

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Sandra Mara Maciel de Lima; Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-423-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” contou pela primeira vez com a participação do Grupo de Trabalho - Direito e Saúde.

A saúde, a priori, configura-se como o bem mais precioso do ser humano, protegido tanto pela ONU como pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um dos maiores desafios do século. E mais,

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde deve ser compreendida não somente quanto à ausência de doenças, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Visando a efetivação do Direito à Saúde, as garantias foram estabelecidas e criadas, principalmente nos arts. 196 a 200 da CF/88, Lei n. 8.080 de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 9.656 de 1998 (que definiu as regras para funcionamento da saúde suplementar).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento destinado à saúde. Todavia, no Brasil há uma disparidade entre a realidade e o que é garantido constitucionalmente em matéria de saúde.

Sabe-se que o Direito à Saúde por vezes esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público e que, por consequência, a judicialização gera impacto no orçamento.

No atual contexto da pandemia COVID-19 não há uniformidade na política pública de enfrentamento à crise sanitária, pois Estados e Municípios têm adotado medidas mais restritivas que a própria União, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário, para defender o direito fundamental à saúde.

Sendo assim, em tempos de pandemia, o Poder Judiciário vem intervindo bastante na solução de demandas judiciais atinentes à saúde, para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

A preocupação maior é a preservação da vida e da segurança. Nesse sentido, o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual.

A partir da leitura minuciosa dos 23 (vinte e três) artigos selecionados para o GT Direito e Saúde extraem-se questionamentos e debates de assuntos extremamente relevantes nesse atual contexto de pandemia COVID-19, destacando-se esforços do mundo inteiro para a proteção da vida.

O primeiro artigo apresentado por Ana Clara Cunha Peixoto Reis, Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discorre sobre “A contribuição da Telemedicina no Atual Contexto Brasileiro: inovações e perspectivas”. Destaca a telemedicina como uma tendência irremediável, que contribui para a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento da produtividade), diminuição de filas de espera. A telemedicina figura como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis, e se destaca como uma inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19.

O segundo artigo de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães, intitulado “O Direito das pessoas com deficiência à saúde em época de pandemia viral no Brasil: uma análise bioética”, descreve os pressupostos referentes ao direito das pessoas com deficiência à saúde no Brasil no contexto da pandemia COVID-19. Analisam a tutela destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas que visam assegurar o direito destas pessoas consideradas vulneráveis, preocupando-se com os enormes desafios enfrentados por elas, no que tange à prevenção, tratamento ou reabilitação.

O terceiro artigo também de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães trata das “Mulheres com deficiência na busca por saúde: realidade e legislações”, e retrata as experiências de mulheres com deficiência no acesso à saúde, suas dificuldades e obstáculos, diante da disparidade existente na legislação pertinente ao tema, necessitando que Poder Público adote medidas para solucionar o problema.

No quarto artigo, os/as autores/as Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua intitulado “Ação Popular como proteção da moralidade administrativa em face dos atos lesivos praticados em tempos de pandemia”, abordam a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção

contra os atos lesivos à moralidade administrativa, assim como, destacam o aumento de atos e decretos para conter a pandemia, que relegam tal princípio norteador da Administração Pública, sendo necessário o aperfeiçoamento da Ação Popular.

No quinto artigo, as autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado “O Direito à Saúde e as “escolhas trágicas” no cenário transpandêmico brasileiro: da crise sanitária à crise Humanitária”. O objetivo do artigo é refletir sobre o Direito à Saúde diante da realidade transpandêmica brasileira em tempos de COVID-2019, uma vez que há incongruência entre a escassez de recursos públicos e o garantido pela CF/88 de garantia à saúde. Abordam a “Teoria das Escolhas Trágicas” de Guido Calabresi e Philip Bobbitt e a Metateoria do Direito Fraternal de Eligio Restá e destacam o estado de emergência sanitária e humanitária do país.

Em seguida, as mesmas autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado “Saúde, gênero e inclusão social no contexto da transpandemia COVID-19: a pluralidade bibliográfica do “ser migrante” no Estado do Rio Grande do Sul”. As autoras apresentam interseções entre saúde, gênero e inclusão social a partir da pluralidade dos imigrantes no Estado do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia COVID-19. Concluem pela necessidade de políticas públicas de acolhimento do “ser migrante” de forma a garantir uma vida digna a todos/as.

O sétimo artigo de autoria de André Luís Ribeiro, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco apresentam o trabalho intitulado “A vacinação como medida obrigatória em tempos de pandemia: uma análise sob a perspectiva do Direito Constitucional”, com o objetivo de discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação no contexto da pandemia COVID-19. Avaliam a possibilidade de se estabelecer restrições às liberdades individuais em razão da coletividade e analisam o conflito existente entre a autonomia individual e a proteção dos direitos coletivos, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade da vacinação.

A autoras Elda Coelho de Azevedo Bussinger e Shayene Machado Salles no oitavo artigo, apresentam o trabalho intitulado “Direito à Saúde na relação público-privado: análise das Organizações Sociais de Saúde sob a ótica do envolvimento empresarial na economia (componente do complexo econômico industrial da saúde)”. Sustentam que o sistema de saúde no Brasil tornou-se uma indústria e que o envolvimento empresarial no cenário político e econômico foi decisivo para a reforma do Estado dos anos 1990 e para a implantação de novas estruturas organizacionais.

No nono artigo intitulado “Estudo comparativo de normas de saúde pública quanto ao uso de máscaras e vacinas da COVID-19 sob a ótica comparada do federalismo para o Século XXI de Chemerinsky”, o autor Carlos Alberto Rohrmann ressalta que a pandemia COVID-19 demandou novas regulamentações que muito rapidamente impactaram a vida em sociedade, sendo necessária a análise da adoção de políticas públicas de incentivo ao uso de máscaras e vacinação, destacando a adoção de normas próximas das necessidades locais e os impactos negativos nacionais.

O décimo artigo “O Direito à Saúde no atendimento às pessoas vítimas de violência” de autoria de Joice Cristina de Paula e Edilene Aparecida Araújo da Silveira versa sobre o tratamento das pessoas que são vítimas de violência e seu impacto na saúde pública. Destacam a necessidade de ações que visem atendimentos específicos, inclusive com efetiva prevenção da violência.

As autoras Andrea Abrahão e Anna Carolina Miranda Bastos do Valle tratam no décimo primeiro artigo, das “Organizações Sociais e a política pública de gestão de saúde em Goiás”. O objetivo é analisar a legislação do Estado de Goiás pertinente ao tema, bem como as medidas adotadas para garantir o efetivo comprometimento das organizações sociais de saúde com transparência, ética e uso dos recursos públicos. As autoras salientando que tais organizações têm sido utilizadas como uma opção de prestação de serviços públicos de qualidade para a sociedade.

No décimo segundo artigo, os/as autores/as Claudine Freira Rodembusch e Henrique Alexander Grazi Keske exploram “A judicialização da saúde no Brasil pelo viés do impacto federativo: a competência concorrente e comum na pandemia e o Programa Assistir-RS”. Discutem acerca de gestão estadual, municipal e hospitalar pelo Programa Assistir-RS, diante de seu potencial de judicializar questões relativas às dotações orçamentárias e prestações de serviços de saúde. O texto expõe questões sobre a judicialização da saúde no país e as ações dissonantes entre União e Estados no enfrentamento da pandemia.

