IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini - 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

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

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 Bobbitte a Metateoria do Direito Fraterno de Eligio Resta 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 Bussinguer 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 Grazzi 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 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

O DIREITO À SAÚDE E AS "ESCOLHAS TRÁGICAS" NO CENÁRIO TRANSPANDÊMICO BRASILEIRO: DA CRISE SANITÁRIA A CRISE HUMANITÁRIA

THE RIGHT TO HEALTH AND "TRAGIC CHOICES" IN THE BRAZILIAN TRANSPANDEMIC SCENARIO: FROM THE SANITARY CRISIS TO THE HUMANITARIAN CRISIS

Janaína Machado Sturza [1]
Gabrielle Scola Dutra [2]

Resumo

O presente artigo objetiva refletir acerca do direito a saúde frente à realidade transpandêmica brasileira em tempos de Covid-19, especialmente sobre a perspectiva que revela a incongruência entre a escassez de recursos públicos e a previsão constitucional de garantia à saúde, estabelecendo paradigmas teóricos e conceituais entre os campos de abordagem da Teoria das "Escolhas Trágicas" (tragic choices teory) desenvolvida por Guido Calabresi e Philip Bobbitt e a Metateoria do Direito Fraterno, articulada pelo jurista italiano Eligio Resta. Através de um estudo bibliográfico, seguindo o método dedutivo, verificou-se que, infelizmente, o Brasil encontra-se em emergência sanitária e humanitária.

Palavras-chave: Covid-19, Direito à saúde, Transpandemia

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to reflect on the right to health in the face of the Brazilian transpandemic reality in time of Covid-19, especially on the perspective that reveals the incongruity between the scarcity public resources and the constitutional provision guaranteeing health, establishing theoretical and conceptual paradigms between the fields of approach of the Theory of "Tragic Choices" (tragic choices theory) developed by Guido Calabresi and Philip Bobbitt and the Meta-theory of Fraternal Law, articulated by the Italian jurist Eligio Resta. Through a bibliographical study, following the deductive method, it was found that, unfortunately, Brazil is a sanitary and humanitarian emergency.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Covid-19, Right to health, Transpandemic

[1] Pós Doutora em Direito (UNISINOS). Doutora em Direito (UNIROMAIII). Professora no PPGD da UNIJUI.

[2] Doutoranda em Direito no PPGD da UNIJUI. Bolsista CAPES.

INTRODUÇÃO

No final do ano de 2019, a cidade de Wuhan, capital da província de Hubei na China, foi o epicentro de uma doença infecciosa, até então desconhecida. Logo, cientistas anunciaram que se tratava de um novo tipo de coronavírus (Sars-Cov-2). Meses depois, em fevereiro do ano de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou a doença como COVID-19. Dessa forma, a rápida transmissão e a veloz disseminação do vírus orientaram uma totalização da patologia ao redor do mundo, no sentido de que no dia 11 de março de 2020, a OMS anunciou o estado da contaminação à pandemia de COVID-19 devido a veloz abrangência geográfica da patologia. Em consonância com isto, a catástrofe planetária entra em ascensão como uma miscelânea que produz crises sanitárias e humanitárias.

Com efeito, ao colocar o planeta terra em alerta, o arranjo hostil à vida humana delineia uma multiplicidade de consequências caracterizadas por uma perversidade inumana, à medida em que qualquer um pode contrair a patologia e evoluir para sintomas graves que o levarão a óbito. A vista disso, o cenário formado desde o mês de março de 2021 ultrapassa o estado de pandemia e personifica-se em um estado de Transpandemia, conceito desenvolvido e discutido no âmbito da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Outrossim, a Transpandemia caracteriza-se como uma emergência em saúde pública de relevância internacional, ao passo que desencadeia uma gama de déficits estruturais nos sistemas sanitários ao redor do mundo, afetando mais abruptamente, os países periféricos, como o Brasil.

No âmbito brasileiro, é evidente o colapso do Sistema Único de Saúde (SUS), haja visto que devido a performance da Transpandemia em terras tupiniquins, déficits estruturais corroem as frágeis camadas do enredo “democrático”. Destarte, entra em ascensão um conflito alicerçado entre o sistema de saúde e o sistema jurídico, no instante em que se observa a inefetivação do direito fundamental à saúde no país. Nesse contexto, verifica-se que o sistema jurídico responde aos conflitos em operacionalização na seara da saúde a partir de decisões que se arquitetam no plano das “escolhas trágicas”. No entanto, o critério de tais escolhas deve (ou pelo menos deveria) ser traçado em prol da dignidade da pessoa humana e na efetivação dos direitos previstos constitucionalmente.

Logo, a realidade transpandêmica brasileira revela a existência de uma incongruência entre a escassez na destinação de recursos públicos e a previsão constitucional da primordialidade da efetivação dos direitos fundamentais de todos, sob pena de retrocesso social. Ademais, salienta-se que o direito à saúde se caracteriza por deter implicação

constitucional intimamente atrelado ao direito à vida. O fenômeno da erosão constitucional ocorre quando tal direito não resta efetivado, momento em que o Poder Público incide em grave comportamento inconstitucional. O presente estudo é desenvolvido pelo método dedutivo e instruído por uma análise bibliográfica. Num primeiro momento, analisa-se a Transpandemia de COVID-19 como emergência sanitária e humanitária na Sociedade Mundial.

