalização do ateísmo e do cientificismo, ao que correspondente movimentos como os de interiorização da subjetividade e de privatização de experiências do sagrado. É a época da afirmação do humanismo, em múltiplas formas, como sucedâneo de formas mitopoéticas de nos situarmos na existência. Esse deus que nos salvaria precisaria emergir da recuperação desta capacidade teúrgica, quer nos restituiria uma humanidade perdida com o advento do humanismo. Sem

---

1 Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha; Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Comunicação e Semiótica (PUCSP); Doutor em Psicologia Social e Política (PUCSP).

2 Advogada e professora universitária. Bacharela em Direito pela UNIFMU. Mestre e doutora em Direito pela PUC-SP. Doutora em Filosofia do Direito pela Università del Salento (Itália). *Visiting researcher* na Scuola Normale Superiore de Pisa –Itália (Roberto Esposito, supervisor). Pós-doutora pela EGS - European Graduate School, Suíça em "Filosofia, artes e pensamento crítico". Pós-doutora pela UC-CES – Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais - tutor Boaventura de Sousa Santos. Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da USP – Departamento de Filosofia e TGD – Teoria Geral do Direito. Pós-doutoranda UNICAMP, PUCSP. Pesquisadora colaboradora do Departamento de Filosofia da UNICAMP, junto a Oswaldo Giacoia Jr., do Instituto de Altos Estudos da USP, junto a Teixeira Coelho, do Observatório do Racismo, coordenado por Teresinha Bernardo, do Grupo de Pesquisa Michel Foucault da Pós-Graduação em Filosofia da PUC-SP, coordenado por Salma Tannus Muchail e Márcio Alves da Fonseca, do Grupo de Pesquisa do Capitalismo Humanista, coordenado por Wagner Balera e Ricardo Sayeg, da Faculdade de Direito, e do Programa de Pós-Graduação em Tecnologias da Inteligência e Design Digital, em projeto sobre Inteligência Artificial, coordenado por Lucia Santaella, todos esses últimos da PUC-SP.

que isso signifique uma negação das ciências, antes pelo contrário: elas poderiam e, mesmo, precisariam ser reorientadas para além do serviço da técnica, em direção à poética, ressaltando seus poderes de criação (*poiésis*) de mundo, não só de produção (*téchne*) de imagens de mundo, ou de resultados economicamente lucrativos, em favor daqueles humanamente significativos.

Em texto intitulado "O Sagrado Selvagem", publicado em obra homônima, o cientista social francês que preconiza (e praticava) a poesia como método, Roger Bastide, outro dentre diversos que estiveram no Brasil pesquisando e lecionando, principia fazendo alusão ao dito de Nietzsche, sobre a morte de Deus, como sendo já praticamente o mesmo daquele que à época (o texto é oriundo de uma palestra proferida em 1973) se associava a Michel Foucault, sobre a morte do Homem, quando a voga estruturalista fazia eco a pronunciamentos como o de Heidegger, em sua célebre carta a Jean Beaufret, asseverando o despropósito e a impertinência do humanismo. Que o anúncio da morte de Deus (e da religião) correspondesse ao anúncio também da morte do Homem (e do humanismo), para Roger Bastide, seria "lógico, já que o homem só se constitui como homem através de sua relação com os Deuses".

E, de fato, é o que constatamos, se recorremos ao que nos ensina a antropologia, uma ciência, derivada da filosofia moderna – logo, pós-cristã, isto é, posterior e condicionada ao advento da subjetividade humana, referida ao Deus interiorizado e encarnado do cristianismo -, que tem como pressuposto fundamental a unidade do gênero humano, para sair em busca de regularidades incidindo sempre que estejamos diante dele, ou seja, de formas de se ser humano, como nós, ainda que se pareçam tão diversas.