Em seguida, no décimo terceiro artigo, “Necropolítica no Brasil: um olhar sobre os desastres ambientais e seus impactos na saúde humana”, a autora Emmanuelle de Araujo Malgarim reflete sobre a sociedade pós-colonial da realidade brasileira, diante da população vulnerável e por fim, conclui que a precariedade da saúde humana e os desastres ambientais podem estar relacionados a uma estratégia de “limpeza social”.

A autora Lara Ferreira Lorenzoni, no décimo quarto artigo, explora o “Estado de exceção epidemiológico e direito fundamental à saúde: entre ação e omissão nas políticas sanitárias

brasileiras de 1904 e 2020”. Discute a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, com base no direito à saúde, analisando os fatores que levaram à Revolta da Vacina e a crise sanitária no Brasil, ação esta que tomou proporções alarmantes diante das inações do governo federal.

No décimo quinto artigo, os autores Daniel Jacomelli Hudler e Alexandre Lagoa Locatelli apresentam o trabalho intitulado “Direito à Saúde: desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde”. O objetivo do texto é averiguar a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Concluem que o sistema de saúde híbrido acaba por favorecer o lucro do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro, pois tal negativa é abusiva.

No décimo sexto artigo, a autora Fabiane Aparecida Soares da Silva Lucena apresenta o trabalho intitulado “Judicialização da Saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário”. O objetivo da autora é identificar as consequências que a judicialização da saúde traz para o Estado e para a sociedade. Conclui, por fim, que este socorro é legítimo e atende aos princípios constitucionais, pois a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O autor Jarbas Paula de Souza Júnior, no décimo sétimo artigo, apresenta o trabalho intitulado “O capitalismo de vigilância e a medicina preditiva – dos benefícios dos riscos”. Visa analisar a problemática da aplicação da inteligência artificial em relação a eventuais benefícios e riscos decorrentes da extração, armazenamento e processamento de dados através do Big Data. Identifica avanços em razão da capacidade de processamento de dados de saúde, dentre eles a formação de diagnósticos médicos precoces mais precisos.

No décimo oitavo artigo, as autoras Ana Maria Carvalho Castro Capucho e Viviany Yamaki apresentam o trabalho intitulado “O Direito Humano à Saúde da pessoa idosa e a pandemia de COVID-19”. O objetivo é avaliar a (in)adequação do critério etário como condicionante para admissão em leitos de unidade de terapia intensiva. Nesse sentido, concluem que as normas de direitos humanos, políticas públicas e a democracia sanitária são fundamentais para combater o preconceito e a discriminação e para garantir a efetivação do direito humano à saúde da pessoa idosa, garantindo-lhe condições dignas e igualitárias.

O autor Tiago Miranda Soares, no décimo nono artigo, apresenta o trabalho intitulado “A dimensão biopolítica do poder de polícia administrativo: biopoder e vigilância sanitária em tempos de pandemia”. Relaciona o poder de polícia administrativo exercido pela vigilância

sanitária com conceitos de biopoder, política médica e economia política, na busca de identificar como o Estado age perante a vida do indivíduos no contexto da pandemia COVID-19.

No vigésimo artigo, os autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão apresentam o trabalho intitulado “O Ministério Público na efetivação do Direito à Saúde”. Visam tratar dos limites e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, principalmente no que tange ao direito de exigir em face da administração Pública prestações essenciais à proteção, garantia e recuperação da saúde.

Os mesmos autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão, no vigésimo primeiro artigo, apresentam o trabalho intitulado “Diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os primeiros trinta anos do Sistema Público de Saúde”. Apresentam o conteúdo do direito fundamental à saúde, para amparo teórico aos operadores do direito envolvidos com as lides atinentes ao direito à saúde, tendo o seu titular a faculdade de opor em face do estado e do particular obrigações pertinentes à preservação e recuperação do completo bem-estar físico, mental e social.

No vigésimo segundo artigo, as autoras Eliana Lima Melo Rodrigues e Sandra Mara Maciel de Lima, apresentam o trabalho intitulado “A teoria da perda de uma chance na seara médica: uma análise sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro”. O objetivo é analisar a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, concluindo que a oportunidade de obtenção de vantagem ou expectativa de não sofrer danos jamais poderão ser desprezadas pelo julgador, sob pena de injustiça.

E por fim, no vigésimo terceiro artigo, as autoras Edith Maria Barbosa Ramos, Laisse Lima Silva Costa e Rafaela Santos Lima apresentam o trabalho intitulado “O Sistema Único de Saúde no Brasil: trajetórias e desafios”. O objetivo é analisar a criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, a inserção do direito à saúde na Constituição Federal, sua regulamentação e os desafios para a sua efetiva concretização.

Nesse peculiar momento histórico, no qual a humanidade enfrenta a pandemia COVID-19, percebe-se as fragilidades do sistema de público de saúde, a precariedade da colaboração entre os entes da federação em busca de soluções para evitar a propagação do vírus, assim como, que o trabalho de pesquisa dos/as autores/es acima mencionados representa o resultado das demandas sociais em matéria de direito e saúde.

Nas palavras de Assafim :

a missão do pesquisador é melhorar o mundo. Especialmente, obrigação de melhorar nosso país... Uma questão de combate à pobreza, a fome e a bem da defesa da saúde: pugna pela vida. Assim, por a pesquisa a serviço das grandes causas nacionais é uma obrigação inalienável de cada professor brasileiro.

Honradas em coordenar este primeiro GT de Direito e Saúde, na esperança de que a pandemia passe logo e possamos nos encontrar presencialmente.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Sandra Mara Maciel de Lima - Centro Universitário Curitiba

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - Fundação Getúlio Vargas

**ESTADO DE EXCEÇÃO EPIDEMIOLÓGICO E DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE: ENTRE A AÇÃO E A OMISSÃO NAS POLÍTICAS SANITÁRIAS
BRASILEIRAS DE 1904 E 2020**

**EPIDEMIOLOGICAL STATE OF EXCEPTION AND THE FUNDAMENTAL
RIGHT TO HEALTH: BETWEEN ACTION AND OMISSION IN BRAZILIAN
HEALTH POLICIES FROM 1904 AND 2020**

Lara Ferreira Lorenzoni ¹

Resumo

A crise sanitária brasileira no contexto da pandemia por Covid-19 em 2020 tomou proporções alarmantes que causaram espanto em todo o mundo. Pensando especialmente nas inações por parte do governo federal nesse sentido, indaga-se se, em comparação às medidas emergenciais características do evento histórico Revolta da Vacina, houve um estado de exceção por omissão por parte do Estado brasileiro. Para responder a essa problemática, apresentou-se a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben para, com base no direito fundamental à saúde, analisar criticamente os fatores que levaram à Revolta da Vacina e à crise sanitária no Brasil.

Palavras-chave: Estado de exceção, Direito fundamental à saúde, Revolta da vacina, Pandemia, Covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

Brazilian health crisis in the context of the Covid-19 pandemic in 2020 caused astonishment around the world. Thinking especially about the inactions of the federal government in this regard, we ask whether, compared to the emergency measures characteristic of the historical event Vaccine Revolt, there was a state of exception by omission on the part of the Brazilian State. To answer this question, the theory of the state of exception by Giorgio Agamben was presented to critically analyze, based on the fundamental right to health, the factors that led to the Vaccine Uprising and the sanitary crisis in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State of exception, Fundamental right to health, Vaccine revolt, Pandemic, Covid-19

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV (bolsista FAPES). Mestre em Direito Processual pela UFES (bolsista FAPES). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Teoria Crítica do Constitucionalismo. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O estado de exceção é uma categoria filosófica já trabalhada por diversos autores. Em Giorgio Agamben, significa o campo de indeterminação criado entre o mundo da vida e a norma que impede qualquer realização dessa última. Muitos podem ser os motivos para que isso ocorra. Nesse texto, apostou-se que tal fenômeno se encontra tanto na Revolta da Vacina, de 1904, quanto no Brasil de 2020, mais precisamente, na forma como as autoridades competentes, especialmente as que compunham o governo federal no período, portaram-se diante da pandemia pela Covid-19 que assolou o mundo quando a principal providência que restava para a contenção do vírus era o distanciamento social. O *objeto* desse trabalho é, portanto, a crise sanitária brasileira pré-vacina de 2020.

