

**COORDENADOR**  
**Pietro de Jesús Lora Alarcón**

# **COVID-19: CRISE SANITÁRIA E CRISE DE DIREITOS?**

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE A  
PANDEMIA NO BRASIL, MEXICO E COLÔMBIA**

**VOLUME 2**

**tirant**  
lo blanch



Coordenador  
**Pietro de Jesús Lora Alarcón**

# **COVID-19: CRISE SANITÁRIA E CRISE DE DIREITOS?**

PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE A PANDEMIA  
NO BRASIL – MEXICO - COLÔMBIA

VOLUME 2



**tirant**  
lo blanch

**Copyright©** Tirant lo Blanch Brasil

*Editor Responsável:* Aline Gostinski

*Assistente Editorial:* Izabela Eid

*Capa e diagramação:* Jéssica Razia

**CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:**

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México*

**JUAREZ TAVARES**

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

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha*

Bibliotecária Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

DOI:

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).*



**tirant  
lo blanch**

***Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.***

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: [editora@tirant.com](mailto:editora@tirant.com) / [atendimento@tirant.com](mailto:atendimento@tirant.com)

[www.tirant.com/br](http://www.tirant.com/br) - [www.editorial.tirant.com/br/](http://www.editorial.tirant.com/br/)

Coordenador  
**Pietro de Jesús Lora Alarcón**

# **COVID-19: CRISE SANITÁRIA E CRISE DE DIREITOS?**

PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE A PANDEMIA  
NO BRASIL – MEXICO - COLÔMBIA

VOLUME 2



# SUMÁRIO

<b>A MANERA DE PRESENTACIÓN.....</b>	<b>6</b>
<i>Pietro Alarcón</i>	
<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>8</b>
<i>Marcos de Lima Porta</i>	
<b>INTENÇÃO DE DENÚNCIA À CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT EM VOGA: NORMATICÍDIO DE URGÊNCIAS INDÍGENAS COMO FEIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.....</b>	<b>11</b>
<i>Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga e Felipe Labruna</i>	
<b>EL LIBERTICIDIO EN OCASIÓN DE LA PANDEMIA EN MÉXICO .....</b>	<b>19</b>
<i>Arturo Villarreal Palos e Rogelio Barba Álvarez</i>	
<b>VACUNACIÓN OBLIGATORIA CONTRA EL COVID-19 EN COLOMBIA: INEPTITUD NORMATIVA Y DÉFICIT EN LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES .....</b>	<b>33</b>
<i>Antuaneth Sofía Alarcón Turbay</i>	
<b>A COVID-19 E A CRISE NA GESTÃO PÚBLICA: AS CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE COORDENAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL NO BRASIL .....</b>	<b>44</b>
<i>Carlos Augusto Jenier e Juliana Pinto Felix</i>	
<b>DIREITO À MORADIA E VULNERABILIDADE: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA COVID-19 E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 828.....</b>	<b>66</b>
<i>Eliana Franco Neme e Roberta Cristina Paganini Toledo</i>	
<b>O DIREITO DAS PARTURIENTES FACE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA PANDEMIA DE COVID-19.....</b>	<b>83</b>
<i>Eloisa Pickler e Karine Cordazzo</i>	
<b>O AUXÍLIO EMERGENCIAL E A TENTATIVA DE GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL DURANTE A PANDEMIA .....</b>	<b>112</b>
<i>Giovana Laba de Jesus e Miguel Belinati Piccirillo</i>	
<b>PARLAMENTO Y DEMOCRACIA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.....</b>	<b>130</b>
<i>Juan Antonio Pabón Arrieta</i>	
<b>PANDEMIA: PODE-SE FALAR EM CRISE DE DIREITOS?.....</b>	<b>147</b>
<b>UMA INCITAÇÃO À FILOSOFIA CRÍTICA DO DIREITO.....</b>	<b>147</b>
<i>Leonardo Godoy Drigo</i>	
<b>CRISIS SANITARIA Y FEDERALISMO COOPERATIVO: LO QUE EL EJECUTIVO DE LA UNIÓN NO QUISO ENTENDER .....</b>	<b>168</b>
<i>Pietro Lora Alarcón</i>	
<b>CRISIS SANITARIA Y CRISIS DE DERECHOS .....</b>	<b>182</b>
<i>Valeriano Martínez Federico</i>	

## A MANERA DE PRESENTACIÓN

La excelente acogida que tuvo la publicación del primer volumen de esta propuesta de investigación, que salió a la luz en el 2021 con el título en portugués *Covid-19. Crise Sanitária. Crise de Direitos?*, coordinada en parceria con el profesor Walter Rothenburg, fue uno de los factores determinantes para avanzar a nuevas reflexiones, que focalizan los reflejos jurídicos de la pandemia dentro del escenario de tres países de los cuales son oriundos sus autores, Brasil, Colombia y México.

El amplio abanico de cuestiones abordadas fue expuesto en reuniones realizadas en el marco de las actividades de investigación del Curso de Posgrado en Derecho del Centro Universitario de Bauru – CEUB, de la cual participaron profesores invitados de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC-SP - y la Universidad de Guadalajara de México.

Las investigaciones fueron realizadas a partir de marzo del 2021, concluyendo en julio del 2022. Resaltamos que en el transcurso de su elaboración la obra concitó el interés de jóvenes profesores que se incorporaron al proyecto. Igualmente, contamos con el generoso prefacio del profesor Dr. Marcos Porta, Director del Departamento de Derecho Público de la PUC/SP.

Todo el análisis técnico realizado plasma visiones y propuestas constructivas en el terreno de la Ciencia Jurídica, que confrontan las vicisitudes históricas y obstáculos que ocasionan la ineffectividad de los derechos, teniendo como referencia la crisis sanitaria derivada de la diseminación del Covid-19. Si dificultades ya existían en el marco de la crisis sistémica y estructural que abala a las sociedades de América Latina, lo cierto es que la pandemia representó un escenario de extrema gravedad, especialmente para los sectores más vulnerables, que titularizan formalmente derechos constitucionalizados que aún en la práctica no conocen. Por eso, el elemento común de las exposiciones es el compromiso, precisamente, con la concretización de la democracia y los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la salud.

La obra incluye, como valiosa antesala, un artículo firmado por el conferencista de la primera sesión de trabajo, el profesor Álvaro Gonzaga, que aborda los derechos de los pueblos indígenas y que preparó el terreno para investigaciones de alumnos y de alumnas del CEUB de Brasil sobre el impacto de la crisis sanitaria en las comunidades autóctonas.

Expresamos nuestro reconocimiento a los diversos autores y a las autoras que participaron de esta nueva jornada académica cuyos resultados ahora son

publicados. Igualmente, agradecemos a la prestigiosa editorial Tirant lo Blanch – Brasil por su apoyo a esta iniciativa científica internacional y bilingüe en el campo del Derecho.

**Pietro Alarcón**  
*(organizador)*

## PREFÁCIO

Com muita alegria recebi o honroso convite do generoso amigo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, o Prof. Pietro de Jesús Lora Alarcon, organizador do livro titulado: COVID-19: CRISE SANITÁRIA E CRISE DE DIREITOS? PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE O COMBATE À PANDEMIA BRASIL – MÉXICO – COLÔMBIA, Volume II, para fazer o seu prefácio.

Confesso ao leitor que essa é uma atividade intelectual que gosto bastante e desde já justifico: por evidente, antes de realizar a missão gentilmente dada é de dever de ofício ler, reler o material encaminhado. Por conta disso, as experiências de conhecimento são fantásticas. Sempre se aprende muito, por exemplo, não só em relação ao conteúdo, como também em relação à forma de expressão que cada pessoa particularmente externa.

No caso do presente livro, essas afirmações não fogem à regra! A começar pela atualidade e maturidade do título, pois, ainda estamos em fase de pandemia do COVID-19 e os seus reflexos têm mostrado que há crises, entre essas, crises sanitárias? Crises de direitos? De ambas? A mudança do contexto implicou a mudança do texto? Por exemplo, ao ponto de legitimar retrocessos sociais?

Os Professores Álvaro Gonzaga e Felipe Labruna iniciam a coletânea de trabalhos já denunciando que há um movimento de retrocesso no Brasil, com o artigo sob o título: “INTENÇÃO DE DENÚNCIA À CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT EM VOGA: NORMATÍCIDO DE URGÊNCIAS INDÍGENAS COMO FEIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL”.

Na sequência, os Professores Arturo Villarreal Palos e Rogelio Barba Álvarez da mexicana Universidade de Guadalajara, trazem reflexões bem consistentes, por exemplo, sobre as medidas adotadas no México por conta da pandemia do COVID-19 e a liberdade de movimento, gerando o liberticídio. O artigo tem o seguinte título: EL LIBERTICIDIO EN OCASIÓN DE LA PANDEMIA EN MÉXICO.

A Advogada colombiana, Antuaneth Sofía Alarcón Turbay, nos brinda com outra abordagem sobre a temática do livro, com o artigo nominado: VACUNACIÓN OBLIGATORIA CONTRA EL COVID-19 EN COLOMBIA. Sustenta, em resumo, o que claramente consta do subtítulo apresentado: Ineptitud normativa y déficit en la protección de las libertades individuales. Chama a atenção para o desatendimento das pessoas mais necessitadas e da desigualdade social gerada.

De certa forma, nesse mesmo sentido, mas agora no contexto brasileiro, os Pesquisadores Carlos Augusto Jenier e Juliana Pinto Felix tratam da crise na gestão pública por ausência de coordenação da atuação estatal no Brasil. O título do artigo: A COVID-19 e a crise na Gestão Pública: As consequências da falta de coordenação da atuação estatal no Brasil.

Sob outra perspectiva em relação aos efeitos gerados pela pandemia do COVID-19, as Professoras Eliana Franco Neme e Roberta Cristina Paganini Toledo, com muita propriedade, se preocupam com um direito social fundamental, do direito brasileiro, no artigo que tem o seguinte título: “DIREITO À MORADIA E VULNERABILIDADE: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA COVID-19 E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 828.

Em outra perspectiva, não menos relevante que as demais, as Professoras Eloisa Pickler Karine Cordazzo abordam um tema muito grave e atual no Brasil e que precisa ser enfrentado e combatido e que foi agravado na mencionada pandemia: a violência contra as mulheres. Mais especificamente, elas tratam do “O DIREITO DAS PARTURIENTES FACE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA PANDEMIA DE COVID-19.

O contexto da pandemia do COVID-19, conforme estamos vendo, tem aumentado também a crise econômica; houve um aumento do número de pessoas pobres, o que passou a exigir dos Governos uma atitude imediata de assistência. Sobre esse tema, no contexto brasileiro, a pesquisadora Giovana Laba de Jesus e o Professor e Pesquisador Miguel Belinati Piccirillo trazem o artigo com o título: O AUXÍLIO EMERGENCIAL E A TENTATIVA DE GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL DURANTE A PANDEMIA.

O Professor colombiano Juan Antonio Pabón Arrieta retoma ao tema das instituições públicas, agora sobre o papel do Parlamento Colombiano e democracia no contexto da pandemia do Covid-19. Traz interessante artigo intitulado: PARLAMENTO Y DEMOCRACIA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.

Partindo para o plano da filosofia do direito, o Pesquisador Leonardo Godoy Drigo apresenta o artigo com o seguinte título: PANDEMIA: PODE-SE FALAR EM CRISE DE DIREITOS? Uma incitação à filosofia crítica do direito. Suas conclusões são muito interessantes. Destaco para reflexão a seguinte frase conclusiva: “Capitalismo é crise. Direito é crise, porque é capitalismo. Estado é crise, porque é capitalismo”.

Nosso Coordenador, Prof. Pietro Alarcon, também participa dessa coletânea de artigos com o nominado: CRISIS SANITARIA Y FEDERALISMO COOPERATIVO: LO QUE EL EJECUTIVO DE BRASIL NO QUISO ENTEN-

DER”. Uma de suas conclusões é a que o federalismo cooperativo brasileiro foi (é) um importante instrumento para a defesa da saúde em tempos de pandemia.

Finalmente, o Pesquisador vinculado à Universidade de Guadalajara, Valeriano Martínez Federico, encerra a coletânea com o artigo: CRISIS SANITARIA Y CRISIS DE DERECHOS. Com muita propriedade, descreve a situação mundial vivida e que ainda se vive no Mundo em relação ao COVID-19 e alerta para a necessidade de não se deixar de lado os direitos humanos fundamentais.

A meu ver todos os trabalhos estão muito bem escritos, são atuais e contribuem para a existência de um mundo melhor.

Espero que você leitor, assim como eu, aproveite essa coletânea, que ela lhe seja útil e que lhe proporcione fazer reflexões, análises, a respeito de tão instigante e temática.

Obrigado,

**Marcos de Lima Porta**

*Chefe do Departamento V – Direito Público, Faculdade de  
Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –  
PUC-SP*

# INTENÇÃO DE DENÚNCIA À CONVENÇÃO N° 169 DA OIT EM VOGA: NORMATICÍDIO DE URGÊNCIAS INDÍGENAS COMO FEIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga<sup>1</sup>  
Felipe Labruna<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Desde o surgimento no Brasil do chamado levante indígena, nos anos 70, as composições articuladas possibilitaram o protagonismo do debate público, não apenas em nível nacional, mas também internacional, a respeito dos direitos demandados de modo direto pelos coletivos autóctones, desfazendo-se então da dependência de agentes intermediários do Estado ou de entidades não governamentais. (OLIVEIRA; BELTRÃO; OLIVEIRA, 2009). Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trazendo consigo o chamado “indigenismo governamental contemporâneo”, os entraves pela efetivação e salvaguardas dos direitos indígenas deram resultado à expansão da interação do Estado com as comunidades indígenas, através da instauração de variados órgãos insertos em ministérios com diálogo com os povos indígenas, desmantelando desde modo a até então existente preponderância da Fundação Nacional do Índio - FUNAI. De igual modo foram contemplados pela Constituição urgências de suplantação formal da tutela dos povos indígenas pelo Estado nacional, ao lado do reconhecimento positivo/legal da pluralidade cultural e da composição política dos indígenas (LUCIANO, 2006).

Este movimento teve como apogeu a ratificação, no ano de 2002, da Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e também da aprovação, em 2007, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Tal coleção de comandos jurídicos apresentou disposições e diretrizes que levam ao reconhecimento da heterogeneidade cultural e da estru-

---

1 Livre Docente em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-Doutor em História pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Doutor, Mestre e graduado em Direito pela PUC-SP. Graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo - USP. Professor concursado da Faculdade de Direito da PUC-SP, tanto na Graduação como na Pós-Graduação Stricto Sensu. Membro do Instituto Euro-Americano de Derecho Constitucional, na Condição de Membro Internacional. Ex-presidente do Instituto de Pesquisa, Formação e Difusão em Políticas Públicas e Sociais. Ex-coordenador do Escritório Modelo da PUC-SP. Assessor da Pró-Reitoria Comunitária da PUC-SP. E-mail: alvarofilosofia@hotmail.com

2 Mestre e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Ciência Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo e em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Professor assistente de Filosofia do Direito no curso de Mestrado em Direito da PUC-SP. Diretor eleito da Associação de Pós-Graduandos da PUC-SP. Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: fe.labruna@gmail.com

turação social indígena, abrangendo e compreendendo seus sujeitos e coletivos (além de outros agrupamentos integrantes das chamadas minorias em estado de vulnerabilidade) como agentes de direitos, tanto individuais quanto coletivos e garantindo-lhes o *status* de cidadãos diferenciados, com sua introdução democrática nas composições brasileiras e com a exaltação da sistemática sociocultural dos grupos étnicos existentes (OLIVEIRA; BELTRÃO; OLIVEIRA, 2009).

Não é ignorado o fato de que as violências e opressões aos direitos dos povos indígenas no país não são recentes. Na dimensão dos milhões de indivíduos que no Brasil habitavam muito antes do ano de 1.500, quando inaugurado o processo de conquista e de colonização que se prolongaria no decorrer de séculos, numerosas foram as repressões que se operaram a estes povos num método de genocídio que vigora até os dias contemporâneos. O Brasil experimenta um das passagens mais emblemáticas desde o término da ditadura empresarial-militar que vigorou no país entre os anos de 1964 e 1985.

Henyo Trindade Barreto Filho teceu considerações sobre o movimento indígena em três períodos recentes da história brasileira:

(...) poderíamos (...) focar os contrastes, semelhanças e rupturas entre três momentos recentes da história do país: os já referidos períodos da ditadura civil militar e do ciclo democrático (em sua oscilação entre liberalismo e social-democracia), e o atual governo. Não obstante, (...) preferimos acompanhar o modo como muitas lideranças do movimento indígena ordenam a história contemporânea dos seus direitos também em três momentos, mas relativamente concomitantes com o período pré-Constituição e com tendências observáveis nos sucessivos governos posteriores: uma primeira época carismática, heroica e voluntarista, de resistência à violência e luta para que seus direitos fossem plasmados na Constituição; um segundo momento, mais burocrático, pragmático e profissional, em que o associativismo indígena explodiu e lutou pela implementação de tais direitos no chão – relativamente coincidente com os governos Collor a Lula; e o terceiro e inquietante momento atual, de luta para que não se suprimam tais direitos – que começa a se desenhar ainda no segundo mandato de Lula, com o PAC (FILHO, 2020, p. 05).

Com o término do regime empresarial-militar, diversos comandos legais protetivos dos povos originários foram apresentados e aprovados. Todavia, a promulgação e recepção destes atos normativos protetores aos povos indígenas não significa que são garantias de concretização dos direitos neles previstos positivamente. O empenho covarde para asfixiar essas normas, revogando-as em pleno contexto de intolerância às comunidades indígenas, sempre foi um refrão na canção musical que cantam os etnocidas e que sufoca etnias que ostentam culturas heterogêneas às suas ancestralidades. Assim, o esforço etnocida de anular e extinguir comandos legais protetivos aos indígenas permitiu a concepção do neologismo *normaticídio*. Tal termo simboliza a revogação ou a denúncia de comandos legais protetivos de populações vulneráveis com caráter etnocida ou com a intenção de reduzir ou extinguir garantias outrora instituídas pela norma revogada (GONZAGA, 2021).

Decorridas as eleições para o mandato da Presidência da República no final de 2018, o painel político-social a cada dia afigura nos dirigir ao período de exceção, no qual plenos direitos e garantias fundamentais não passavam de um anseio longo. Neste sentido, se faz presente uma enxurrada de agressões aos direitos dos povos indígenas pelo Governo vigente em um contexto que, como um conto tétrico, parece ruir o solo que encobre o jazigo da ditadura de onde ressuscita, com sua farda intemporal, a antiga política que ignora completamente o progresso sócio-político que transpareceu o Texto Constitucional de 1988 e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. (DOS SANTOS, 2020).

## **2. A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E SUA RATIFICAÇÃO PELOS ESTADOS LATINO-AMERICANOS:**

Os parâmetros usados para conceituação do indígena pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI até este momento foi norteadada pela Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho – OIT e pela Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), baseando-se na auto-declaração e na consciência de sua identidade por parte do sujeito e no reconhecimento dessa identidade autodeclarada por parte do seu grupo de origem (FUNAI, 2020).

Segundo o artigo 3º, inciso I do Estatuto do Índio, índio ou silvícola “é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (BRASIL, 1973). Já a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais traz o seguinte texto em seu art. 1º:

A presente convenção aplica-se:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica. pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção (OIT, 1989).

A Convenção nº 169 é aplicável aos povos indígenas em Estados independentes, estabelecendo que a compreensão da identidade indígena ou originária deve ser vista como alicerce fundamental para a obtenção de suas finalidades. Foi no continente latino-americano onde se registrou o maior número de ratificações da Convenção. Tal fenômeno é devido ao fato de que em muitos dos países deste continente há proporção expressiva de populações indígenas e afrodescendentes. Ademais, grande parcela dos países da América Latina sofreu transições de siste-

mas de governo autoritários para modelos de Estado democráticos, no hiato entre a metade da década 80 até o começo dos anos 2000. Consequentemente, uma quantidade considerável desses países assimilou em seus Textos Constitucionais normas garantistas de direitos aos povos e comunidades indígenas.

A renovada interação entre o Direito Constitucional regional e o Direito Internacional viu-se essencialmente amparada pelo robustecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Quase a totalidade dos países latino-americanos ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e admitiram a competência litigiosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Um dos resultados dessa propagação foi, de forma natural, um expressivo crescimento da atuação dos órgãos do sistema (a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos), por meio de demandas acolhidas e solucionadas, oriundas de países integrantes e com diversidade temática.

Verificou-se que os Estados que passaram a compor o modelo sistemático regional de Direitos Humanos necessitaram aprender a recepcionar internamente os julgados e os parâmetros interpretativos definidos pelo sistema regional. Parcela de sua ingerência foi estampada por sua feição influenciadora de transformações constitucionais-normativas sobre temas indigenistas na região. Com isso, um número expressivo de noções conceituais planificadas por ela, tais como “comunidade indígena”, “auto-identificação”, “territórios tradicionais”, “autonomia”, “consulta”, “usos e costumes”, além de várias outras, mostram-se recepcionadas em Textos Constitucionais e em comandos legais positivos nos diversos países do continente (COURTIS, 2009).

### **3. PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA A REVOGAÇÃO DA SUBSCRIÇÃO BRASILEIRA À CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT:**

No ano de 2014, no dia 03 de junho de 2014, houve debate na Câmara dos Deputados proposto pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, a fim de que se discutisse a revogação por parte Brasil de sua subscrição à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Tal discussão foi oferecida pelo deputado federal Paulo César Quartiero, na época filiado ao DEM-RR. Sua tese seria a de que a Convenção infringiria os comandos constitucionais relativos ao Direito Econômico e Tributário, além de afrontar de modo direto a soberania nacional, sob um pretense interesse em salvaguardar as urgências dos povos indígenas e suas demandas em exercer o comando de suas instituições, meios de vivência e progresso social e humano. De acordo com o deputado Quartiero, a Convenção nº 169 alcançou parca ratificação pelos Estados soberanos, sendo eles de elevado ou reduzido poder econômico. Entretanto, completou, por ausência de maior estudo ou discernimento,

a Convenção nº 169 da OIT prosseguiu nas Casas legislativas e foi promulgada pelo Decreto nº 5.051 de 2004, ostentando força de lei federal. Desta maneira, considerando que o referido Decreto em 2014 completava 10 anos de vigência, o deputado demandava sua revisão pelo Congresso Nacional (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

A principal razão da controvérsia quanto à Convenção nº 169 dizia respeito, precipuamente, ao teor de seu artigo 6º da Convenção que dispõe:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (OIT, 1989).

Neste sentido, todas as providências legislativas e administrativas que possam de algum modo afetar os povos indígenas ou tribais devem ser antecedidas de consultas. Assim, apesar de assegurar diversos direitos aos povos indígenas e tribais, a consulta prévia, livre e informada é o maior destaque do Tratado assinado pelo Brasil. Deste modo, a consulta pretende obter o consentimento de boa-fé, de forma com que os interessados possam edificar um diálogo que lhes possibilite alcançar resultados apropriados em uma dimensão de apreço mútuo, com participação completa e equilibrada (BALDI, 2015).

Na atualidade, o Governo Bolsonaro adverte a Organização Internacional do Trabalho sobre nova possibilidade do Brasil de revogar sua participação na Convenção nº 169, no que se configuraria mais um entre vários reposicionamentos do país no cenário diplomático internacional. Isto acontece em resposta a um “plano estratégico de engajamento” do secretariado da OIT para ter competência de oportunizar encontros e eventos e de difundir acentuadamente, como “mera perspectiva da Organização”, documentos e expedientes sobre a Convenção 169. Em um testemunho de cinco páginas, a OIT salientou que isso proporcionaria melhor destaque, concordância e harmonia com as outras agências da ONU, a fim de que se promova a efetivação dos direitos dos povos indígenas, principalmente no continente latino-americano. Para o Governo Bolsonaro, isso quer dizer que a OIT poderia livremente disseminar concepções que não necessariamente

refletem ou necessitem de aquiescência, endosso ou conhecimento antecipado de sua composição tripartite (governos, entidades de empregadores e trabalhadores).

No entendimento do Palácio do Planalto, há incertezas sobre a neutralidade do secretariado da OIT e de seus técnicos independentes. O entendimento em Brasília é de que a Organização, desde o impeachment da Presidente Dilma Rousseff, tornou-se um estrado de campanha política internacional contra os mandatos de Michel Temer e de Jair Bolsonaro. O Governo entende que com sua reatividade teria juridicidade para contestar a instituição do projeto pelo secretariado da OIT. Isto porque o engajamento deste secretariado sobre a Convenção nº 169 poderia ser compreendido como algo que representaria ou ocasionaria a concepção inadequada de novos compromissos dos Estados signatários, sob a dissimulação de comitês alegadamente autônomos ou de opiniões/pareceres de pretensos peritos, orientações e manuais. Deste modo, para o Governo Bolsonaro o plano da OIT criaria inseguranças sistêmicas e resultados indesejáveis para todos, afinal uma representação imprópria, ineficiente e parcial da conjuntura de um país não serviria ao intuito de aquinhoar boas condutas e propiciar o diálogo e a coparticipação (VALOR ECONÔMICO, 2019).

Recentemente foi apresentado o Projeto de Decreto Legislativo nº 177/2021, cujo autor é o deputado federal Alceu Moreira (MDB/RS), que pretende autorizar o Presidente da República a denunciar a Convenção nº 169 da OIT. Os alicerces justificativos deste Projeto de Decreto Legislativo são no sentido de que a Convenção não supera a Constituição Federal de 1988, sendo em razão disso prescindível. Ademais, o deputado entende que o programa de crescimento do Brasil é prejudicado pela restrição do acesso da Administração Pública e dos particulares às terras indígenas sem a aquiescência e permissão de seus habitantes. Finalmente, os fundamentos deste Projeto deduzem que em razão dos transtornos gerados pela Convenção nº 169 da OIT e da já garantista legislação brasileira aos direitos indígenas, principalmente o art. 231 da Constituição e o Estatuto do Índio, verifica-se a prescindibilidade da Convenção no ordenamento jurídico do país (GONZAGA, LABRUNA, 2021).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Atualmente no Brasil há iniciativas advindas da institucionalidade vigente com caráter claramente conservador que podem ser compreendidas como empecilhos juspolíticos à efetivação da Convenção nº 169 da OIT. No cenário da presente conjuntura, em que se presencia uma coletânea de regressões sociais em todos os campos que dizem respeito aos Direitos Humanos, é urgente a utilização de expedientes constitucionais com o condão de se oporem aos retrocessos e a indicação para soluções progressistas, como é o caso da aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social. A temática dos Direitos Humanos inerentes aos

povos indígenas e tribais passa a se caracterizar, na contemporaneidade brasileira, em um assunto estratégico para a legitimação do Estado Social e Democrático de Direito. Deste modo, se faz necessário o incentivo à promoção da democracia co-participativa e independente das populações indígenas, não apenas nas discussões em que estão propriamente envolvidos, mas no seio do dilema democrático nacional (CUNHA, 2018).