Em todas as formas de organização social – e o humano só se manifesta e prospera em alguma delas – tem-se a presença do que para os seus componentes seria sagrado, índice de uma presença não-humana, a ser reverenciada, como divindade. Na esteira de René Girard, autor de "A Violência e o Sagrado" - tal como Michel Serres em "O Incandescente" e, de uma outra perspectiva, Lévinas, em obra cujo título já indica a distinção proposta: "Do sagrado ao santo" -, é preciso distinguir, no que é tido como divino e sagrado, a sacralidade e a santidade. O sacro é, literalmente, o excluído, o separado, mantido de fora do que é comum, profano – isto é, restrito aos que têm acesso ao lugar em que, secretamente, se pratica ritos iniciáticos -, e uma tal segregação pressupõe o emprego de violência, física ou simbólica, para que se verifique, bem como se mantenha. É um índice da presença de uma insanidade, ameaçadora, posto que pelo que se considera

sagrado se está disposto a matar e morrer. O santo, a santidade, como a própria etimologia sugere, ao contrário, é decorrente da sanidade, de uma compreensão sã e salutar, salvadora, capaz de desativar os dispositivos mortíferos que agem, sobre e através de nós, humanos. Esta cura, porém, requer a prévia existência e verificação da doença, do mal, a serem desfeitos.

Daí que, por exemplo, uma compreensão filosófica do direito, que por filosófica é universalista – no que reside, pode-se dizer, sua força e também terrível limitação -, nos termos que aqui se pretende esboçar, há de partir do entendimento da relação dele, por um lado, com esta violência, sacra, que é uma realidade, própria a nós humanos, por encontrada sempre que se tem a presença de uma organização social humana, e de outro lado, com a paz, santa, idealmente almejada, na convivência com os que fazem parte de dita organização, bem como no interior de cada um e também externamente, nas relações com os que dela não fazem parte, mas, em geral, pertencem a alguma outra, onde podem haver concepções diversas sobre como e o que se há de respeitar – no limite, por ser sagrado.

Do que se trata, então, é de buscar uma compreensão do ser que somos, enquanto humanos, em sua correlação com o direito, entendido como o meio com que estabelecemos, com proibições e sanções – portanto, com ameaças de exercício da violência -, nosso relacionamento pacífico uns com os outros, tendo como garantia uma referência externa e superior, sobreposta aos que se conflitam, em si e entre si. Espera-se assim atingir, uma compreensão fundamental, essencial, assim do humano como também do direito, tendo em vista a necessidade que verificamos de fortalecer um tal entendimento, na atualidade, pelo grau de incerteza e complexidade atingidos tanto pelas formas jurídicas de associação humana, como pelo nosso próprio modo de ser.

Daí que se precisa buscar, por meio de uma regressão simplificadora, a origem produtora das alterações trazidas ao mundo por esse modo de ser tão peculiar que é o nosso, o humano, agora confrontado mais uma vez com a possibilidade de extinção, desta feita em decorrência de seu, aliás, nosso modo de instalação no mundo, na expectativa de assim atingir uma melhor compreensão pelo menos do que nos diga respeito mais proximamente, como é o caso do direito. Não custa lembrar que a investigação não tem caráter histórico nem factual, visto que não se trata de responder a questões sobre ocasiões e causas do surgimento do ser humano e do direito, uma vez que nossa preocupação é com a discussão, filosófica, do sentido de tais fenômenos, partindo do dado de que aí estão e em

correlação, para indagar, antes, "o que são e por que são assim", do que "desde quando e como são". E se o que se busca é fazer sentido, o que se apresenta é o sentido encontrado, para a discussão dos interessados.