Nessa lógica, pontuou-se o seguinte *problema*: em comparação ao excesso de ação quanto às medidas emergenciais que engendraram a Revolta da Vacina em 1904, é possível falar-se num estado de exceção agambiano por omissão no que se refere a um não fazer do Estado brasileiro no tratamento da pandemia por Covid-19 no ano de 2020, especificamente no período em que ainda não havia vacinas disponíveis?

A *hipótese* trabalhada é a de que tanto a ação estatal desmedida quanto a omissão são capazes de configurar o estado de exceção em tela, visto que geram o *locus* instável e voraz que absorve direitos fundamentais, não permitindo que cheguem ao mundo anômico da vida. Por isso, os *objetivos* traçados foram: apresentar a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben; identificar a saúde como um direito fundamental; analisar criticamente os fatores que levaram à Revolta da Vacina e, posteriormente, à crise sanitária no Brasil em 2020; propor a realização ou não do estado de exceção agambiano nos fatos históricos elencados.

Para tanto, a pesquisa dividiu-se em quatro capítulos. No primeiro, explicou-se a teoria de Giorgio Agamben, fazendo-se um cotejamento com os estudos de Walter Benjamin e Carl Schmitt. Num segundo momento, elaborou-se brevemente o conceito de direitos fundamentais, demarcando-se o direito fundamental à saúde. No terceiro nível, trouxe-se uma apreciação crítica e histórica acerca da Revolta da Vacina, o que, por último, foi feito no quarto tópico, porém, em se tratando da emergência pandêmica que caracterizou o ano de 2020.

Em relação à *metodologia*, utilizou-se a dialética marxista, trabalhando-se com a contextualização histórico-social do objeto, sem se perder em elucubrações descoladas da realidade material.

2 O ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN: UMA LEITURA A PARTIR DE CARL SCHMITT E WALTER BENJAMIN

Muito já se especulou acerca do conceito de estado de exceção. Em suas “Teses sobre o conceito de história”, Walter Benjamin desenvolve, na tese VIII, a ideia de que o verdadeiro estado de exceção ocorrerá com a abolição da dominação, ensejando a sociedade sem classes. Nesse sentido, o cortejo triunfante dos vencedores ao qual historicamente se assiste (e se identifica), na realidade, não é a exceção, e sim, a regra. O estado de exceção genuíno seria, pois, a interrupção dessa ordem de coisas (LÖWY, 2005, p. 85). Isso se deve à interpretação benjaminiana do direito como violência normatizada (posta pelas instituições oficiais), em oposição à violência pura (revolucionária).

A violência pura, em Benjamin, seria uma espécie de violência última para pôr fim à violência perpetuada pela política institucional, pois, como aponta Reyes Mate (2011, p. 192), o pensador judeu já havia destacado a existência de uma “cumplicidade entre direito e violência”. O ato de criação do direito é violência e, por meio dela, o direito se mantém, sendo que tal natureza do direito contamina a política, já que ele mesmo é a institucionalização da política (MATE, 2011, p. 192). Dessa associação indissolúvel entre violência e direito, tem-se que, “Se a violência vem à política pelo direito, seria procedente, então, a suspensão do direito para acabar com a violência. Quando o direito é retirado, a vida é libertada” (MATE, 2011, p. 192).

No ensaio de 1921, “Crítica da violência, crítica do poder”, Benjamin tem por objetivo descrever uma violência absolutamente fora e além do direito, que ele chama de “pura”, “divina” ou “revolucionária” (BENJAMIN, 1986, p. 175). Explica Agamben que o caráter próprio dessa violência é que “ela não põe nem conserva o direito, mas o depõe [...] e inaugura uma nova época histórica” (2004, p. 85).

De forma diametralmente oposta, Carl Schmitt elabora sua teoria na pretensão de que, invariavelmente, a ordem se mantenha mesmo no “caos”. Obcecado e temeroso pela voragem de uma possível desordem social, Schmitt preocupa-se em construir um edifício jurídico sólido a ponto de impedir que a suspensão do direito acabe em carnaval, ou seja, na libertação de toda norma. A isso dedica-se o jurista alemão, contemporâneo a Benjamin, explicando a suspensão do direito como “submetimento imediato à decisão do soberano sem mediação de lei alguma” (MATE, 2011, p. 193).

Com isso, “O que caracteriza o estado de exceção em Schmitt é principalmente a autoridade ilimitada do soberano, com a suspensão integral da ordem jurídica vigente” (PAULA, 2017, p. 93). Nessa acepção, malgrado seja suspensa a juridicidade, não se recai

numa sociedade anárquica, pois o Estado permanece: “o Estado continua existindo, enquanto o direito recua” (SCHMITT, 1996, p. 92), de modo que a ordem subsiste, ainda que não se trate da ordem jurídica.

A existência do Estado, em Schmitt, tem indubitável prioridade sobre a validade da norma, de modo que “A decisão liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se, num certo sentido, absoluta” (SCHMITT, 1996, p. 92). O Estado suspende o direito em função de uma, por assim dizer, prerrogativa de autopreservação, porquanto estar-se-ia ante situação excepcional em que o ordenamento jurídico não seria capaz de dar respostas contundentes com a austeridade e imediaticidade devidas. Para Giorgio Agamben (2004, p. 58), é possível definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como “o lugar em que a oposição entre a norma e sua realização atinge a máxima intensidade”.

Tal conclusão justifica-se na medida em que o desespero schmittiano por evitar uma violência que se dê fora do direito realiza uma forte cisão entre vigência e aplicação da norma. O estado de exceção de Carl Schmitt, assim, é uma conjuntura em que a norma vige, amparada que está pela presença do Estado, porém, não se realiza concretamente; é letra morta no papel, mas existe, isto é, está em vigência. Logo, num formalismo exacerbado e descolado do real, o poder soberano que se exerce, embora não encontre correspondência abstrato-normativa, teria algum respaldo jurídico, pois o direito, ainda que suspenso, não está morto: é um corpo normativo em estado induzido de coma.

Essa doutrina schmittiana, desenvolvida no texto “Teologia política”, seria uma resposta ao ensaio de Benjamin, haja vista que, enquanto o pensador judeu busca conceber uma violência pura, revolucionária e anômica, Schmitt trata de trazê-la de volta a um contexto jurídico-estatal. Não seria plausível, para Schmitt, existir uma violência pura absolutamente fora do direito, pois, ou ela estaria prevista normativamente em situações de normalidade, ou ela estaria inclusa no direito por um dispositivo (jurídico) que prevê a suspensão (o estado de coma) dele (AGAMBEN, 2004, p. 86).

Feitas tais considerações, sublinha-se que o conceito de estado de exceção a ser adotado nessa pesquisa é o formulado por Giorgio Agamben, a partir dessa digressão sobre o diálogo schmittiano-benjaminiano. Para o filósofo italiano, o estado de exceção não é nem uma área intermediária entre a lei vigente e seu efetivo exercício (Schmitt), nem uma ruptura completa com o direito (Benjamin), mas sim, uma categoria fático-jurídica ficcional, uma zona cinza de indeterminação que liga artificial e violentamente a anomia - ou mundo da vida (*autorictas*) - e a norma jurídica, ou *nomos* (*potestas*). Nas palavras do pensador, trata-se

basicamente de um “*espaço vazio*, onde uma ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida” (AGAMBEN, 2004, p. 131, grifo nosso).