A eventual denúncia brasileira da Convenção nº 169 da OIT se mostra como um autêntico retrocesso social, afinal sua introdução no ordenamento jurídico buscou propriamente a observância de incumbências prestacionais pela Administração Pública. Dessa forma, a revogação à subscrição seria um alvitre, na direção de desconstituição de comandos de direitos fundamentais que já acarretaram benesses para as populações contempladas, uma vez que o princípio da irreversibilidade dos direitos já firmados formalmente obsta que se leve ao cabo o vigor de tratados internacionais Direitos Humanos convalidados. Além disso, a denúncia da Convenção significaria abrir mão de direitos indisponíveis e de deveres irremediáveis do Estado. Assim, deve ser levada em consideração a confiança erguida pelos povos interessados no expediente ratificado pelo país, de tal maneira que essa confiança possa ser condensada como um tipo de capital que proporcione mais possibilidades para uma ação mais abrangente e deste modo se assegure um processo que só permita progredir socialmente e não recuar, de tal maneira que a salvaguarda dos indivíduos só possa avançar.

São inaceitáveis as teses que fundamentam o Projeto de Decreto Legislativo nº 177/2021 em trâmite, que em seu cerne trazem a perspectiva de predileção de empenhos em infraestrutura e obtenção de investimentos em face das garantias já ajustadas internacionalmente. Revogar a subscrição à Convenção nº 169 da OIT que dá sustentação a diversos direitos aos povos originários é dismantelar o sustentáculo legislativo de salvaguarda a eles. Presenciamos uma situação de intolerância e perseguição aos povos indígenas que desnuda uma intenção etnocida, manifestando-se de diversas maneiras, como a aculturação indígena ou um pretense integracionismo que aflige numerosas etnias com costumes incompatíveis às suas ancestralidades. Nesta linha de raciocínio, um dos instrumentos do genocídio é o normaticídio, com a revogação de comandos legais garantistas aos indígenas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian Márcia de Castro. A proposta de revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, vol. 25, nº 02, pp. 241/252, abr-jun/2015. Disponível em: <<https://tinyurl.com/bdek7jak>>. Acesso em: 05 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973**. Brasília: Senado, 1973.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Discurso do deputado federal Paulo Cesar Quartiero, DEM-RR**. Sessão 159.4.54.O, hora: 15:30, fase: GE, 29/05/2014. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por Tribunais da América Latina. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 6, nº 10, pp. 52-81, jun/2009 Disponível em: <<https://tinyurl.com/2kfu6bb3>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A batalha juspolítica pela consolidação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho no Brasil: em defesa dos povos indígenas e tribais. **Revista da Defensora Pública da União**, Brasília, nº 11, pp. 51-64, jan-dez/2018. Disponível em: <<https://tinyurl.com/bdek7jak>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

DOS SANTOS, Gilberto Vieira. Governo Bolsonaro: o retorno da velha política genocida indígena. **Revista da ANPEGE**, Dourados, vol. 16, nº 29, pp. 426-457, jun-jul/2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8mbkxs>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

FILHO, Henyo Trindade Barreto. Bolsonaro, meio Ambiente, povos e Terras Indígenas e de comunidades tradicionais: uma visada a partir da Amazônia. **Cadernos de Campo**, São Paulo, vol. 29, nº 02, pp. 01-09, jul-dez/2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/4tejnn99>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI. **Quais os critérios utilizados para definição de indígena?** Ministério da Justiça: Brasília. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y4skn4xp>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena**. São Paulo: Matrioska, 2021.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; LABRUNA, Felipe. Normaticídio indígena. **Revista CartaCapital**, São Paulo, v. 1.158, p. 24–25, 25 maio 2021.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006.

OLIVEIRA, Assis da Costa; BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Leon da Costa. Outras faces do ser indígena: entre pertencimentos e exclusões. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, vol. 03, nº 02, pp. 09-41, jul-dez/2009. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8rek8a>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção nº 169**. Genebra: Conferência Geral, 1989.

VALOR ECONÔMICO. **Brasil é voto isolado na OIT e ameaça deixar convenção sobre povos indígenas**. 27 de março de 2019. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p832hnr>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

# EL LIBERTICIDIO EN OCASIÓN DE LA PANDEMIA EN MÉXICO

Arturo Villarreal Palos<sup>1</sup>

Rogelio Barba Álvarez<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, una pandemia es una enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región<sup>3</sup>. A lo largo de la historia, la humanidad ha tenido que lidiar con varias pandemias, si bien no todas de igual dimensión.

La pandemia de influenza de 1918 fue la más grave de la historia reciente, estimándose que alrededor de 500 millones de personas o un tercio de la población mundial de la época se infectaron con este virus, causando alrededor de 50 millones de muertes en todo el mundo y 675,000 en los Estados Unidos<sup>4</sup>. En el caso de México, se ha calculado un porcentaje aproximado de 500,000 muertos<sup>5</sup>.

El número de personas contagiadas por el actual virus SARS-CoV2 (COVID-19), de acuerdo con los datos del Centro de Recursos sobre el Coronavirus de la Universidad Johns Hopkins de los Estados Unidos, alcanza, según el corte al 17 de noviembre de 2020, un total de 55,243,538 de personas a nivel mundial, mientras que el número de muertos a causa de la enfermedad llega a 1,330,930. En los Estados Unidos se tienen 11,218,305 de casos de contagio confirmados y la letalidad alcanza la cifra de 247,263 personas<sup>6</sup>. En el caso de México, según la

---

1 Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor Investigador Titular en el Departamento de Derecho Público del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II.

2 Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Investigador Titular en el Departamento de Estudios Interdisciplinarios en ciencias penales del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II.

3 <https://www.rae.es/>

4 Vid. CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. *1918 Pandemic (H1N1 virus)*. U.S. Federal Government. En línea. Diponible en Internet [citado 14/09/2020]: <https://www.cdc.gov/flu/pandemic-resources/1918-pandemic-h1n1.html>

5 ARELLANO GONZÁLEZ, Carlos. "Y un siglo después, el jinete del apocalipsis volvió. La 'gripe española' en México". En periódico: *La Jornada*, México. 14 de abril de 2020. En línea. Disponible en Internet [citado 14/05/2020]: <https://www.milenio.com/cultura/gripe-espanola-pandemia-1918-mato-miles-mexico>

6 Vid. JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Coronavirus Resource Center. *Covid-19 in the USA*, November 17, 2020. En línea, Disponible en Internet [citado 17/11/2020]: <https://coronavirus.jhu.edu/>

misma institución, se tienen confirmados 1,009,396 contagios, con un número de personas fallecidas que llega a los 98,861 <sup>7</sup>.

La gravedad de este fenómeno es evidente, por lo que la Organización Mundial de la Salud no dudó en calificarlo como una pandemia a partir de su evaluación del 11 de marzo de 2020 <sup>8</sup>.

Como un grave problema de salud pública, la pandemia del COVID-19 ha sido enfrentada de diversas maneras en cada país, pero en prácticamente todos -salvo el caso de Suecia- <sup>9</sup>, la estrategia ha incluido restricciones a la movilidad de sus habitantes.

En el presente trabajo se analizan las medidas implementadas por el Gobierno mexicano en el ámbito de la pandemia, particularmente las relativas a movilidad, así como el marco jurídico aplicable en este tipo de situaciones.

## 2. EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO.

La Constitución Federal mexicana, en su artículo 11, establece textualmente que:

“Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

El párrafo en cuestión ha permanecido inalterado desde su adopción en 1917, si bien posteriores reformas, en 2011 y 2016, adicionaron y perfeccionaron un segundo párrafo para contemplar los derechos de asilo y refugio, lo cual no abordaremos en este trabajo.

De acuerdo con Jesús Rodríguez y Rodríguez a partir de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de cuyos artículos 4 y 7 se desprendía implícitamente la libertad de ir, venir y residir, la libertad de tránsito pasaría a formar parte del derecho público interno de los países organizados bajo el régimen liberal democrático <sup>10</sup> y es ahora reconocida como

---

7 Vid. JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Coronavirus Resource Center. *Covid-19, World Countries, Mexico*, November 17, 2020. En línea, Disponible en Internet [citado 17/11/2020]: <https://coronavirus.jhu.edu/región/mexico>

8 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *COVID-19: cronología de la actuación de la OMS*. 27 de abril de 2020. En Línea, Disponible en Internet [citado 15/09/2020]: <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

9 Vid. NAVAS, María Elena. “Coronavirus en Suecia: el debate que despierta la singular estrategia del país europeo de no confinar a su población durante la pandemia”. En: *BBC News Mundo*, 18 mayo 2020 [en línea], Disponible en Internet [citado 20/10/2020]: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52690735>

10 VID. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jesús. “Libertad de Tránsito”. En: *Diccionario Jurídico Mexicano*. 6ª edición, México, Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, Tomo III, pág.

componente imprescindible del derecho internacional de los derechos humanos, según se desprende de los artículos 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, VIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948, del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Empero, tal y como se prevé expresamente en el artículo 11 de la Constitución mexicana y los referidos Pacto Internacional de Derechos Civiles y la Convención Americana de Derechos Humanos, la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, sino que puede sufrir limitaciones -entre otras razones- por cuestiones de salud pública, que son las que en este momento nos interesan.

Sobre este particular, la constitución nacional, en su artículo 73, fracción XVI, señala que entre las facultades del Congreso se encuentra la de dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República y, enseguida, agrega cuatro bases para regular la actuación del Consejo de Salubridad General (CoSG), dependiente directamente del Presidente de la República, indicando que sus disposiciones generales serán obligatorias en el país y que las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la Campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, bien como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.

Asimismo, se agrega que en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República y que la autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

Lo anterior -de acuerdo con Cossío Díaz y colaboradores- nos muestra las diferentes funciones que se le confirieron a cada órgano, pues, por una parte, “se faculta al CoSG a emitir medidas de prevención y combate de fenómenos que afecten a la salud pública y, por el otro, se faculta a la Secretaría de Salud para dictar medidas preventivas en caso de urgencia”<sup>11</sup>. No obstante, de ello despren-

---

2016 y ss.

11 Vid. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, GOSLINGA REMÍREZ, Lorena, MEJÍA GARZA, Raúl Manuel y MONTES DE OCA ARBOLEYA, Rodrigo. “Reflexiones constitucionales sobre el Consejo de Salubridad General”. En: *Gaceta Médica de México*. Órgano Oficial de la Academia Nacional de Medicina de México, A.C., Volumen 149, Número 6, noviembre-diciembre de 2013, pág. 357.

demos que son dos las autoridades que eventualmente pueden establecer regulaciones que, entre otras, restrinjan el derecho al libre tránsito con motivo de una emergencia sanitaria: el CoGS y la Secretaría de Salud.

Las disposiciones relativas al CoSG y a la autoridad sanitaria no estaban contempladas en el proyecto original de la constitucion de 1917 y en realidad su ubicación resulta ser un poco extraña, pues no aluden a facultades del Congreso, sino que se trata de atribuciones del Poder Ejecutivo; sin embargo, fueron propuestas por un grupo de constituyentes encabezados por el Doctor José María Rodríguez al momento de discutir la fracción XVI del artículo artículo 73 Constitucional.

Los promotores de la adición -que posteriormente fue aprobada- adujeron que la mortandad en México era “la más grande del mundo”, por lo que era indispensable que la autoridad sanitaria fuera la que cargase sobre sus hombros la tarea de enfrentarla y que, asimismo, había que regular el comercio de sustancias nocivas para la salud; se refirió, además, que si la autoridad sanitaria no tenía un dominio general sobre la salubridad de la República, esta dejaría de ser efectiva, como de hecho sucedió en algunos Estados de la República, en donde los gobernadores no tomaron medidas oportunas y adecuadas para enfrentar epidemias. Concluyeron señalando que la unidad sanitaria de salubridad debía ser general, debía afectar a todos los Estados de la República, debía llegar a todos los confines y debería ser acatada por todas las autoridades administrativas, pues “en los pueblos civilizados, sin excepción, la autoridad sanitaria es la única tiranía que se soporta en la actualidad, porque es la única manera de librar al individuo de contagios”<sup>12</sup>.

Como antecedente de esta cuestión, en la propia iniciativa se menciona al “Consejo de Salubridad General”, el cual según explican otros autores, fue establecido originalmente en la ciudad de México en enero de 1841, aunque en esa época no era totalmente respetado debido a la inestabilidad política generada por la pugna centralista-federalista, siendo hasta 1879 cuando se hizo autónomo, lo cual agilizó sus actividades, ya que sólo tenía que informar a la Secretaría de Gobernación y no a las dependencias de cada estado. Este Consejo, en 1910, todavía realizó un análisis sanitario de la República mexicana <sup>13</sup>.

En el plano legislativo, la Ley General de Salud desarrolla las funciones del CoSG y en el artículo 15, si bien se reconoce que es un órgano que depende

---

12 Vid. CÁMARA DE DIPUTADOS. *Los Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus Constituciones*. 2ª edición, México, Librería de Manuel Porrúa, 1978, Tomo VI, págs. 743 a 754.

13 RODRÍGUEZ DE ROMO, Ana Cecilia y RODRÍGUEZ PÉREZ, Martha Eugenia. “Historia de la salud publica en México: Siglos XIX y XX” [en línea]. En: Revista *Historia, Ciências, Saúde-Manguinhos*, Río de Janeiro, Brasil, Volumen 5, Número 2, julio-octubre de 1998 págs. 293 a 310, Disponible en Internet [citado 20/10/2020]: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-5970-19980-0020-0002](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-5970-19980-0020-0002)

directamente del Presidente de la República, se señala que su Presidente será el Secretario de Salud, agregando que el Consejo se integrará, además, por un secretario y trece vocales titulares, dos de los cuales serán los presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía y los vocales que su propio reglamento determine, todos ellos designados o removidos por el Presidente de la República.

De acuerdo con el artículo 17 de la misma ley, además de las funciones previstas constitucionalmente, se otorgan al Consejo algunas tareas consultivas o de opinión sobre programas y proyectos de investigación científica, de formación de recursos humanos para la salud, establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud y sugerencias al Ejecutivo Federal tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al mejor cumplimiento del programa sectorial de salud.

Asimismo, se le encomienda adicionar las listas de establecimientos destinados al proceso de medicamentos y las de enfermedades transmisibles prioritarias y no transmisibles más frecuentes, así como las de fuentes de radiaciones ionizantes y de naturaleza análoga; elaborar el Compendio Nacional de Insumos para la Salud; participar, en el ámbito de su competencia, en la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud; proponer a las autoridades sanitarias el otorgamiento de reconocimientos y estímulos para las instituciones y personas que se distinguen por sus méritos a favor de la salud y analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuestas de reformas o adiciones a las mismas.

Según lo han destacado Cossío Díaz y colaboradores, todas estas, en unión de otras adiciones legales, han tendido a delimitar el campo de acción del CoSG y de algún modo a relegarlo a un mero papel consultivo y de dependencia de una Secretaría de Estado, lo que no es acorde al modelo constitucional, que lo instituyó como la máxima autoridad sanitaria del país y con el mismo rango que el de la Secretaría de Salud. Sin embargo, los mismos autores destacan la facultad del Consejo -que, desde luego, permanece intocada- para emitir disposiciones y normas de observancia general en los diferentes ámbitos que componen la materia de salud en nuestro País sin necesidad de fundamentarse en una ley previa, con la excepción de lo prescrito respecto a las medidas tomadas en contra del alcoholismo, la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la especie humana y la contaminación ambiental, que podrán ser revisadas posteriormente por el Congreso de la Unión en los casos que le competen <sup>14</sup>.

---

14 Vid. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, GOSLINGA REMÍREZ, Lorena, MEJÍA GARZA, Raúl Manuel y MONTES DE OCA

De otra parte y en cuanto a la actuación de la Secretaría de Salud en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el País, los artículos 181 a 184 de la Ley General de Salud establecen el procedimiento de “acción extraordinaria en materia de salubridad general”, indicando que en caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país, la Secretaría de Salud dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el Presidente de la República, todo ello sin perjuicio de la intervención que corresponda al CoSG y a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Se sigue diciendo que en estos casos el Ejecutivo Federal podrá declarar, mediante decreto, la región o regiones amenazadas que quedan sujetas, durante el tiempo necesario, a la acción extraordinaria en materia de salubridad general, la cual será ejercida por la Secretaría de Salud, conforme a las siguientes atribuciones:

- a) “Encomendar a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, el desempeño de las actividades que estime necesarias y obtener para ese fin la participación de los particulares;
- b) “Dictar medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de ellas en las poblaciones y con los regímenes higiénicos especiales que deban implantarse, según el caso;
- c) “Regular el tránsito terrestre, marítimo y aéreo, así como disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos éstos últimos;
- d) “Utilizar libre y prioritariamente los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así como las transmisiones de radio y televisión”.

Como podemos observar, se trata de herramientas muy poderosas que, de usarse, pueden limitar el libre tránsito en todo el país o en una o varias regiones, facultad que implícitamente también tiene el CoSG.

No obstante, existen otras medidas que las autoridades sanitarias pueden tomar para proteger la salud de la población y que no están sujetas a la expedición de un decreto, sino que basta con que se dicte un acuerdo debidamente fundado y motivado. El ordenar o ejecutar estas medidas, que se denominan “medidas de seguridad”, compete a la Secretaría de Salud y a los gobiernos de las entidades federativas, en sus respectivos ámbitos de actuación. Por tanto, no se trata en estos casos de medidas de orden general, sino circunscritas a un ámbito espacial y temporal más limitado.

De acuerdo al artículo 404 de la Ley General de Salud, son medidas de seguridad sanitaria las siguientes: 1) el aislamiento; 2) la cuarentena; 3) la observación personal; 4) la vacunación de personas; 5) la vacunación de animales; 6) la destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva; 7) la suspensión de trabajos o servicios; 8) la suspensión de mensajes publicitarios en materia de salud; 9) la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud; 10) la aseguramiento y destrucción de objetos, productos o substancias; 11) a desocupación o desalojo de casas, edificios, establecimientos y, en general, de cualquier predio; 12) a prohibición de actos de uso; y 13) las demás de índole sanitaria que determinen las autoridades sanitarias competentes, que puedan evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud.

Dado que pueden tener efecto en la libertad de tránsito, solo me referiré a las medidas de aislamiento y cuarentena.

Por aislamiento, acorde al artículo 405 de la ley, se entiende la separación de personas infectadas, durante el periodo de transmisibilidad, en lugares y condiciones que eviten el peligro de contagio; deberá ser ordenado por escrito y por la autoridad sanitaria competente, previo dictamen médico y durará el tiempo estrictamente necesario para que desaparezca el peligro.

Respecto a la cuarentena (artículo 406), se entiende la limitación a la libertad de tránsito de personas sanas que hubieren estado expuestas a una enfermedad transmisible, por el tiempo estrictamente necesario para controlar el riesgo de contagio. Igualmente deberá ordenarse por escrito, previo dictamen médico, y consistirá en que las personas expuestas no abandonen determinado sitio o se restrinja su asistencia a determinados lugares.

Son estas las únicas medidas de restricción al libre tránsito y que también llevan implícitas restricciones o limitaciones a la libertad personal y que suelen replicarse en los ámbitos estatales.

Por ejemplo, la legislación del estado de Jalisco también prevé medidas de seguridad sanitaria aplicables para la prevención y control de enfermedades transmisibles que son limitativas de la libertad personal y de tránsito, tales como el aislamiento y la cuarentena, las cuales se ordenarán por escrito, previo dictamen médico y durarán el tiempo estrictamente necesario para que desaparezca el peligro.

### **3. MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES MEXICANAS EN EL MARCO DE LA PANDEMIA GENERADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19).**

Como vimos anteriormente, los escenarios previsibles como respuesta a una pandemia en nuestro país pudieron haber sido tres: 1) disposiciones y nor-

mativas de aplicación general en toda la República por parte del Consejo de Seguridad General; 2) expedición de un decreto del Ejecutivo Federal declarando la región o regiones amenazadas que quedarían sujetas, durante el tiempo necesario, a la acción extraordinaria en materia de salubridad general; y 3) las adopción de medidas sanitarias de seguridad por parte de la Federación y los Estados.

Y aquí, el camino adoptado fue el de la expedición de normas de aplicación general por parte del Consejo de Seguridad General, que fueron ejecutadas por la Secretaría de Salud y complementadas por medidas sanitarias en el ámbito de los Estados.

El punto de partida fue el Acuerdo por el que el CoSG declaró la emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) y encomendó a la Secretaría de Salud que determinara todas las acciones que resultaran necesarias para atender la emergencia, lo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 30 de marzo de 2020. Se indicó que el Acuerdo entraría en vigor el día de su publicación y estaría vigente hasta el 30 de abril de 2020. Sin embargo, hasta la fecha no se ha declarado oficialmente el fin de la emergencia sanitaria.

Concomitantemente a lo anterior, en la misma fecha, el CoSG acordó y publicó las medidas de seguridad sanitaria a adoptar durante la emergencia, de las que retomo las principales:

En primer término, la suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril 2020, de actividades no esenciales en los sectores público, privado y social, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV-2 en la comunidad.

El exhorto a toda la población residente en el territorio mexicano, incluida la que arribase al mismo procedente del extranjero, y que no participara en actividades laborales esenciales, a cumplir resguardo domiciliario corresponsable del 30 de marzo al 30 de abril 2020, entendiendo como resguardo domiciliario corresponsable a la limitación voluntaria de movilidad, permaneciendo en el domicilio particular la mayor parte del tiempo posible.

Se agregó que el resguardo domiciliario corresponsable se aplicaría de manera estricta a toda persona mayor de 60 años de edad o con diagnóstico de hipertensión arterial, diabetes, enfermedad cardíaca o pulmonar, inmunosupresión (adquirida o provocada), en estado de embarazo o puerperio inmediato, independientemente de si su actividad laboral se considera esencial. El personal esencial de interés público podría, de manera voluntaria, presentarse a laborar.

Al día siguiente, en el DOF se publicó el Acuerdo del Secretario de Salud por el que reitera las medidas arriba enunciadas, mismo que se modificó el 21 de

abril para extender la suspensión de actividades no esenciales hasta el 30 de mayo, para, finalmente, el 14 de mayo del mismo año publicar el Acuerdo por medio del cual se estableció la estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como establecer acciones extraordinarias, consistiendo la estrategia en la reapertura de actividades de una manera gradual, ordenada y cauta. Para finales de 2020, el país todavía se encontraba en esta etapa, caracterizada por semáforos de riesgo.

Los gobiernos estatales, por su parte, tomaron también medidas reiterativas o adicionales de las disposiciones federales, a fin de dar legitimidad a la actuación de las autoridades locales y, en algunos casos, se adelantaron al accionar federal -por ejemplo, 10 estados decretaron la suspensión de actividades escolares desde el 17 de marzo y no hasta el 20 como lo proponía el gobierno federal. Asimismo, prácticamente todas las entidades federativas han promovido políticas que no ha impulsado la autoridad de salud federal, como el uso masivo de cubrebocas y, en algunos casos, la realización de pruebas rápidas para detectar infección por COVID-19.

En el estado de Jalisco el primer Acuerdo con motivo de la pandemia, se publicó en el Periódico Oficial del Estado el 19 de abril de 2020. En este Acuerdo -al igual que el federal- se decretó el resguardo domiciliario, siendo corresponsable toda persona que se encuentra en el territorio del estado. Igualmente se aplica la corresponsabilidad, de manera estricta y sin excepción, cuando se trata de grupos considerados de alto riesgo (personas mayores de 60 años de edad, embarazadas o puerperio inmediato o con diagnóstico de hipertensión arterial, diabetes melitus, enfermedad cardíaca o pulmonar crónica, inmuno supresión adquirida o procaída, así como insuficiencia renal y hepática).

Se reiteró la suspensión inmediata de actividades definidas como no esenciales por la federación hasta el 17 de mayo y, entre otras, se establecieron las siguientes medidas de seguridad sanitaria: lavado de manos frecuente, sana distancia y saludo a distancia entre personas, estornudo seguro utilizando antebrazo o pañuelo y uso obligatorio de cubrebocas en cualquier espacio público. Se prohibieron, además, eventos sociales de más de 50 personas y festividades patronales, cívicas o comunitarias y el uso de espacios públicos como unidades deportivas, plazas, jardines y jardines municipales, equipamiento cultural, centros barriales o comunitarios y demás análogos. Se indicó que el incumplimiento de la medida sanitaria relativa a la prohibición del uso de espacios públicos sería sancionada con arresto, de conformidad con la Ley General de Salud y la Ley de Salud Estatal. Finalmente, se dispuso que los establecimientos que se dedicaran a activida-

des esenciales que no cumplieran con las medidas de seguridad sanitaria, serían clausurados.

El 17 de mayo de 2020 se publicó un nuevo Acuerdo del Poder Ejecutivo del Estado, en el que se reiteraron las medidas anteriormente descritas y se se señaló que la reapertura de actividades económicas sería de manera gradual, ordenada y cauta, conforme a los dispuesto en el Plan Jalisco para Reactivación Económica aprobado por la Comisión Interinstitucional para la Reactivación Económica del Estado de Jalisco, lo que, en efecto, se ha venido haciendo de manera gradual. Con posterioridad se han emitido 19 acuerdos más relacionados con el COVID-19, siendo el último de ellos de fecha 30 de septiembre de 2020, por el que se indicó que las medidas de seguridad sanitaria estarían vigentes hasta el 31 de octubre de 2020, plazo que se ha venido ampliando.

Sin embargo, es importante hacer mención del Acuerdo de fecha 9 de julio de 2020, por el cual la Comisión para la Reactivación Económica aprobó que, en caso de ser necesario, se implementaría un mecanismo extraordinario para cortar la cadena de contagios, denominado “botón de emergencia”, que significaría cerrar toda la industria, el comercio y los servicios por 14 días y sólo se mantendría la operación de los servicios de salud, de seguridad y los relacionados con abasto de alimentos. Dada la situación imperante en Jalisco, este botón hubo de activarse por primera el viernes 30 de octubre para finalizar el 13 de noviembre de 2020, si bien en una modalidad menos agresiva para las actividades económicas, suspendiendo actividades no esenciales únicamente por las noches de lunes a viernes y fines de semana completos. Una vez finalizado el paro decretado por el botón de emergencia, las medidas sanitarias esenciales han seguido vigentes.

#### **4. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES.**

La pandemia provocada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) ha supuesto una amenaza importante para la vida humana y un desafío para los sistemas de salud pública que no habíamos visto en más de un siglo.

En el caso de México, no ha habido un tratamiento uniforme en cuanto a la respuesta estatal, pues las políticas públicas federales han sido más bien de tibieza, dejando a los estados una gran parte de la responsabilidad, que han venido asumiendo según sus particulares circunstancias.

La ola mundial de “rebrotos” de contagio, también presente en nuestro país, ha obligado a regresar a etapas de restricción que se pensaban superadas o medianamente superadas, lo que demuestra que el virus no se ha ido nunca, sino que ha estado ahí todo el tiempo y que más bien su reaparición se debe al relajamiento de las medidas sanitarias.

Si bien la existencia de una vacuna parece que se encuentra más cerca de lo esperado, según el anuncio de las empresas Pfizer y BioNTech hecho a principios de noviembre, la posibilidad de inocular primero a los grupos de riesgo y luego a toda la población, es algo que no se avizora en el corto plazo. México es ahora un país con 127 millones de habitantes; imaginemos lo que significa inmunizar a ese número de personas, por lo que, de seguro, ello será una tarea lenta que quizá alcance su objetivo en uno o dos años a partir de la existencia y envasamiento de la vacuna, por lo que la mejor prevención sigue siendo por ahora respetar las medidas sanitarias.

Ahora bien y volviendo al punto de inicio de este trabajo, en los casos de pandemias o emergencias sanitarias, las restricciones a la movilidad son perfectamente factibles dentro del marco constitucional y convencional existente.