Uma primeira indicação, a fim de evitar a armadilha que representam os conceitos, algo explicitado por Hans Blumenberg (2013, p. 49), mas como a própria palavra alemã para "conceito" deixa transparecer, "*Begriff*", de *"greiffen*, agarrar, "indicação" há de ser entendida, em termos que se pretende mais precisos, isto é, no sentido em que Heidegger se referia a "indicações formais" (*formale Anzeige*), no início de sua longa carreira filosófica, tomando de empréstimo e ampliando noção devida a seu Mestre, Edmund Husserl, referida na "Abertura" da "Primeira Investigação (Lógica)": "índices" (*Anzeigen*) significativos, para distingui-los das significações já prontas e acabadas; "pistas" a serem seguidas, aqui fornecidas a título de mera sugestão, sobre um modo de ser do humano, ou como nele podemos perceber, fenomenologicamente, tendo uma conotação claramente jurídica, pois é a de que o ser humano é o ser responsável. Com essa indicação marca-se bem a sua, a nossa diferença em relação a seres que nos são tão próximos, como são os animais. O ser animal reage, ao invés de responder, donde não lhes podermos atribuir responsabilidade por seus atos, embora seja comum que lhes infrinjamos punições, praticando uma espécie de "imputação objetiva", para coibir ações suas que repudiamos. Essa nossa característica embrica-se inextrincavelmente com aquela outra, a liberdade, pois se nossas ações não são meras reações é porque são praticadas de um modo – por vezes mais, outras vezes menos – deliberado, sendo essa faculdade deliberativa própria de um ser reflexivo, devotado ao pensamento. Aqui cabe destacar a relação que guarda a responsabilidade-liberdade em que habita o ser humano com a sua natureza extraordinária. E extraordinário entendido primeiramente de maneira neutra, literal, como o que está fora de ordem, sendo isso assombroso, tanto no sentido de terrificante, pois é assustador ter a consciência de que dependemos de nossas deliberações para termos êxito na "luta pela existência", como também no sentido positivo, de ser maravilhoso, isso de tomar consciência da existência. Daí podermos concluir que, também literalmente, só o ser humano existe, por estar ("sistere") fora ("ex") de uma ordem natural, em que os outros seres simplesmente estão, por ser onde sobrevivem, mas não vivem nem morrem, propriamente, apenas começam e terminam, por não se saberem mortais. Deus ou deuses, evidentemente, também não existem, como nós e mesmo outros seres, animados ou não, tal como os percebemos. Acometidos dessa solidão existencial, uma resposta tipicamente humana está em supor a existência ainda maior desses outros seres,

míticos, divinos, que no animismo, tão comum e mitopoeticamente espontâneo entre os povos primevos, tribais, são associados a animais, plantas, pedras e tudo o que compõe um mundo percebido como tão vivo quanto eles (nós) mesmos, em quem, sob esse aspecto, se reconhece uma superioridade em relação aos humanos, ao se mostrarem seguros de si, de seu ser. De fato, não é nada fácil lidar com a instabilidade de ser que é própria do ser humano, o ser que, a rigor, não é, não tem um ser, fixo, donde se explica a criação de uma ordenação humana para nos fixar o ser, assujeitando-nos, tornando-nos o sujeito que somos, sendo semelhantes ao(s) que nos cria(m), pela fala que nos transmitem e nos permite construir o mundo em que habitamos, assim econômica como eticamente.

Eis o caráter extraordinário da vida humana, dotada de subjetividade (espírito, mente, consciência ou como se queira denominá-la), na qual se revelam ideias a respeito do universo "lá fora", bem como sobre a (ou as) divindade(s) que nos transcende(m), como ainda, reflexivamente, sobre si mesma, em si e em outros. Tal extraordinariedade é que nos atribui, propriamente, a responsabilidade, no sentido de que podemos assumi-la ou não, pela liberdade co(r)respondente, imanente deste modo de ser que somos. De antemão, no entanto, assombra-nos a possibilidade de estarmos pondo a perder uma oportunidade absolutamente excepcional – e isso, tanto individual como coletivamente, em escala mundial, inclusive – quando nos conduzimos sem sequer nos preocuparmos com o significado que pode ter isso de sermos dotados de consciência e da correlata reponsabili(ber)dade.