No entendimento de Giorgio Agamben, na realidade, não existe a dualização que a dogmática jurídica erige entre vida e norma, haja vista que não há qualquer articulação natural entre ambas. O que existe é um movimento artificial que tenta, a todo custo, mantê-las em relação. Precisamente esse movimento, essa ficção forçosa e contínua, é o estado de exceção. Conclui o autor que, quando o estado de exceção – leia-se, o espaço instável e vazio no qual a anomia e o *nomos* desconectam-se - torna-se a regra, “então o sistema jurídico transforma-se numa *máquina letal*” (AGAMBEN, 2004, p. 131, grifo nosso).

É justamente essa a hipótese aqui colocada quanto aos dois casos brasileiros postos em análise: houve o que ora se apresenta como um estado-de-exceção-regra agambiano tanto no início do século XX quanto no século XXI, que culminou em eventos históricos, sendo exemplos privilegiados deles a Revolta da Vacina, de 1904, e a política de negligência sanitária do Estado brasileiro na pandemia de Covid-19, no ano de 2020.

Para a apreensão de ambos, é preciso entender a saúde como um direito fundamental e base do *nomos* que se coloca em oposição a seu correspondente anômico (o não direito à saúde), contido não na zona de anomia propriamente, ou seja, no mundo dos fatos, pois esse é independente e não necessariamente guarda reciprocidade com o mundo da norma, como se viu, mas sim, na zona artificial intermediária de indeterminação do estado de exceção agambiano, que nega frontalmente a execução do *nomos*.

3 EM DEFESA DO *NOMOS*: SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ao fim de sua obra, Giorgio Agamben desemboca numa perspectiva altamente cética no que diz respeito às instituições liberais, das quais o direito faz parte. Alega que “o retorno do estado de exceção [...] ao estado de direito não é possível, pois o que está em questão agora é o conceito de ‘estado’ e de ‘direito’”, defendendo o autor um “contramovimento” revolucionário (“violência pura” em Benjamin) pelo qual se deve separar o que foi artificialmente e violentamente ligado; essa, prossegue, seria a única maneira de interromper o funcionamento da máquina que estaria levando o Ocidente para a guerra civil mundial (AGAMBEN, 2004, p. 132).

É verdade que o escopo do presente artigo não é entrar no mérito de qual seria a melhor resolução para dar cabo ao estado de exceção permanente, mas, sim, principalmente, averiguar se os episódios de 1904 e 2020, no Brasil, ocorreram sob o jugo de um estado excepcional agambiano. De toda forma, quanto ao método, a perscrutação proposta, nesse

ponto, afasta-se de Agamben para alinhar-se ao objetivismo historicista de autores como Miguel Reale e seu sistema das “invariantes axiológicas”. Nesse sentido, há valores ou marcos civilizatórios historicamente conquistados e circunscritos ao universo da cultura que devem prevalecer, dada a sua objetividade histórica. Assim, “cada época histórica ou civilização possui sua própria constelação cultural e valorativa” (REALE, 1991, p. 144).

Nessa linha, traz-se à baila o direito fundamental à saúde como valor irrenunciável nos tempos históricos em estudo. Dessa forma, conquanto adote-se o estado de exceção em Agamben, defende-se, nesse texto, tanto a existência quanto a permanência do (ou retorno ao) direito fundamental à saúde e, portanto, do Estado de Direito (*nomos*).

Dito isso, passa-se à apreciação jurídico-dogmática da saúde sob o prisma da teoria dos direitos fundamentais. Na preciosa lição de Joaquim José Gomes Canotilho, “A primeira função dos direitos fundamentais [...] é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado” (2003, p. 407). De acordo com o constitucionalista português, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2003, p. 408).

“Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo o que os direitos fundamentais almejam”, comenta Paulo Bonavides, citando Konrad Hesse (2004, p. 560).

No ordenamento pátrio, o direito fundamental à saúde está consagrado no artigo 196 da Constituição Federal Brasileira. Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 1280) leciona que saúde significa “o estado de bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças”. Cumpre aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios primar pela conservação de políticas públicas úteis à manutenção da saúde integral dos cidadãos. No mais,

Da mesma forma que os direitos sociais em geral (art. 6º), o direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de *prestações positivas e negativas*. Pela primeira, os Poderes Públicos devem tomar medidas preventivas ou paliativas no combate e no tratamento de doenças. Pela segunda, incumbe-lhes abster-se, deixando de praticar atos obstaculizadores do cabal exercício desse direito fundamental (BULOS, 2007, p. 1281).

Assim, os poderes constituídos incumbidos de realizar a mensagem do dispositivo 196 da Lei Maior brasileira devem fazê-lo com ânimo e vontade política, pois trata-se de direito expressivo e universal, considerando-se que todos merecem tratamento isonômico condizente

com o atual estágio da ciência médica. Nessa esteira, os governos têm capacidade discricionária de dispor sobre as ações e serviços de saúde, que são de relevância pública, mediante lei ordinária, definindo sua regulamentação, fiscalização, e controle, podendo sua execução ser efetivada diretamente ou mediante terceiros (BULOS, 2007, p. 1282).

Por tudo isso, não há dúvida de que a saúde é direito fundamental que demanda prestações ora positivas, ora negativas por parte do Estado, a depender do que melhor viabilizará a concretização dessa prerrogativa, de modo que tanto o fazer quanto o não fazer devem estar constitucionalmente amparados.

No mais, imperioso ressaltar que, quando se fala em Estado de Direito, está-se a referir a um aparato jurídico-social no qual todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, em vista disso, justificar-se, o que, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 89), caracteriza o Estado de Direito como “Estado que se justifica”.

Dito isso, passa-se à análise do evento histórico ocorrido em 1904 no Brasil, no qual podem-se apreciar questões pertinentes tanto à categoria estado de exceção quanto ao direito fundamental à saúde: a Revolta da Vacina.

4 REVOLTA DA VACINA (1904): A EXCEÇÃO PELA AÇÃO

Na virada do século XIX para o século XX, o Brasil recém tornado república vivia a inebriação dos valores positivistas de ordem, nação, progresso e civilização. Nessa conjuntura, houve a institucionalização de um saber médico oficial que culminou na marginalização social e perseguição por parte do Estado de grupos que ameaçavam o projeto higienista de país (CAMPOS, LORENZONI & LIMA, 2020, p. 231).

Para além disso, a ideologia positivista normalizadora carregava um discurso epidemiológico sobre o controle da peste, numa política de higienização e de ordenação dos espaços da cidade, tão bem descrita por Lima Barreto, no romance “Recordações do escrivão Isaías Caminha”. Nele, lê-se que o Rio de Janeiro “invejava imbecilmente” a capital Argentina, Buenos Aires, muito “limpa, catita e elegante”. Entre as elites, quedava-se a questão de que a Argentina não deveria vencer a corrida civilizatória; a capital brasileira não podia permanecer uma “estação de carvão, enquanto Buenos Aires era *uma verdadeira capital europeia*” (BARRETO, acesso em: 28 nov. 2020, grifo do autor).