En nuestro país existen dos posibilidades, la primera por disposiciones de orden general del CoSG que pueden dictarse sin limitación alguna; la segunda, mediante decreto presidencial que dicte medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de ellas en las poblaciones y regulación del tránsito terrestre, marítimo y aéreo.

Como vemos, son medidas muy fuertes de excepción, solo comparables a las que se prevén en el artículo 29 Constitucional, respecto a los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, en donde el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá decretar la restricción o suspensión de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, ya sea en todo el país o en lugar determinado.

Sin embargo, en nuestro país no se optó por utilizar esta dura herramienta legal (restricciones forzosas a la movilidad en el territorio nacional), prefiriéndose el denominado “resguardo domiciliario corresponsable”, cuyo acatamiento es en esencia voluntario.

Otra medida -limitativa de la libertad deambulatoria- que pudo haberse adoptado fue el aislamiento de personas infectadas en lugares y condiciones que evitaran el peligro de contagio e, incluso, la cuarentena de personas sanas que hubieren estado expuestas a la enfermedad transmisible.

Pero -salvo en algunos casos de excepción, como Michoacán- tampoco se consideró esta opción, lo que ha dejado el manejo de la transmisibilidad en buena parte a la autoconsciencia y al autocuidado, en gran medida por razones de la precariedad económica en México.

Al respecto, en el documento “Observaciones sobre Violaciones a Derechos Humanos durante la Contingencia Sanitaria por COVID-19”, elaborado por la Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración de la Secretaría de Gobernación en abril de 2020, se destacó que en un país como México, donde más de la mitad de la población trabaja en el sector informal y alrededor del 42% viven en situación de pobreza, una medida coercitiva de restricción a la movilidad no resultaba eficaz y tendría efectos desproporcionales sobre esta población.

Además -como lo ha destacado Hidalgo Flores- si bien limitar la movilidad de personas podría evitar contagios, en el fondo provocaría que muchísimas personas en situación vulnerable se vieran privadas de un día para otro de los insumos necesarios para sobrevivir <sup>15</sup>, máxime en un escenario donde el gobierno federal no implementó o fomentó algún programa de apoyo económico de amplio espectro.

Algunos estados, sin embargo, establecieron medidas que, aunque no se anunciaron como limitativas de la libertad de tránsito, en los hechos si lo fueron. Por ejemplo, en el estado de Jalisco se colocaron filtros sanitarios en puntos clave de acceso, verificando en ellos -según la información oficial- el estado de salud de las personas que llegan y salen de la ciudad por medio de la toma de temperatura y un cuestionario y “si se detecta a algún ciudadano o ciudadana con síntomas, se le recomienda volver a su casa” <sup>16</sup>, lo que, en muchos casos, supuso un forzado regreso, que, en los hechos, se tradujo en una limitación al libre tránsito.

En otras entidades federativas, en cambio, si se contemplaron declaradas acciones limitativas del libre tránsito. Tal fue el caso del decreto que el Gobernador del Estado de Michoacán publicó en el Periódico Oficial el lunes 20 de Abril de 2020 y por el que se estableció que durante la vigencia del mismo todos los habitantes en el Estado de Michoacán únicamente podrían transitar por las vías de uso público, de manera individual, para la realización de determinadas actividades <sup>17</sup> y que, asimismo, la Secretaría de Seguridad Pública del Estado, podría acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razo-

---

15 Vid. HIDALGO FLORES, Héctor Iván. “La libertad de tránsito en tiempos del Covid-19”. En: Blog del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 19 de mayo de 2020 [en línea], Disponible en Internet [citado 15/09/2020]: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-libertad-de-transito-en-tiempos-del-covid-19>

16 Vid. Boletín de prensa del Gobierno del Estado de Jalisco “Secretaría de Seguridad mantiene presencia en filtros sanitarios para evitar propagación de COVID-19” [en línea], 4 de mayo de 2020, Disponible en Internet [citado 09/11/2020]: <https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias/103248>

17 Se señalaron las siguientes actividades: adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; asistencia a hospitales, servicios y establecimientos sanitarios; desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial, en las áreas declaradas como actividades esenciales por la Federación; asistencia y cuidado a adultos mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables; desplazamiento a entidades financieras y de seguros; por causa de fuerza mayor o situación de necesidad plenamente justificada; y cualquier otra actividad de naturaleza análoga.

nes de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos, agregando que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes sería sancionado con arreglo a las leyes (estas sanciones podrían consistir en multa o trabajo comunitario).

Un caso parecido fue el del estado de Coahuila, en donde por decreto publicado en el Periódico Oficial de fecha 22 de abril de 2020, en términos similares a Michoacán, se restringió la modalidad de las personas para realizar solo determinadas actividades, imponiendo amonestación o multa a quienes transitaran fuera de los supuestos permitidos. Asimismo, por el decreto se establecieron filtros de control sanitario facultando a las autoridades para indicar a la persona con síntomas que tendría que regresar a su domicilio particular para mantenerse en aislamiento social y disminuir el riesgo de propagación de enfermedades transmisibles e indicando que la Secretaría de Seguridad Pública podría acordar el cierre de carreteras estatales o algunos tramos de ellas, así como restringir o no permitir la circulación de vehículos cuando se pusiese en riesgo la salud de las personas por la posible propagación del COVID- 19<sup>18</sup>.

Medidas similares, en cuanto a las restricciones a la movilidad de las personas y cierres a la circulación de calles, se establecieron en Baja California Sur, según decreto publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24 de abril de 2020.

El documento de la Subsecretaria de Derechos Humanos, Población y Migración a que nos hemos referido antes, documentó otras medidas, como el programa “Quédate en casa obligatorio fase 2”, implementado por el gobierno del estado de Sonora y que imponía multas a las personas por incumplir el confinamiento obligatorio y facultando a las corporaciones policiales a arrestar con uso de la fuerza pública a las personas; y el cierre de fronteras anunciado por los gobernadores de Coahuila, Tamaulipas y Nuevo León en los 21 puentes fronterizos existentes entre sus entidades con Estados Unidos.

Todas estas medidas, al carecer los gobernadores de facultades para restringir el libre tránsito, resultan ser contrarias a nuestro marco constitucional y convencional, según lo puso de relieve -en su momento- la Secretaría de Gobernación en abril de 2020 y pueden generar afectaciones indeseadas a los derechos humanos, por lo que más adecuado es sujetarse estrictamente al marco legal.

---

18 El citado autor Héctor Iván Hidalgo Flores analiza la inconstitucionalidad e inconventionalidad de los decretos de Michoacán y Coahuila a la luz del artículo 29 Constitucional (suspensión o restricción de derechos humanos) y sus correlativos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estimo, sin embargo, que las restricciones a la movilidad en tiempos de pandemia, acorde a nuestro marco constitucional, también pueden derivar, como lo he expuesto en este documento, por acuerdo del Consejo de Salubridad General o por Decretos del presidente de la República en términos de la Ley General de Salud.

En síntesis, la pandemia generada por virus SARS-CoV2 (COVID-19) ha puesto a México y al mundo en un escenario complicado en el que tanto la población como el gobierno deben marchar unidos. Esperemos que pronto podamos dar vuelta a la página y dejar lecciones para las generaciones futuras.

# VACUNACIÓN OBLIGATORIA CONTRA EL COVID-19 EN COLOMBIA: INEPTITUD NORMATIVA Y DÉFICIT EN LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES

Antuaneth Sofía Alarcón Turbay<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

La vacunación obligatoria en Colombia contra el Covid-19, cuyo marco legal lo conformaron los decretos 1408 del 3 de noviembre de 2021 y 1615 del 30 de noviembre de 2021, resultó de la implementación gradual del Plan Nacional de Vacunación<sup>2</sup>. Ambos decretos en su artículo segundo ordenaban a las autoridades competentes de las entidades territoriales agregar a los protocolos de bioseguridad la presentación obligatoria del carné de vacunación contra el Covid-19 o certificado digital de vacunación del portal “Mi Vacuna” como requisito de acceso a eventos o lugares de asistencia masiva de carácter público o privado: bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias<sup>3</sup>, siendo los responsables del cumplimiento de esta medida los propietarios, organizadores o administradores de tales eventos, so pena de atenerse a las acciones correspondientes por parte de las autoridades competentes<sup>4</sup>.

No obstante, el Decreto 655 del 28 de abril de 2022 (vigente hasta el 30 de junio de 2022) que derogó el Decreto 1615 de 2021<sup>5</sup> estableció que las autoridades competentes de las entidades territoriales no podrán imponer “la presentación obligatoria del carné de vacunación o certificado digital en el que se evidencie el inicio del esquema de vacunación, como requisito de ingreso a even-

---

1 Advogada. Universidad Sergio Arboleda de Colombia – Sec. Barranquilla.

2 Decreto 109 del 29 de enero de 2021 “Por el cual se adopta el Plan Nacional de Vacunación contra el COVID - 19 Y se dictan otras disposiciones”

3 El artículo 2 de cada uno de los Decretos 1408 y 1615 de 2021 disponía: “Las entidades territoriales deberán adicionar a los protocolos de bioseguridad vigentes, la presentación obligatoria del carné de vacunación contra el Covid-19 o certificado digital de vacunación disponible en el link: [mivacuna.sispro.gov.co](http://mivacuna.sispro.gov.co), en el que se evidencie, como mínimo, el inicio del esquema de vacunación, como requisito de ingreso a: (i) eventos presenciales de carácter público o privado que impliquen asistencia masiva y, (ii) bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias”.

4 Párrafo 1 del artículo 2 de cada uno de los Decretos 1408 y 1615 de 2021 estipulaba: El cumplimiento de las normas aquí dispuestas estará a cargo de los propietarios, administradores u organizadores de eventos presenciales de carácter público o privado que impliquen asistencia masiva y en aquellos lugares antes señalados. En caso de incumplimiento las autoridades competentes adelantarán las acciones correspondientes.

5 Artículo 11 del Decreto 655 de 2022 consagró: “El presente Decreto... deroga los Decretos 1615 del 30 de noviembre de 2021 y 298 del 28 de febrero de 2022”. Por su parte el Decreto 1615 de 2021 derogó el Decreto 1408 de 2021 en su artículo 5: “El presente Decreto rige a partir de su publicación y deroga el Decreto 1408 del 3 de noviembre de 2021”.

tos presenciales de carácter público o privado, salvo que la medida sea modificada por el Gobierno nacional” (Decreto 655 de 2022, art.6).

Aunque la vacunación obligatoria no es una disposición vigente, requiere de un análisis que desarrolle el contenido y el alcance de las limitaciones a los derechos fundamentales frente a la obligación del Estado de promover y garantizar el derecho de acceso a la vacuna y a la información sobre la misma en el marco de una pandemia.

Por consiguiente, el presente artículo analizará la medida de la vacunación obligatoria como requisito de acceso a lugares o eventos de asistencia masiva, bajo el estudio de tres esferas fundamentales que constituyen *per sé* la obligatoriedad: la seguridad de las vacunas y acceso a la información, la equidad en el acceso a la vacuna y la limitación a los derechos fundamentales a la luz del principio constitucional de Proporcionalidad.

## 2. METODOLOGÍA

Para el desarrollo del presente artículo de investigación se llevará a cabo la metodología cualitativa por medio de la cual se recolectarán y analizarán datos e información de textos jurídicos y académicos, tesis, artículos de revistas científicas, sentencias y periódicos digitales. La investigación cualitativa:

...procura por lograr una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular. A diferencia de los estudios descriptivos, correlacionales o experimentales, más que determinar la relación de causa y efectos entre dos o más variables, la investigación cualitativa se interesa más en saber cómo se da la dinámica o cómo ocurre el proceso de en qué se da el asunto o problema (Vélez, 2008).

Cabe aclarar que aunque se efectuará un proceso de análisis e interpretación legal y constitucional sobre la disposición de la vacunación obligatoria acorde a principios y derechos fundamentales, no es pretensión de este texto realizar un juicio de constitucionalidad, dado que partiremos de premisas y datos generales obtenidos de la investigación cualitativa y no de argumentos jurídicos particulares que acusan de inconstitucional el mandato legal, tal como acontece en los procesos sobre demandas judiciales por inconstitucionalidad ante los tribunales competentes que deciden en últimas, basados en sus consideraciones la constitucionalidad de la norma.

## 3. LA SEGURIDAD DE LAS VACUNAS Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

El primer pilar fundamental que justifica la obligatoriedad de la vacuna es la seguridad de la misma, que debe sustentarse en datos confiables sobre su efectividad, esto es: la reducción de muertes en relación al contagio en los distintos grupos poblacionales del país, la disminución de la posibilidad de enfermarse

gravemente, que los beneficios superen los riesgos de la vacunación y que estos últimos sean bajos.

Los artículos 2 de cada uno de los Decretos 1408 y 1615 de 2021 que establecieron la presentación obligatoria del carné de vacunación físico o digital para el ingreso a eventos o lugares de asistencia masiva, ya sea de carácter público o privado, en sus parágrafos 3 ambos estipulan: “El Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Interior, podrá ampliar esta medida a otras actividades o sectores de acuerdo con la evolución de la pandemia contra el Covid - 19 Y el avance del Plan Nacional de Vacunación”; por tanto, podemos asegurar que en la norma, el criterio de seguridad de las vacunas queda supeditado al avance del Plan de vacunación y al comportamiento epidemiológico.

El Decreto 1408 de 2021 presenta una motivación basada en datos estadísticos sobre la reducción del contagio y muerte por Covid-19:

...tal como lo manifestó el Ministerio de Salud en la parte motiva de la Resolución 1687 del 25 de octubre de 2021, “en el transcurso del mes de octubre de 2021, se ha observado en el comportamiento epidemiológico del Covid-19, una reducción del 88% del promedio diario de contagio y del 92% en el número diario de muertes, en comparación con el promedio del último pico presentado en los meses de abril y julio de la presente anualidad, lo que permite evidenciar una favorabilidad de los indicadores epidemiológicos y un ritmo creciente en la vacunación (Decreto 1408 de 2021).

De la resolución citada, del Ministerio de Salud, podemos afirmar que no se configura una evidencia verificable y balance estadístico histórico que permita asegurar que las variables de reducción de contagios y de muerte por Covid-19 sean producto del proceso de vacunación, sino más bien se deduce que el comportamiento de estas dos últimas variables son la consecuencia directa del ritmo en la vacunación.

Por su parte, el Decreto 1615 expone un argumento acerca de los índices de mortalidad, del cual podemos decir que insta un poco a las personas a iniciar o completar su esquema:

...si bien las coberturas de vacunación alcanzadas conllevan a que la mortalidad se haya mantenido estable hasta el momento, se observa, que según el reporte del INS con corte a 22 de noviembre de 2021, existen 14.293 casos activos de COVID-19 en el país, pudiéndose presentar nuevos incrementos en la mortalidad y la hospitalización, lo que dependerá de continuar con la velocidad en la vacunación, de la vigilancia epidemiológica y del comportamiento biológico de las variantes como la Delta (VOC) y la Mu (V01) (Decreto 1615 de 2021, p. 9).

No obstante, estos Decretos carecen de datos sobre los riesgos de las vacunas, información esencial para reforzar la confianza o desconfianza legítima sobre las mismas. Ahora bien, el Decreto 109 del 29 de enero 2021 “Por el cual se adopta el Plan Nacional de Vacunación contra el COVID – 19 y se dictan otras disposiciones”, plasma en su artículo 20 el deber de las entidades territoriales de

realizar seguimiento al Plan Nacional de vacunación, y entre estos deberes, el 20.21 establece: “Realizar la vigilancia epidemiológica de los ESAVI” (Decreto 109 de 2021). (ESAVI: vigilancia de los eventos supuestamente atribuibles a la vacunación o inmunización), proceso que se lleva a cabo a través de un sistema conocido como: farmacovigilancia, en este caso, al comportamiento de la efectividad de las mismas y al balance entre beneficios y riesgos.

La farmacovigilancia es la actividad relacionada con la detección, evaluación, comprensión y prevención de los efectos adversos de los medicamentos o de cualquier otro posible problema relacionado con los fármacos o vacunas. Colombia cuenta con el protocolo de farmacovigilancia... También cuenta con la Ley 2064 del 2020...que establece en su Artículo 4 la creación del Consejo de Evaluación de las Reacciones Adversas a la Vacuna Contra el covid-19. “tiene por objeto evaluar la existencia o inexistencia de un nexo causal entre el evento adverso sufrido por un habitante del territorio nacional y la aplicación de la vacuna contra la covid-19 por parte del Estado Colombiano” (Rubio, 2021, p. 71).

El funcionamiento del sistema de farmacovigilancia de las vacunas contra el Covid-19 ha presentado fallas institucionales que denotan la ineficiencia en el ejercicio de su labor de estudio, análisis de causas, control, recolección de datos, obtención de resultados, mecanismos de seguimiento frente a la aplicación de las vacunas; gestión, solución y prevención de los riesgos identificados con sus respectivas estrategias. De las conclusiones extraídas por el Centro de Pensamiento Medicamentos Información y Poder, y el Centro de Información de Medicamentos de la Universidad Nacional de Colombia, evidenciamos datos alarmantes:

- Con más de 8 millones de dosis aplicadas en Colombia hasta mayo 26 de 2021, no se han publicado recientes informes periódicos de las actividades de farmacovigilancia y análisis de ESAVI, más allá del mencionado, que permita conocer, comparar y comunicar los riesgos asociados al uso de las vacunas COVID-19 en el país y orientar a los profesionales de la salud y a la ciudadanía para mejorar la confianza en la vacunación, al contrario de otros países de la Región de las Américas como Chile, Costa Rica o Argentina ( Centro de Pensamiento Medicamentos Información y Poder, 2021, p. 3).

- Aunque en el lanzamiento del plan nacional de vacunación, el Ministerio de Salud anunció la existencia de líneas de atención a la ciudadanía y estrategias de comunicación, seguimiento e investigación que permitiera contar con datos y estudios propios sobre la efectividad y seguridad de las vacunas, no se conocen avances al respecto ( Centro de Pensamiento Medicamentos Información y Poder, 2021, p. 3).

- El INVIMA cuenta con un enlace en la página web para que las personas vacunadas notifiquen de los eventos adversos asociados con las vacunas, pero no se divulga la existencia del mismo, no es clara el acceso al vínculo, ni una estrategia de comunicación y educación para facilitar la notificación. Se podría afirmar que las personas desconocen la existencia de estos portales y, quienes no cuentan con acceso a internet o medios digitales, no tienen mecanismos para comunicar cualquier evento adverso fácilmente (Centro de Pensamiento Medicamentos Información y Poder, 2021, p. 3).

Por lo anterior podemos señalar que Colombia ha contado con un sistema de farmacovigilancia a la vacuna carente de información clasificada sobre sus efectos y desprovisto de métodos apropiados que orienten el proceso del consentimiento informado que conlleven a reforzar confianza legítima en la ciencia

y en las instituciones, y a una aceptación gradual del Plan de Vacunación, por tanto, dicho sistema no ha estado a la altura del impacto que la obligatoriedad demanda, dado que “Cuando se carece de datos sobre la seguridad de las vacunas o cuando los datos implican que los riesgos asociados con la vacunación superan los riesgos de sufrir daños sin la vacuna, el mandato no estaría justificado desde el punto de vista ético” (Organización Panamericana de la Salud, 2021, p. 3).

Precisamente sobre el tema del acceso a la información del proceso de vacunación, debe tenerse en cuenta que en un mundo globalizado donde la velocidad de la información viaja incontrolablemente a través de medios digitales y el contenido tiende a difundirse sin análisis reflexivos, el Estado en tiempos de crisis e inestabilidad debe vigorizar sus procesos de transmisión de la información con el fin de orientar e informar en su totalidad acerca del contenido, planes y políticas públicas para enfrentar la crisis en tiempos de pandemia.

En el marco del desarrollo de un plan nacional de vacunación de interés público, el papel que desempeñan los medios de comunicación masiva es esencial, dado que la promoción de la información veraz, comprensible y oportuna fortalece el proceso de toma de decisiones en salud, robusteciendo la familiaridad de la comunidad con la ciencia, esto es, en la seguridad de las vacunas, y en la prestación del servicio por parte del Estado, disminuyendo también los niveles de desinformación e incertidumbre. Colombia no logró consolidar una estrategia de contenidos y de comunicación sobre el proceso de vacunación contra el Covid-19:

La ausencia de una estrategia para la difusión de los vídeos incluidos en el canal de YouTube de MinSaludCol, evidenciada en el bajo número de reproducciones y de interacciones en la gran mayoría de las piezas analizadas. Podría considerarse entonces un análisis futuro sobre los recursos destinados para la realización de este tipo de piezas comunicativas versus la eficiencia comunicativa que pretenden (Eduar BARBOSA-CARO, 2021, p. 204).

Asimismo, atendiendo a los postulados del artículo 20 de la Carta Política y de la ley 1712 de 2014, denominada “Ley de Transparencia”, es un derecho de la ciudadanía y un deber del Estado garantizar el acceso a la información pública, lo cual implica, facilitar y proporcionar el acceso permanente a la información sobre la realización de las actividades de la administración, medidas, reportes que revelen el desarrollo del PNV.

La transparencia es también la percepción de la población y la opinión pública de las decisiones y los actos de los funcionarios públicos que efectúan los análisis de las posibilidades y las oportunidades existentes en el entorno. La transparencia permite hacer veeduría y llamar a responder a quienes cargan con la dignidad de la responsabilidad política en un asunto en el que está en juego la vida y la salud, como el caso de la pandemia del covid-19 (Rubio, 2021, p. 70).

Aunque en Colombia se “puso a disposición la herramienta web mivacuna covid-19, que permite interactuar con toda la ciudadanía y brindar una información confiable y segura, además de permitir que cada colombiano conozca la fase

y etapa en que puede acceder a la vacunación” (Rubio, 2021, p. 69), que daba a conocer los horarios y puestos de vacunación, no contamos con una plataforma que permita monitorear la cobertura por grupos poblacionales, sobre todo las poblaciones vulnerables, tampoco con la información sobre el índice de vacunación en más de mil municipios<sup>6</sup>.

Con respecto a los posibles efectos adversos de las vacunas, la ley 2064 de 2020 estipula que será el Estado quien se responsabilizará por los efectos secundarios de las vacunas o los privados que la suministren<sup>7</sup>, pero las farmacéuticas responderán “por los daños ocasionados, producto de sus acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas o por el incumplimiento de sus obligaciones de buenas prácticas de manufactura o de cualquier otra obligación que le haya sido impuesta en el proceso de aprobación” (Ley 2064 de 2020, art.5). Desde el punto de vista de la obligatoriedad, esta medida de indemnización por daños derivados de la vacuna es plausible, dado que el nexo causal entre el hecho generador (aplicación de la vacuna) y el daño (efectos adversos) es la obligatoriedad.

#### 4. EQUIDAD EN EL ACCESO A LA VACUNA.

La distribución de las vacunas se realiza desde el nivel nacional a cada una de las entidades territoriales departamentales y distritales, quienes a su vez las distribuirán a sus municipios e Instituciones Prestadoras de Salud (ips), para finalmente ser aplicadas a los usuarios (Rubio, 2021, p. 70).

La Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece en su artículo 6, literal C, “los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos en condiciones de igualdad” (Ley Estatutaria 1751 de 2015, art.6). Por ello, el Estado colombiano debe garantizar de manera progresiva la cobertura total de acceso a la vacuna contra el Covid-19 y distribuirla a toda la población de manera justa y equitativa, sin discriminación, protegiendo los derechos humanos y fundamentales, lo cual implica: en primer lugar, un pleno cumplimiento del PNV conforme al comportamiento de la pandemia y en segundo lugar, la organización de las estructu-

---

6 Así lo expresa el Portal Cerosetenta de la Universidad de los Andes, en su columna titulada “Dosis mínima de transparencia en el Plan Nacional de Vacunación: *“MinSalud, a través de sus redes sociales y su página web, solo reporta cada día el acumulado de dosis aplicadas. Esto no permite hacer un seguimiento completo o un análisis profundo de los datos. Países como Argentina y Chile, en cambio, sí ofrecen tableros de monitoreo con datos segmentados. El Ministerio tampoco publica datos de la vacunación en más de mil municipios. Su información solo incluye las dosis aplicadas en todos los departamentos y en los cinco distritos especiales: Buenaventura, Cartagena, Barranquilla, Santa Marta y Bogotá”* https://cerosetenta.uniandes.edu.co/dosis-minima-de-transparencia-en-el-plan-nacional-de-vacunacion/

7 La revista científica “Pesquisa Javeriana” de la Universidad Javeriana, enuncia en su artículo titulado “Indemnidad y efectos adversos: ¿quién debería responder si los privados vacunan?” que: *“los abogados Galindo, Vesga y Angel, coinciden en que desde el punto de vista jurídico, lo que el Estado debe tener en cuenta es hacer claridad sobre aspectos concernientes a la cláusula de indemnidad, la póliza o fondo para cubrir los posibles efectos adversos, y, en última instancia, incorporar en la ley en la que se convino el favorecimiento de la indemnidad respecto de las vacunas aplicadas por el Gobierno Nacional (ley 2064), las mismas disposiciones para la aplicación de vacunas por parte del sector privado”* https://www.javeriana.edu.co/pesquisa/indemnidad-y-efectos-adversos-quien-deberia-responder-si-los-privados-vacunan/

ras estatales que ofrecen el servicio de salud, para así asegurar la disponibilidad, efectividad, calidad e idoneidad de la vacuna, ejerciendo el control, dirección y supervisión de la prestación del servicio de salud como servicio público esencial, razón por la que el Estado debe afianzar la accesibilidad a la vacuna utilizando económica y socialmente, de manera óptima, los recursos existentes<sup>8</sup> para afianzar las estrategias de distribución y aplicación priorizada por fases a los más vulnerables, generando impactos positivos frente al riesgo de contagio, enfermedad grave y mortalidad.

Antes bien, el mandato de obligatoriedad de la vacuna impuesta en Colombia en noviembre de 2021 (con la disposición de los decretos antes vistos) no puede ser defendible entretanto exista inequidad en la distribución y acceso a la misma; la obligatoriedad acentúa la brecha de desigualdad entre los municipios de menor y mayor cobertura de vacunación; en otras palabras: la medida no recaía proporcionalmente sobre todo el territorio nacional. Veamos:

Para marzo de 2022 apenas 451 de los 1.121 municipios del país habían alcanzado el 70% de vacunados de su población<sup>9</sup>; La Guajira, Magdalena, Córdoba, Meta, Caquetá, Amazonas, Nariño, Vichada, Guainía y Vaupés, son los departamentos cuyos municipios reportaron hasta marzo de 2022 una cobertura de menos del 60%<sup>10</sup>, producto de las desigualdades económicas y sociales, entre estos La Guajira y Magdalena alcanzan altos índices de pobreza monetaria de (67,4%) y (61.1%) respectivamente<sup>11</sup>, siendo la Guajira el departamento de mayor índice y Magdalena el tercero, por ende podemos decir que la vacunación obligatoria no fue una medida eficaz para alcanzar una mayor cobertura y reducir la desigualdad.