Referido, assim, ao que entendemos ser a relação co-institutiva entre a fabulação mitopoética, a religiosidade, o direito e o humano, então do que se trata é de verificar em que medida um componente jurídico, junto ao mítico-religioso, faz-se presente para fixar, em uma ordem, tudo o que cria esse ser criador que somos os humanos, a começar pela própria linguagem, que se origina, originando-nos, necessariamente revestida de formalidades, segundo nos propõe Rossenstock-Huessy, em sua obra sobre a origem da linguagem, com o caráter sacramental que antes destacara Johann Georg Hamann – uma fonte pouco considerada das reflexões bem mais notórias de autores contemporâneos como Walter Benjamin e seu seguidor Giorgio Agamben -, pois exige já um contexto adequado para que surja, que há de se conceber como devocional, reverente, ritualístico, mimético, por mítico-religioso. Em um tal contexto é que, por razões fáceis de se perceber, inserir-se-ia, para se manter e superar as adversidades, o ser que se extravia da ordem natural, buscando reencontrar-se, pensando reencontrá-la, criando, sem se dar conta, outras ordens, "co-naturais", animistas, imanantes, ou sobrenaturais,

transcendentes.

Assim, o direito compõe a argamassa que cimenta nossas relações uns com os outros, através da linguagem, em que ele se expressa e ajuda a fixar, sendo que nessa composição também se faz necessário o fluido da religião, entendida muito simplesmente, de maneira indissociável das práticas mágicas, com seus mitos e sua encenação, os ritos, como o faz Marcel Mauss (1968, p. 647), enquanto um conjunto de crenças, cristalizadas em dogmas, dogmas estes que também podem se revestir de conotação jurídica, donde ser na teologia e na jurisprudência, entendida como a ciência jurídica em sentido estrito, onde se verifica a permanência de uma estrutura dogmática de conhecimento, ou seja, de uma especulação racional sobre tais dogmas. Que não nos repugne, neste contexto, a possibilidade de nos defrontarmos com um novo humanismo, que entretanto não poderá incorrer em equívocos típicos dos puros humanismos, ao elegerem o homem e suas capacidades como a medida com a qual se avaliaria tudo o que nos diz respeito, tanto no campo do conhecimento, da teoria, em que imperariam as ciências, como naquele da ação, da prática, em que uma moral universalista e laica haveria de pautar nossa conduta, com pouca consideração para com situações particulares, singulares, e também para com as crenças que nos constituem, mesmo que sejam crenças ateístas.

Direito, magia e religião, portanto, estabelecem uma relação de simbiose, presente quando da afirmação pioneira do humanismo pelo romano Cícero, e retomada no Renascimento, a qual se pretendeu romper, com o humanismo da modernidade, eivado de formalismo, sem se perceber que o lugar deixado vazio, ao lado do direito, termina sendo ocupado por o que se vai chamar então de ideologia, para designar esse conjunto ou regime de crenças, as quais quando amparadas em especulações racionais não mais se apresentam como teológicas ou metafísicas, por não mais serem tidas como crenças, e sim como conhecimentos científicos, de acordo com o credo positivista – não nos livramos tão facilmente de crenças e ilusões, pois o que realizamos em geral é a produção de novas em substituição às anteriores.

Hoje em dia, no entanto, consideremos não ser de se dar crédito a pretensões, já de partida falsas (ou fracas), quando sugerem um acesso privilegiado à verdade, logo, à (única) resposta certa para questões complexas como as que temos de lidar na atualidade, donde a necessidade de se assumir um ponto de vista epistemologicamente democrático, radicalmente democrático, praticando uma abertura como aquela que se encontra entre cultores das artes e do mistério. Sobre a importância de tal aproximação entre a criatividade artística e a radicali-

zação da democracia vale muito ler a densa carta de Toni Negri (1988).

Isso significa que temos de promover (e nos envolvermos) em amplos debates e acirrados embates, incluindo o maior número possível de posições, mesmo aquelas acima descritas como fracas, de forma que sem um viés ideológico excludente possamos reunir aspectos de cada uma, a serem avaliados como corretos, por critérios previamente estipulados, mas também sempre revisáveis, com vistas à construção de respostas apropriadas a tais questões.