Em 1904, a grande novidade no Rio de Janeiro era o início do vasto programa de intervenções urbanísticas. A paisagem da região central estava prestes a sofrer uma radical transformação com o arrasamento de uma profusão de quadras e ruas. Para a execução do

projeto, o presidente Rodrigues Alves nomeou o engenheiro Francisco Pereira Passos para prefeito e colocou o médico sanitarista Oswaldo Cruz no cargo do diretor de Serviço de Saúde Pública, responsável pelo saneamento da cidade (SANTUCCI, 2008, p. 94).

Era preciso fazer da cidade mais relevante do país uma mimetização parisiense, com bulevares, passeios, jardins públicos e praças. Não parece casual, pois, o fato de o engenheiro encarregado da reforma do Rio ter sido justamente Pereira Passos, homem que esteve em Paris e acompanhou de perto a ampliação do novo projeto urbanístico da cidade, de modo que “A Paris, recriada pelo Barão de Haussman, serviu de inspiração para a reinvenção do Rio de Janeiro de Pereira Passos” (SANTUCCI, 2008, p. 96). Na visão de Nicolau Sevcenko (2013, n.p), a transformação do desenho urbano da capital obedeceu a uma diretriz claramente política, que consistia em deslocar aquela massa temível do Centro da cidade, eliminar os becos e vielas perigosos, abrir amplas avenidas e asfaltar as ruas.

Nessa trilha modernizadora de investimento em infraestrutura para atrair imigrantes e capital estrangeiro, era preciso livrar a cidade de sua reputação pestilenta. O principal foco da campanha sanitária de Oswaldo Cruz foi o combate às doenças que mais vitimavam a população: febre amarela, peste bubônica e varíola. Quanto à primeira, foi criado um serviço de profilaxia baseado na eliminação no mosquito *Aedes aegypti*. As ações eram executadas pela brigada sanitária, “composta de agentes conhecidos como mata-mosquitos, que visitavam domicílios exterminando focos de larvas do mosquito hospedeiro e agindo na prevenção de propagação” (SANTUCCI, 2008, p. 101-102).

Na hora de se enfrentar a peste bubônica, diferentemente dos carros de desinfecção de mosquitos (que tiveram notório êxito na erradicação da febre amarela), lançou-se mão da desratização, pela qual brigadas sanitárias visitavam as casas e aplicavam o raticida. Sem dúvida, “As áreas mais afetadas eram os cortiços cujo estado de moradia era por vezes tão precário que só se resolvia com a demolição” (SANTUCCI, 2008, p. 104).

A previsão legal para tais atos estava no novo Regulamento Sanitário, promulgado em março de 1904, por meio do Decreto nº 5.156. Nele, constava a regulamentação do serviço sanitário terrestre, pela qual os cidadãos ficavam sujeitos à visita das autoridades sanitárias, facultada a essas a entrada imediata nas casas e estabelecimentos sempre que o exigisse o interesse da saúde pública, havendo previsão de multa para os casos de recusa e a requisição do apoio da polícia para a execução forçada das medidas. As pessoas que se negassem à vigilância médica ficavam, ainda, sujeitas à pena de prisão (PAULA, 2017, p. 129).

Não obstante, em 1904, em plena luta contra a febre amarela e a peste bubônica, os casos de varíola aumentaram significativamente. “Enquanto a febre amarela se manifestava

nos meses mais quentes, a varíola adquiria a forma epidêmica no inverno. E só havia uma salvação para a doença: a aplicação da vacina” (SANTUCCI, 2008, p. 104).

A vacinação contra a varíola já era declaradamente obrigatória desde 1837 para crianças e desde 1846 para adultos. Contudo, na prática, o decreto era frequentemente burlado, vez que, além de prevalecer uma repulsa geral do povo, que resistia à ideia de se inocular com o vírus da doença, a produção da vacina em escala industrial no Rio de Janeiro só começou em 1884. Então, em junho de 1904, Oswaldo Cruz motivou o governo a enviar ao Congresso um projeto para reinstaurar a obrigatoriedade da vacinação em todo o território nacional (FIOCRUZ, acesso em: 28 nov. 2020).

Nesse quadro, foi aprovada pelo Congresso a Lei nº 1.261, em 31 de outubro de 1904, que tornava obrigatória a vacinação e a revacinação contra a varíola, fazendo menção expressa aos decretos anteriores que permitiam às autoridades sanitárias “invadir, vistoriar, fiscalizar, interditar e demolir casas e construções” (PAULA, 2017, p. 130), inclusive com aparato policial. Subitamente, sem buscar explicar aos cidadãos de maneira clara a importância das vacinas, Oswaldo Cruz não hesitou em articular medidas repressoras nesse sentido. O médico não pôde, porém, avaliar o que essas ações provocariam na população, “que vinha sendo diariamente bombardeada com boatos sobre a vacina, pois, segundo corria à solta, ‘seu componente principal era caldo de rato morto’” (SANTUCCI, 2008, p. 104).

O estopim da Revolta da Vacina foi a publicação, em 9 de novembro de 1904, do plano de regulamentação da aplicação da vacina obrigatória contra a varíola. Aproveitando o clima de instabilidade, os antagonistas de Rodrigues Alves, que há muito vinham articulando um golpe contra o governo, promoveram um levante popular contra as medidas sanitárias, propalando discursos e rumores por meio de panfletos de jornais da oposição. O brado da revolta ecoou num ambiente no qual confluíam inquietações de toda ordem: medo de mudanças, de despejo, de pestes, de implicações da vacinação obrigatória – com especial preocupação sobre a invasão das moradias e a conseguinte violação física e moral da privacidade do morador (SANTUCCI, 2008, p. 106).

Manifestos foram espalhados por toda a capital e discursos inflamados invocavam o orgulho e a moral do chefe de família, “que deveria reagir contra a lei que ameaçava sua honra, ao obrigar suas filhas e esposa a desnudarem braços e colos aos agentes de saúde” (SANTUCCI, 2008, p. 109-110).

Outra discussão na ordem do dia era quanto à inconstitucionalidade do ato de invadir moradias para vacinar, desinfetar e remover doentes à força, o que era chamado de

“despotismo sanitarista”. Até mesmo panfletos apontando o regulamento sanitário como um “código de torturas” foram distribuídos (SANTUCCI, 2008, p. 109).

Diante disso,

Um cenário de guerra tomou as ruas do Rio de Janeiro por alguns dias, quando milhares de pessoas enfrentaram as forças da polícia, do exército, do corpo de bombeiros, da marinha, levantando barricadas, incendiando bondes, arremessando pedras, pedaços de pau e tudo o mais que lhes viesse às mãos, até que o levante foi violentamente sufocado pelo governo (PAULA, 2017, p. 130).

Ao fim, a insurreição, duramente reprimida, logrou acabar com a vacinação obrigatória, que foi revogada uma semana depois dos conflitos violentos, em 16 de novembro de 1904, o que deu ensejo à decretação do estado de sítio no mesmo dia.

Muitas prisões foram executadas nos dias que se seguiram. Se, para parte da população, o estado de sítio funcionou como um lenitivo, para outra, a situação era aterrorizante, porquanto favoreceu a repressão, dando plenos poderes aos chefes de polícia para “limpar a cidade dos malandros de toda espécie” (SANTUCCI, 2008, p. 134). Os presos eram encaminhados ao calabouço da Ilha das Cobras, atingindo um número de detentos na casa dos milhares de pessoas. Segundo Nicolau Sevckenko (2013, n.p), nunca foi possível contar os mortos da Revolta da Vacina. Seriam inúmeros, centenas, milhares, mas é inviável avaliar com exatidão.