Además, para las personas en condiciones de pobreza o cuyo sustento es el trabajo diario se torna más difícil obtener el tiempo y el medio de transporte; sumado a esto para estas personas es más difícil afrontar las dificultades de los efectos de las posibles convalecencias. Según la Encuesta Pulso Social DANE, para septiembre de 2021, personas en condición de pobreza reportaron un 8,2% de desinterés en aplicarse la vacuna, mientras que quienes están fuera de esta condición reportaron un 4,9%. Y con respecto a la aplicación de la Vacuna contra

---

8 El artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 6, literal K, consagra el principio de “Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población”

9 Fuente: Periódico El Tiempo: <https://www.eltiempo.com/datos/municipios-con-mas-y-menos-vacunacion-contracovid-19-en-colombia-654093>

10 Fuente: Periódico El Tiempo: <https://www.eltiempo.com/datos/municipios-con-mas-y-menos-vacunacion-contracovid-19-en-colombia-654093>

11 Fuente: El DANE. Informe: Pobreza monetaria y grupos de ingreso en Colombia RESULTADOS 2021 abril 26 de 2022.

el Covid-19 (de una o dos dosis), personas en condición de pobreza alcanzan un 67,8%, mientras que las otras reflejan un 84,3%<sup>12</sup>.

## 5. LIMITACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y PROPORCIONALIDAD

La disposición de vacunación obligatoria en Colombia trajo consigo la afectación a los derechos fundamentales: autonomía individual, libre desarrollo de la personalidad, libertad de locomoción, libertad de conciencia y libertad de reunión frente al interés general, que, por norma general, prima sobre el interés particular<sup>13</sup>. Con respecto al derecho fundamental de autonomía individual “es responsabilidad de cada persona aceptar o no aceptar la aplicación del medicamento biológico, en la cual las decisiones más individuales pueden tener grandes impactos colectivos” (Rubio, 2021, p. 72), asimismo es un derecho fundamental tomar decisiones sobre la propia salud<sup>14</sup>.

En este sentido, la obligación de portar el carné de vacunación físico o certificado digital para el ingreso a lugares o eventos de asistencia masiva, so pena de restricción, es una disposición que se sustenta en una posible afectación a terceros y a la salud pública, recordemos que es deber del Estado intervenir en la protección de los asociados acorde a los fines constitucionales; consecuentemente, es preciso anotar que ante el Consejo de Estado se interpusieron más de 100 tutelas por presuntamente vulnerar los derechos al libre desarrollo de la personalidad y locomoción<sup>15</sup>, aquí no haremos un estudio de cada caso particular, no obstante, analizaremos sucintamente, de acuerdo a los criterios de seguridad, acceso a la información y equidad del sistema de vacunación que ya hemos abordado, si la limitación a los derechos individuales antes mencionados cumplen con el principio constitucional de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se basa en que la disposición legal, objeto de evaluación constitucional, no afecte o afecte en menor medida intereses jurídicos de personas o grupos sobre quien recae el mandato; la Corte constitucional ha determinado el sentido del Test de proporcionalidad:

...el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses

---

12 Los porcentajes referenciados provienen de la fuente: Razón Pública: <https://razonpublica.com/los-riesgos-de-exigir-carnes-de-vacunacion-en-colombia/>

13 Principio ampliamente reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Sentencias: C-207/19, C-192/16, T-622/16.

14 Corte Constitucional, Sentencia T-508/2019

15 Fuente: Periódico digital: asuntos : legales: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/tutelaton-por-la-exigencia-del-carnet-de-vacunacion-para-el-ingresso-a-sitios-publicos-3267323>

jurídicos de orden superior (Sentencia C-144/15).

En este sentido, aplicando el test de proporcionalidad a la obligatoriedad de la vacuna contra el Covid-19 tenemos que, a pesar que la aplicación de la vacuna es un asunto que repercute directamente al interés general y en la salud pública, no podemos indicar que, esta medida proteja la autonomía individual, tal como lo es el uso obligatorio del cinturón de seguridad<sup>16</sup>; a pesar que la evidencia científica demuestra la efectividad de las vacunas para la propagación de virus, enfermedad grave y muerte, no contamos con un sistema eficiente de acceso a la información sobre la efectividad de las vacunas, que instruya sobre los beneficios y riesgos para contrarrestar los efectos de la pandemia, por tanto es una disposición contraproducente que afecta los derechos individuales y que fortalece más el rechazo de quienes no deciden vacunarse.

Con respecto a la afectación a los derechos individuales, la medida recae únicamente sobre un grupo de la población: los no vacunados, conformado por las personas que decidieron no vacunarse y aquellas que no tuvieron garantías de acceso; es decir, que establece un trato diferencial entre estos dos últimos grupos y los vacunados, por tanto:

...las limitaciones o restricciones establecidas en el Decreto 1615 de 2021 constituyen per se una violación a los derechos fundamentales básicos, porque asumen, por lo menos de forma explícita en su parte motiva, que el interés general es un problema de mayorías, al limitar a una minorías no vacunadas el acceso de forma libre a actividades que cotidianamente se realizan... (Kevin Edaiver Zapata Naranjo, 2022, p. 26)

Los no vacunados constituyen la minoría injustamente discriminada por el mandato de vacunación obligatoria para el ingreso a ciertos lugares; con respecto a los no vacunados debido a la inequidad en el acceso a la vacuna la medida les resulta discriminatoria por doble vía dado que además de soportar las condiciones de desigualdad socio-económica también se someten a la limitación a de sus derechos fundamentales individuales, asimismo dicho mandato tampoco elimina la brecha del acceso equitativo a la aplicación de la vacuna.

Y en cuanto a los no vacunados en razón a las decisiones individuales sobre su salud se derivan del ejercicio de los derechos individuales, tales como: la objeción de conciencia, la autonomía individual y la libertad de culto, por tanto, son decisiones respetables. No obstante, podemos inferir que ciertas decisiones de no vacunarse fueron el resultado de la incapacidad del Estado de promover políticas públicas para concientizar sobre la vacuna, tal como lo hemos venido sosteniendo.

---

16 La Sentencia C-309 del 1997 de la Corte Constitucional expone: *“La obligatoriedad del cinturón de seguridad no sólo cumple los requisitos, sino que incluso puede ser considerada como el prototipo de una medida coactiva de protección legítima y compatible con el respeto de la autonomía individual. Este dispositivo de seguridad no sólo salvaguarda valores esenciales del ordenamiento, como la vida y la integridad personal, sino que también es razonable considerar que protege la propia autonomía...”*.

Además, para la entrada a eventos de asistencia masiva, (o para cualquier contexto) deben considerarse tres aspectos: en primer lugar se presume que la persona (esté o no esté vacunada) es negativa para Covid-19, a menos que se demuestre lo contrario y se exija una prueba que acredite si es o no es portadora del virus, y por tanto implique un peligro inminente<sup>17</sup>; en segundo lugar, estar vacunado contra el Covid-19 no hace inmune a la persona frente al virus, prueba de eso es que existen estadísticas que demuestran que personas vacunadas se han infectado y han llegado a enfermarse gravemente e inclusive a morir, y por último, todas las personas deben cumplir, bajo las mismas condiciones, con los protocolos de bioseguridad: uso de tapabocas y el distanciamiento sean o no sean vacunadas.

## 6. CONCLUSIONES

Para finiquitar, podemos concluir que:

1. Las entidades encargadas de velar, promover, proteger y garantizar la prestación del servicio y el derecho a la salud en Colombia, en cabeza del Ministerio de Salud, no efectuaron de manera firme y constante medidas de farmacovigilancia sobre las vacunas, ni hubo una sistematización de variables epidemiológicas que ofrecieran una información clara y oportuna sobre el proceso empírico de inmunización en el país.

2. Los decretos 1408 del 3 de noviembre de 2021 y 1615 del 30 de noviembre de 2021 no contaron con un fuerte arraigo científico ni estadístico que instara a la población a vacunarse.

3. El mandato de vacunación obligatoria para el ingreso a determinados lugares se impuso en un panorama de acceso inequitativo a la vacuna en el territorio nacional, en este sentido, no es admisible este tipo de medida discriminatoria que exalta los niveles de desigualdad de los más vulnerables, por tanto, es una disposición legal inadmisibles que no representa los fines constitucionales del interés general al dejar al margen a las minorías que sufren dificultades de acceso fundadas en las desigualdades sociales y económicas, y limitando también sus derechos individuales propios de la restricción.

4. Frente a quienes eligieron no vacunarse contando con los medios de acceso debemos tener en cuenta que el Plan Nacional de Vacunación no fue una política pública sólidamente enfocada en la educación integral a través de la divulgación de datos, criterios y conocimiento científico, tecnológico, político y

---

17 Así lo indican: Kevin Edaiver Zapata Naranjo, Rubiel Cifuentes Ramos, Yelvis Estiverson Atehortúa Herrera, en su trabajo de grado: La Inconstitucionalidad del Decreto 1615 de 2021 en el contexto de la Covid-19 en Colombia, Año 2022: "…las personas que no están vacunadas no necesariamente son portadoras de la Covid-19 y, en el mismo sentido, al no estar enfermas, por lo menos eso se presume hasta que una prueba de hisopado o PCR lo confirme, no constituyen un peligro real e inminente. p.30.

ético a la población colombiana sobre la seguridad e idoneidad de las vacunas que a la vez incitara en gran proporción a la vacunación voluntaria para ir superando la crisis y reforzar la confianza pública en las mismas; por tanto no puede corroborarse si el escepticismo relativo a las vacunas (fuera de los criterios religiosos), residieron a la altura del conocimiento científico; así que, la obligatoriedad de la vacunación no es una medida proporcional a las políticas de acceso a la información y comunicación, dado que resultan insuficientes para forjar el criterio y garantizar la potestad de autodeterminación de cada individuo<sup>1</sup> para el pleno ejercicio de su derecho a la autonomía individual en un contexto de crisis.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Centro de Pensamiento Medicamentos Información y Poder. (2021). *¿CÓMO FUNCIONA EL SISTEMA DE FARMACOVIGILANCIA DE VACUNAS COVID-19 EN COLOMBIA? Recopilación de respuestas a derecho de petición*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Congreso de la República. (16 de febrero de 2015). Ley Estatutaria 1751 de 2015. Colombia.

Congreso de la República. (9 de diciembre de 2020). Ley 2064 de 2020. *“POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA DE INTERÉS GENERAL LA ESTRATEGIA PARA LA INMUNIZACIÓN DE LA POBLACIÓN COLOMBIANA CONTRA LA COVID-19 Y LA LUCHA CONTRA CUALQUIER PANDEMIA Y SE DICHTAN OTRAS DISPOSICIONES”*. Colombia.

Decreto 109 de 2021. (29 de enero de 2021). Colombia.

Decreto 1408 de 2021. (3 de noviembre de 2021). Colombia.

Decreto 1615 de 2021. (30 de noviembre de 2021). Colombia.

Decreto 655 de 2022. (28 de abril de 2022). Colombia.

Eduar BARBOSA-CARO, E. V.-R. (2021). *CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y VACUNACIÓN CONTRA EL COVID-19: EL CASO DE MINSALUD EN COLOMBIA*. Bogotá.

Kevin Edaiver Zapata Naranjo, R. C. (2022). *La Inconstitucionalidad del Decreto 1615 de 2021 en el contexto de la Covid-19 en Colombia*. Cartago: Universidad Cooperativa de Colombia.

Organización Panamericana de la Salud. (2021). *La COVID-19 y la vacunación obligatoria: consideraciones y reservas de índole ética*. Organización Panamericana de la Salud.

Rubio, R. D. (2021). Bioética social, deberes del Estado de Derecho y deberes civiles en la vacunación COVID-19. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 65-82.

Sentencia C-144/15, Expediente D-10347 (Corte Constitucional 6 de abril de 2015).

Vélez, L. V. (2008). *LA INVESTIGACION CUALITATIVA*. Mercedita, Puerto Rico: Universidad Interamericana.

---

1 Tal como lo establece la Corte Constitucional en la Sentencia C- 336/08: “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses”

# A COVID-19 E A CRISE NA GESTÃO PÚBLICA: AS CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE COORDENAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL NO BRASIL

Carlos Augusto Jenier<sup>2</sup>  
Juliana Pinto Felix<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto dos debates desenvolvidos no âmbito do Grupo de Pesquisas “Cortes Constitucionais na América Latina”, contido no Programa de Pós-graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE e coordenado pelo Prof. Pietro de Jesús Lora Alarcon, tendo por objeto a avaliação dos impactos sofridos no Brasil nos anos de 2020-2021 no combate à pandemia causada pelo novo coronavírus Sars-Cov-2 (responsável pela doença COVID-19), sobretudo a partir da avaliação das consequências da dissonância entre as estratégias pretendidas pelas autoridades sanitárias internacionais, na contenção da disseminação da doença (cuja observância fora pretendida nos âmbitos Estaduais e Municipais), e aquelas intentadas pela chefia máxima do Poder Executivo Federal, avaliando a sua correlação com os terríveis resultados alcançados, marcados pelo elastecimento da situação de emergência sanitária no Brasil, o alto número de infectados, os elevados índices de mortalidade registradas no período (ultrapassando hoje em muito a marca das 600 mil vidas perdidas), o que coloca o Brasil na catastrófica marca de segundo lugar no *ranking* mundial<sup>4</sup> de países com o maior número de mortes causadas pela doença.

Além dos números oficiais de controle diretamente relacionados à pandemia no Brasil, verificou-se nesse período um aumento expressivo de hospitalizações causadas por Síndromes Respiratórias Agudas Graves (*SARS - Severe Acute Respiratory Syndrome*) em comparação a anos anteriores, o que denota uma

---

2 Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE Bauru/SP; especialista em Direito Tributário pela Faculdade Getúlio Vargas, Advogado. E-mail: carlos.jenier@gmail.com

3 Mestranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE Barú/SP; especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino – ITE Bauru/SP, advogada. E-mail: julianafelix7@hotmail.com

4 De acordo com informações disponibilizadas pela Revista VEJA (01/11/2021), quando o mundo ultrapassa a marca de 5 milhões de mortes causadas pela COVID-19, o Brasil ocupa a segunda posição dos países com mais óbitos registrados (607 mil), atrás apenas dos Estados Unidos (745 mil) e seguido pela Índia (458 mil). No ano de 2021, o Brasil é o país com maior taxa de letalidade relativa registrada do planeta, constando 408.333 óbitos neste ano. Fonte: <https://veja.abril.com.br/saude/mundo-ultrapassa-5-milhoes-de-mortes-por-covid-19/> (Acesso em 07/11/2021).

possível subnotificação dos casos reais da doença, demonstrando que a realidade certamente é ainda pior do que aquela até então considerada.

Para a viabilização do estudo pretendido, inicia-se o trabalho com a percepção dos contornos constitucionais conferidos à proteção da saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o destaque para a sua apresentação como direito de todos e dever do Estado, buscando a sua compreensão como Direito Social e como uma efetiva Garantia Constitucional, identificando-a nas dobras do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, conforme hoje reconhecido pela abalizada doutrina nacional. A partir dessa avaliação, destaca-se a estrutura do Sistema Único de Saúde – SUS, a sua grandeza estrutural e a sua importância para a viabilização da saúde no Brasil, especialmente no momento de crise generalizada causada pelo novo mal, envolvendo o debate a respeito de sua vinculação e a compreensão da hierarquização de sua gestão.

Em seguida, propõe-se a compreensão dos contornos da COVID-19 e a percepção dos seus impactos na gestão da saúde no Brasil e no mundo, sobretudo a partir do reconhecimento de sua alta capacidade de transmissão, a inexistência (até então) de soluções farmacológicas e imunológicas para o seu tratamento, a superlotação hospitalar dela decorrente e a instalação de um verdadeiro caos na gestão da saúde, destacando as providências indicadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como medidas eficazes para a redução da capacidade de transmissão da doença, defendendo o distanciamento social, o uso de máscaras nasobuciais, a higiene constante das mãos, o impedimento às aglomerações populares e até a efetiva suspensão de atividades comerciais privadas não-essenciais, tudo isso como forma de contenção da contaminação da população, o que entretanto acabou tendo de enfrentar a resistência de diversos governos (inclusive no Brasil), ante aos impactos diretos que essas medidas poderiam acarretar no desenvolvimento da economia.

Essa aparente dicotomia de importância entre a “saúde” e a “economia” nacional, presente nos discursos assumidos por algumas autoridades públicas, deságua por aqui na discussão jurisdicional quanto à competência para a definição do que pode ou não ser suspenso pelas autoridades sanitárias locais, pretendendo a União, a partir da edição de Medidas Provisórias, impedir que seja determinado o fechamento de atividades privadas pelas autoridades Estaduais e/ou Municipais, o que acabou sendo levado à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, a quem competiu a avaliação dos limites das competências previstas no texto constitucional e, no caso, a validade ou não das exigências estabelecidas pelas autoridades federais.

Considerando a conclusão atingida pela Suprema Corte que, ao admitir a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municí-

pios para a atuação na gestão da saúde pública (com a possibilidade de a União, por meio de normas gerais, estabelecer critérios de essencialidade, mas não impedindo a avaliação dos Estados e Municípios para a definição de regras específicas para quando as circunstâncias locais as exigirem), verifica-se a postura assumida pelo Poder Executivo Federal que, a partir de então, passa a sustentar que teria sido impedido de atuar pela decisão do STF, o que – não correspondendo ao que efetivamente determinado – acaba sendo usado como fundamento para a sua completa ausência na coordenação das atividades do país em relação à gestão da saúde e na defesa contra a COVID-19, causando assim um efetivo agravamento das circunstâncias sanitárias e a instalação de uma verdadeira crise institucional pública e política que, como se verifica, acabou acarretando a implantação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (a CPI da Pandemia<sup>5</sup>) pelo Senado Federal, a quem competiu a avaliação da atuação dos agentes público-políticos e imputação de sua responsabilidade quanto ao caos instalado.

A partir de todas essas colocações, conclui-se o presente estudo no sentido de que o déficit de coordenação da União Federal em relação à atuação dos demais entes da federação na gestão da saúde pública e na adoção das medidas necessárias para a contenção da proliferação da doença muito contribuiu para o agravamento da crise sanitária e econômica experimentada pelo Brasil nos dias atuais, com o destaque à inadequada interpretação promovida pela Presidência da República em relação ao pronunciamento contido na decisão proferida pelo STF (ADI 6341), reconhecendo essa como uma das principais causas do desgoverno das ações adotadas e a ausência de confluência nos objetivos estabelecidos, acabando por impor uma absoluta ausência de direcionamento da população, o que é então considerado como uma das causas diretas do resultado da Pandemia da COVID-19 no Brasil, com a indicação da necessidade de uma mudança urgente na postura dos agentes público-políticos envolvidos, de forma a possibilitar que o país efetivamente se una contra o mal instalado e construa um caminho possível e viável para a superação das crises sanitária e econômica atualmente presentes.

---

5 O relatório final da CPI da Pandemia, produzido pelo Senador Renan Calheiros (MDB/AL), foi aprovado pela Comissão no dia 27/10/2021, contendo (em sua última versão) a proposta de indiciamento de 81 (oitenta e um) acusados, com a tipificações de crimes comuns, crimes contra a humanidade, crimes de responsabilidade, atos de improbidade administrativa e responsabilidade civil específicas a serem avaliadas pelas autoridades competentes, com a avaliação e adoção das respectivas medidas judiciais cabíveis. Dentre os acusados, há a indicação expressa enquadramento da prática de crimes pelo Sr. Jair Messias Bolsonaro, atual Presidente da República, em relação a quem são indicadas condutas enquadráveis a partir das seguintes capitulações: art. 267, § 1º (epidemia com resultado morte); art. 268, caput (infração de medida sanitária preventiva); art. 283 (charlatanismo); art. 286 (incitação ao crime); art. 298 (falsificação de documento particular); art. 315 (emprego irregular de verbas públicas); art. 319 (prevaricação), todos do Código Penal; art. 7º, parágrafo 1, b, h e k, e parágrafo 2, b e g (crimes contra a humanidade, nas modalidades extermínio, perseguição e outros atos desumanos), do Tratado de Roma (Decreto nº 4.388, de 2002); e arts. 7º, item 9 (violação de direito social) e 9º, item 7 (incompatibilidade com dignidade, honra e decoro do cargo), crimes de responsabilidade previstos na Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950.

## 2. A SAÚDE COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O primeiro ponto a ser aqui enfrentado envolve a avaliação a respeito do tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 ao direito à “saúde”, buscando assim bem compreender os seus efetivos contornos.

Conforme consta das expresas disposições do Art. 196 da CF/88, a *saúde* é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. No mesmo sentido, o art. 6º do texto constitucional também expressamente reconhece, destacando que são direitos sociais a educação, a *saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. De forma ainda mais direta e impactante, o Art. 227 da Constituição também expressa que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à *saúde*, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A análise meramente topológica do direito à saúde em nosso texto constitucional poderia indicar que ali se assumiria uma feição de efetivo “direito social”, reconhecendo a sua relevância e a necessidade de adoção de medidas do Estado para a sua garantia e viabilização, a partir do desenvolvimento regular de suas atividades, dentro das possibilidades orçamentárias correspondentes.

Essa inicial interpretação, entretanto, tem atraído diversas críticas e reflexões, sobretudo diante pelo maltrato que os direitos sociais têm recebido pela doutrina e pela jurisprudência, ante a sua inicial (e suposta) inoponibilidade ao Poder Público, calcada nas dificuldades de disponibilização econômico-financeiras e na chamada “reserva do possível” que, muitas vezes, são os fundamentos invocados para sustentar a inviabilidade de seu exercício, sofrendo, atualmente, duras críticas da doutrina nacional, sobretudo diante da necessidade de reconhecimento desse direito (e também todos os demais “direitos sociais”) como efetivo e verdadeiro “direito fundamental”. Nesse sentido, oportunas as lições do prof. Doutor Walter Claudius Rothemburg que, com a sua sensibilidade própria, assim então objetivamente destaca:

“A saúde, conforme consta do preâmbulo da constituição da Organização Mundial da Saúde (1946), ‘é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos’. Assim, o direito à saúde ‘engloba tanto cuidados de saúde, como fatores de-

terminantes de saúde', de acordo com as Diretrizes e Princípio sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotados pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em 2011. A Constituição brasileira dá conta de todas essas dimensões ao aludir à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Embora o direito à saúde esteja previsto como direito social (por exemplo nas Constituições da Itália, de Portugal, da Espanha e do Brasil), é evidente sua relação com o direito fundamental individual à vida e sua vinculação estreita com a dignidade. Thiago dos Santos Acca aponta que esse apelo potencial da saúde – que tende a implicar 'sofrimento, desgaste emocional e proximidade com a morte' – faz com que os juristas se sensibilizem 'quando a realidade é mais comovente' e extraiam 'proteções advindas originariamente (diretamente) do texto constitucional'. A interdependência do direito fundamental à saúde relaciona-o ainda a outros, tais como 'privacidade, moradia, trabalho, alimentação' (SARLET; FIGUEIREDO) e meio ambiente.

(...)

As diversas facetas de um direito fundamental estão presentes no direito à saúde. Ela se apresenta como um direito 'negativo' (de defesa), no sentido de que a saúde... [que] resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam providas de atores particulares' (SARLET; FIGUEIREDO), mas também no direito de negar-se a tratamento a que não se queira submeter. Ele também se apresenta como um direito 'positivo' (prestacional), no sentido de obter um tratamento adequado, e como um direito de participação, em que paciente e terapeuta deliberam juntos acerca do tratamento.”<sup>6</sup>

A verificação da relevância e dos contornos próprios do direito à saúde em nosso ordenamento jurídico não se busca – e não se pode buscar - de forma isolada e apartada de todas as demais garantias abarcadas pelas disposições do texto constitucional, sobretudo porque a sua prevalência encontra amparo na própria garantia da preservação da vida e na dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe um lugar especial na estrutura da República Federativa Brasileira, ao reconhecê-la como uma inequívoca garantia fundamental e como um dos pilares de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, a partir da sua compatibilização com o mandamento constante do Art.1º, inciso III da CF/88.

O reconhecimento do direito à saúde como uma garantia constitucional é uma realidade atualmente presente, sobretudo a partir da verificação do alto grau de judicialização de demandas envolvendo o tema e a inequívoca importância que lhe é considerada por toda a jurisprudência, especialmente quando a sua aplicação não se limita ao campo estreito do interesse individual, mas, sobretudo, quando a sua observância afeta, de forma direta ou indireta, toda a coletividade.

Como corolário da relevância à saúde em nosso ordenamento jurídico, não se pode aqui deixar de considerar a relevância própria que possui o Sistema Único de Saúde (SUS), implementado no Brasil e reconhecido como um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo des-

---

6 ROTHEMBURG, Walter Claudius. Direitos Sociais são Direitos Fundamentais: Simples Assim, Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 346-349.

de o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos e a realização de cirurgias de elevada especialidade, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população brasileira. A atuação do SUS é desenvolvida de forma a permitir uma ampla possibilidade de atendimento das necessidades de toda a população, possuindo uma gestão compartilhada entre a União (seu principal agente financeiro), os Estados e os Municípios, nos termos contidos nas disposições de sua Lei Orgânica (Lei 8.080/90), que consagra como seus princípios fundamentais: i) a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; ii) a integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; iii) a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; iv) a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; v) o direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; vi) a divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; vii) a utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; viii) a participação da comunidade; ix) a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; x) a integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; xi) a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; xii) a capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e xiii) a organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013<sup>7</sup>.

É na compreensão dos contornos próprios da estrutura do SUS e no reconhecimento de sua inegável relevância na manutenção da política nacional de saúde pública do país que reside o reconhecimento da saúde como uma verdadeira e efetiva garantia constitucional, consagrada pela Constituição brasileira de 1988 e agora, diante dos atuais desafios enfrentados, diariamente

---

7 A importância internacionalmente reconhecida do SUS decorre de uma história de conquistas por ele alcançado, aqui não se podendo deixar de considerar, ao menos a título de registro, os avanços como a implementação do Programa Nacional de Imunização (PNI), o Programa Saúde da Família, a política de medicamentos genéricos, a criação e implantação do Serviço de Atenção Móvel de Urgência (SAMU) em nível nacional, a política de controle da qualidade do sangue, a política de controle do tabagismo, a Reforma Psiquiátrica e a Política Nacional de Humanização, além ainda do maior sistema público de transplantes de órgãos do mundo, o que bem espelha o gigantismo que esse sistema possui na busca pela garantia do acesso à saúde no Brasil. Fonte: <https://saude.mg.gov.br/component/gmg/story/17181-sus-e-referencia-mundial-em-atendimento-publico-a-saude> (Acesso em 10/11/2021).

posta à prova, sobretudo a partir da necessidade de enfrentamento da pandemia do novo coronavírus (COVID-19) que assola a vida de todos os brasileiros.

### 3. A COVID-19 E O IMPACTO MUNDIAL NA GESTÃO DA SAÚDE

A COVID-19 foi uma doença infecciosa identificada originariamente em Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China no final do mês de dezembro do ano de 2019. Inicialmente considerada como uma possível nova forma de “gripe”, sobretudo porque causada por um tipo de coronavírus (Sars-Cov-2), foi identificada como uma provável doença respiratória, não despertando – ao menos no primeiro momento – grandes preocupações nos países do ocidente. Entretanto, não se passaram mais do que alguns dias para que o mundo visse a instauração de uma verdadeira emergência de saúde pública, com o registro – em 30 de janeiro de 2020 – de que o novo coronavírus representava uma *Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)*, o mais alto nível de alerta da Organização Mundial da Saúde (OMS), e, em 11 de março de 2020, caracterizada como uma verdadeira “Pandemia”<sup>8</sup>.