É assim que o desenvolvimento de uma filosofia como a que aqui se vem propor a discussão com vista à sua realização deve resultar em benefícios para quem a procurar já pelo envolvimento com uma tal discussão, mas também, indiretamente, para os que não a procuram, por não poderem, quererem ou aceitarem/reconhecerem que precisam dela, pois deverá se dar uma melhoria no relacionamento de quem se predispor a desenvolver tal conhecimento, voltado a uma melhor compreensão dos atos humanos e suas motivações. Sua necessidade parece tanto maior em tempos como os que vivemos, de crescente isolamento das pessoas, encapsuladas no mundo virtual da telemática, televisão, telefonia e todas as tecnologias da distância (*tele*), que nos afastam de um maior contato direto e pessoal, dificultando cada vez mais sua ocorrência, o que vem a ser agora radicalizado, levado ao extremo, com as medidas de prevenção da pandemia que nos acomete neste final da segunda década do novo milênio.

Note-se, de pronto, que tal empreendimento haverá de mobilizar e agenciar elementos provenientes das ciências humanas em geral, da filosofia em suas diversas modalidades e disciplinas, bem como das ciências naturais, posto que nossos atos são encenados por um corpo, que é, a um só tempo, social e natural. Além desses saberes por assim dizer "reflexivos", produzidos conscientemente com a finalidade de ampliar nossos conhecimentos, há uma contribuição fundamental a ser prestada por saberes, digamos, "espontâneos", gerados para atender uma finalidade antes social (ou individual) que teorética, como é o caso do Direito, das Artes e das Religiões, estas últimas em sentido o mais amplo possível, para incluir também formas anímicas, mágicas, mitológicas etc. Na filosofia aqui proposta, a ser construída em espaços de ensino/aprendizado coletivos, assim entendidas as salas de aula, presenciais ou virtuais, e outros congêneres, não é só ela que se beneficia desses saberes todos, mas eles também seriam beneficiados por ela, na medida em que encontram ali uma espécie de "campo de prova", um espaço em que são testados, concretamente, na vida das pessoas, em situações reais, saindo assim da abstração em que costumam ser produzidos e, inclusive, justificando-se socialmente – podendo mesmo, por que não, "entrar no merca-

do", tornar-se uma profissão, um meio de vida, voltado para a promoção da vida mesma, ou seja, um espaço de trocas simbólicas onde circula o símbolo por excelência de nossa sociedade, que é o dinheiro, a ser pago para se aprender a viver de modo novo, nas condições radicalmente novas, em transformação contínua e cada vez mais veloz, na sociedade volátil que é aquela comunicacionalmente mundializada.

A urgência desse pensamento em nosso tempo se explica justamente em razão do que nele vem-se produzindo, sob a influência do predomínio do pensamento técnico-científico – e o pensamento técnico, vale destacar, desde sempre e cada vez mais remete ao pensamento que a filosofia tornou científico, e vice-versa. Antes da ciência se tornar o que hoje – e desde já há algum tempo – ela se tornou, ela existiu embrionariamente enquanto técnica, faltando apenas o encontro histórico com a filosofia, primeiro, e, depois, com a religião monoteísta e personalista, de Deus onipotente feito homem, o cristianismo, para que se verificassem os pressupostos mais importantes, no plano ideológico, imaginário, de seu completo desenvolvimento – eis que se tem uma origem metafísico-teológica da ciência e de sua(s) técnica(s). Importa, então, efetivamente, verificar os modos de subjetivação produzidos na matriz ocidental, entendida como resultante da convergência entre (1) a filosofia grega, considerada como se define a partir da marca imprimida na Atenas socrática, (2) o direito romano, tal como elaborado no período imperial, e (3) a teologia cristã, de origem hebraica, mas desenvolvida sob a influência cultural grega e da política imperial romana, tendo em Paulo a figura decisiva, axial, em torno de quem esse desenvolvimento se dará. S. Paulo teria então descoberto um método de dissolver a "lei antiga" por meio de uma "política da verdade" que se põe a si mesma, fazendo da morte de Jesus, que para um romano seria banal, o "evento de Cristo", o tornar-se homem de Deus, para toda a humanidade, justo quando entre os romanos um homem se afirmava como Deus, Augusto, César, a ser cultuado como as famílias cultuavam suas divindades particulares, formando assim uma espécie de família entre os dissolutos romanos da decadente República sob as ordens de um imperador. Mas a "verdade", por Paulo mesmo qualificada como "escândalo", por paradoxal, seria sem fundamento, portanto não teria nada a ver com regularidades, condições e desenvolvimentos sociais? Mais plausível é pensar que também Paulo foi, em sua época, condicionado socialmente, e não o inventor de uma política autopoiética da verdade, que com o prolongar-se do "tempo da espera" (Agamben, 2016) veio a constituir a mentalidade e a institucionalidade do Ocidente.