Enfim, o que se teve nesse longo ano de 1904, portanto, foi um de estado de exceção não declarado, “com um regime severo de intervenção do Estado na vida privada no âmbito da vigilância epidemiológica” (PAULA, 2017, p. 131). Ora, às autoridades públicas da época, investidas na gerência do controle da propagação de doenças, conferiram-se poderes de polícia “fora da lei”, isto é, em flagrante incompatibilidade com a então ordem constitucional, principalmente no que diz respeito ao direito individual à privacidade, previsto no dispositivo 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 em vigor, que garantia a inviolabilidade da liberdade, da segurança individual e da propriedade.

Depreende-se, pois, que, em 1904, em nome da higienização e de um suposto melhoramento das condições de vida, esqueceram-se do direito: ao se prever a invasão domiciliar e a compulsoriedade física sem embasamento para tal, criou-se a zona cinza de indeterminação agambiana, o estado de exceção, que inter-relaciona violentamente o mundo da norma com o mundo dos fatos. Tal qual um buraco negro, o estado de exceção atrai para si todo e qualquer *nomos* vigente, impedindo sua realização. Foi um erro por excesso de ação: distribuíram-se faculdades de agir para além da norma, que, assim, tolheram sua concretização. Suspendeu-se a aplicação da ordem jurídica em nome de uma ilimitada

soberania, ao estilo schmittiano. O estado de sítio decretado depois apenas coroou o contexto tirânico já prevalente.

De outra forma e num tempo muito diferente, sem, porém, perder-se a essência do fenômeno, é o que se verifica, outrossim, no Brasil no ano de 2020, no contexto da pandemia pelo coronavírus. Conforme se vê adiante, não apenas o agir estatal alheio ao território do *nomos* pode configurar o estado de exceção – há situações em que o não fazer é de uma violência tão brutal quanto o seu oposto.

5 PANDEMIA E UM PAÍS À DERIVA: A EXCEÇÃO PELA OMISSÃO

O surto de Covid-19, epidemia iniciada em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, China, levava a comunidade internacional a retomar os avisos sobre o risco de uma pandemia, fato que foi oficialmente declarado pela Organização Mundial de Saúde em Março de 2020. O transmissor da doença foi classificado como SARS-CoV-2 pelo Comitê Internacional de Taxonomia dos Vírus. Com um comportamento errático e ligeira propagação em todo o planeta, a pandemia da Covid tornou-se uma emergência de saúde pública em escala global (RAFAEL, et al, 2020, p. 1-2).

O vírus espalha-se com facilidade e tem um caráter letal sobre determinadas pessoas – sobretudo, idosos e aqueles com problemas médicos subjacentes, como doenças cardiovasculares, diabetes, doenças respiratórias crônicas e câncer (WORLD HEALTH ORGANIZATION, acesso em: 1 dez. 2020). Essa realidade impõe desafios à vigilância epidemiológica, às relações internacionais e ao planejamento de políticas públicas, em particular, no que tange a medidas para reduzir as desigualdades no acesso aos sistemas de saúde e às condições estruturais para o autocuidado.

O monitoramento das curvas epidêmicas é uma das principais ações preventivas nessa conjuntura. O acompanhamento gráfico dos casos permite prever o cenário epidemiológico do evento e, portanto, programar políticas públicas de assistência. É preciso medir a capacidade de reprodução da doença, que é dada pela estimativa do número de casos secundários que podem ser gerados a partir de um único hospedeiro: “Quanto maior for essa capacidade de reprodução, mais rapidamente uma epidemia progredirá” (RAFAEL, et al, 2020, p. 2, tradução livre).

Ressalta-se que o número de indivíduos suscetíveis na população e a própria estrutura social são capazes de afetar o alargamento da doença e, conseqüentemente, a taxa de progressão da curva. Não existindo imunobiológico pronto e amplamente distribuído para a vacinação, restam apenas as intervenções na estrutura social (nesse caso, o isolamento social)

como medidas prioritárias para a contenção do vírus. Em tal cenário, a capacidade de resposta dos serviços de saúde é fator preponderante.

A experiência internacional mostrou três estratégias principais para o denominado achatamento da curva, que permite expandir a capacidade de tratamento de casos positivos. São elas:

1. expansão dos testes de casos suspeitos com entrega rápida de resultados; 2. identificação de comunicadores da doença com isolamento subsequente e imediato em casa; 3. investimentos destinados a proteger os profissionais de saúde [...] e implementação de estratégias de controle comunitário (RAFAEL, et al, 2020, p. 3, tradução livre).

Teria o Brasil as adotado no enfrentamento à pandemia? É o mérito do próximo subtópico.

5.1 AS MEDIDAS CONTRA O SARS-COV-2 NO BRASIL

No Brasil, o primeiro teste positivo para Covid-19 deu-se em 26 de fevereiro de 2020, por um paulistano que havia recentemente visitado a Itália. “Cinco dias após o primeiro caso, outro caso positivo é confirmado no país e em apenas 11 dias a soma dos casos confirmados atinge 25 pessoas” (MACEDO, ORNELLAS & BOMFIM, 2020, p. 5), em ascensão exponencial da curva epidêmica.

Até meados de 2020, o Brasil ainda não dispunha de testes suficientes para sua realização em larga escala - as recomendações do Ministério da Saúde têm sido dirigidas para a priorização de testes apenas para casos graves sob cuidados intensivos. Assim, a curva brasileira encontrava-se altamente suscetível ao subdimensionamento, não se sabendo ao certo quantas eram as efetivas contaminações no país.

No mais, mesmo com todo o volume de estudos sobre a contenção da pandemia, o Governo Federal brasileiro, na figura do então Presidente da República, Jair Bolsonaro, pareceu ignorar o que dizia a ciência. Em oposição às diretrizes da Organização Mundial da Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, acesso em: 1 dez. 2020), os pronunciamentos presidenciais demonstram resistência à prática do isolamento e negação quanto à real gravidade da epidemia. Como depreende Santos et al (2020, p. 229),

No Brasil, diferentemente de outros países, o governo adotou inicialmente distanciamento e isolamento sociais como estratégia de enfrentamento da pandemia, mas logo em seguida optou por colocar em primeiro plano a economia e minimizar os efeitos da Covid-19. O governo brasileiro passou a não seguir as recomendações feitas pela Organização Mundial de Saúde e pelo seu próprio Ministério da Saúde. Além disso, não tem demonstrado liderança, nem se comunicado como é esperado, com os entes federativos [...].

O chefe do executivo federal chegou a se referir publicamente à Covid como uma “gripezinha” em duas ocasiões (G1.GLOBO.COM, acesso em: 30 nov. 2020), diminuindo-a

em sua gravidade, além de ter sido flagrado sem máscara protetora em diversas aglomerações pelo país (CARTA CAPITAL, acesso em: 1 dez. 2020). Tais atitudes

[...] atrapalham a compreensão da população sobre que orientação deve ser adotada, implicando falhas no isolamento social e danos para as barreiras sanitárias implementadas (RAFAEL, et al, 2020, p. 4, tradução livre).

Em consonância entre discurso e prática, não foi instituída uma política contundente de isolamento social no Brasil em âmbito nacional. Pelo contrário: na contramão do mundo, o Brasil flexibilizou a quarentena desde maio de 2020, antes de atingir o pico de mortes e sem ter cumprido os requisitos da Organização Mundial de Saúde para tanto (BBC NEWS BRASIL, acesso em: 1 dez. 2020). No marco desse estado geral de negligência, apresentou-se denúncia contra o Presidente da República perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) por violações aos direitos humanos na pandemia de Covid-19 no que se refere às populações vulneráveis (CAPONI, 2020, p. 215).