Desconhecendo ainda os efetivos contornos da doença e diante da altíssima capacidade de transmissibilidade e letalidade do vírus, não tardou para que a doença estivesse presente em todos os continentes do planeta, infectando pessoas em quase todos os países do mundo em menos de três meses e marcando a história contemporânea como uma das mais mortais doenças infecciosas da humanidade. A partir das (poucas) informações recebidas das autoridades chinesas, a OMS – ainda no início do ano de 2020 - passou a recomendar a adoção de medidas para o enfrentamento da doença, tendo por base a necessidade de controle da proliferação dos casos e considerando a ausência de medidas farmacológicas efetivas e eficazes contra o mal identificado, sugerindo então a utilização indiscriminada de máscaras de proteção nasobuicais, a adoção do distanciamento social pela população e o controle contra aglomerações como únicas medidas efetivas para a redução da velocidade do nível de transmissão da doença, o que se mostrava premente, ante a necessidade de preparação e adequação da infraestrutura hospitalar, de forma a torná-la apta ao atendimento do altíssimo público possivelmente atingido.

---

8 De acordo com as informações colhidas do site do Instituto Butantan, “uma enfermidade se torna uma pandemia quando atinge níveis mundiais, ou seja, quando determinado agente se dissemina em diversos países ou continentes, usualmente afetando um grande número de pessoas. Quem define quando uma doença se torna esse tipo de ameaça global é a Organização Mundial da Saúde (OMS). Uma pandemia pode começar como um surto ou epidemia; ou seja, surtos, pandemias e epidemias têm a mesma origem - o que muda é a escala da disseminação da doença”. Fonte: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-uma-pandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia> (Acesso em 07/11/2021).

A aplicação do distanciamento social, a higienização constante e o incentivo ao indiscriminado uso de máscaras têm por objetivo a desaceleração do nível de contágio do vírus, o que é proposto como meio para possibilitar a redução da demanda por cuidados médico-hospitalares, trazendo ao debate a percepção de que os cuidados não se aplicam isoladamente ao indivíduo, mas trazem como premissa a necessidade de percepção do cuidado em relação ao outro e a toda a coletividade. A relevância do uso de máscaras, inclusive as “máscaras caseiras” (produções domésticas), tem por base a premissa da proteção dos outros agentes contra eventual infecção que o seu usuário possua, o que demonstra que a sua eficácia só se perfectibiliza se o uso for assumido por todos os componentes da comunidade, o que, infelizmente, ainda é objeto de muitas críticas e resistências.

Apesar dos esforços na divulgação da relevância da doença e da sua ampla capacidade de afetação da população em todo o planeta, as autoridades governamentais nos diversos países do mundo, sobretudo no lado ocidental, demoraram a compreender os potenciais impactos que dela sobreviriam, tardando a dar início às medidas efetivas de proteção local, muitas vezes acreditado que o tom de alarme utilizado estivesse superestimando a eficácia do vírus e os efeitos da doença.

No Brasil, já no fim do mês de fevereiro/2020, foi identificado o primeiro caso da doença, sendo apontado a partir do contágio de um homem de 61 anos de idade vindo da Itália para o Brasil, na cidade de São Paulo-SP. Com o crescente número de casos e como forma de tentar estabelecer regras a serem observadas no trato das relações havidas naquele momento, foi então editada a Lei nº 13.979/2020 que, em suas disposições, trata das medidas para enfrentamento da COVID-19, estabelecendo um marco de regulamentação para as providências urgentes e emergentes que, a partir dali, seriam estabelecidas.

No mês de março/2020, a presença da COVID-19 nos diversos países da Europa é um tema presente em absolutamente todos os noticiários, sobretudo diante do elevado número de óbitos e a insuficiência da estrutura hospitalar para o atendimento necessário, instalando um verdadeiro caos na saúde mundial, especialmente diante da adoção de medidas de restrição de atividades e com a decretação de *lockdowns*<sup>9</sup>, afetando diretamente a economia e a vida de todos os cidadãos naquelas localidades.

---

9 Para bem compreender a distinção entre o *Lockdown* e as diversas outras formas de restrição de locomoção, contato e aglomerações entre os agentes da sociedade, vale destacar que o *Lockdown* é uma medida adotada em situações mais severas, sendo determinada por lei ou por decisão judicial, impondo a paralisação de muitas atividades e do deslocamento da população, impondo o confinamentos e o controle de tráfego e funcionamento da população, somente autorizando as atividades que forem consideradas como essenciais. A *Quarentena*, por sua vez, é uma restrição de atividades com o objetivo de reduzir a circulação de pessoas, mas de forma mais branda que aquelas impostas pelo *Lockdown*, tendo uma eficácia muito mais relacionada ao cumprimento voluntário pelos agentes do que a necessária imposição estatal. O isolamento domiciliar, por fim, é a medida que tem caráter de recomendação médica, sendo aplicável (ao menos em grau de severidade) às pessoas que tenham diagnóstico positivo de COVID-19 e apresentem quadros leves ou mesmo nas circunstâncias que não apresentam sintomas. Fonte: <https://www.rededorsaoluiz.com.br/noticias/artigo/lockdown-o-que-e-e-como-afeta-a-sua-vida> (acesso em 10/11/2021).

Em solo brasileiro, sobretudo diante das providências imediatamente adotadas pelo Ministério da Saúde, buscou-se no primeiro momento a identificação dos casos, o estabelecimento de controle no atendimento e a adoção de medidas preparatórias para a infraestrutura hospitalar pública (construção de hospitais de campanha e adequações para a ampliação de triagem e atendimento em hospitais públicos e privados), tendo em vista o crescimento exponencial de casos verificado e os indícios de superlotação junto às Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs). Foi no mês de março/2020 que o Brasil teve o registro de suas primeiras mortes causadas pela COVID-19, o que vinha sendo acompanhado pelo Ministério da Saúde, sobretudo com base na centralização das informações fornecidas pelo Conselho Nacional de Secretarias de Saúde – CONASS, que atualmente inclusive disponibiliza para o acesso público todos os dados e informações a partir do site <https://www.conass.org.br/>. O acesso à informação e a gestão dos dados passou a ser um elemento fundamental para a garantia do controle e a busca de providências que pudessem permitir a rapidez necessária para as providências correspondentes.

No dia 20 de março de 2020 entrou em vigor o Decreto Legislativo nº 6/2020 editado pelo Congresso Nacional – a pedido da presidência da República – que reconhece o estado de calamidade pública e as respectivas consequências correspondentes, com validade até 31 de dezembro de 2020, sendo aqui importante ainda pontuar que, mesmo após embates políticos relevantes, esse comando foi prorrogado por mais seis meses, com a edição do Decreto Legislativo nº 566/20, mantendo o reconhecimento do estado de calamidade pública ainda no período de 1º de janeiro de 2021 a 30 de junho de 2021.

Enquanto o mundo se voltava à contenção da pandemia, as pesquisas científicas se debruçavam na busca do sequenciamento genético do vírus e na obtenção de vacinas que possuíssem eficácia contra o novo inimigo. O laboratório Sinovac Biontec (China) é um dos primeiros a anunciar a produção da vacina, sendo de relevante registro a parceria firmada no Brasil, por meio do Instituto Butantã em São Paulo-SP, como um dos primeiros raios de esperança para a produção e disponibilização de vacinas no país. Assistindo a uma corrida mundial na busca pela garantia de acesso às vacinas, o governo federal firma parcerias com a farmacêutica AstraZeneca, juntamente com a Universidade de Oxford, visando garantir a disponibilidade do imunizante também ao povo brasileiro.

Pretendendo possibilitar rápida, eficaz e equitativa distribuição de vacinas pelo mundo, a OMS anuncia, em 15 de julho de 2020, a criação do consórcio *Covax Facility*, ao qual o Brasil se integrou no final de setembro daquele ano.

O número crescente de mortes no Brasil e no mundo era alarmante, sendo importante destacar que em janeiro de 2021 verificou-se a instalação de verda-

deira crise na cidade de Manaus/AM, com a falta de tubos de oxigênio para o tratamento de pacientes hospitalizados, causando um verdadeiro caos na saúde local e demonstrando a impossibilidade de atendimento da população atingida.

A situação caótica verificada na cidade de Manaus impôs a busca de auxílio a partir de requisição de todo e qualquer estoque de tubos de oxigênio de que dispunham as entidades privadas sediadas na região, além também de demandar providências de transferência de pacientes para outros Estados da Federação, o que se buscou a partir de uma atuação urgente e emergente dos agentes públicos envolvidos, possibilitando a busca de sobrevivência dos pacientes atingidos, mas agravando a situação do contágio também em outras regiões do país, o que se mostrou inevitável diante das graves condições verificadas.

Também no início do ano de 2021 foi iniciada a pretensão de aplicação de vacinas (produzidas em tempo recorde) contra a COVID-19, sendo no Brasil admitidas e aprovadas pela ANVISA - em um primeiro momento - os imunizantes AstraZeneca/Fiocruz, Pfizer, Coronavac e Janssen e ainda estando pendentes de aprovação a Sputnik V e a Covaxin. As peculiaridades próprias de cada um dos fármacos apontados podem ser assim apresentadas:

#### *AstraZeneca/Fiocruz*

Tecnologia: Vacina baseada em adenovírus (ChAdOx1). Desenvolvida pela Universidade de Oxford, no Reino Unido, em conjunto com a farmacêutica AstraZeneca. Utiliza um adenovírus de resfriado comum sem capacidade de se replicar no corpo humano, que por sua vez é modificado para transmitir informações do vírus da covid-19, Sars-Cov-2, ao sistema imunológico.

Esquema vacinal: Duas doses com intervalo recomendado de 12 semanas.

Eficácia: Diferentes estudos apontam para uma variação de eficácia entre 62% e 100%. Para prevenir casos sintomáticos, a farmacêutica responsável aponta para 79%. Para impedir o contágio, 70%. Contra casos graves, 100%.

Brasil: O contrato da vacina com o Brasil envolve a Fiocruz, que participou dos estudos, e também prevê transferência de tecnologia. É esperado que neste semestre o imunizante seja 100% produzido no país; portanto, sem necessidade de importação de insumos. A unidade que fará a produção completa e envase das doses, a Bio-Manguinhos, fica no Rio de Janeiro.

Registro: No dia 12 de março, a Anvisa concedeu registro definitivo para uso em todo o país. Até o momento, de acordo com dados da plataforma Localiza SUS, do Ministério da Saúde, a vacina representa 46,6% das doses aplicadas no país.

#### *CoronaVac*

Tecnologia: Vírus (Sars-CoV-2) inativado (CoronaVac). Desenvolvida pela empresa farmacêutica chinesa Sinovac em parceria com o Instituto Butantan, de São Paulo. O imunizante utiliza o próprio vírus Sars-CoV-2 cultivado em laboratório e, então, através de calor ou reagentes químicos, é inativado. Assim, células do corpo capturam esses vírus e se adaptam a ele, provocando uma resposta imune.

Esquema vacinal: Duas doses com intervalo de 28 dias.

Eficácia: A eficácia geral da CoronaVac apontada por estudos de Fase 3 é de 50,28%. Esse

número representa a efetividade do fármaco para prevenir o contágio. Já sobre casos graves, estudos avançados apontam para eficácia de 95% a 100%. Para prevenir casos leves, 78%. A vacina acumula sucessos práticos com aplicação em larga escala. É o caso do Projeto S, conduzido em Serrana, interior de São Paulo. Após vacinação em massa com a CoronaVac, mortes por covid-19 caíram 95%.

Brasil: A história da CoronaVac no Brasil contou com rejeição do governo federal, pois o presidente Jair Bolsonaro atacou a vacina com mentiras, bem como seus apoiadores. O país também recusou contratos ainda em 2020, o que poderia ter evitado milhares de mortes. O diretor do Instituto Butantan, Dimas Covas, disse que com o imunizante, o Brasil poderia ser um dos primeiros países do mundo a vacinar, mas as barreiras do governo federal impediram. Mesmo com o desgaste, o governo de São Paulo e o Instituto Butantan apostaram em um contrato com transferência de tecnologia e a vacina foi a primeira a ser aplicada no país.

Registro: A Anvisa concedeu aprovação para uso emergencial no dia 17 de janeiro. Até o momento, a vacina do Butantan representa 4 em cada 10 doses aplicadas em todo o país.

### ***Pfizer/BioNTech***

Tecnologia: Vacina de mRNA, ou RNA mensageiro. Trata-se de uma tecnologia inovadora que aponta para um futuro promissor na elaboração de vacinas para outras doenças. Primeiro, os cientistas replicam sequências do material genético do vírus e, em seguida, essa informação obtida pela engenharia genética é aplicada em humanos para, assim, preparar o sistema imunológico a criar defesas robustas através da mimetização da proteína Spike. O imunizante é produzido pela farmacêutica norte-americana Pfizer em parceria com a empresa alemã BioNTech.

Esquema vacinal: Duas doses com intervalo de 21 dias. No Brasil, a Anvisa autorizou intervalo maior, de 12 semanas. Com a ameaça da variante delta, estados estão reduzindo para oito semanas.

Eficácia: Informações da empresa apontam para eficácia geral entre 86% e 95% na prevenção da infecção. Para manifestações sintomáticas, a porcentagem sobe para 97% e casos graves, até 100%.

Brasil: As tratativas com a empresa foram negligenciadas pelo governo Bolsonaro. Mais de 50 e-mails com propostas de fornecimento não foram respondidos. Com isso, a acusação de prevaricação está em investigação pela Polícia Federal e na CPI da Covid. A comissão do Senado aponta que a empresa tinha, inclusive, intenção de tornar o país como modelo de vacinação no mundo, já que conta com a ampla estrutura do SUS.

Registro: Obteve registro definitivo da Anvisa no dia 23 de fevereiro, antes mesmo do governo Bolsonaro fechar as primeiras compras, em março. É a vacina mais aplicada no mundo e conta com aprovação definitiva em países da União Europeia e Estados Unidos. Representa 10,5% das doses já aplicadas no Brasil.

### ***Janssen***

Tecnologia: Trata-se de uma vacina baseada em vetor viral não replicante a partir de adenovírus, como a AstraZeneca. O fármaco é produzido pela Janssen, farmacêutica do grupo Johnson & Johnson. A tecnologia utilizada é composta pela introdução de “pedaços” de proteína Spike do coronavírus no vetor não replicante. Desta forma, o corpo assimila a informação e desperta o processo de imunidade.

Esquema vacinal: É a única vacina em aplicação no Brasil que conta com dose única.

Eficácia: A eficácia global informada pela farmacêutica é de 66% para contágio. Já contra formas graves, inclusive a variante de Manaus, gamma, a eficácia informada é de 87%.

Brasil: O imunizante foi testado em brasileiros em fase 3. Foi uma das últimas vacinas contra a covid-19 a serem adquiridas pelo governo. A maior parte delas veio a partir de doações de doses

próximas ao vencimento pelo governo dos Estados Unidos.

Registro: No dia 19 de março a Anvisa aprovou o uso emergencial do fármaco. Existe um contrato para o recebimento de 38 milhões de doses, inicialmente. Representa 3,2% das aplicações vacinais até o momento.

### ***Sputnik V***

Tecnologia: A vacina desenvolvida pela farmacêutica do Fundo Soberano Russo, Instituto Gamaleya, também utiliza vetor viral não replicante. Ela utiliza um esquema de dois adenovírus diferentes entre si. Assim, uma vez combinados, oferecem uma resposta imune reforçada.

Esquema vacinal: Duas doses com intervalo de 21 dias. Necessita de maior atenção na aplicação, já que as doses são diferentes entre si.

Eficácia: A eficácia informada pelo instituto e reafirmada por pesquisa publicada na Lancet por cientistas independentes apontam para 91,6% de eficácia contra manifestações sintomáticas e até 100% contra casos graves.

Brasil: A Sputnik V, mais do que as demais vacinas contra covid-19, encontrou barreiras no Brasil. A Anvisa recusou conceder o registro para uso emergencial, já que a documentação encaminhada era frágil e havia suspeita de que uma porcentagem mínima dos vetores virais pudessem ser replicantes. A União Química, responsável pelo imunizante no Brasil, reenviou os dados e conseguiu autorização especial para importação e aplicação em público restrito de adultos saudáveis.

Registro: Ainda não existe registro para uso emergencial ou definitivo, mas sim uma autorização especial. Existem encomendas de doses diretamente por estados do Nordeste e, também, um contrato para recebimento de 10 milhões de doses do governo federal.

### ***Covaxin***

Tecnologia: Vírus Sars-CoV-2 inativado. A vacina indiana da empresa BharatBiotech utiliza tecnologia semelhante à CoronaVac.

Esquema vacinal: Duas doses com intervalo de 28 dias.

Eficácia: A farmacêutica responsável publicou estudos que apontam para 78% de eficácia contra casos moderados e 100% contra complicações graves.

Brasil: A aquisição da Covaxin está no centro de um dos escândalos de corrupção envolvendo compra de vacinas contra covid-19 que pairam o governo Bolsonaro. O caso está sob investigação na CPI da Covid. Grupos de militares, pastores e integrantes do governo estão envolvidos. Houve pressão para compra de doses com valor acima do preço de mercado. Isso, sem sequer o imunizante ter autorização de uso emergencial da Anvisa, apenas uma permissão restrita, como a Sputnik V.

Registro: Inspeções da Anvisa nos dias 1º e 5 de março apontaram para o descumprimento de normas no laboratório produtor da vacina. A agência apontou para problemas com a documentação, além de outros pontos relacionados aos métodos de produção, como “esterilização, desinfecção, remoção e inativação viral”.<sup>10</sup>

Apesar da produção das vacinas e a importância de sua aplicação em toda a população, é importante destacar que a vacinação, produzida a partir de quaisquer dos métodos apontados, não garante o bloqueio contra o contágio viral,

---

10 Fonte: <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2021/07/vacinas-contracovid-19-no-brasil-eficacias-tecnologias-historico/> (acesso em 10/11/2021).

mas em regra apenas possibilita a melhoria da resposta imunológica dos infectados, reduzindo a gravidade dos casos e possibilitando uma redução sensível da letalidade, sendo certo que, apesar da efetiva redução do número de mortes após a implementação de um Programa Nacional de Vacinação, isso não afastou a necessidade de manutenção das medidas de proteção que já vinham sendo adotadas, não se podendo considerar como efetivamente vencida a batalha ou superada a pandemia, encontrando-se ainda presente no dia-a-dia da população brasileira.

À medida em que o contágio se alastra pelo mundo e são iniciadas as vacinações em diversos países, passa-se também a verificar o surgimento de “variantes” do vírus, o que muito preocupa as autoridades, sobretudo diante do risco de eventual redução de eficácia das vacinas e o agravamento do grau de contágio, passando a ser objeto de acompanhamento específico, ao tempo que são multiplicados os esforços no sentido de possibilitar a obtenção da mais ampla vacinação possível em todos os países.

Para piorar o quadro, a aceitação da vacinação não é admitida como uma medida necessária por todos os brasileiros, sobretudo diante das relevantes divergências pessoais que são verificadas, inclusive a partir da postura de autoridades que simplesmente se negam a reconhecer a sua importância, ou ainda põem em dúvida a segurança de sua administração, desincentivando a vacinação voluntária da população.

A resistência contra as medidas de segurança, ou mesmo contra a aceitação das vacinas oferecidas, tem sido ainda palco para diversos debates, o que se assiste tendo como pano de fundo a manutenção do crescimento do número de mortes causados pela doença, ainda assolando a realidade vivida no país e no mundo.

Em outubro de 2021, o mundo ultrapassou a marca dos cinco milhões de mortos pela COVID-19, enquanto o Brasil contava com um número já superior a 600 (seiscentas) mil vítimas, patamar que cresce diariamente sem aqui considerar que, fora desses registros, morrem também muitos outros brasileiros pela fome e pelas diversas mazelas que acompanham a doença. Contando hoje com um percentual de pouco mais de 50% (cinquenta por cento) da população efetivamente vacinada contra a COVID-19, tem-se começado a assistir uma possível redução do número de mortes no Brasil, o que tem levado, como consequência, a uma certa flexibilização dos cuidados pela população e pelos órgãos de controle governamental.

Apesar disso, os jornais começam a noticiar um novo aumento do número de casos na China e em alguns países da Europa, o que reacende a preocupação quanto a um possível retorno às atividades “normais” no Brasil, impondo a verificação de que ainda estamos distantes de uma superação efetiva dos efeitos da

COVID-19, e que ainda é muito cedo para que se deixe de considerar a importância das vacinas e das respectivas medidas de proteção<sup>11</sup>.

A pandemia ainda não acabou. Milhares de brasileiros ainda são diariamente diagnosticados com a COVID-19 e muitos, inclusive, não sobrevivem. O momento exige o cuidado e a responsabilidade de todos, com o incentivo à vacinação voluntária e à manutenção das medidas sanitárias pela população, sendo essas as únicas medidas comprovadamente capazes de possibilitar a preservação da vida e a superação da crise.

#### **4. O DEBATE QUANTO AO PAPEL DA FEDERAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A partir da verificação da chegada da COVID-19 no território nacional, muitos passaram a ser os debates pretendidos quanto às providências necessárias, as consequências advindas e as respectivas responsabilidades impostas, sobretudo diante da busca por uma definição do papel de cada um dos agentes públicos envolvidos, especialmente quanto à definição da melhor e mais adequada medida que possibilitasse a máxima preservação da saúde dos cidadãos brasileiros.

Apesar do importante protagonismo assumido pelo Ministério da Saúde já no início do processo, o que rapidamente se verificou foi o surgimento de uma verdadeira dissonância de entendimentos entre o titular daquela pasta e a chefia máxima do Poder Executivo Federal, verificando-se que, enquanto os técnicos do Ministério da Saúde apontavam para a necessidade de adoção imediata e urgente das medidas protetivas não-farmacológicas indicadas pela OMS (distanciamento social, uso de máscaras, suspensão de atividades não-essenciais, etc.), o Sr. Presidente da República passou a se posicionar franca e abertamente contra toda e qualquer forma de restrição de atividades privadas, sustentando que a afetação da economia poderia ser tanto ou mais danosa para a manutenção da vida na sociedade brasileira quanto a contaminação direta pelo Sars-Cov-2.

No cenário conflituoso instalado o que se verificou foi que, à medida que o tempo passava, o contágio crescia e as mortes eram contabilizadas, acentuando as divergências entre a postura do então Ministro da Saúde e o mandatário

---

11 A respeito da situação da pandemia da COVID-19 pelo mundo, foi amplamente noticiado por diversos canais de notícia a manifestação da Sra. Mariângela Simão, diretora-geral-adjunta de acesso a medicamentos e produtos farmacêuticos da OMS, que na abertura do Congresso Brasileiro de Epidemiologia, realizado a partir do dia 23/11/2021, que *“Estamos vendo a resurgência de casos de Covid-19 na Europa. Tivemos nas últimas 24 horas mais de 440 mil novos casos confirmados. E isso porque há subnotificação em vários continentes. O mundo está entrando em uma quarta onda, mas as regiões têm tido um comportamento diferente em relação à pandemia”*. Essa declaração, vale destacar, é dada a partir do debate em torno da necessidade de ampliação da vacinação em todos os países, vinculando esse novo crescimento da doença à ainda presente resistência contra a imunização da população. (Fonte: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2021/11/23/diretora-da-oms-diz-que-carnaval-no-brasil-e-condicao-propicia-para-alta-de-casos-de-covid.ghtml>, acesso em 23/11/2021).

máximo do Poder Executivo federal, colocando em xeque (e em rota de colisão) todos os discursos que eram propostos para que a população adotasse as medidas de proteção<sup>12</sup>.

Após declaradamente sustentar seu descrédito quanto à gravidade da doença, a negativa quanto à adoção do distanciamento social e também a completa contrariedade quanto ao uso de máscaras, a Presidência da República pretendeu assumir a liderança em relação às medidas a serem implementadas pelo SUS, sustentando a sua competência exclusiva para a definição dos procedimentos a serem adotados e observados no país, sobretudo no que diz respeito ao estabelecimento de regras que impusessem a abertura ou o fechamento de estabelecimentos comerciais e atividades empresariais, pretendendo com isso impedir que tais medidas fossem impostas pelos governos locais, independentemente das circunstâncias especiais eventualmente consideradas. O argumento sustentado pelo Sr. Presidente da República, à época, era de que não se deveria implementar o dito “*isolamento horizontal*”, pregado pela OMS e impondo que todos ficassem em suas respectivas casas, mas sim o “*isolamento vertical*”, que acarretaria apenas o afastamento de grupos objetivamente determinados, seja pela confirmação de contágio ou por aqueles que possuíssem maiores riscos em decorrência da doença (idosos, diabéticos, hipertensos, etc.), buscando com isso garantir o funcionamento das atividades privadas presenciais.

Os Estados e os Municípios, em sentido diametralmente oposto, verificando a elevação exponencial dos números de internação e mortes, apontavam, ainda em meados de 2020, no sentido de se estabelecer (ao menos em âmbito local) medidas drásticas de isolamento, impondo o fechamento de atividades comerciais e a manutenção da população em suas respectivas residências, acolhendo essa como a única alternativa eficaz para evitar um colapso no sistema de saúde nacional.

Sem se atingir um consenso a respeito desse tema e pretendendo assumir o protagonismo dessas definições, foram então editadas Medidas Provisórias pelo chefe do Poder Executivo federal, indicando e impondo medidas que impossibilitariam (ou ao menos dificultariam) que Estados e/ou Municípios determinassem a aplicação do isolamento, com o fechamento de estabelecimentos privados.

---

12 Em decorrência das declaradas divergências assumidas entre a chefia do Poder Executivo Federal e o então titular do Ministério da Saúde, Dr. Luiz Henrique Mandetta (médico e Deputado Federal pelo Mato Grosso do Sul), iniciaram-se debates públicos a respeito dos procedimentos a serem adotados, o que culminou com sua “demissão” em 16 de Abril de 2020, sendo substituído pelo médico oncologista Dr. Nelson Teich que, entretanto, manteve-se no cargo por apenas 29 (vinte e nove) dias. Após um período de vacância de aproximadamente 15 (quinze) dias, foi então nomeado como Ministro da Saúde – no dia 02 de junho de 2020 - o Sr. Eduardo Pazuello, general do Exército Brasileiro e agente atuante da equipe política direta da Presidência da República. Após acusações e denúncias diversas, o general Eduardo Pazuello, em 23 de Março de 2021, assumiu a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE/PR), sendo substituído no Ministério da Saúde pelo médico cardiologista Dr. Marcelo Queiroga, atualmente ocupante do cargo.

Nesse ponto, é importante deixar registrado que além se posicionar expressamente contrário à adoção das medidas de distanciamento social, o uso de máscaras e toda e qualquer outra medida indicada pelas autoridades médicas e científicas como úteis ou necessárias para a minimização do contágio, o Sr. Presidente da República assumiu expressamente a proposta de maior expansão possível da doença, acreditando numa suposta opção de “*imunidade de rebanho*”<sup>13</sup> a partir da qual se pudesse atingir a ampla difusão da doença e do natural surgimento de defesas eficazes pelo corpo. Além dessa opção, o dirigente máximo do país passou a defender abertamente a utilização de medicamentos cuja eficácia médico-científica nunca fora comprovada (Cloroquina, Hidroxicloroquina, Ivermectina, entre outros), sustentando a aplicabilidade de um “tratamento precoce”, sem que, a seu respeito, existisse qualquer respaldo técnico-científico que confirmasse a sua efetividade, o que se manteve, inclusive, após essas medidas serem expressamente declaradas ineficazes e perigosas para os pacientes acometidos pela COVID-19 e/ou para a população em geral em diversas manifestações científicas mundiais<sup>14</sup>.