Posteriormente, aborda-se a (in)efetivação do direito fundamental e social à saúde no Brasil pela Teoria das "Escolhas Trágicas" (*tragic choices* teory) desenvolvida por Guido Calabresi e Philip Bobbitt. Por último, apresenta-se a Metateoria do Direito Fraterno, articulada pelo jurista italiano Eligio Resta na década de 90. Tal proposta, aposta no resgate da fraternidade, um dos pressupostos da Revolução Francesa (tríade: Liberdade, Igualdade e Fraternidade) e em sua incorporação no mundo real em prol da efetivação dos direitos humanos sob a égide de uma vida vivida na dignidade. Diante da Transpandemia COVID-19 como emergência sanitária e humanitária, questiona-se: a (in)efetivação do direito à saúde no Brasil e as "escolhas trágicas" podem ser analisadas sob a ótica da Metateoria do Direito Fraterno?

1. DA CRISE SANITÁRIA À CRISE HUMANITÁRIA: A TRANSPANDEMIA DE COVID-19

Sabe-se que o contexto de Transpandemia de COVID-19 em curso ao redor do mundo narra um alerta global, orientado pela perversidade de uma doença infecciosa que ameaça à existência humana desencadeando instabilidades civilizacionais em todos os âmbitos da vida. Assim, "más allá de todas las dimensiones macro, se trató de un acontecimiento global que cambió las rutinas y las vidas diarias de cada ser humano en el planeta, con múltiples impactos para el futuro" (BRINGEL; PLEYERS, 2020, p. 09). Em consonância com o pensamento de Boaventura de Sousa Santos, o coronavírus detém uma dimensão ultracontemporânea e complexa porque convive com a humanidade em um tempo linear, bem como "comparte con nosotros las contradicciones de nuestro tiempo, el pasado que no ha pasado y el futuro que vendrá o no" (SANTOS, 2020, p. 35).

Portanto, a Sociedade Mundial experencia uma emergência sanitária e humanitária sem precedentes. De acordo com Breno Bringel e Geoffrey Pleyers sobre a pandemia e seus ecos globais que fundamentam impulsos apocalípticos:

> Miles de millones de personas quedaron confinadas. Otras, sin embargo, no se pudieron permitir este lujo y siguieron trabajando en el sector de la salud, en la producción, en la distribución de alimentos, en el trabajo social, el transporte, la limpieza y varias otras tareas que, aunque son definidas como "actividades esenciales" en nuestras sociedades, no son suficientemente reconocidas y valoradas. A su vez, los trabajadores de la economía informal, aquellos que viven al día o los que perdieron su empleo pasaron a preocuparse no solo por un virus, sino también por el empobrecimiento rápido en un contexto repleto de incertidumbres (BRINGEL; PLEYERS, 2020, p. 09).

Por isso, os modos de ser/estar/agir no mundo foram, extraordinariamente, tanto (re)configurados, quanto (res)significados à realidade imposta pelo tempo transpandêmico. A noção de contemporaneidade está vinculada a uma "totalidade heterogénea internamente desigual y combinada" (SANTOS, 2020, p. 38). A vista disso, o valor ultracontemporâneo do vírus flerta com a semântica de que a humanidade não poderá compreender sua significação sem perceber o significado do vírus, na (des)medida que o movimento viral se dissemina na velocidade do fenômeno da globalização[1]. Por conseguinte, observa-se que a maneira como o vírus entra em ascensão, "se propaga, amenaza y condiciona nuestras vidas es fruto del mismo tiempo que nos hace ser lo que somos. Son nuestras interacciones con los animales y, sobre todo, con los animales salvajes que lo hacen posible" (SANTOS, 2020, 38).

Dessa forma, "considerar el virus como parte de nuestra contemporaneidad implica tener en cuenta que, si queremos deshacernos de él, tendremos que abandonar parte de lo que más nos seduce en la forma en que vivimos" (SANTOS, 2020, p. 38). Em outras palabras, a civilização do presente século terá que empreender um movimento de transformação "de las prácticas, hábitos, lealtades y frutos a los que estamos acostumbrados y que están directamente relacionados con la aparición recurrente y la letalidad creciente del virus" (SANTOS, 2020, p. 38). Não seria então utopia pensar na construção de um novo horizonte de civilização de vida que destoe do rumo de precariedade que a sociedade planetária tem conduzido suas dimensões narrativas. O vírus produz um conflito entre utopia e distopia em confrontações constantes.

Nesse arranjo transpandêmico, Boaventura de Sousa Santos alude a respeito da dinâmica do vírus e de sua operacionalização ultracontemporânea ardilosamente arquitetada no interior da Sociedade Mundial:

> Descubrió nuestros hábitos y la proximidad social en la que vivimos para afectarnos más duramente. Le gusta el aire contaminado con el que hemos estado infestando

[1] Segundo Jan Aart Scholte, "a globalização é a difusão de conexões transplanetárias entre as pessoas, e mais recentemente, de conexões supraterritoriais. A partir desta perspectiva, a globalização envolve reduções de barreiras aos contatos transmundiais. As pessoas tornam-se mais aptas: física, legal, cultural e psicologicamente a engajarem-se umas com as outras em um só mundo" (SCHOLTE, 2002, p. 14).