Com o vírus circulando livremente pelo país, após ter-se atingido o ápice da curva e ter ocorrido visível queda da taxa de contaminação desde meados de agosto, em novembro de 2020, a pandemia voltou a crescer exponencialmente entre os brasileiros, caracterizando uma segunda onda que, diferentemente das nações que adotaram o isolamento social, quase sobrepôs-se à primeira, restando evidente que o Brasil nunca conseguiu controlar a transmissão comunitária (FOLHA DE S. PAULO, acesso em: 1 dez. 2020). Nesse instante, o número brasileiro oficial é de 596.749 (quinhentos e noventa e seis mil, setecentos e quarenta e nove) mortos pela Covid-19 (GOOGLE NOTÍCIAS, acesso em: 1 out. 2021).

A conjuntura demonstra que não houve, no país, políticas públicas sociais sérias de contenção à disseminação do vírus. Em 30 de novembro de 2020, ao se pronunciar sobre a evolução da doença, o diretor-geral da OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declarou que a situação no país “É muito, muito preocupante” e que “o Brasil deveria levar [a pandemia] muito, muito a sério” (CARTA CAPITAL, acesso em: 15 dez. 2020). Em agravamento a esse contexto, tem-se que as taxas de desemprego e de emprego informal já eram elevadas mesmo antes da eclosão da enfermidade, com uma força de trabalho precária em geral. A retirada dos direitos e garantias laborais e a crescente perda do poder de compra das famílias nos últimos anos trazem uma significativa vulnerabilidade das populações mais pobres a doenças infecciosas (RAFAEL, et al, 2020, p. 4).

Apesar dos discursos e ações anticientíficos do governo federal brasileiro, muitos cidadãos decidiram praticar a quarentena em autopreservação. Não obstante, é preciso questionar: o quão democrático é o isolamento social? Em meio a um exército de

desempregados e trabalhadores informais, grande parte dos brasileiros não têm rendimento fixo, de modo que não podem deixar de exercer seus ofícios, ou realizar o *home office*, modalidade incompatível com atividades que dependem da presença física do trabalhador. Isso gera um efeito de recorte de classe e de raça no que diz respeito à exposição ao vírus e aos respectivos óbitos advindos.

Em estudo realizado em parceria entre pesquisadores da Universidade Federal do Espírito Santo e das Universidades de Oxford, Cambridge e Califórnia, com apreciação das diferenças étnicas e regionais das mortes por Covid-19 no Brasil, concluiu-se que, tanto na região Norte quanto na Centro-Sul, os mais suscetíveis à fatalidade pelo vírus são homens jovens pretos e pardos (BAQUI ET AL, 2020, p. 4). Não é a cor da pele que chama o vírus, mas o abismo social brasileiro, cujas profundezas abrigam pessoas de toda raça. No entanto, o fato de negros encontrarem-se majoritariamente alocados nos postos de trabalho de maior precariedade e baixa remuneração e das maiores taxas de desemprego estarem entre pessoas negras (ALMEIDA, 2020, p. 156) torna-lhes o alvo mais fácil em circunstância de catástrofe sanitária.

No cenário de 2020, enquanto chefes de governo de todas as partes do globo tomavam decisões na tentativa de mitigar a hecatombe viral, o Brasil apostava na falsa dicotomia saúde *versus* economia. Em decorrência disso, em maio daquele ano, o país já era o primeiro colocado no mundo em número de mortes diárias (FERREIRA & RODRIGUES, 2020, p. 26). Com base nessas assertivas, tenta-se responder a seguir, à luz da filosofia, qual é a dimensão política das centenas de milhares de mortes no país, grande parte delas evitáveis.

5.2 A POLÍTICA DO “DEIXAR MORRER”

Na medida em que, no desenrolar dos acontecimentos da modernidade, “a possibilidade de distinguir entre o nosso corpo biológico e o nosso corpo político [...] nos foi tolhida de uma vez por todas” (AGAMBEN, 2002, p. 193), é preciso avaliar o significado político da morte.

Em 2020, o Estado brasileiro, na condução de políticas públicas relativas à pandemia, orientou-se pela perspectiva de que há vidas descartáveis e corpos matáveis que não fazem parte do projeto anticivilizatório neoliberal. Repetidamente, o Estado serve à “manutenção da ordem, controle das populações indesejadas e à ampliação das condições de acumulação do capital e geração de lucros” (CASARA, 2019, p. 17). Nessa senda, complementa Silvio de Almeida: “A justificação da morte em nome dos riscos à economia [...] torna-se o fundamento ético dessa realidade” (2020, p. 124-125).

A ausência de praticamente qualquer tentativa incisiva para impedir a curva exponencial de contaminações revela um projeto subterrâneo. Infelizmente, veem-se não somente mazelas naturalmente esperadas no emergir de uma catástrofe biológica, mas uma escalada infundável de mortes que poderiam ter sido evitadas. Isso posto, conclui-se que os falecimentos por Covid-19 no Brasil, especialmente o perecimento dos excluídos e indesejáveis na empreitada modernizadora neoliberal, não são eventos da ordem do imprevisível e do acidental. Em verdade, constituem o arremate de vidas que, julga-se, não gozam do merecimento de serem vividas, tratando-se de uma deliberada opção política por um não fazer (ou um deixar morrer).

Destaca-se que nem sempre as ações do governo no estado de emergência na saúde pública representam uma invasão do Estado na vida privada das pessoas. Como se vê,

[...] é possível, sim, que seja democraticamente caracterizada determinada situação como uma emergência na saúde pública, com a conscientização da população sobre os riscos representados pela disseminação da doença ou do agravo à saúde pública, a fim de que sejam adotadas ações de governo, com participação da comunidade, que sejam vistas como justas e necessárias para a efetivação do direito fundamental à saúde (PAULA, 2017, p. 207).

No Brasil, há a possibilidade de ser acionado o estado de defesa ou estado de sítio, no qual se impõe, em nome da saúde pública, regime mais severo para os outros direitos fundamentais. Sabendo-se que o isolamento social é a principal medida a ser adotada no contexto descrito, e, também, que essa diligência tem correspondência legal, pois prevista constitucionalmente (artigo 139, inciso I, da Constituição de 1988), há que se admitir a existência de um estado de exceção por um não agir, ou seja, pela omissão em preservar a saúde e, em última instância, a vida das pessoas. Uma vez não mobilizados os dispositivos normativamente postos para esse tipo de calamidade, o evento deixa de se tratar de uma fatalidade natural e passa à categoria da deliberação consciente, nesse caso, da escolha política sobre quem deve viver e quem deve morrer.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se disse, no Estado de Direito, qualquer intervenção estatal na esfera privada necessita estar corretamente justificada e ancorada em lei. A ausência disso gera o estado de exceção, em que a ordem jurídica é meramente ilustrativa, pois não chega à execução do plano dos fatos. Essa é a que se convencionou chamar aqui de *exceção por ação*, isto é, a excepcionalidade que se dá eminentemente por um fazer. Foi o que se verificou no caso da Revolta da Vacina, de 1904, dado que, malgrado houvesse motivação plausível assente no surto epidêmico de varíola para a implementação de política de vacinação obrigatória, tal

fundamento não foi compartilhado com a população de maneira eficiente. Ao não se assegurar uma efetiva possibilidade de participação da comunidade no processo de deliberação política, gerou-se, além de uma instabilidade social com pretexto para mistificações diversas, uma zona de indeterminação que impede a aplicação da norma, que é o estado de exceção agambiano.