A discussão quanto à possibilidade ou não de a União Federal impedir que Estados e/ou Municípios pudessem adotar as medidas que entendessem necessárias para a preservação da população, foi objeto de ações específicas intentadas perante o Supremo Tribunal Federal, sendo a esse respeito importante aqui o registro quanto ao debate desenvolvido no julgamento da ADI nº 6.341, que, por sua relevância, tornou-se um marco importantíssimo em relação à definição dos contornos da matéria, especialmente no que diz respeito à (re)definição da competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no que diz respeito à gestão operacional do SUS e ao estabelecimento de procedimentos a serem aplicados na preservação da saúde dos brasileiros.

Pela referida ADI 6341/DF, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação junto ao STF, buscando a decretação de inconstitucionalidade de algumas das disposições constantes da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 que, alterando as disposições da Lei 13.979/2020, pretendia impor um impedimento à adoção imediata pelos Estados e Município de medidas de isolamento, sem que isso estivesse necessariamente autorizado pela União, a partir de decreto a ser emitido pelo Presidente da República. Essa ADI foi distribuída ao então Min. Marco Aurélio Mello que, deferindo liminarmente o pedido, in-

---

13 “O conceito de imunidade de rebanho tem origem na medicina veterinária, envolvendo decisões comerciais com respeito a permitir que alguns animais morram de modo a controlar uma infecção generalizada em benefício do rebanho como um todo. É um termo usado para gado, animais como vacas, cabras ou ovelhas que normalmente já seriam sacrificados para consumo humano. Seres humanos, porém, não são um rebanho a ser sacrificado em benefício da sociedade.” (Fonte: <https://jus.com.br/artigos/189766/immunidade-de-rebanho-conceito-e-objetivos> - Acesso em 11/11/2021).

14 O Ministério da Saúde somente reconheceu a ineficácia da Cloroquina e dos demais medicamentos que compunham o “Kit Covid” para tratamento precoce em documento encaminhado para a CPI da Pandemia em 13/07/2021. (Fonte: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/saude-admite-ineficacia-de-cloroquina-e-outras-medicamentos-do-kit-covid/>, acesso em 23/11/2021).

dicava que a competência para a definição de medidas a serem adotadas para a preservação da saúde da população contra a evolução do contágio da COVID-19 encontram-se nas disposições do Art. 23, inciso II do texto constitucional, e que tal dispositivo importava em “*competência concorrente*” das três esferas públicas, não se havendo falar em obrigatoriedade de edição de Lei Complementar, ou mesmo de submissão de uns aos comandos do outro. A partir desse entendimento, embora não propusesse qualquer alteração nas disposições da Medida Provisória considerada ou mesmo apontasse qualquer invalidade direta contida em seu texto, a decisão proferida pelo então relator da demanda indicava a necessidade de aplicação do método de “*interpretação conforme à Constituição*” ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979/2020, de forma a garantir que eventuais determinações constantes na norma em referência não poderiam ser consideradas como limitações ou impedimentos aos Estados e aos Municípios, devendo ser então garantido que esses entes poderiam assim, validamente, adotar as medidas que em suas respectivas regiões pudessem ser consideradas como mais adequadas para a preservação da saúde da população correspondente.

Ao ser submetida ao plenário para a avaliação quando ao referendo da medida liminar concedida, promoveu-se um fecundo e relevante debate entre os ministros da Corte Suprema, com o registro de que – por força da própria pandemia – ali se tratava do primeiro debate realizado pelo plenário daquele Supremo Tribunal Federal pela via da videoconferência, marcando assim uma importante nova fase da atuação da justiça brasileira. Independentemente disso, após o desenvolvimento dos debates, com o registro do posicionamento dos componentes da Corte, entendeu-se, por maioria, pela concessão do referendo à medida concedida, com ajustes, entretanto, nos limites da atuação, considerando a possibilidade de atuação do chefe do Poder Executivo para que, por decreto, pudesse definir e dispor a respeito de serviços públicos e serviços essenciais que tivessem que ser mantidos à salvaguarda das medidas restritivas, privilegiando com isso uma atuação colaborativa entre aqueles entes.

A análise do inteiro teor do julgado revela um debate importantíssimo em torno da adequada compreensão dos contornos da composição da federação brasileira, verificando-se ali uma discussão a respeito da distinção entre os conceitos de “*competência comum*” (administrativa – constante das disposições do Art. 23 da CF/88) e da “*competência concorrente*” (legislativa – aplicável a partir do Art. 24 da Carta), reconhecendo como próprio da construção e da organização do federalismo brasileiro a atuação de forma colaborativa entre os diversos agentes, o que se mostrava essencial para a superação da crise que se apresentava.

Ao apreciar as razões adotadas pelo Relator, o Min. Edson Fachin, trazendo voto extenso e criterioso a respeito do assunto enfrentado, abre uma divergência parcial quanto ao posicionamento adotado pelo relator, entendendo que,

apesar de reconhecer-se a competência comum das entidades para a avaliação das circunstâncias locais que imponham a adoção de medidas extremas, à União não poderia ser negada a possibilidade de estabelecer, por meio de norma geral, as atividades que deveriam ser consideradas como essenciais, e, assim, necessariamente afastadas da imposição local, claro, com o resguardo quanto às medidas sanitárias objetivamente aplicáveis.

A partir da adoção dos fundamentos ali adotados, sem descurar da relevância de todas as demais considerações também devidamente apresentadas, o entendimento assumido pela Corte foi no sentido de reconhecer a possibilidade de que a União estabelecesse, por meio de norma de caráter geral, regras próprias para a definição quanto à essencialidade de determinadas atividades, mas essa possibilidade não poderia impedir que os demais entes da federação também pudessem dispor a respeito da matéria, estabelecendo medidas especiais que devessem ser consideradas em suas respectivas regiões. A inteligência dessa conclusão reside na necessidade do reconhecimento do modelo adotado na constituição como a de um efetivo “federalismo cooperativo”, que pressupõe que a delegação de competência a um dos poderes do Estado não pode implicar a hierarquização dos poderes ou das esferas de governo, da forma como então pretendido pela União.

A indicação da conclusão do julgamento “por maioria”, por certo, não decorre de divergências fundamentais entre os posicionamentos dos ministros que participaram daquela assentada, mas apenas e tão somente da verificação a respeito da necessidade ou não de utilização da sistemática de “*interpretação conforme*”, utilizada na estrutura do posicionamento adotado pelo Min. Edson Fachin, verificando-se que, ao menos no que aqui nos interessa, todos os ministros que se manifestaram seguiram o entendimento de que o exercício da competência legislativa pela União não impediria a verificação das circunstâncias específicas e locais pelos Estados e Municípios, sobretudo diante das necessidades e exigências urgentes de atuação relacionadas às medidas contra a pandemia da COVID-19.

Além dessa decisão - é importante aqui mencionar - muitas foram as demandas ajuizadas no mesmo período discutindo temas que envolviam a adequada compreensão da atuação da União, dos Estados e dos Municípios no enfrentamento da COVID-19, abordando-se por elas diversos temas de altíssima relevância, como se pode verificar no julgamento das ADIs 6347, 6351, 6357, julgadas em 30/4/2020, no qual o Plenário referendou suspensão da eficácia das disposições do Art. 6º da Medida Provisória 928/2020, que restringia o alcance da Lei de Acesso à Informação no decurso da pandemia, além também da decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso na ADPF 669, em que determinava a vedação à produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregasse que: “*O Brasil Não Pode Parar*” (slogan pretendido pela chefia do Poder Executivo federal conclamando a população à manutenção das atividades

econômicas, mesmo diante dos alarmantes quadros da pandemia), além também da ADPF 690, pela qual foi determinado ao Ministério da Saúde que mantivesse a divulgação diária dos dados epidemiológicos relacionados à pandemia com os números acumulados de ocorrências, dentre tantas outras.

A composição de um federalismo cooperativo e a distribuição de competências no âmbito constitucional é tema reconhecido pela clássica doutrina jurídica nacional, valendo aqui destacar, a esse respeito, as preciosas considerações trazidas na obra do prof. Pietro de Jesús Lora Alarcón, que, sensível quanto às peculiaridades de nosso sistema constitucional, já assim pontuava o assunto:

“Em que pese o alto grau de autonomia, a Constituição ou o Estatuto de cada ente federativo deve, naturalmente, obedecer limites. Tais balizas estão contidas na Constituição Federal, que cumpre o papel de estruturar todo o Estado Federal, configurando-se como norma suprema impondo sua princiologia e valores.

Também nessa linha, no federalismo dual clássico, cada Estado-membro tem a possibilidade de participar da criação da ordem jurídica geral, que se manifesta como lei federal ou ordem jurídica federal. Entretanto, também cria sua ordem jurídica interna, é dizer, pode estabelecer leis destinadas a reger em seu território através de um órgão legislativo próprio. No esquema, como se percebe, as partes autônomas ou vontades parciais se relacionam entre si para a construção da ordem normativa geral, participando da vontade geral de forma regular através do Senado, órgão que representa o equilíbrio federativo.

Quanto aos possíveis atritos com relação às matérias que devem ser tratadas legislativamente por cada unidade, a Constituição através de uma técnica de repartição de competências procura minimizar os riscos. Os critérios de disposição são variados. Assim, é possível identificar a distribuição horizontal, pela qual ou bem cada um recebe um leque específico e exclusivo ou então recebem a possibilidade de tratar do mesmo tema sem que seja orientada uma hierarquização. Destarte, cada ente aborda o assunto nos limites de sua abrangência espacial de incidência normativa. Em sentido inverso, também pode haver a distribuição vertical, pela qual as competências são exercidas em atenção a uma hierarquia e, sendo assim, a legislação de um deles pode se sobrepor a de outro, como acontece quando uma unidade recebe a incumbência de legislar criando princípios ou normas gerais, procurando um tratamento uniforme do assunto, enquanto os demais exercem competência suplementar para atender suas necessidades com fundamento naquela legislação principiológica já editada.

Muito embora o cuidado do constituinte, ainda assim não se está isento de dificuldades, posto que as dúvidas sobre qual dos entes federativos tem a obrigação de tratar de certas e determinadas situações são relativamente frequentes, obrigando não poucas vezes aos tribunais decidir sobre o ponto. Isso também pode acontecer no campo da gestão administrativa, onde são comuns os dilemas jurídicos quanto à responsabilidade na prestação de um serviço público ou imposição de cargas tributárias.

Estas responsabilidades de membros da federação no cumprimento de tarefas de administração foram se consolidando ao longo do tempo especialmente pelas crises do sistema econômico. O resultado é uma vinculação estreita entre a organização política e a administrativa no esquema federativo que hoje resulta claramente identificável.”<sup>15</sup>

Da avaliação do cenário conflituoso que se verificou, especialmente a partir da necessária investigação quanto à validade dos abusos pretendidos pelo poder

---

15 ALARCON, Pietro. *Ciência, Política, Estado e Direito Público*, 4ª. Ed., São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020, p. 247-248.

executivo federal no momento da adoção de medidas necessárias para a tentativa de contenção da propagação do Sars-Cov-2 no Brasil, o que se identifica da postura apontada pelo Supremo Tribunal Federal, em todos esses casos mencionados, é a indicação da necessidade de atuação efetiva e coordenada entre todas as esferas de governo no Brasil como único meio para a viabilização de efetividade das medidas, com o menor prejuízo possível para a população brasileira, o que, entretanto, não tendo sido efetivamente implementado, acabou contribuindo para o alcance dos alarmantes resultados verificados, colocando o Brasil hoje em situação gravíssima diante da mais relevante crise sanitária de todos os tempos.

A compreensão e a delimitação das competências, promovida pelo Supremo Tribunal Federal a partir dos julgados aqui mencionados, deveriam ter por consequência um realinhamento de discursos e uma confluência de objetivos entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que, entretanto, não foi o que se verificou, sobretudo porque, a partir das decisões proferidas, o posicionamento adotado pela Presidência da República fora no sentido de que a União estaria impedida de adotar medidas para a contenção da pandemia, o que – por certo – efetivamente não condiz com o que determinado no teor das decisões aqui apontadas.

A postura adotada pela chefia máxima do Poder Executivo federal nos muitos discursos que se seguiram a partir da publicação daquelas decisões, como se verificou, foi no sentido de que a havia sido vedada a atuação da União pelos membros do STF que – segundo dito - teriam indicado que a competência exclusiva para a definição sobre a atuação local seria dos Municípios, o que efetivamente não condiz com o que constou de quaisquer das decisões relacionadas.

O debate político que se seguiu (e até hoje permeia todos os canais de comunicação a respeito do assunto) acabou sendo construído no sentido de que o governo federal efetivamente se manteve omissos quanto à assunção da coordenação da gestão da pandemia no Brasil, sempre se escorando numa suposta impossibilidade de atuação que, na verdade, apenas traveste as divergências declaradamente assumidas entre os gestores públicos relacionados, o que acabou gerando um altíssimo custo para o país, seja pela elevação dos índices da crise sanitária, ou ainda quanto ao total descontrole da economia nacional, sendo essas as bases de um futuro ainda muito incerto para o país.

As divergências políticas quanto à necessidade e efetividade dos métodos de proteção contra a doença ainda são muito presentes nas discussões desenvolvidas entre as autoridades públicas brasileiras, o que acaba sendo também verificado no cotidiano e na postura da população em geral que, ora por desconhecimento e ora apenas por meros interesses, ainda hoje - após mais de 600 mil mortes causadas pela COVID-19 - tenta minimizar a gravidade da ação do vírus Sars-Cov-2,

evocando a ineficácia das medidas de proteção, o apoio a medicamentos ineficazes e a absurda adoção da estratégia de “imunidade de rebanho”, mesmo diante de todos os avisos já recebidos da comunidade científica.

A superação das crises que se apresentam (a sanitária e a econômica, pelo menos) exigem uma mudança efetiva na postura adotada pelo povo brasileiro em relação à Pandemia da COVID-19. O reconhecimento da gravidade da doença e da necessidade de cuidados extrapolam os limites dos interesses exclusivamente individuais, exigindo de todos o senso de preservação da comunidade, sem o que, certamente, ainda assistiremos – para dizer o mínimo – a morte diária de centenas de brasileiros. Para que se implemente uma mudança verdadeira de postura da população, é essencial o alinhamento de vontades entre os agentes políticos, superando as divergências (e os interesses) e efetivamente se dedicando à implementação de medidas que contribuam para a redução das taxas de crescimento do contágio e da mortalidade ainda hoje presentes.

## **5. CONCLUSÕES**

A partir de tudo aqui apresentado, o que se verifica é que a proliferação da COVID-19 no mundo, e sobretudo no Brasil, causou impactos diretos e graves na vida e nas relações do povo brasileiro, representando – muito certamente – um mal que durante muitas décadas ainda será lembrado.

A alta capacidade de transmissão da doença e os graves sintomas verificados, acarretou a superlotação de hospitais, com a verificação da limitação quanto à capacidade de atendimento da população, gerando um elevado número de mortes, alcançando e ultrapassando o marco de mais de cinco milhões de vítimas no mundo, e mais de 600 (seiscentas) mil só no Brasil.

A ausência de meios farmacológicos para a efetiva redução da proliferação do vírus, ou mesmo para o tratamento dos sintomas decorrentes da doença, impunham a necessidade de adoção de alternativas que possibilitassem a redução da curva de contágio como forma de permitir o oferecimento de estrutura de atendimento eficiente e eficaz para a população atingida, o que, não tendo sido assumido pelas autoridades federais no Brasil, acabou causando a ausência de coordenação da gestão da saúde pública no período, contribuindo assim para o agravamento da pandemia com os elevados índices de letalidade verificados.

A postura assumida pelas autoridades públicas federais em rejeitar os apontamentos técnicos a respeito do tratamento da doença, agravado pela adoção de posturas e alternativas sem qualquer fundamento científico, acabou efetivamente contribuindo para o agravamento da situação da crise sanitária no Brasil, com consequências diretas na crise econômica instalada.

A condição de emergência sanitária e econômica em que se encontra o Brasil é uma situação que precisa ser urgentemente reconhecida, mostrando-se necessária uma verdadeira comunhão de esforços de todo o país para que se possa vislumbrar as possibilidades de alteração das circunstâncias atualmente verificadas e, a partir daí, a adoção de medidas que permitam seguir o rumo para a sua superação, o que somente será possível a partir do momento em que forem deixadas de lado as diferenças políticas entre os agentes públicos e políticos envolvidos, com o direcionamento de todos os esforços para a viabilização da sobrevivência da população atingida e a busca de um futuro em que se privilegie a vida e a saúde dos cidadãos brasileiros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCON, Pietro e ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). **COVID-19 [Livro Eletrônico]: Crise Sanitária e Crise de Direitos?: perspectivas jurídicas sobre a pandemia no Brasil, Mexico e Colombia**, 1ª Ed., São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020.

ALARCON, Pietro. **Ciência, Política, Estado e Direito Público**, 4ª. Ed., São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020.

FERNANDES, Victoria e GARCIA, Luciana. **Um Estudo sobre os Reflexos da Pandemia no Pacto Federativo Brasileiro**, *Revista de Direito e Atualidades*, Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/download/5221/2056>>, acesso em 14/05/2021.

HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a pandemia e breves lições para o mundo pós-coronavírus**, Trad.: Odorico Leal, 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MEDINA, Janaína e MEDINA, José. **Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro. Bases Constitucionais para a solução de conflitos relacionados à Pandemia (COVID-19, Coronavírus). Breves Considerações**, *Revista dos Tribunais*, vol. 1017/2020, 2020, Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/3%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/10.pdf>>, Acesso em 14/05/2021.

RAMOS, Edith; RAMOS, Paulo e COSTA, Laísse. **Pandemia e Federalismo: Reflexões sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal na apreciação de conflito de competência entre os entes federativos no enfrentamento à COVID-19**, *Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ*, Vol 1, Nº 1 – 2020, Disponível em: <<https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/7>>. Acesso em: 14/05/2021.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Direitos Sociais são Direitos Fundamentais: Simples Assim**, Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

ZIZEK, Slavoj. **Pandemia [Livro Eletrônico]: Covid-19 e a reinvenção do comunismo**, Tradução Artur Renzo, 1ª ed., São Paulo: Boitempo, 2020.

# DIREITO À MORADIA E VULNERABILIDADE: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA COVID-19 E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 828

**Eliana Franco Neme<sup>1</sup>**

**Roberta Cristina Paganini Toledo<sup>2</sup>**

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil demonstra desde o início sua preocupação e compromisso com os valores sociais da liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, e estabelece como seu fundamento a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana como matriz axiológica do nosso sistema normativo parte de um vetor filosófico de inspiração iluminista e passa a ser consagrado pela Constituição e sustentado por uma série de determinações materiais voltadas à efetivação dos valores que lhes servem de fundamento.

O texto de 1988 foi bastante generoso na enumeração desses direitos, e colocou sob a égide da proteção dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, uma grande quantidade de normas que se espalham por todo texto constitucional.

Não foi surpresa portanto quando o constituinte reformador de 2000, a partir da Emenda Constitucional alterou a redação do artigo 6 e tratou de tornar formal aquilo que já era materialmente considerado como constitucional por grande parte da doutrina e da jurisprudência. Desta forma, a Emenda 26 determina a inequívoca superação das discussões a respeito da condição de direito fundamental que o direito à moradia possui neste texto de 1988.

Não é objeto deste trabalho qualquer tipo de discussão voltada análise estrutural ou doutrinária das categorias de direitos e da fundamentalidade ou não

---

1 Mestre e Doutora em Direito Constitucional. Professora da Universidade de São Paulo - USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na área de Direito Público com ênfase em Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Professora do Centro Universitário de Bauru, no Centro de Pós-graduação em direito, Cursos de Mestrado e Doutorado incluídos na área de concentração: "Sistema Constitucional de Garantia de Direitos". E-mail: elianafranconeme@usp.br

2 Mestre e doutora pela PUC-SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Diretora do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Coordenadora do Programa de Pós-graduação "Stricto-sensu" Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Professora titular do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Paulista. Advogada. E-mail: roberta.cpg@ite.edu.br

do direito à moradia no âmbito da Constituição de 1988, esta é uma premissa reconhecida como absoluta por nós e serve como pressuposto para nossas considerações críticas, voltadas à percepção dos efeitos da pandemia no constitucionalmente assegurado direito à moradia, e como o Supremo Tribunal Federal abordou a questão a partir das estruturas normativas excepcionalmente criadas para o enfrentamento da pandemia.

Para desenvolvimento no nosso raciocínio abordaremos inicialmente algumas questões de cunho material relacionadas com o direito à moradia, a legislação específica criada durante o período da pandemia e voltada à tutela desse direito, e por fim o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade de normas.

## **2. A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À MORADIA COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO PARA O COMPORTAMENTO ESTATAL**

O direito à moradia é profuso e busca a garantia da vivenda pelo homem. Enquanto direito fundamental e social que é, visa concretizar o primado da igualdade humana, digna e substantiva, mas depende para sua aplicação, muitas vezes, não só de tratamento vinculante, mas também de lei infraconstitucional regulamentadora que lhe dê minudência e maior raio de incidência nos mais variados campos do direito. Este direito não pode ficar relegado a um papel meramente ideológico ou enunciativo de um futuro incerto, um direito programando para o talvez, é preciso reconhecer que se trata de direito fundamental social, com titulares indeterminados, e deve ser enquadrado pelo intérprete, funcionalmente, na sua concreta aplicação, numa realização útil e social de plena eficácia.

Nesta perspectiva, faz-se necessário observar que o direito de morar é capaz de assumir dupla feição, tanto positiva quanto prestacional. É meio de defesa, porque a morada está protegida contra a devassa pública ou particular, impondo dever legal de abstinência. É meio de prestação positiva em face do Estado e da sociedade, porque requer comportamentos facilitadores do seu exercício.

De fato, não há visão hierárquica, de domicílio, residência e habitação. O domicílio é a sede jurídica da pessoa natural, qualificação atribuída pela lei, em razão da residência ou da profissão, que reconhece o lugar onde habitualmente são praticados os atos da vida civil, ainda que de forma permanente ou presumida. Residência é o lugar que a pessoa natural habita, em que se fixa com a intenção de permanecer, mesmo que dela se ausente temporariamente, podendo se identificar com o condomínio, haja vista a possibilidade de existência de várias residências onde alternativamente viva, cujo domicílio será qualquer uma delas. Habitação é mera relação de fato, sujeito e coisa, não há intenção de permanên-

cia. É o lugar onde a pessoa permanece, de forma temporária ou acidental, para atender a interesses naturais da vida cotidiana.

Por outro viés, a moradia apresenta-se como a necessidade do ser humano em morar e permite a fixação da pessoa natural em lugar determinado, ao qual se vincula por interesses de toda a ordem. Morar é um existencial humano. Não é a relação de fato, sujeito e coisa, é elemento essencial da personalidade humana, um bem irrenunciável, objeto de direito inerente a todo ser humano que necessita conviver em sociedade.

Pois é a partir da moradia que a pessoa humana desenvolve sua individualidade, constrói a sua personalidade, em todas as dimensões da vida, seja ela afetiva, física, psicológica, moral, espiritual, social, política, econômica e cultural. É nela que o homem encontra proteção, segurança, conforto, bem-estar, se abriga das intempéries, convive socialmente e com a sua família, repousa após o dia de trabalho e guarda sua intimidade. Há de ser reconhecida como a célula básica a partir da qual se desenvolvem os demais direitos do cidadão, já reconhecidos pela Constituição Federal brasileira.

De fato, os direitos humanos são os direitos inerentes à humanidade, direitos sem fronteira, de qualquer cidadão, aplicados e exigíveis por tratados e documentos internacionais. Evidencia-se que os direitos humanos, quando passam da esfera de consciência coletiva para a esfera da positividade em grau superior da ordem jurídica, apresentam um processo de fundamentalização. Assim, os direitos humanos, quando reconhecidos formalmente por alguma ordem jurídica, adquirem o *status* de direitos fundamentais, como ocorreu no modelo brasileiro com o direito à moradia, que inserido, de forma expressa, na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 26.

Os direitos fundamentais pertencem à ordem interna de determinada nação, que os garante por formarem o sistema jurídico vigente, relacionando-se com outras figuras subjetivas, assim, positivados internamente. José Joaquim Gomes Canotilho afirma que os direitos fundamentais são direitos do homem institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.

Deveras, a vinculação da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada no texto constitucional tem dupla nota de fundamentabilidade, ao mesmo tempo formal e material, buscando assim a aquisição de novos direitos fundamentais, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais e desde que em sintonia com os direitos catalogados na Constituição Federal brasileira.

Verifica-se, então, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimento, sujeito aos influxos sociais e integrante da ordem consti-

tucional, seja no que concerne aos princípios fundamentais, seja no que tange à parte organizacional, bem como em relação às ordens sociais e econômicas.

Ressalte-se que para além do artigo 6º a moradia encontra-se presente em outros dispositivos constitucionais, como os artigos 5º, XI, e 7º, IV, o que se permite afirmar tratar-se do reconhecimento sistemático constitucional de uma necessidade vital, um lugar privilegiado do indivíduo, seu asilo inviolável.

Esta opção não é exclusiva do modelo brasileiro. Apenas a título de ilustração lembramos que a Constituição portuguesa, em seu artigo 65 dispõe que todos têm direito a habitação adequada, dentro de certas condições de higiene e conforto, e que preserve a intimidade e a privacidade dos cidadãos. Na mesma direção a Constituição espanhola assegura, no artigo 47, que todos os espanhóis têm direito à moradia digna e adequada. Também na Argentina, a Constituição também expressa o direito à moradia digna no artigo 14.

Da mesma forma, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos há tempos têm voltado seus olhos para a causa da moradia, reconhecendo sua aliança inexorável com a ideia de dignidade humana. O primeiro documento normativo que declarou a moradia<sup>3</sup> como um direito básico do ser humano foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>4</sup>. Ao longo do século XX outros documentos internacionais incorporaram a moradia no rol de direitos humanos fundamentais, dentre os quais se destaca o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966<sup>5</sup>.

A Declaração de Vancouver<sup>6</sup>, fruto da 1ª Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos, denominada Habitat I, realizada em 1976, indicou consenso internacional relativo às políticas públicas acerca dos assentamentos humanos, situando a moradia adequada e os serviços a ela relacionados como um direito humano básico e apontando a responsabilidade dos governos por ações visando assegurar esse direito a todas as pessoas.

---

3 Genericamente denominado habitação.

4 “Art. 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.  
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

5 Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.  
“Art. 11.

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.”

6 Referido documento apresenta um plano de ação aprovado no Habitat I com 64 (sessenta e quatro) recomendações de ações nacionais cuja finalidade consistiu em promover políticas adequadas nos âmbitos locais, regionais, urbanos e rurais. A Conferência em questão realizou-se entre 31 de maio e 11 de junho de 1976 em Vancouver.

Foi em 1996, na Agenda Habitat II<sup>7</sup>, declaração assinada por 165 países, entre eles o Brasil, em Istambul, na II Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos, que a questão da moradia entrou definitivamente nas discussões como um direito humano que deve ser objeto de atenção de todos os governos do mundo. Afirmou-se e reafirmou-se a necessidade de ações governamentais para promover, proteger e assegurar a plena melhoria das condições de vida da população, em base sustentável e equitativa e que propicie a todos moradias adequadas, habitáveis, saudáveis, protegidas, acessíveis, com serviços básicos, facilidades e amenidades, protegendo-se o gozo de direitos relativos à segurança da posse.