A afirmação de que se goza de direitos pressupõe aquela de que hajam

direitos em sentido subjetivo, ou seja, de que se conceba como assujeitados ao direito, agora em sentido objetivo, aqueles que somos os seus destinatários. Nesse processo de subjetivação e correspondente introspecção se encontra assente o débito para com o cristianismo, já pela noção mesma que nele é central de ressurreição. O direito, especialmente desde sua elaboração pelos romanos, sob o influxo também da filosofia grega, revela-se efetivamente uma dentre as três matrizes fundamentais da configuração de nossa subjetividade, conferindo-lhe a forma para sua expressão institucional, definindo, por exemplo, nosso modelo de filiação, vinculação matrimonial, apropriação e disposição de bens etc. A concepção jurídica romana desenvolve-se com base em concepções éticas da última grande corrente filosófica grega, o estoicismo, que tanto influenciou, também, na concepção cristã, desde sua origem mesma, através de seu primeiro sistematizador, Paulo.

Os humanos somos seres em que(m) se encontra a instabilidade no ser plenamente manifesta, donde só suportarmos viver forjando explicações apaziguadoras em relação à finitude desse nosso viver, em face da certeza fundamental de que não fomos desde sempre nem seremos para sempre ou mesmo, quiçá, por muito tempo. Há nisso claramente uma regularidade, signo de ordem e lei a ser constatado; um saber a requerer explicações, que os mitos irão instituir, assim produzindo a ambientação humana no mundo, o mundo próprio de cada um de nós, coletiva e, mesmo, em certa medida, individualmente. É assim que, para vivermos da maneira, literalmente, desassombrada, requerida pela existência humana, temos de nos compor com a morte e os mortos, por meio de explicações e prescrições mitopoéticas, às quais, a seguirmos a proposta que entendemos haver na obra "Mitologia", do sábio luso-brasileiro Eudoro de Sousa, assumem em geral a forma de uma "teotanaturgia", que é também um modo de "aleteurgia" - como sabemos, no curso ministrado no Collège de France intitulado "O Governo dos Vivos", Foucault refere-se a tipos de aleturgia enquanto formas de veridição, ou seja, maneiras de dizer o verdadeiro, produzindo-o performaticamente por meio de procedimentos e rituais, revestidos de conotação, respectiva e mutuamente, jurídica e mágica, investigação que na atualidade foi aprofundada por Giorgio Agamben em um conjunto de obras pertencentes à parte final da série *Homo Sacer*, a partir de "O Reino e a Glória", examinando a ruptura introduzida pelo cristianismo com a ontoteologia greco-romana ao promover uma ontologia efectual realizada através da liturgia e do ministério eclesiásticos, avatares das formas de exercício do domínio que a secularização viria a introduzir sub-repticiamente na ética e na política modernas, logo, também no direito e na economia. Eis os

dispositivos que entendemos ser preciso desativar, para assim melhor podermos enfrentar, existencial e juridicamente, os efeitos da atual pandemia e de outras que se prenunciam.