> nuestras ciudades. Aprendió con nosotros la técnica de los drones y, como ellos, es insidioso e impredecible. No sabemos dónde y cuándo ataca. Se comporta como el 1% más rico de la población mundial, un hombre todopoderoso que no depende de los Estados, no conoce fronteras ni límites éticos. Deja leyes y convenciones a los mortales humanos, ahora más letales que antes precisamente por su presencia no deseada. Es tan poco democrático como la sociedad que permite tamaña concentración de riqueza. Al contrario de lo que parece, no ataca indiscriminadamente. Prefiere poblaciones empobrecidas, víctimas del hambre, falta de atención médica, condiciones de vida, protección en el trabajo, discriminación sexual o etnorracial (SANTOS, 2020, p. 38).

Já a antropóloga argentina, Rita Segato se filia na percepção de que todos os seres humanos são mortais e o novo coronavírus faz parte da própria natureza civilizacional e do percurso sócio-histórico da humanidade. Nesse sentido, Segato compreende que a situação transpandêmica está atrelada ao que Jacques Lacan nomenclou como sendo a ""irrupción de lo real", el imaginario que atrapa nuestra visión del mundo o grilla a través de la cual filtramos las entidades que formarán parte de nuestra percepción en una fina tela que nos envuelve" (SEGATO, 2020, p. 408). Igualmente a esse entendimento, "más allá de ella se encuentra lo "real", para usar el término de Lacan: la naturaleza tal cual sea, incluyendo nuestra propia naturaleza" (SEGATO, 2020, p. 408).

Portanto, o vírus perfectibiliza-se como um fenômeno da história "natural" porque revela as repercussões originadas pela maneira corrosiva e exploratória com que a espécie humana tem tratado o meio ambiente a partir de um projeto histórico alicerçado por lógicas predatórias através da dialética natureza-sociedade. A Transpandemia de COVID-19 é um fenômeno complexo porque "es um punto de articulación entre determinaciones naturales y determinaciones sociales" (BADIOU, 2020, p. 71). Outrossim, a Transpandemia se converteu em um vírus social, intensificando outras crises existentes (sanitárias e humanitárias) e personificando o corpo social em um corpo enfermo, contaminado pela patologia biológica do vírus e forjado por patologias sociais[2] (desigualdade, pobreza, miséria, exclusão, etc.).

A respeito disso, na visão de Mike Davis, a Transpandemia revela uma clara divisão de classes no atendimento à saúde:

> O surto expôs instantaneamente a marcada divisão de classes no atendimento de saúde, que a Nossa Revolução colocou na agenda nacional. Em suma: quem dispõe de um bom plano de saúde e também tem condições de trabalhar ou lecionar de casa está confortavelmente isolado, contanto que siga com prudência as diretrizes de segurança. Funcionários públicos e outros grupos de trabalhadores sindicalizados que gozam de uma cobertura decente terão de fazer escolhas difíceis, optando entre

[2] No pensamento de Alain Badiou, "el punto inicial de la epidemia actual se sitúa muy probablemente en los mercados de la provincia de Wuhan. Los mercados chinos todavía son conocidos por su peligrosa suciedad y por su incontenible gusto por la venta al aire libre de todo tipo de animales vivos amontonados. Por tanto, el virus se encontró en algún momento presente, en una forma animal legada por los murciélagos, en un ambiente popular muy denso y con una higiene precaria" (BADIOU, 2020, p. 71).

> renda e proteção. Enquanto isso, milhões de trabalhadores de baixa renda do setor de serviços, trabalhadores agrícolas, desempregados e sem-teto estão sendo atirados aos lobos (DAVIS, 2020, s.p.).

Diante disso, percebe-se que por apresentarem déficits estruturais mais latentes, as regiões periféricas do globo são as mais afetadas pela Transpandemia. Na América Latina, a miscelânea trágica está ocorrendo, principalmente, devido a alguns governos que não mensuraram, ou até mesmo se detiveram inertes a "la extensión del peligro y han minimizado los peligros (detenerse podría ser el remedio para la pandemia, dice el presidente de México, mientras el presidente de Brasil habla de una gripecita)" (SALAMANCA, 2021, p. 117/118). A propagação sistemática da Transpandemia "también ha desencadenado grandes epidemias de virus ideológicos que estaban latentes en nuestras sociedades: noticias falsas, teorías de conspiración paranoicas, explosiones de racismo" (ŽIŽEK, p. 21).

No campo sanitário, "no todos los países concedieron la misma importancia a la salud, ni tampoco tuvieron la misma preocupación cuando se propagó la pandemia" (SALAMANCA, 2021, p. 118). O contexto latino-americano denuncia que a maioria dos países "pagan un alto precio por el hecho de que el gasto en salud es muy insuficiente. El gasto total en salud público-privado en América Latina representa el 8,5% del PIB según la OCDE, porcentaje que en muchos países es muy insuficiente" (SALAMANCA, 2021, p. 118). A título exemplificativo, a Argentina, que se encontra em crise, é o país da América Latina que mais investe em saúde pública e que reconhece a pandemia como alerta global que precisa ser combatida a partir de estratégias e respostas adequadas às problemáticas das "veias abertas da América Latina".