No sistema interamericano de direitos, positivado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, em 22 de novembro de 1969<sup>8</sup>, o direito à moradia, reconhecimento da dignidade da pessoa humana, foi enfocado conjuntamente com a necessidade de limitação dos direitos dos proprietários em prol do bem comum, em correlação de direitos e deveres<sup>9</sup>.

De toda sorte, não basta que o direito à moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana tenham sido positivados no cenário internacional, que o Estado brasileiro tenha aderido e ratificado pactos internacionais de declaração de direitos, tampouco seus reconhecimentos nas cartas constitucionais; o desafio maior é possibilitar cenários onde tais direitos possam ser reconhecidos, assegurados e efetivamente exercidos.

A par da existência de outros tratados e declarações internacionais que protegem de forma direta ou indireta o direito à moradia, pontuamos aqui o

---

7 Documentos que possuem natureza declaratória.

8 Entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu artigo 74.

9 “Art. 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

“Art. 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, deve ser reprimidas pela lei.

Art. 22. Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.”

“Art. 32. Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.”

reconhecimento de que não pode mais haver controvérsia sobre este tema, que direito à moradia é direito fundamental, e que a inclusão do direito à moradia no texto constitucional como um direito fundamental social implica a obrigação do Estado em adotar políticas públicas socialmente ativas, de modo a conferir efetividade a esse direito. Os direitos sociais visam à melhoria das condições de existência dos indivíduos, na busca dos postulados básicos de liberdade e do reconhecimento jurídico da pessoa humana.

### **3. MINIMO EXISTENCIAL, DIREITO À MORADIA E CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**

Foi Canotilho<sup>10</sup> que cunhou a ideia de uma Constituição Dirigente, como aquela que para além de uma normatividade presente estabelece um compromisso para o Estado e a sociedade. Para o autor português a ideia de Constituição deveria ser a de impor tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar. Não é suficiente organizar, estruturar e estabelecer princípios e garantias fundantes, é necessário olhar para o futuro e retirar do Estado a total liberdade de agir, vinculando o legislador na direção nas diretrizes constitucionais, com os programas e fins do Estado. Essa ideia pode ser facilmente percebida na Constituição brasileira de 1988, na medida em que esta define, a partir das normas programáticas<sup>11</sup>, quais os comportamentos estatais que devem ser tomados, e ainda, quais os que não devem ser tomados.

Nesta seara é conclusivo que a efetividade do direito à moradia depende essencialmente das políticas públicas redistributivas e do comportamento estatal como um todo, especialmente por estarmos em um país nitidamente mergulhado em um quadro de distorções socioculturais, a participação do Estado como agente de equilíbrio substancial é imprescindível. Importante assim que este Estado reconheça seu protagonismo como responsável pela implementação dos valores constitucionais e crie estratégias para a universalização do direito à moradia, parte integrante do mínimo existencial necessário para uma existência digna.

Ainda assim, é preciso reconhecer que o direito à moradia, é um direito complexo, que abrange a ideia de habitação digna e adequada. Cabe ao Estado promover a defesa, a garantia e a efetividade do direito à moradia. Sem a concretização do direito à moradia, o homem não vive dignamente.

---

10 Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

11 Normas constitucionais programáticas são, nas palavras de José Afonso da Silva, “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. SILVA, José Afonso da Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138

Por este viés, o sentido do mínimo existencial deve ser extraído da integridade do sistema normativo. Essa teoria é a base para o controle material das políticas públicas no Estado contemporâneo. A juridicidade da teoria do mínimo existencial encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, dentre eles o direito à moradia, e na necessidade de ajuda social para suprimento do mínimo vital. Trata-se da “parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade”<sup>12</sup>.

Reforça-se o reconhecimento de que o papel estatal dominante é o de proporcionar mecanismos que facilitem o acesso das pessoas à concretização desse direito, promovendo meios que viabilizem sua autonomia. Não resta dúvida sobre a necessidade de proteção e promoção estatal de um conjunto mínimo de direitos, que se apresentam como condição essencial para a fruição das liberdades e dos valores sociais, essenciais à manutenção do Estado e do regime de governo democrático. O cidadão garante a capacidade de se autodeterminar, de realizar seus valores por meio do acesso ao direito à moradia.

O princípio da dignidade humana confere legitimidade e sentido à ordem constitucional e tem seu núcleo identificado com as prestações essenciais necessárias a uma vida digna, conceito que se remete ao mínimo existencial, que demanda proteção por ser condição para a manutenção da vida digna em seu viés mínimo. Por sua vez os direitos sociais na sua dimensão prestacional estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente onde se cuida da garantia de um mínimo existencial para uma vida digna, determinada pelas concepções liberais de justiça social.

O mínimo existencial, no que tange aos direitos prestacionais, deve ser compreendido como sinônimo de prestações mínimas que preservem a liberdade e a dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial e intangível. Essas prestações dizem respeito à manutenção da vida humana e do seu desenvolvimento sadio e são garantidoras do direito de receber as prestações básicas necessárias, alcançando, assim, a igualdade material.

Os argumentos que versam sobre políticas públicas normalmente têm sede constitucional. Entretanto, há possibilidade de derivação de regra infraconstitucional. É o que Ingo Wolfgang Sarlet<sup>13</sup> rotula de direitos derivados a prestações.

Os direitos sociais partem da verificação da existência de situações de necessidade e de vontade de vencê-las para estabelecer uma relação solidária entre

---

12 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 88.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 307-313.

os membros de uma mesma sociedade, alcançando, assim, o mínimo existencial. Conceder dignidade à pessoa humana é função dos direitos fundamentais, mas fornecer condições mínimas de existência que evitam a degradação do ser humano, como uma moradia digna, é enfrentamento dos direitos sociais.

O direito à moradia, enquanto direito social traz em si força normativa suficiente a sua implementação e vincula-se ao princípio da igualdade. O direito de igualdade se conecta com os direitos sociais, que garantem a igualdade material, possibilitando melhores condições de vida, igualizando situações sociais desiguais, pela atuação de órgãos estatais como um todo. Isso é assim em razão da eficácia estendida dos direitos fundamentais, que convidam o legislador ordinário a implementar legislações a serem aplicadas quando da atividade jurisdicional e condiciona as atividades da Administração Pública. Isso é assim, porque a fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. O direito fundamental social à moradia deve ser entendido como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, mandamento constitucional que garante o direito de obter uma moradia digna, necessidade existencial básica, que possibilita a realização da família.

Na função prestacional social, as normas dos direitos fundamentais sociais têm dimensão jurídica vinculativa dos poderes públicos para que sejam obrigados à implementação de políticas sociais ativas que conduzam à criação de instituições e serviços. Como se pode notar, a Constituição Federal direciona políticas públicas e promove a tutela legislativa de certos direitos não plenamente consolidados, embora com força imperativa de regras.

A realidade, porém, está deslocada das pretensões das constituições e dos textos assecuratórios de direitos. A resistência à essas obrigações estatais podem ser creditadas a uma política e economia de estado mínimo muito em evidência a partir de um consenso neoliberal, e, associada a aparente fragilização do Estado Democrático de Direito surge uma absoluta e inquestionável ascensão do poder social e econômico das grandes corporações. Essa nova situação que revela aquilo que Boaventura Santos denominou de “fascismo societal”<sup>14</sup> combina o enfraquecimento do papel do Estado como promotor e assegurador dos direitos

---

14 SANTOS, Boaventura de Souza, Introducción: las epistemologías del Sur. Formas-Otras: Saber, nombrar, narrar, hacer, p. 9-22, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/xSxumq>>. Acesso em: 15 de Março de 2021. Dentre as diversas manifestações desta nova e perversa forma de fascismo típica dos países tidos como periféricos envolvimento, assume especial relevância crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a cartografia urbana passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas civilizadas onde as pessoas - ainda - vivem sob o signo do contrato social com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em Jonas selvagens caracterizados por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, do qual o estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção da zona civilizados passa a atuar de forma predatória e opressiva além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, o que por sua vez, leva afirmação também a expressão cunhada por Boaventura Santos do fenômeno do fascismo do Estado paralelo

fundamentais e o fortalecimento de instituições que tem pouco, ou muito pouco acrescentar na tutela e proteção dos direitos dos vulneráveis.

Para Konrad Hesse<sup>15</sup>, a força da Constituição não se reduz à sua capacidade de adaptação à realidade, a Constituição impõe obrigações que precisam ser realizadas, sua força normativa. Assim, para Hesse a força normativa da Constituição fica condicionada à existência de uma “vontade de constituição” (*Wille zur Verfassung*), que dê cumprimento à essas obrigações. A força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática, assim a intensidade da força normativa deriva diretamente da “vontade de constituição”.

#### **4. DIREITO A MORADIA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PANDEMIA DO COVID-19: ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 828**

Em 14 de abril de 2021, o partido socialismo e liberdade – PSOL propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, que recebeu o número 828, contra atos do Poder Público relativos às desocupações, despejos e reintegrações de posse, a fim de evitar e reparar lesão a preceitos fundamentais como o direito social à saúde (art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198; art. 199 e art. 200), o direito fundamental à vida (art. 5º, caput; art. 227 e art. 230), o fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I), e o direito fundamental à moradia (art. 6º e 23, inc. IX).

Pela argumentação trazida, a pandemia da Covid-19 teve o poder de potencializar as desigualdades sociais, evidenciando a discrepância do nosso modelo socioeconômico, na pontuação entre as necessidades das famílias hipossuficientes e os direitos relativos à propriedade. Os autores alegaram a violação de alguns direitos fundamentais, como acima expostos, mas a questão central da controvérsia repousou na dinâmica entre o direito à moradia e a necessidade de intervenção estatal para sua defesa em um contexto pandêmico.

Confere um certo grau de reconhecimento aos fundamentos do *petitiorium* o fato da Resolução n.º 90/2021 do Conselho Nacional de Justiça enfrentar a equação recomendando aos órgãos do Poder Judiciário prudência no deferimento das tutelas de urgência que tenham por objeto a desocupação coletiva

---

15 HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 24-5.

de imóveis urbanos e rurais, envolvendo pessoas em estado de vulnerabilidade socioeconômica.

O cerne da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 828 implicou na suspensão imediata de todos os processos, procedimentos ou qualquer outro meio que visasse a expedição de medidas judiciais, administrativas ou extrajudiciais de ordenação de remoções, desocupações forçadas, reintegrações de posse ou despejos enquanto perdurassem os efeitos sobre a população brasileira da crise sanitária da Covid-19. Posto na certeza da existência de áreas de risco e da inadiável intervenção do Poder Público, apontou-se aos ditames estritos da Lei 12.340/2010, adicionadas as diretrizes sanitárias como garantia do direito à saúde e as medidas alternativas de habitação, como garantia do direito à moradia.

Alicerçando matéria de direito aposta em prefacial, o direcionamento do Ministério Público de São Paulo, consignado no Ofício PJHURB n.º 6º PJ, no Inquérito Civil n.º 14.0279.000293/2015, corroborou com a tese de sustentação da necessidade de defesa estatal do direito à moradia em situação pandêmica, apresentando recomendação para que fossem suspensas quaisquer iniciativas do Município de São Paulo, maior cidade do continente americano, que visassem a remoção administrativa e judicial de pessoas vulneráveis, ocupantes de imóveis públicos para fins de moradia, exceto se houvesse comprovação técnica da existência de grave risco, enquanto perdurarem as regras de isolamento social determinadas pelos órgãos públicos de saúde para todo o Estado de São Paulo.

A Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, traçou caminho seguro à controvérsia em visão de tutela coletiva, por meio do Aviso n.º 168/2020, sugerindo, respeitada a independência funcional, dedicada avaliação da possibilidade de pedido de suspensão das ordens de reintegração de posse, nas ações judiciais específicas, enquanto perdurassem as medidas de restrição pandêmicas.

O debate, em controle difuso, avançou silabando continência dos governos Federal, Estaduais e Municipais, de todo e qualquer ato que pudesse violar a saúde pública, o direito à moradia, o direito à educação, os direitos da infância e da adolescência, bem como o direito à cidade. Os atos de violação, em todo território do nacional, deveriam ser interrompidos a fim de resguardar a saúde e a moradia das famílias.

Em reconhecimento à universalidade e à autogeneratividade dos direitos fundamentais em proteção, se impôs a necessidade do levantamento do número e situação das famílias em ocupações e em situação de remoção, a fim de garantir-lhes moradia digna. Como função prestacional e preventiva foi avultada, com ampla participação popular, a criação, mesmo que provisória, de Planos Emer-

genciais de Moradias Populares, com estruturas sanitárias e de Políticas Públicas de moradias populares, estas em caráter permanente.

O Ministro Relator Luiz Roberto Barroso determinou que fossem prestadas informações pelos estados membros da federação, e concedeu vista ao Advogado Geral da União e ao Procurador Geral da República.

A Advocacia-Geral da União se manifestou pelo não conhecimento do mérito e pelo indeferimento dos pedidos cautelares. Sustentou que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não poderia ser utilizada para a coordenação, supervisão e monitoramento de políticas públicas. Ressaltou a possibilidade de perda de deferência institucional a se confirmar demandas fundadas no controle do estado de coisas inconstitucional, a não excepcionalidade da situação do problema habitacional brasileiro, parte do mérito diz respeito à formulação de políticas públicas perenes e não relacionadas à situação emergencial relativa à pandemia da COVID-19 e que a União não detém competência para a elaboração minuciosa de políticas públicas de interesse local.

Em matéria de exceção afirmou a Advocacia-Geral de União o sopesamento os direitos fundamentais potencialmente violados e lembrou ainda que além da Resolução nº 90/2021, o Regime Jurídico Emergencial e Transitório trazido Lei nº 14.010/2020, suspendeu em caráter temporário, até 20 de outubro de 2020, a concessão de liminares para a desocupação de imóveis urbanos nas ações de despejo a que se referia o art. 59, §1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245/1991.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação, sob os argumentos de não estar presente o requisito da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental e de inexistência de ato do Poder Público sindicável pela álea eleita. Argumentou que o meio processual adequado seria a via ordinária, individual ou coletiva, pois a inadequação posta pretendia a obtenção de determinação judicial ampla, em papel substitutivo de legislador e do administrador público, que desconsidera as peculiaridades de cada caso, bem como a suspensão generalizada de todas as medidas de remoção e/ou desocupação, reintegrações de posse ou despejos em todo o território nacional. Apontou pela competência de cada ente da federação na adoção de medidas materiais e administrativas próprias a impedir os desalojamentos.

Os Estados da federação no mérito, consideraram a incompatibilidade dos pedidos formulados com o princípio da separação de poderes, na medida em que limitam o exercício do poder de polícia administrativa e que as políticas públicas de habitação devem ser elaboradas pelo Poder Legislativo. Argumentaram que cabe ao Poder Judiciário apenas o controle pontual de eventuais desvios, e não a atuação na qualidade de legislador positivo. Alertaram para possíveis efeitos

sistêmicos do deferimento da medida cautelar, que geraria um estímulo para a ocupação desordenada de novas áreas, com incremento do risco sanitário de toda a comunidade. Ressaltaram que impedir que o Poder Público, em todo e qualquer caso, realizasse atos de remoção, ensejaria a instalação de um quadro de instabilidade social, caracterizado pelo incentivo das ocupações irregulares, com grave risco de comprometimento de estruturas públicas essenciais à manutenção dos serviços públicos.

Além disso, alegaram que as questões possessórias e fundiárias envolvem a colisão de direitos fundamentais, que devem ser sopesados à luz dos casos concretos e peculiaridades locais, sendo descabida uma solução apriorística e uniforme para todo o território nacional. Sustentaram, nessa linha, a inadequação da utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para a tutela de direito que já tenha sido objeto de consideração por órgão jurisdicional competente. Afirmaram, ainda, que o pedido formulado, na realidade, se traduz em estruturação de política pública por meio de ação judicial, exigindo a criação de despesas sem a devida previsão orçamentária, em confronto à reserva do possível.

A cautelar foi decidida pelo relator em 03 de Junho de 2021, e a decisão final prolatada em 06 de Dezembro de 2021, ambas sedimentadas na ideia de que a situação excepcional causada pelo COVID-19 impõe que os direitos de propriedade, possessórios e fundiários sejam ponderados com a proteção da vida e da saúde das populações vulneráveis, dos agentes públicos envolvidos nas remoções e, também com os riscos de incremento da contaminação para a população em geral. A moradia se tornou a linha de frente da defesa contra o coronavírus. Se a recomendação principal para conter a pandemia da COVID-19 é que as pessoas fiquem em casa, é preciso realizar um esforço acentuado para evitar que aumente o número de desabrigados.

A questão central levantada na sede do Supremo Tribunal Federal é a que relaciona a vulnerabilidade como elemento de potencialização dos efeitos causados pela equação COVID-19 e direitos de propriedade e moradia. Pois é justamente o quadro de severas desigualdades sociais e de abismos estruturais de densificação social que impõe ao poder público determinações no sentido de proteção dos grupos potencialmente mais afetados por situações extremas e de exceção.

A vulnerabilidade passa a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como questão central, atrelada à compreensão da Constituição de 1988, como ordem objetiva de valores. Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg<sup>16</sup> chama-

---

16 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos sociais são direitos fundamentais*: simples assim. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 200 *et seq.*

-nos a atenção para a dimensão objetiva dos direitos sociais e sua aplicação nas relações entre particulares. De acordo com o jurista, os direitos fundamentais apresentam-se sob uma dimensão objetiva ou institucional. Essa construção é devedora do desenvolvimento jurisprudencial alemão. Seu postulado principal é o de que os direitos fundamentais transcendem o aspecto subjetivo, para que funcionem como princípios objetivos vinculantes do Poder Público, e também, os particulares, já que devem orientar a atuação de ambos.

Parte-se da premissa de que o direito à moradia insere-se o rol não taxativo dos Direitos Fundamentais, como direito social que é e deve ser com vistas a preservar a cláusula geral de tutela da dignidade humana – vetor axiológico da Constituição de 1988 – a dimensão objetiva dos direitos sociais confere-lhes autonomia, permitindo que a partir deles, possamos extrair alguma vinculação jurídica, isto é, alguma obrigatoriedade, mesmo que não se lhe reconheça aplicabilidade imediata em razão de se condicionarem à necessária e mediata atuação do legislador<sup>17</sup>.

Assim sendo, os legisladores são chamados a atuar no desenvolvimento dos comandos constitucionais, que, uma vez conformados, impedem ou dificultam a diminuição do estágio de desenvolvimento já alcançado, em razão da vedação do retrocesso. Os Direitos Sociais, dentre eles, o direito à moradia contextualizado no âmbito da crise sanitária provocada pelo COVID 19, devem ser observados pela Administração Pública executora das respectivas políticas, ainda que se compreenda que referidos comandos constitucionais veiculadores de Direitos Fundamentais Sociais não confirmam de modo imediato direitos subjetivos. Sob tal perspectiva, os direitos sociais sobressaem-se sob sua perspectiva objetiva em detrimento da perspectiva subjetiva.

Como os Direitos Sociais, dentre eles, o direito à moradia digna, deve ser assegurado a fim de que não frustre as expectativas dos seus destinatários, os direitos sociais oferecem um contributo jurídico para uma mais adequada distribuição de bens em sociedade. Está-se a falar, portanto, da função alocativa ou distributiva dos Direitos Sociais.

Essa importante função distributiva de bens jurídicos conecta-se com a perspectiva que milita em prol das pessoas e grupos mais vulneráveis, mas que é comum aos Direitos Fundamentais. Afinal, a propriedade, assim como as liberdades fundamentais, ou liberdades em geral, devem orientar-se para uma distribuição equitativa, com vista ao atendimento dos objetivos fundamentais da República. Nesse sentido, a função social da propriedade explicita o caráter distributivo dos Direitos Fundamentais em geral.

---

17

A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais reclama a vinculação dos particulares, pois referidos direitos constituem-se como a principal pauta normativa que entrecorta as relações jurídicas em geral. Por conseguinte, os Direitos Sociais, dentre eles o Direito à moradia, deve ser aplicado às relações entre particulares.

Respeitada, desde já, a premissa de que se pode postular a eficácia imediata dos Direitos Fundamentais no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 828, em razão de não se oporem as dimensões privada dos Direitos da Personalidade, e Pública, atinente aos Direitos Fundamentais, bem como a pretensa falta de precisão jurídica para a aplicação direta dos Direitos Fundamentais às relações entabuladas entre particulares, em comparação com a aplicação mediata por normas mais específicas do Direito Privado, tal distinção não mais se sustenta em razão da centralidade e da irradiação dos Direitos Fundamentais para o Direito Privado.

A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares vem sendo, cada vez mais, admitida pela doutrina brasileira. Essa tese é referendada pelo texto constitucional que menciona, expressamente, como devedores de Direitos Fundamentais, isto é, como corresponsável, ao lado do Estado, a sociedade. Esse postulado rompe, portanto, a clivagem que havia entre Direito Público e Direito Privado,<sup>18</sup> além de explicitar o elemento comunitário que se insere na compreensão contextualizada da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 828, o que é a vida digna, pois a dignidade, ali, de se apresentar como atributo inato do ser humano e veiculador da autonomia individual nas relações verticais para com o Estado ou horizontais para com os demais cidadãos livres e iguais, deve orientar-se pelo respeito à igualdade material, que confere tratamento diferenciado aos grupos vulneráveis em razão de suas particularidades, notadamente, acentuadas em razão da crise sanitária deflagrada com o Covid 19. É, portanto, neste aspecto que podemos verificar a concretização do terceiro ideal iluminista que permeia a compreensão da cláusula da dignidade humana, a saber, a solidariedade.

Ao se sustentar o modelo de eficácia imediata dos Direitos Fundamentais, dentre eles, o direito à moradia, deve-se levar em conta a sua aplicação, e não a área em que se lhe aplica. Isso é o que permite compreender o direito à moradia no plano dos Direitos Fundamentais de matriz Constitucional, e, simultaneamente, no plano do Direito Internacional, notadamente, os Direitos Humanos<sup>19</sup>.

---

18 ROTHENBURG. *Direitos...*, cit., p. 204-5.

19 ROTHENBURG. *Direitos...*, cit., p. 206.

Não é possível sustentar o argumento de que o Poder Judiciário estaria a agir como legislador no caso concreto veiculado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 828, pois não se trata de criação legislativa pelo Judiciário “ativista”, mas de interpretação do sistema de princípios e regras que o Direito é e deve ser, e que leva à necessidade de atribuir sentido ao vetor da dignidade humana em sua perspectiva axiológica e, também, jurídica, numa relação dialética e confluyente dos paradigmas de democracia liberal e social que permite a reconstrução dos Direitos Fundamentais nas relações entabuladas entre o Estado e o Indivíduo, e nas relações dos indivíduos entre si, em prol da consecução do bem-estar de todos os concidadãos livre e iguais na maior medida possível. Portanto, no caso concreto veiculado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 828, podemos sustentar em sua dimensão comunitária, isto é, pública, a força normativa da Constituição, sem comprometer o sentido privado da Constituição Normativa.

Registre-se, que o Supremo Tribunal Federal no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 828 e por decisão do relator o ministro Luís Roberto Barroso e depois apreciação do Tribunal Pleno, concedeu medida cautelar incidental para prorrogar o prazo de suspensão de despejos de imóveis urbanos e rurais e as desocupações coletivas em decorrência da pandemia *primus* até 31 de março de 2022 e *secundus* até 30 de junho de 2022. Ainda que, a primeira decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 828 tenha sobrevivido a Lei 14.216/21, que havia determinado a suspensão de ordens de remoção e despejo até 31/12/2021, esta normativa não suspendeu as desocupações coletivas em áreas rurais. Por esta razão o relator e o Tribunal Pleno, entenderam pela extensão dos efeitos da lei aos imóveis localizados em áreas rurais, uma vez que “ao suspender desocupações e despejos em imóvel “exclusivamente urbano, a lei realizou uma distinção irrazoável entre as populações vulneráveis situadas na cidade e no campo”<sup>20</sup>.

O Ministro Relator Luiz Roberto Barroso ressaltou:

“Sob o ponto de vista sanitário, observa-se uma melhora no cenário, mas a pandemia ainda não acabou e o momento é cercado de incertezas. Atualmente, 61,72% da população brasileira se encontra com a cobertura vacinal completa. Na última semana, o país apresentou média móvel de 195 mortes registradas e 8.330 novos casos. A tendência é de queda, mas ainda há um número considerável de mortos e novos contaminados todos os dias”<sup>21</sup>.

Por fim, o ministro fez um “apelo ao legislador” no que se refere ao prazo final estabelecido pela Lei 14.216/21, uma vez que não responde às questões

---

20 ADFP 828, disponível em <http://www.stf.jus.br/>.> Acesso em 08 de abril de 2022.

21 ADFP 828, disponível em <http://www.stf.jus.br/>.> Acesso em 08 de abril de 2022

decorrentes da pandemia, que apesar de aparentemente controlada, ainda produz consequências em todas as ordens, sejam elas sociais e econômicas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações sociais são determinadas pelas normas jurídicas, e possuem função dúplex de alimentar e ser alimentadas pelo sistema. Neste sentido a Constituição serve como parâmetro maior e diretriz dos comportamentos presentes e futuros do legislador. Os compromissos normativos assumidos por uma Constituição dirigente são responsabilidade de todos os exercentes do poder político, que devem ser fiscalizados e cobrados no caso de desvio ou descumprimento. Da mesma forma, a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais também tem esta dupla fundamentalidade, buscando sempre o reconhecimento e aquisição de novos direitos amparados pelo texto de 1988. Por esta razão é preciso reconhecer que o direito à moradia está em permanente evolução, e, sendo reconhecido como elemento essencial para a existência de uma vida digna, merece tratamento especial do Estado. A pandemia impactou profundamente as relações sociais, especialmente nos direitos dos mais vulneráveis. A proteção estabelecida pela moradia implica na preservação dos valores mínimos atrelados à vida, liberdade, igualdade, segurança e liberdade, é preciso que o Estado enquanto administrador, legislador e julgador discipline as situações extraordinárias de forma a minimizar o impacto nos que mais precisam dos valores mínimos;

Sobre a questão foi proposta uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra atos do Poder Público relativos a desocupações, despejos e reintegrações de posse, a fim de evitar e reparar lesão a preceitos fundamentais. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 828 ficou decidido que a situação excepcional causada pelo COVID-19 impõe que os direitos de propriedade, possessórios e fundiários sejam ponderados com a proteção da vida e da saúde das populações vulneráveis, dos agentes públicos envolvidos nas remoções e também, com os riscos de incremento da contaminação para a população em geral. O reconhecimento desta excepcionalidade e das necessárias proteções que dela imanam deixam evidente que ainda que haja alguma ineficiência na normatização dos direitos da Constituição dirigente, ela própria tratou de trazer mecanismos de reparação dessas deficiências, o que em última análise evidencia o compromisso constitucional com o prestígio dos valores inerentes à vida digna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei 9882 de 03 de dezembro de 1.999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de Março de 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 828*. Relator. Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jurisprudencia.stf>

.jus.br/.) Acesso em 15 de março de 2022.

CANADÁ. *Conferência habitat I*. Dispõe sobre assentamentos humanos. Disponível em: <HTTP://www.cronologiadourbanismo.ufba.br>. Acesso em 15 de março de 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA RICA. *Convenção americana de direitos humanos de 1969*. Disponível em:< HTTP://www.pge.sp.gov.br>. Acesso em 15 de Março de 2022.