Com isso, queremos dizer que a diacosmese referida por Eudoro de Sousa, a "manifestação da ordem do mundo", a verdade, pressupõe um ocultamento, objeto de culto, o mistério, onde habitam os que não vivem, seja por não precisarem, para existir, seja por terem morrido, e em ambas as hipóteses sujeitam-se a uma divinização com a correspondente sacralização: o mundo, tal como aparece e nele vivemos, o é graças ao desaparecimento e perecimento dos que nos transmitiram esse legado e dívida na vida, dentro da concepção aqui esboçada, segundo a qual é por dispositivos jurisdicistas que se produzem os modos humanos de instalação cósmica, fixando crenças básicas. Daí que se pode já perceber a espantosa novidade da diacosmese cristã, em que se postula ter o Deus único se feito humano, desacreditando assim qualquer outro mundo em que algo assim não possa ser sequer concebido, com isso lançando suspeita e descrédito sobre tudo e todos desvelados em modos e mundos diversos.

Do que se trata aqui, então, é de propor uma filosofia que se constrói a partir de enfoque que há de se beneficiar das descobertas e investigações feitas em outros campos, circunvizinhos, assim das ciências, artes e religiões (*sensu largissimo*), como naqueles da filosofia, especialmente da ontologia e da ética, pois haverá de se constituir a partir de uma análise da situação atual do ser humano em uma sociedade como aquela em que vivemos hoje, de escala planetária, que denominamos ocidental, mas que em um sentido civilizatório, isto é, diverso daquele meramente geográfico, como referiu em textos célebres sobre a crise de nossa civilização já há quase um século o filósofo Edmund Husserl, deixou de sê-lo, uma vez que está no mundo todo – e apesar disso, há peculiaridades nacionais e regionais que não se pode deixar de levar em conta, que de certo modo, retomando o que dissemos ao início, são diferentes modos de reagir religiosamente, na relação com Deus(es), inclusive rejeitando-O(s). É assim que, ao concluir seu livro "*Fenomenologia do Brasileiro*: Em Busca de um Novo Homem", com o qual muito podemos aprender sobre nós mesmos, enquanto partícipes de uma nação, no capítulo intitulado "Diagnóstico e Prognóstico", escreve Vilém Flusser (1998, p. 173): "no fundo, quando se trata de dar sentido à vida, quando se trata de engajar-se, quando se trata de 'um novo homem', é da religiosidade que se trata. E quem quer falar em religiosidade (em vez de vivê-la ou não vivê-la) cai na demagogia. Inclusive, quiçá, o subtítulo do presente ensaio". Tomemos isso antes como alerta, do que como vaticínio inexorável.

www.tirant.com/br

A coletânea “Pensar a Pandemia” conta com a colaboração de 88 autores e 53 textos. O resultado, um mosaico de temas e reflexões que oferecem ao leitor múltiplas perspectivas para refletir sobre os efeitos da pandemia na sociedade contemporânea.

A ideia do livro nasceu no âmbito das atividades desenvolvidas pelo grupo REC (Recife Estudos Constitucionais), cadastrado no CNPq e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Com o surgimento da pandemia e a suspensão das atividades presenciais, começamos a realizar durante três semanas uma série de entrevistas ao vivo através do instagram (@recifeestudosconstitucionais) com os parceiros com os quais interagimos nas nossas redes de pesquisa. A ideia logo evoluiu para a viabilização de registros escritos a serem publicados em momento posterior. Da mesma forma, percebemos que ante a pluralidade de questões enfrentadas pelos entrevistados, seria oportuno contextualizar também a publicação no âmbito da recém criada Clínica Interdisciplinar de Direitos Humanos da UNICAP, contribuindo para a ampliação do debate com a comunidade acadêmica e social do país.

tirant lo blanch

ISBN 978-65-87684-28-4