O mesmo fenômeno, porém, de forma distinta, nota-se no ano de 2020 no Brasil. Embora houvesse toda a fundamentação médica possível para a adoção de protocolos de contenção à pandemia de Covid-19 que se alastrava rapidamente por todo o globo, as autoridades federais brasileiras nada de relevante fizeram para aquilo o que era o mais primordial à época em que não havia vacinas ou medicação específica para erradicar o vírus: o isolamento social e a informação da população. Ao contrário, o que se viu foi uma política de deixar morrer, incentivando-se o retorno às atividades comerciais, ao promover-se uma falsa dicotomia entre economia e saúde, e propagarem-se discursos oficiais do próprio Presidente da República que desdenhavam da gravidade da situação, menosprezando a importância do combate implacável à pandemia.

Essa inação política igualmente gera o estado de exceção, na forma de uma *exceção por omissão*, na medida em que, dessa vez, há um arcabouço normativo devidamente fundamentado que necessita ser executado numa situação-limite, mas, por escolha política, não o é. Mais uma vez, paira sobre o mundo da vida, em vez de um ordenamento jurídico que a regulamenta e a acolhe, uma tempestade antinormativa.

Existem ocasiões em que o Estado Democrático de Direito se perfaz com um não fazer estatal, a fim de se respeitar certos direitos fundamentais ligados às liberalidades do indivíduo. Noutras, ele se aperfeiçoa com um fazer, pois o Estado de Direito, a despeito de ser historicamente o fiador das liberdades individuais, não significa ausência de Estado. Ele precisa estar presente e atuante nos momentos em que se necessita de sua máquina operacional para assegurar a realização de direitos fundamentais outros que exigem essa atividade. O direito à saúde é um clássico exemplo disso.

Tanto na época da Revolta da Vacina quanto na pandemia de 2020, o direito à saúde necessitava da atuação do Estado para ser concretizado. Em 1904, a operacionalização pretendida não foi amplamente justificada, acarretando-se convulsão social incontornável. Por seu turno, em 2020, o isolamento social e a informação da população não foram devidamente planejados e executados, conforme orientações da Organização Mundial de Saúde, configurando-se um *estado de exceção por omissão*.

Há que se encontrar uma justa medida entre o fazer e o não fazer estatal. Apesar de as liberdades e garantias individuais serem um marco muito importante na construção do Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito, paradigma sob o qual se está atualmente, contém prerrogativas que não se implementam sozinhas, sobretudo no tocante a direitos de segunda e terceira onda, tais como os direitos à saúde, ao trabalho e ao meio ambiente equilibrado. Esses impõem ao Estado uma prestação positiva, no sentido de atuar ativamente em favor da igualdade e do bem estar coletivo, sob pena de consequências catastróficas.

Os historiadores não sabem precisar exatamente quantos foram os mortos pela Revolta da Vacina, porém, em relação aos óbitos por Covid-19 no Brasil, sabe-se que, oficialmente, no momento em que essas linhas são escritas, contabilizam-se 596.749 (quinhentos e noventa e seis mil, setecentos e quarenta e nove) vidas perdidas. Esse é um dano irreparável que, definitivamente, não foi mera fatalidade ou obra do acaso. Foi uma escolha política.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- BAQUI, P. O. et al. Ethnic and regional variation in hospital mortality from COVID-19 in Brazil. **MedRxiv**, 2020, p. 1-10.
- BARRETO, Lima. **Recordações do Escrivão Isaías Caminha**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000157.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- BBC NEWS BRASIL. **Coronavírus**: na contramão do mundo, Brasil flexibiliza quarentena antes de atingir pico de mortes. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52930843>>. Acesso em: 1 dez. 2020.
- BENJAMIN, Walter. Crítica da violência - crítica do poder. In: BENJAMIN. Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie**: escritos escolhidos. Seleção e apresentação: Willi Bolle. Tradução: Celeste H. M. Ribeiro de Sousa et al. São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, Ludimila Caliman. LORENZONI, Lara Ferreira. LIMA, Aline Magdalão da Fonseca. Curandeirismo no Brasil: uma abordagem histórico-jurídica na transição para a república. In: **Revista Relegens Thréskeia**, V. 09, N2 (2020), pp. 225 a 241.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPONI, Sandra. Covid-19 no Brasil: entre o negacionismo e a razão neoliberal. **Estudos Avançados**, vol. 34, n. 99, 2020, p. 209-223.

CARTA CAPITAL. **Sem máscara, Bolsonaro provoca aglomeração no DF**; vídeo registra gritos de protesto. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/sem-mascara-bolsonaro-provoca-aglomeracao-no-df-video-registra-gritos-de-protesto/>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

CARTA CAPITAL. **Situação no Brasil pela Covid-19 é ‘muito preocupante’, diz chefe da OMS**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/saude/situacao-no-brasil-pela-covid-19-e-muito-preocupante-diz-chefe-da-oms/>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

FERREIRA, Matheus Martins. RODRIGUES, Renato Arthur Franco. A biopolítica da pandemia e seu impacto no cotidiano. **Revista do Ceam**, Brasília, v. 6, n. 1, jan./jul. 2020, p. 20-29.

FIOCRUZ. **A revolta da vacina**. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. **Coronavírus: ‘Brasil já está na 2ª onda de Covid-19’, diz pesquisador da USP**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/11/coronavirus-brasil-ja-esta-na-2a-onda-de-covid-19-diz-pesquisador-da-usp.shtml>>. acesso em: 1 dez. 2020.

G1.GLOBO.COM. **Bolsonaro diz em 'live' que não há vídeo ou áudio em que chame Covid de 'gripezinha'**; veja dois vídeos em que ele usa o termo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/11/26/bolsonaro-afirma-em-live-que-nao-ha-video-ou-audio-em-que-chame-covid-de-gripezinha.ghtml>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

GOOGLE NOTÍCIAS. **Coronavírus (COVID-19)**. Disponível em: <<https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419&mid=%2Fm%2F015fr>>. Acesso em: 1 out. 2021

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. São Paulo: Boitempo, 2005.

MACEDO, Yuri Miguel. ORNELLAS, Joaquim Lemos. BOMFIM, Helder Freitas do. COVID – 19 NO BRASIL: o que se espera para população subalternizada?. **Revista Encantar - Educação, Cultura e Sociedade** - Bom Jesus da Lapa, v. 2, p. 01-10, jan./dez. 2020.

MATE, Reyes. **Meia-noite na história**: comentários às teses de Walter Benjamin “Sobre o conceito de história”. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**: 2ª série. São Paulo: Saraiva, p. 83-95, 1988.

PAULA, Rodrigo Francisco de. **Estado de emergência na saúde pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RAFAEL, Ricardo de Mattos Russo et al. Epidemiology, public policies and Covid-19 pandemics in Brazil: what can we expect? **Revista Enfermagem UERJ**, Rio de Janeiro, 2020, p. 1-6.

REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. In: *Estudos avançados*, vol. 5, n. 13, p. 131-144, 1991.

SANTOS, Márcia Pereira Alves dos. NERY, Joilda Silva. GOES, Emanuelle Freitas. SILVA, Alexandre da. SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos. BATISTA, Luís Eduardo. ARAÚJO, Edna Maria de. População negra e Covid-19: reflexões sobre racismo e saúde. **Estudos Avançados**, vol. 34, n. 99, 2020, p. 225-243.

SANTUCCI, Jane. **Cidade rebelde**: as revoltas populares no Rio de Janeiro no início do século XX. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2008.

SCHMITT, Carl. Teologia política. In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lobhauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da Vacina**: mentes insanas em corpos rebeldes. São Paulo: Cosac Naify, 2013. Não paginado.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>. Acesso em: 1 dez. 2020.