Por outro lado, o caso brasileiro é muito peculiar e preocupante, o Brasil é um dos países latino-americano que mais investe em saúde pública, mas seu Chefe de Estado, desdenha da situação transpandêmica. Em comparação com o Brasil e a Argentina, o México é o país que menos investe em saúde pública, porém reconhece a pandemia mais que o Brasil que é (des)governado pelo presidente Jair Messias Bolsonaro. Ademais, "la parola "caos" riassume probabilmente meglio di qualsiasi altra perché il Brasile sia da mesi al secondo posto per il numero di morti e al terzo per numero di casi di Covid-19 nel mondo" (FINCO, 2021). Destarte, o que ocorre é que "la "miscela esplosiva" che già da tempo ha sprofondato il paese più avanzato dell'America del sud in una crisi sanitaria profonda è alimentata dalla confusione e dal negazionismo" (FINCO, 2021).

Logo, a especificidade do caso brasileiro demonstra um cenário fadado ao caos, tendo em vista que o Sistema Único de Saúde (SUS), que deveria promover a democratização

do acesso à saúde de todos, resta totalmente colapsado. Diante disso, constata-se que faltam leitos nas Unidades de internação em hospitais e nas Unidades de Tratamento Intensivo (UTI's), a ausência de insumos é assustadora (equipamentos de proteção individuais (EPI's), respiradores (imprescindíveis para a sobrevivência das pessoas que apresentam o quadro mais grave da doença), testes laboratoriais, medicamentos, falta de profissionais e equipes de saúde tornam-se problemas crônicos que obstacularizam a efetivação do direito fundamental e social à saúde no Brasil.

Nesse prisma devastador, a Transpandemia COVID-19 desencadeia uma emergência em saúde pública e humanitária no contexto brasileiro. Com a demora na aplicação, produção e distribuição de vacinas, o vírus encontra terreno fértil em solo brasileiro para se acomodar e evoluir, haja visto que novas cepas estão emergindo com maior taxa de letalidade em todo o mundo devido a negligência de governos. Em decorrência dos déficits no SUS, médicos estão procedendo a verdadeiras "escolhas trágicas" porque estão tendo que optar por quem deve receber oxigênio suplementar e quem deve padecer sem amparo sanitário adequado. Com a falta de leitos em várias regiões, tenta-se transferir pacientes para regiões que tenham leitos disponíveis. Pacientes positivados para COVID-19 estão morrendo devido à espera exaustiva por atendimento hospitalar. Aliás, as "escolhas trágicas" são vislumbradas a partir da incongruência existente entre o sistema de saúde e o sistema jurídico que produz repercussões no mundo real, ao passo que obstaculiza-se a efetivação do direito à saúde no Brasil (EL PAÍS, 2021).

Nessa perspectiva, é imprescindível a efetivação do direito à saúde no Brasil (previsto na Constituição), haja visto que o Poder Público precisa gerir e investir os seus recursos públicos sem que necessite realizar "escolhas trágicas". Em razão disso, "la única respuesta total y efectiva ante las crisis en la reproducción de la vida está dada por las instituciones universales, públicas y gratuitas, por los espacios de lo común y de lo colectivo" (BATTHYÁNY, 2020, p. 366). A partir de tais premissas e sob a ótica da Metateoria do Direito Fraterno, desenvolvida por Eligio Resta, é imprescindivel abordar a inefetivação do direito fundamental e social à saúde no Brasil em tempos transpandêmicos e o fenômeno da erosão da consciência constitucional e as "escolhas trágicas" (*tragic choices* teory), teoria articulada por Guido Calabresi e Philip Bobbitt.

2. O DIREITO À SAÚDE E AS "ESCOLHAS TRÁGICAS" NO CENÁRIO BRASILEIRO: UM OLHAR PELA METATEORIA DO DIREITO FRATERNO

Sabe-se que a Constituição Federal do Brasil promulgada em 1988, estabelece em seu artigo 6º, que o direito à saúde é compreendido como um direito fundamental de dimensão social. No mesmo sentido, o artigo 196 do referido diploma constitucional preceitua que a saúde é, portanto, um direito fundamental e social "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" (BRASIL, 1988). Porém, observa-se que em consonância com a realidade transpandêmica brasileira, o direito à saúde adquire maior complexidade de efetivação, tendo em vista a existência do conflito sistêmico[3] entre o sistema da saúde e o sistema jurídico que produz repercussões catastróficas no mundo real.

Nesse sentido, a compreensão da saúde como um sistema social, "em uma sociedade[4] em permanente transformação, é possível, embora apresente algumas limitações" (VIAL, 2015, p. 114). Logo, observa-se que "as transformações da sociedade atual são maiores do que aquelas que podemos prever e mais profundas e mais rápidas do que em qualquer outro momento histórico" (VIAL, 2015, p. 115). Desse modo, no que diz respeito ao sistema da saúde é a partir de "decisões coletivamente vinculantes do sistema da política, que se organizam as unidades de saúde, os hospitais, os ambulatórios e também as técnicas utilizadas" (VIAL, 2015, p. 118).

Por conseguinte, o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos refere sobre o direito à saúde de que todos "tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários" (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948). A título conceitual, sendo a saúde compreendida como um direito fundamental, observa-se que os direitos fundamentais são reconhecidos como "aqueles que correspondem à ideia de criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana" (GIMENEZ, 2016, p. 195).

---

[3] Sob a perspectiva de Niklas Luhmann parte-se "del supuesto de que los sistemas complejos pueden desarrollar y conservar un orden sistémico específico, sólo bajo la condición de que su entorno sea de una complejidad más elevada" (LUHMANN, 2009, p. 23).

[4] Em consonância com o pensamento de Sandra Regina Martini Vial, "a sociedade, como um sistema social, é composta por subsistemas e é constituída por comunicações, ou seja, é uma malha de comunicações. Sem comunicação, não é possível fazer nenhuma seleção/escolha. A necessidade de seleção (escolha) decorre justamente do fato de que o sistema não consegue dar conta desse contingente de possibilidades, isto é, da complexidade interna. Esse excesso de possibilidades é proporcional à gama de elementos do seu interior, e as relações entre esses elementos fazem crescer o número de possibilidades. Esse crescente número de possibilidades torna a sociedade altamente complexa, de risco e em permanente evolução" (VIAL, 2015, p. 120).

Não obstante todo o arsenal jurídico e protetivo relacionado ao direito fundamental à saúde no Brasil, sob a égide de um Estado “dito” Democrático de Direito, percebe-se que a crise sanitária e humanitária orientada pela Transpandemia, faz com que o sistema da saúde se encontre em nocivo colapso porque apresenta déficits estruturais em sua gestão, no sentido de que tal fato obstaculiza o acesso à saúde de todos. Em razão disso, entra em ascensão um conflito entre a responsabilidade do Estado em perfectibilizar tal direito fundamental e a escassez de recursos para efetivá-lo, sob pena de atentar em grave retrocesso social. Destarte, sabe-se que o princípio da vedação do retrocesso social compreende que os direitos previstos na seara constitucional não podem ser violados, em nenhuma hipótese, pelo Poder Público.

Em razão de tais incongruências em operacionalização diante do sistema da saúde, entra em ascensão o fenômeno da erosão da consciência constitucional que se assenta na desvalorização funcional da Constituição em decorrência da maciça violação dos seus preceitos fundamentais. Nos mesmos moldes, o conceito de “erosão constitucional” foi desenvolvido pelo jurista alemão Karl Loewnstein na obra *Teoria de la Constitución*. À vista disto, o aludido fenômeno acontece “quando há uma desvalorização funcional da constituição escrita, ou seja, a omissão dos poderes públicos desvaloriza a função da Constituição" (LOEWNSTEIN, 1983, p. 222). Do mesmo modo, a erosão constitucional ocorre no momento em que a Constituição de determinado país sofre incongruências em sua força normativa, bem como em sua potencialidade de transformação de contextos sociais (LOEWNSTEIN, 1983).

Em outras palavras, a desvalorização da Lei Fundamental do Estado (Constituição Federal) em razão da omissão dos poderes públicos se personifica em perigosas patologias constitucionais a partir da erosão da consciência constitucional. Por isso, percebe-se que a inefetivação dos direitos fundamentais corrompe o teor axiológico contido na Constituição Federal e revela as múltiplas facetas de um grave comportamento inconstitucional que produz uma gama de situações conflitivas às tragédias humanas e não só revela o colapso do sistema da saúde, como também do sistema do direito perante a desestabilização do Estado Democrático de Direito (LOEWNSTEIN, 1983).

Conforme o supracitado, Flávio Galdino refere sobre a relevância da consolidação de um Estado Democrático de Direito em prol da existência humana na dignidade:

> O Direito, como instrumento democrático, deve estar preocupado não só em afirmar direitos ou valores, mas em promover o bem-estar das pessoas concretas. Neste sentido, reconhecer um direito concretamente a uma pessoa - especialmente em termos de custos e benefícios - pode significar negar esse mesmo direito

> (concretamente) e talvez vários outros a muitas pessoas, que possivelmente sequer são identificadas em um dado litigio (GALDINO, 2005, p. 565).

Portanto, é cediço o dever do Estado pautado na dignidade da pessoa humana, deve prover o mínimo existencial a todos, haja visto que precisa transcender os desafios impostos pela escassez de recursos, no sentido de ser capaz de gerir os interesses para que possa atendar às demandas sociais no âmbito da saúde. Assim, "o direito de todos e de cada um a uma vida digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório" (BARROSO; MARTEL, 2017, p. 01). Em razão da projeção de um horizonte de violações de direitos fundamentais, especificamente, da perfectibilização do direito à saúde, ocorre o fenômeno da judicialização dessas demandas, uma vez que o sistema do direito a partir do Poder Judiciário atua para controlar tais violações em detrimento das omissões da Administração Pública sobre a concretização de direitos previstos constitucionalmente.

No entanto, mais uma vez, o sistema do direito conduz tais decisões judiciais, no contexto das "escolhas trágicas", tendo em vista que a Administração Pública não detém recursos satisfatórios para atender todas as demandas pleiteadas. O conceito de escolhas trágicas foi desenvolvido por Guido Calabresi e Philip Bobbitt na obra *Tragic Choices* e parte da premissa do equilíbrio das decisões possíveis de serem consolidadas com os recursos públicos existentes (CALABRESI; BOBBITT, 1978). Nesse interim, no âmbito brasileiro, o informativo nº 582/2010 do Superior Tribunal Federal (STF) refere que a missão institucional **"**impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Sendo assim, o Superior Tribunal Federal a partir do informativo nº 582/2010 leciona sobre o direito à saúde na seara das "escolhas trágicas":

> O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Em outras palavras, as escolhas trágicas são vislumbradas no momento em que a Administração Pública promove a implementação de políticas públicas (formais e informais) no âmbito da efetivação de um direito fundamental compreendendo na sua execução a violação de outro. Nesse enredo, as políticas públicas são consideradas "como programas de ação governamental voltados à concretização dos direitos fundamentais" (ZEIFERT;

STURZA, 2019, p. 123). Na mesma perspectiva, “as escolhas significam o conteúdo ético das decisões políticas, que, por vezes, podem ser trágicas, no sentido de que algum dos direitos não será atendido” (LIBERATI, 2012, p. 87). No entanto, não se pode saber porque a existência humana na sociedade mundial sofre, mas pode-se saber de que forma o mundo escolhe como o sofrimento virá para determinados indivíduos e não para outros. Dessa forma, constata-se que as decisões judiciais no âmbito da saúde se personificam, na maioria das vezes, em escolhas trágicas (CALABRESI; BOBBIT, 1978).

Portanto, ao se deparar com a imprescindibilidade de se escolher qual o direito terá possibilidade de ser efetivado, por óbvio, o legislador deve a partir das decisões judiciais se pautar na perfectibilização da dignidade da pessoa humana e no princípio do mínimo existencial. Outrossim, diante do colapso do sistema de saúde e das escolhas trágicas projetadas pelo sistema do direito a partir de decisões judiciais que se constituem como graves violações de direitos fundamentais, Gustavo Amaral refere:

> Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de Fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos direitos individuais (AMARAL, 2001, p. 37).

Em suma, a partir da teoria das escolhas trágicas, no âmbito brasileiro, conclui-se que de acordo com o arranjo social transpandêmico, vislumbra-se a necessidade dos sistemas sociais (saúde e direito) funcionarem em consonância com a realidade para que os direitos fundamentais sejam efetivados como um bem comum à humanidade sob pena de graves violações constitucionais. Dessa forma, diante da Transpandemia COVID-19 como emergência sanitária e humanitária, observa-se a (in)efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil e as “escolhas trágicas sob a ótica da Metateoria do Direito Fraterno. Nessa perspectiva, aposta-se no resgate da fraternidade, a “prima pobre” vinda do interior, um dos pressupostos da Revolução Francesa (tríade: Liberdade, Igualdade e Fraternidade) como resposta ecológica e estratégia de transformação do cenário problemático transpandêmico.

A incorporação da fraternidade no mundo real é indispensável para que haja a efetivação dos direitos humanos sob a égide de uma vida vivida sem ser submetida às perversidades em operacionalização na Sociedade Mundial. A partir do referencial teórico da Metateoria do Direito Fraterno fundada por Eligio Resta, “pode-se verificar que a ideia de ausência de soberania nacional, a utilização pacífica dos recursos e a gestão em comum são pressupostos nele presentes” (STURZA; MARTINI, 2020, p. 126). Nesse pensamento, a

fraternidade aposta na observação complexa dos fenômenos sociais a partir da análise do paradoxo limite/possibilidade, na medida em que empreende múltiplos movimentos heurísticos que desvelam tal paradoxo para potencializar a otimização do sistema jurídico na Sociedade Mundial a partir da inauguração de uma nova maneira de (res)significar o direito no século XXI.

Ademais, a fraternidade é capaz de instigar "uma reestruturação das políticas públicas que pretendam uma inclusão de fato universal" (STURZA; MARTINI, 2020, p. 127). Na Sociedade Mundial Transpandêmica, é urgente o resgate da fraternidade, justamente porque a efetivação do direito fundamental à saúde se dará pelo desvelamento do paradoxo limite/possibilidade. Por isso, "para que isso ocorra, o direito não pode se fechar em linguagens próprias, cuja propriedade é tão só daqueles que "dizem" o direito. A linguagem jurídica precisa alcançar todos, "pertencer a todos"" (STURZA; MARTINI, 2020, p. 129). A possibilidade de efetivação dos direitos humanos, mais especificadamente, do direito à saúde, é concreta em uma sociedade que incorpora a fraternidade no mundo real!

O momento do desvelamento de paradoxos a partir da fraternidade significa a abertura para um novo horizonte civilizacional, o qual reconhece que o fenômeno transpandêmico é um processo potencial transformador de ressignificação e reconfiguração da Sociedade Mundial e dos modos de ser/estar/agir no mundo. A abertura para o "novo" é delicada, mas possível, pois rompe com as velhas estruturas que sempre obstaculizaram o reconhecimento de que todos os seres humanos são integrantes do tecido social e merecem viver suas vidas dotadas de dignidade. Em razão de que, a fraternidade promulga pactos comuns compartilhados que rompem com aqueles paradigmas que enrijeceram/enrijecem a civilização desde a sua constituição, tais como: binômios adversariais, lógicas predatórias de existências, egoicificação, narcisificação, entre outras patologias sociais perversas que cortinam a consciência do *homo sapiens* desde que "o mundo é mundo".

Nesse mundo de possibilidades concretas e apostas ousadas, Janaína Machado Sturza e Sandra Regina Martini percebem as teias heurísticas que surgem do movimento fraterno na Sociedade Mundial e da necessidade de colocar a ideia iluminista em voga e fazê-la generalizar-se como uma aposta na própria humanidade como lugar comum:

> No momento atual, é urgente entender a potencialidade da fraternidade para desvelar paradoxos e, ao mesmo tempo, apresenta-se como um caminho para a consolidação dos direitos humanos, pois o resgate deste pressuposto iluminista, ao mesmo tempo que traz novos desafios, recupera a antiga ideia de ver o outro como outro eu; mais do que isso, a fraternidade está fundada na lei da amizade, no compartilhar, no pactuar. Talvez por isso tenha ficado escondida nas masmorras da Revolução

> Francesa, mas é preciso resgatá-la, e a saúde é, sem dúvida, um campo para desvelar este pressuposto (STURZA; MARTINI, 2020, p. 127).

Nesse florescimento, a intersecção entre passado, presente e futuro é o (des)caminho (des)construído pela fraternidade, que percorre "mundos distantes" para orientar "cepas" fraternas, que encontram terreno fértil para disseminar-se como uma Transpandemia cosmopolita, não provocando repercussões catastróficas, mas orientando uma nova (des)ordem planetária, onde seres humanos percebem-se como parte do todo e cultuam uma linguagem codificada pela superação de problemáticas que sempre foram tidas como corriqueiras e insuperáveis. A fraternidade altera o percurso mundano porque estabelece um novo tempo. A partir de tais constatações, observa-se que "o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito" (OST, 1999, p. 15).

A vista disso, a fraternidade propõe o nascimento de um direito vivo. A ideia de *diritto vivente* "indica que há uma vida do direito a distanciar o olhar de sua frieza notarial. Vivente é também vital, animado" (RESTA, 2008). Nessa toada, as diferenciações temporais fossilizam-se a partir da memória, haja visto que o "antes e o depois se separam do acontecimento e finalmente os sistemas altamente complexos adquirem a possibilidade de ver o futuro no espelho do passado e de orientar-se pela diferença entre passado e futuro" (LUHMANN, 1992, p. 80). Assim, "o direito fraterno trata de um tema cercado pelo anacronismo, porquanto a fraternidade, um dos pressupostos da Revolução Francesa, ressurge hoje em face da necessidade de se falar nela e de torná-la concreta" (STURZA; MARTINI, 2020, p. 129).

Já entoava Resta, que "os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria-humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade" (RESTA, 2020, p. 13). Pelas vias da fraternidade, "permite-se falar em efetiva preservação do homem e, porque não, do direito à saúde" (STURZA; MARTINI, 2020, p. 126). A fraternidade orienta "um modelo convencional de Direito, "jurado conjuntamente" entre irmãos, e não imposto, como se diz, pelo "pai senhor da guerra". Jurado conjuntamente, mas não produto de um "conluio" (RESTA, 2020, p. 15). Sobretudo, na Socidade Mundial e, mais especificadamente, no Brasil, sob a ótica da fraternidade, a efetivação do direito fundamental à saúde é possível, bem como a superação da emergência sanitária e humanitária provocada pela Transpandemia de COVID-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de conclusão, constata-se que a Transpandemia COVID-19 caracteriza-se como uma emergência sanitária e humanitária, motivo pelo qual ocorre a maciça violação de direitos humanos, afetando mais agressivamente, os países periféricos da Sociedade Mundial. No cenário brasileiro, a tragédia Transpandêmica desencadeia graves déficits estruturais nos sistemas sociais, principalmente, no sistema do direito e no sistema da saúde, motivo pelo qual entra em ascensão o fenômeno da erosão da consciência constitucional. Diante disso, no âmbito sanitário, observa-se que o conflito sistêmico perfectibilizado orienta-se a partir de decisões que se projetam na seara das "escolhas trágicas". Assim, é imprescindível que o sistema da saúde e o sistema jurídico sejam geridos adequadamente para que seja possível responder às demandas sociais e a pluralidade das especificidades humanas.

Hoje mais do que nunca, necessita-se da ascensão cosmopolita de Estados Democráticos de Direito que adquiram uma potencialidade de transformação no mundo real em prol da perfectibilização dos direitos fundamentais de todos os integrantes do arranjo social. Um Poder Público que gesta seus recursos de maneira adequada, sob a égide de preceitos constitucionais (ou não) que prezam pela dignidade da pessoa humana e pela compreensão de que a saúde é um bem comum da humanidade, não necessita proceder às "escolhas trágicas". A vista disso, apresenta-se a Metateoria do Direito Fraterno proposta por Eligio Resta. A fraternidade catalisa espaços problemáticos e instaura um movimento transicional do velho para o novo com o cunho de descobrir novas possibilidades que se desvencilhem das amarras impostas pela soberania nociva dos Leviatãs.

Em outras palavras, a fraternidade não é uma instituição imaginária ou metafísica, mas é um projeto político concreto, no instante em que é vislumbrada a partir de pactos de reciprocidade jurados em conjunto em prol da efetivação dos direitos humanos e da preservação da humanidade. Logo, o sistema-mundo tangenciado pela fraternidade ecoa uma dimensão cosmopolita porque níveis insustentáveis de complexidade são produzidos através da dinâmica das relações sociais, fazendo com que a fraternidade potencialize o reconhecimento e o respeito tanto pela pluralidade humana quanto pelas especificidades de cada contexto em que coloniza. Em uma sociedade fraterna, pressupõe-se que a saúde seja um bem comum. Então, a fraternidade incute nas subjetividades um novo tempo eivado por anacronismos, onde o passado já não mais pertence aos domínios mundanos, deixou de existir para dar lugar a um tempo diverso, onde o novo desponta como transgressão ao que está posto, ao que pode ser superado e ao que virá a ser um futuro de inclusão universal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

BADIOU, Alain. Sobre la situacion epidémica. In: **Sopa de Wuhan:** Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias. Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio). 1ª Edicion; março, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é:** dignidade e autonomia individual no final da vida. 2017. Disponível em:< https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BATTHYÁNY, Karina. COVID-19 y la crisis de cuidados. In: BRINGEL, Breno. PLEYERS, Geoffrey. **Alerta Global: políticas, movimientos sociales y futuros en disputa en tiempos de pandemia.** 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Lima: ALAS, 2020. Disponível em:< http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20200826014541/Alerta-global.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira.** 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRINGEL, Breno. PLEYERS, Geoffrey. Introduccíon: La pandemia y sus ecos globales. In: BRINGEL, Breno. PLEYERS, Geoffrey. **Alerta Global: políticas, movimientos sociales y futuros en disputa en tiempos de pandemia.** 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Lima: ALAS, 2020. Disponível em:< http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20200826014541/Alerta-global.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices.** New York: W. W. Norton & Company, 1978.

DAVIS, Mike. **O coronavírus e a luta de classes:** o monstro bate à nossa porta. 2020. Disponível em: https://blogdaboitempo.com.br/2020/03/16/mike-davis-o-coronavirus-e-a-luta-de-classes-o-monstro-bate-a-nossa-porta/. Acesso em: 23 mai. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em:< https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

EL PAÍS. **Morrer sem oxigênio em Manaus, a tragédia que escancara a negligência política na pandemia.** 2021. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2021-01-15/morrer-sem-oxigenio-em-uma-maca-em-manaus-a-tragedia-que-escancara-a-negligencia-politica-na-pandemia.html. Acesso em: 23 mai. 2021.

FINCO, Matteo. **Cura Bolsonaro:** In Brasile l'ondata diventa tsunami. 2021. Disponível em: https://www.huffingtonpost.it/entry/cura-bolsonaro-in-brasile_it_60797b36e4b0eac4813c6cad. Acesso em: 23 mai. 2021.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. O direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa: a superação do modelo triádico pelos meios complementares de tratamento adequado dos conflitos: Tomo 7. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet. LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Diálogo e entendimento:** Direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito. Campinas, SP: Millennium Editora, 2016. P. 193-206.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional.** São Paulo: Atlas. 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Barcelona: Editora Ariel. 1983.

LUHMANN, Niklas**.¿Como es posible el orden social?** Tradução Pedro Morandé Court. México: Editorial Herder, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo.** México: Iberoamericana, 1992.

OST, François. **O tempo do direito.** Trad. de Maria Fernanda Oliveira Porto Alegre: Instituto Piaget, 1999.

RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno [recurso eletrônico].** 2ª Edição. Tradução de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

SALAMANCA, Pierre. **Contagio viral, contagio económico:** Riesgos políticos en América Latina. 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO: Montevideo: ALAS, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. El coronavirus y nuestra contemporaneidad. In: BRINGEL, Breno. PLEYERS, Geoffrey. **Alerta Global: políticas, movimientos sociales y futuros en disputa en tiempos de pandemia.** 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Lima: ALAS, 2020. Disponível em:< http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20200826014541/Alerta-global.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

SCHOELTE, Jan Aart. **What Is Globalization? The Definitional Issue – Again**. Warwick University/ESRC. Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation Working Papers, n. 109/02, December 2002.

SEGATO, Rita Laura. Todos somos mortales: el coronavirus y la naturaleza abierta de la historia. In: BRINGEL, Breno. PLEYERS, Geoffrey. **Alerta Global: políticas, movimientos sociales y futuros en disputa en tiempos de pandemia.** 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Lima: ALAS, 2020. Disponível em:<

http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20200826014541/Alerta-global.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 582 de 12 a 16 de abril de 2010.** Disponível em:< http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

STURZA, Janaína Machado. MARTINI, Sandra Regina. As fragilidades do direito humano à saúde em tempos de sociedade cosmopolita: os paradoxos desvelados pela fraternidade. In: STURZA, Janaína Machado. NIELSSON, Joice Graciele. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e Direitos Humanos:** entre desigualdades e resistências. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

VIAL, Sandra Regina Martini. Construção do sistema social da saúde a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. In: **Revista de Direito Sanitário.** São Paulo. V. 16. Nº 1. P. 112-127. Mar./jun. 2015. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100027/98619>. Acesso em: 27 set. 2020.

ZEIFERT, Ana Paula Bagetti. STURZA, Janaína Machado. As políticas públicas e a promoção da dignidade: uma abordagem norteada pelas capacidades (capabilities approach) propostas por Martha Nussbaum. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 1 p.114-126, 2019. Disponível em:< https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5894/pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

ŽIŽEK, Slavoj. Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de 'Kill Bill' y podría conducir a la reinvención del comunismo. In: **Sopa de Wuhan:** Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias. Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio). 1ª Edicion; março, 2020.