ISTAMBUL. *Conferência habitat II de 1996*. Fornece diretrizes para a criação de assentamentos humanos sustentáveis durante o Século XXI, tendo em conta sua relação com o meio ambiente, direitos humanos, desenvolvimento social, direitos das mulheres, questões demográficas e outros apêndices. Disponível em: <HTTP://www.cronologiadourbanismo.ufba.br>. Acesso em 15 de março de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.unicef.org>. Acesso em 15 de Março de 2022.

\_\_\_\_\_. *Pacto internacional dos direitos econômicos sociais e culturais de 1966*. Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em 15 de Março de 2022.

HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Por to Alegre: Safe, 1991.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim*. Salvador: Juspodivm, 2021.

SANTOS, Boaventura de S. Introdução: las epistemologías del Sur. Formas-Otras: Saber, nombrar, narrar, hacer, p. 9-22, 2011. Disponível em: <https://goo.gl/xSxumq>. Acesso em: 15 de Março de 2021. » https://goo.gl/xSxumq

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

# O DIREITO DAS PARTURIENTES FACE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA PANDEMIA DE COVID-19

Eloisa Pickler<sup>1</sup>  
Karine Cordazzo<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Não obstante pouco discutida nos dias atuais, a Violência Obstétrica é considerada como uma forma de violência institucionalizada, ocorre de forma intensa no cotidiano das maternidades do Brasil e pode se caracterizar desde uma agressão verbal à até mesmo procedimentos médicos indevidos ou não consentidos.

Como principal causa desse fenômeno, verifica-se que as gestantes são pouco informadas acerca de seus direitos no momento do pré-natal, parto e pós-parto. A garantia a um parto humanizado seja ele cesáreo ou vaginal, a concessão de um acompanhante à parturiente, o contato entre mãe e nascituro logo após o parto e o tratamento digno e respeitoso muitas vezes não ocorrem.

Recentemente, em razão da disseminação do vírus Sars-CoV-2, a violência obstétrica se alastrou ainda mais em meio às maternidades do país, haja vista que em nome das medidas de contenção ao vírus, muitos direitos das mulheres têm sido mitigados, notadamente o direito à presença de um acompanhante à sua escolha.

Em razão disso, o presente trabalho se utilizou de revisão bibliográfica, da análise de dados e de julgados para dispor sobre o tema Violência Obstétrica, destacando as condutas que geram o cometimento desta violência, a análise comparativa com o direito internacional e o tratamento jurídico vigente, com especial enfoque para as consequências às parturientes advindas de restrições em razão do Coronavírus.

## 2. ORIGEM DO TERMO E CONCEITO

De acordo com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também conhecida como Convenção de Belém

---

1 Discente no curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: eloisa.pickler@hotmail.com.

2 Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos (UFGD). Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). E-mail: karine.cordazzo@uems.br.

do Pará) pode-se compreender que a violência contra a mulher se fundamenta como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico a mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”<sup>3</sup>.

Nesse sentido, na visão da Organização Mundial de Saúde:

No mundo inteiro, muitas mulheres sofrem abusos, desrespeitos e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde. Tal tratamento não apenas viola os direitos das mulheres ao cuidado respeitoso, mas também ameaça o direito à vida, à saúde, à integridade física e à não discriminação<sup>4</sup>.

No entanto, apesar do decorrer do tempo e a consequente difusão do conhecimento acerca do tema violência obstétrica, ainda não se tem uma definição unânime em relação a esta.

De acordo com D’Oliveira, Diniz e Schraiber<sup>5</sup>, existem quatro tipos de violência: negligência; violência verbal (ameaças, gritos e humilhação intencional); violência física (negativa em fornecer alívio para dor) e violência sexual. Dentro desses quatro tipos se incluem tratamentos médicos inapropriados, como o uso de cesáreas para adequar aos horários de trabalho ou por benefícios financeiros; a realização de práticas prejudiciais quando não presente a real necessidade, como episiotomia de rotina, indução ao parto de rotina, não permitir acompanhante, entre outros.

Já de acordo com Bowser e Hill<sup>6</sup>, existem mais formas de violências perpetradas em maternidades, quais sejam: abusos físicos, cuidados não consentidos (falta de informações à paciente), cuidados não confidenciais (ausência de privacidade e exposição da mulher), cuidados sem dignidade (humilhações, gritos, tratamento hostil), discriminação baseada em certos atributos (idade, raça, crenças, status econômico e educacional, ser portadora de HIV), abandono de cuidados (mulheres deixadas à mercê sem assistência médica-hospitalar), e proibição de deixar os hospitais/clínicas antes de pagar pelos procedimentos.

Portanto, apesar das inúmeras definições existentes, vê-se que aquela fornecida por Tesser *et al*, é a que melhor resume o tema:

---

3 BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2021.

4 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Genebra: OMS, 2014, p. 1. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO\\_RHR\\_14\\_23\\_por.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14_23_por.pdf?ua=1)>. Acesso em: 12 ago. 2021.

5 D’OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Carmen Simone Grilo; SCHRAIBER, Lília Blima. Violence against women in health care institutions: an emerging problem. *Lancet*, 359 (11), 1681-1685. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(02\)08592-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(02)08592-6/fulltext)>. Acesso em: 10 ago. 2021.

6 BOWSER, Diana; HILL, Kathleen. Exploring Evidence for disrespect and abuse in facility-based childbirth: Report of a landscape analysis. Bethesda, MD: USAID-TRAction Project, University Research Corporation, LLC, and Harvard School of Public Health, 2010, pp. 9-15. Disponível em: <[https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/32/2014/05/Exploring-Evidence-RMC\\_Bowser\\_rep\\_2010.pdf](https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/32/2014/05/Exploring-Evidence-RMC_Bowser_rep_2010.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

A expressão “violência obstétrica” (VO) é utilizada para descrever e agrupar diversas formas de violência (e danos) durante o cuidado obstétrico profissional. Inclui maus tratos físicos, psicológicos, e verbais, assim como procedimentos desnecessários e danosos – episiotomias, restrição ao leito no pré-parto, clister, tricotomia e ocitocina (quase) de rotina, ausência de acompanhante – dentre os quais destaca-se o excesso de cesarianas, crescente no Brasil há décadas [...]”.

No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, a definição aplicável é aquela prevista na Lei Estadual nº 5.217, de 26 de junho de 2018, segundo a qual:

Art. 2º Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério.<sup>8</sup>

Quanto à origem do termo “Violência Obstétrica”, apesar de este ser considerado como recente no Brasil, sua origem foi difundida há algumas décadas ao redor do mundo. A violência sofrida pelas gestantes e parturientes já era, há muito, escandalizada pela falta de tratamento digno, ainda que não houvesse na época o exato termo hoje conhecido.

Um dos principais marcos da violência obstétrica se deu no ano de 1950, nos Estados Unidos da América, quando por meio do artigo “*Cruelty in Maternity Wards*”, traduzido como Crueldade nas Maternidades, publicado pela revista “*Ladies Home Journal*”, cujo público-alvo eram as mulheres donas de casa, foi retratada a cruel realidade de gestantes em diversos hospitais do país. Dentre as condutas realizadas, relata-se que as mulheres possuíam as pernas amarradas por horas com o objetivo de atrasar o nascimento enquanto os médicos faziam suas refeições, recebiam ameaças quanto ao nascimento saudável dos bebês devido aos choros de dores das gestantes, bem como a realização de episiotomias sem qualquer anestesia, enquanto os choros de dores eram abafados com tecidos e/ou máscaras pelas enfermeiras<sup>9</sup>.

Outro exemplo da difusão do conhecimento acerca da violência obstétrica se deu em 1958, quando foi criada no Reino Unido a Sociedade para Prevenção da Crueldade Contra as Grávidas, chamada de “*Association for Improvements in the Maternity Services*”<sup>10</sup>, existente até os dias atuais.

---

7 TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. *Rev Bras Med Fam Comunidade*. 2015;10(35):1-12; p. 2. Disponível em: <<https://rbmfcc.org.br/rbmfcc/article/view/1013/716>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

8 MATO GROSSO DO SUL. Lei nº 5.217, de 26 de junho de 2018. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e de proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=361631>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

9 GOER, Henci. Cruelty in maternity wards: fifty years later. *Perinat Educ*. 2010; 19(3):33-42. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2920649/>>. Acesso em: 16 fev. 2021

10 REINO UNIDO. *Association for Improvements in the Maternity Services*. Disponível em: <<https://www.aims.org.uk/>>. Acesso em: 20 out. 2021.

No Brasil, o termo Violência Obstétrica ganhou amplo conhecimento com alguns trabalhos feministas, em especial o Espelho de Vênus<sup>11</sup>, realizado pelo Grupo Ceres, em 1981. Este realizou uma busca pela identidade social e sexual da mulher, agrupando depoimentos de cerca de cinquenta e três mulheres de diferentes classes sociais, idades e culturas, relatando suas experiências envolvendo sexualidade, parto e aborto.

### 3. DIREITO COMPARADO

Apesar do Brasil não possuir até o presente momento uma lei federal que defina e regulamente acerca da Violência Obstétrica, o país apresentou certa importância perante o cenário internacional. Foi um dos primeiros países a tratar do tema como uma violência contra a mulher, quando da criação da Rede pela Humanização do Parto e Nascimento (ReHuNa), 1993. O objetivo dessa rede é “a divulgação de assistência e cuidados perinatais com base em evidências científicas”<sup>12</sup>, a qual na época de sua criação teve sua relevância no reconhecimento das violências que ocorrem às mulheres no processo do parto e nascimento de seus filhos.

Ademais, também no Brasil, nos anos 2000, ocorreu a primeira Conferência Internacional para a Humanização do Parto, na qual foi fundada a Rede Latino Americana e do Caribe para a Humanização do Parto e Nascimento, a qual propaga o direito das mulheres a terem partos dignos.

A primeira lei na seara internacional a tratar sobre violência obstétrica foi a Lei nº 25.929/2004<sup>13</sup>, também conhecida como Lei do Parto Humanizado, na Argentina, a qual apesar de não citar o termo, listou uma série de direitos das grávidas, das que estiverem em trabalho de parto e também no período do pós-parto, tais como: ser informada das intervenções médicas a serem realizadas, podendo optar quando houver mais de uma alternativa; ser tratada com respeito, tendo sua intimidade garantida e sua cultura respeitada; ser considerada durante o processo de parto como uma pessoa sã, facilitando sua participação como protagonista do parto; direito ao parto natural, respeitoso dos tempos biológico e psicológico, evitando práticas invasivas e o uso de medicamentos que não são necessários de acordo com o estado da parturiente; ser informada acerca da evolução do parto e do estado do bebê que está para nascer; estar acompanhada por

---

11 GRUPO CERES. Espelho de Vênus: identidade social e sexual da mulher. Rio de Janeiro: Brasiliense; 1981.

12 REDE PELA HUMANIZAÇÃO DO PARTO E DO NASCIMENTO (REHUNA). Disponível em: <<https://rehuna.org.br/nossa-historia/>>. Acesso em: 20 out. 2021.

13 ARGENTINA. Ley 25.929, de 17 de septiembre de 2004 – parto humanizado. 1ª Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de La Nación. Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural. Disponível em: <[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley\\_25929\\_parto\\_humanizado\\_decreto\\_web\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_25929_parto_humanizado_decreto_web_0.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2021.

uma pessoa de sua escolha e confiança durante o trabalho de parto e pós-parto; ser informada dos benefícios da amamentação materna e receber apoio para tanto, entre outras condutas.

Deve-se ressaltar, ainda, que o artigo 1º da referida lei prevê que as disposições ali presentes serão aplicadas tanto em âmbito público quanto privado, em todo o território nacional argentino. Já o artigo 6º dispõe que o descumprimento das previsões na lei contidas será considerado falta grave aos fins sancionatórios, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal cabíveis.

No entanto, uma definição precisa acerca do termo Violência Obstétrica surgiu somente em 2007, quando a Venezuela promulgou a Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência<sup>14</sup>. De acordo com a referida lei, em seu artigo 15, item 13, entende-se por Violência Obstétrica:

Apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres por profissionais da saúde, que se expressa por um tratamento desumanizado, com abuso de medicalização e patologização dos processos naturais, trazendo consigo perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e suas sexualidades, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. [tradução livre].<sup>15</sup>

Não somente, o artigo 51 da retrocitada lei ainda pontua algumas condutas que se caracterizam como Violência Obstétrica, quais sejam: não atender a tempo e eficazmente as emergências obstétricas; obrigar a mulher a parir deitada em posição ginecológica quando houver a possibilidade de se realizar o parto vertical; impedir o contato entre mãe e filho sem justificativa plausível, negando a possibilidade de segurar e amamentar a criança imediatamente ao nascer; alterar o processo natural do parto de baixo risco, usando de técnicas de aceleração de parto sem o consentimento voluntário e expresso da mulher; realizar o parto mediante cesárea quando houver condições para o parto natural, quando não houver o consentimento voluntário e expresso da mulher para tanto.

Ademais, o artigo 61 desta lei dispõe que todas as formas de violência cometidas deverão ser indenizadas pelo agressor em dinheiro, fixado pelo órgão jurisdicional, às mulheres que sofreram a violência ou a seus herdeiros (caso a mulher tenha falecido em decorrência da violência), sem prejuízo do agressor ter de arcar com o tratamento médico ou psicológico da vítima havendo a necessidade.

O artigo 66, item 5 ainda prevê a possibilidade de, ao ser aplicada a pena prevista, definir uma pena acessória, suspendendo o agressor do exercício de sua

---

14 VENEZUELA. Ley organica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, Asamblea Nacional de La República Bolivariana de Venezuela. Publicada em Faceta Oficial nº 38668, de 23 de abril de 2007. Disponível em: <<https://sitalc.iiiep.unesco.org/pt/node/1121>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

15 “Violencia obstétrica: Se entiende por violencia obstétrica la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres”.

profissão quando a violência se deu em razão de sua função profissional ou por ocasião dessa. A supracitada lei também dispõe que aquele que for considerado culpado pela prática da violência deverá participar de forma obrigatória, depois de fixado em sentença, de programas de orientação, atenção e prevenção, a fim de modificar as condutas violentas e evitar a reincidência.

Posteriormente à publicação desta lei, a Argentina promulgou a Lei nº 26.485/2009<sup>16</sup>, trazendo em seu artigo 6º, alínea “e”, a definição de violência obstétrica, reproduzindo quase em sua íntegra o texto de definição do termo da lei venezuelana.

Por fim, faz-se importante ressaltar que, de acordo com Michelle Sadler *et al*, desde o ano de 2014 foram fundados cinco observatórios sobre Violência Obstétrica, situados no Chile, Espanha, Argentina, Colômbia e França, os quais declararam, de forma conjunta, que a violência obstétrica tem sido uma das formas mais invisíveis e naturalizadas de violência contra a mulher, o que representa uma grave violação dos direitos humanos<sup>17</sup>.

#### 4. FACETAS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Segundo a pesquisa “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços públicos e privados<sup>18</sup>” realizada pela Fundação Perseu Abramo, no ano de 2010, em parceria com o SESC, 25% (vinte e cinco por cento) das mulheres entrevistadas afirmaram ter sofrido alguma forma de agressão durante a gestação, no acompanhamento do pré-natal e até mesmo no parto. Conforme relatado na pesquisa, as agressões mais comuns foram: exame de toque de forma dolorosa; não receber qualquer tipo de alívio para dor; gritos; ausência de informações prévias quanto ao procedimento que estava sendo realizado; negativa de atendimento e xingamentos/humilhações.

Conforme mencionado alhures, não há uma definição unânime quanto à violência obstétrica. Contudo, quando da análise da revisão literária, constatou-se a existência de um consenso sobre a prática da violência na realização de determinadas condutas, as quais seguem especificadas abaixo.

---

16 ARGENTINA. Ley 26.485, de 01 de abril de 2009 – Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar La violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de La Nación. Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural. Disponível em: <[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley\\_26485\\_violencia\\_familiar.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_26485_violencia_familiar.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2021.

17 SADLER, Michelle *et al*. Moving beyond disrespect and abuse: addressing the structural dimensions of obstetric violence. *Reprod Health Matters*. 2016 May;24(47):47-55. doi: 10.1016/j.rhm.2016.04.002. Epub 2016 Jun 4. PMID: 27578338. p. 50. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.rhm.2016.04.002?needAccess=true>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

18 FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Mulheres brasileiras e gênero nos espaços públicos e privados. 2010. Disponível em: <[https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa\\_.org\\_.br\\_sites\\_default\\_files\\_pesquisaintegra.pdf](https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2021.

## 4.1. MANOBRA DE KRISTELLER

Dentre tais condutas tem-se a Manobra de Kristeller, a qual, segundo Laetitia Cristina Varejão Carvalho, caracteriza-se pela “aplicação de uma pressão no fundo uterino durante o período expulsivo com objetivo de o encurtar, todavia existe a possibilidade de danos maternos e fetais, bem como lesões ao nível do útero e períneo<sup>19</sup>”. A mesma autora ainda ressalta que a Manobra de Kristeller:

Não encurta o segundo período de trabalho de parto. Não se verifica qualquer benefício materno ou fetal. Quanto aos riscos maternos associados, julga-se que a técnica conduz à aplicação de um maior número de partos distócicos por ventosas o que potência o aumento das taxas de episiotomia e lacerações perineais severas, quanto aos riscos para o feto, destacamos, lacerações, cefalohematomas e fraturas da clavícula e crânio<sup>20</sup>.

Diante disso, apesar de ainda existir parturientes submetidas a tal manobra, esta técnica já é considerada prosrita pelo Ministério da Saúde, conforme se denota das Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto, aprovada através da Resolução nº 353, de 14 de fevereiro de 2017:

6.5 Assistência no segundo período do parto

Puxos e Manobra de Kristeller

118. A Manobra de Kristeller não deve ser realizada no segundo período do trabalho de parto<sup>21</sup>.

Portanto, resta demonstrado que não há qualquer circunstância hábil a justificar o uso da Manobra de Kristeller, que se encontra há muito tempo defasada, em razão da existência de estudos que comprovam que esta é prejudicial para a saúde da mulher e do bebê.

## 4.2. EPISIOTOMIA

Outra técnica amplamente utilizada é a episiotomia, definida como “incisão cirúrgica realizada na região do períneo com o intuito de aumentar o lúmen do introito vaginal já na fase expulsiva do parto<sup>22</sup>”, ou seja, trata-se de um corte

---

19 CARVALHO, Laetitia Cristina. Os efeitos da manobra de kristeller no segundo período de trabalho de parto. 2014. Tese de Mestrado em Enfermagem de Saúde Materna e Obstetrícia, apresentado à Escola Superior de Enfermagem do Porto, Pernambuco, 2014, p. 11. Disponível em: <<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/9509/1/Relat%20Est%20Final%20La%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

20 CARVALHO, Laetitia Cristina. Os efeitos da manobra de kristeller no segundo período de trabalho de parto. 2014. Tese de Mestrado em Enfermagem de Saúde Materna e Obstetrícia, apresentado à Escola Superior de Enfermagem do Porto, Pernambuco, 2014, p. 65. Disponível em: <<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/9509/1/Relat%20Est%20Final%20La%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

21 BRASIL. Ministério da Saúde. da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal: versão resumida [recurso eletrônico] / Brasília: Ministério da Saúde, 2017, P. 26. Disponível em: <[https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes\\_nacionais\\_assistencia\\_parto\\_normal.pdf](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_assistencia_parto_normal.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

22 CARNIEL, Franciele; VITAL, Durcelene da Silva; SOUZA, Tiago Del Piero de. Episiotomia de rotina: necessidade versus violência obstétrica. Journal of nursing and health, 2019;9(2):e199204. Faculdade de Enfermagem, Universidade Federal de Pelotas. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/enfermagem/article/view/14425/10091>>. Acesso em: 12 ago. 2021. 2019, p. 2.

realizado no perineo a fim de expandir o espaço para que o bebê nasça com mais facilidade.

Conforme dispõe as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal, elaborada pelo Ministério da Saúde, a episiotomia não pode ser um procedimento de rotina, possuindo regras na forma como será realizada quando o caso concreto demandar sua realização.

#### 6.5 Assistência no segundo período do parto

Cuidados com o perineo:

141. Não realizar episiotomia de rotina durante o parto vaginal espontâneo.

142. Se uma episiotomia for realizada, a sua indicação deve ser justificada, recomendando-se a médio-lateral originando na fúrcula vaginal e direcionada para o lado direito, com um ângulo do eixo vertical entre 45 e 60 graus.

143. Assegurar analgesia efetiva antes da realização de uma episiotomia.<sup>23</sup>

Nesse sentido, tem-se a disposição da Portaria nº 1.067/2005 do Ministério da Saúde, a qual encerrou quaisquer dúvidas quanto ao uso da episiotomia de rotina, haja vista a disposição “promover uso restrito de episiotomia (somente com indicação precisa)<sup>24</sup>”.

De acordo com recomendações publicadas no site da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), referentes a Cuidados Gerais na Assistência ao Parto, os casos com indicação precisa para uso de episiotomia são “partos com alto risco de laceração perineal grave, distocia significativa dos tecidos moles ou necessidade de encurtar o segundo período devido uma situação fetal não tranquilizadora”.<sup>25</sup>

Não somente a prática dessa técnica de maneira rotineira ser considerada violência obstétrica, esta também será configurada quando ocorrer o chamado “ponto do marido”, o qual “objetiva deixar a vagina mais apertada para preservar o prazer masculino, acarretando dor durante a relação sexual (para a mulher) e infecção, além de outras complicações”.<sup>26</sup>

---

23 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal: versão resumida [recurso eletrônico] / Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 28. Disponível em: <[https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes\\_nacionais\\_assistencia\\_parto\\_normal.pdf](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_assistencia_parto_normal.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

24 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1067, de 04 de julho de 2005. Institui a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/outras/031\\_portaria\\_1067\\_05.pdf](https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/outras/031_portaria_1067_05.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

25 FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA, 2018. Recomendações Febrasgo parte II – Cuidados Gerais na Assistência ao Parto (assistência ao nascimento baseado em evidências e no respeito). Disponível em: <<https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/717-recomendacoes-febrasgo-parte-ii-cuidados-gerais-na-assistencia-ao-parto-assistencia-ao-nascimento-baseado-em-evidencias-e-no-respeito>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

26 KONDER, Cristiane; WERNER, Lara. Violência obstétrica e sua configuração no Brasil. In: Direitos Humanos no Brasil. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. 2013, p. 139. Disponível em: <[http://www.social.org.br/relatorio\\_RH\\_2013.pdf](http://www.social.org.br/relatorio_RH_2013.pdf)>. Acesso em: 20 de agosto de 2021.

Diante disso, conforme recomendações publicadas no site da FEBRASGO, a episiotomia deve ser realizada de forma pontual quando estritamente necessária, de maneira que em tais casos deverá ser previamente esclarecido acerca da realização do procedimento com a parturiente, a fim de obter seu consentimento:

A episiotomia realizada de forma seletiva, bem justificada, com técnica correta, pode proteger contra lacerações perineais graves, mas esses efeitos são conflitantes. A realização de episiotomia, de forma rotineira e indiscriminada, em toda e qualquer parturiente não é benéfica. [...] Além disso, a episiotomia não deve ser realizada sem o consentimento da parturiente, após esclarecimento dos motivos que justificam sua realização. É necessário assegurar a compreensão da mulher sobre a necessidade do procedimento, solicitando o seu consentimento, antes da realização da episiotomia, fundamentalmente antes do início do período expulsivo<sup>27</sup>.

Não obstante a proibição de serem realizadas episiotomias de rotina, a realidade brasileira ainda não é a mais adequada. Segundo Maria do Carmo Leal *et al*, com base nos dados obtidos através da pesquisa Nascer no Brasil, realizada pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), “a episiotomia foi observada em mais de 50% das mulheres deste estudo e em quase 75% das primíparas”<sup>28</sup>.

Portanto, não obstante amplamente difundido na literatura acadêmica acerca dos prejuízos que a episiotomia de rotina causa para a saúde da parturiente, podendo gerar danos físicos e psicológicos, sejam referentes ao bem estar ou até mesmo quanto à vida sexual da mesma, ainda existem profissionais da saúde que realizam o procedimento de forma indiscriminada, sem sequer informar e buscar o consentimento da gestante antes de sua realização.

### 4.3. ABUSOS VERBAIS E FÍSICOS

Os abusos verbais e físicos são os mais facilmente reconhecidos pelas parturientes e seus acompanhantes como violência obstétrica. De acordo com Tesser *et al*, os abusos físicos são:

Procedimentos sem justificativa clínica e intervenções ‘didáticas’, como toques vaginais dolorosos e repetitivos, cesáreas e episiotomias desnecessárias. Imobilização física em posições dolorosas, prática da episiotomia e outras intervenções sem anestesia, sob a crença de que a paciente “já está sentindo dor mesmo”<sup>29</sup>.

No que tange aos abusos verbais estes são definidos, de acordo com o mesmo autor supracitado, como “formas de comunicação desrespeitosas com as mulheres, subestimando e ridicularizando sua dor, desmoralizando seus pedidos de

---

27 FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. Recomendações Febrasgo parte II – Episiotomia, 2018. Disponível em: <<https://www.febrasgo.org.br/pr/noticias/item/715-recomendacoes-febrasgo-parte-ii-episiotomia>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

28 LEAL, Maria do Carmo et al. Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual. Cadernos de Saúde Pública [online]. V. 30, n. Suppl 1, pp. S17-S32. 2014, p. 06. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00151513>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

29 TESSER, Charles Dalcanale et al. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. Rev. Bras. Med. Fam. Comunidade. 2015;10(35):1-12. Disponível em: <<https://rbmf.org.br/rbmf/article/view/1013/716>>, p. 3. Acesso em: 24 ago. 2021.

ajuda. Humilhações de caráter sexual, do tipo ‘quando você fez achou bom, agora está aí chorando’<sup>30</sup>.

Verifica-se, portanto, que não somente as agressões físicas, que permanecem visíveis por um longo tempo, são consideradas como violência obstétrica, mas também toda “prática de comentários constrangedores à mulher, a fim de ofender, humilhar ou xingar a mulher ou sua família”<sup>31</sup>.

Faz-se importante ressaltar ainda que, de acordo com Simone Grilo Diniz *et al*, “quanto maior a vulnerabilidade da mulher, mais rude e humilhante tende a ser o tratamento oferecido a ela<sup>32</sup>”. Portanto, segundo expõem os autores, possuindo a mulher certas características, tais como ser pobre, ter pele negra, ser adolescente, não possuir pré-natal ou acompanhante, ser prostituta, usuárias de drogas, encarceradas ou moradoras de rua, há a tendência de que o atendimento médico-hospitalar seja pior do que se comparado a mulheres que não possuam alguma destas características, aumentando-se, portanto, os abusos físicos e verbais.

#### 4.4. CESÁREAS SEM INDICAÇÃO NECESSÁRIA

O Brasil é um dos países com maior índice de realização de cesáreas no mundo. De acordo com o documento Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana, disponibilizada no site do Ministério da Saúde, “nas últimas décadas, o Brasil vivenciou uma mudança no padrão de nascimento, as operações cesarianas tornaram-se o modo de nascimento mais comum, chegando a 56,7% de todos os nascimentos ocorridos no país (85% nos serviços privados, 40% nos serviços públicos)”<sup>33</sup>. Em detrimento de outros locais desenvolvidos, como a Europa que apresenta uma taxa de 20 a 22% e os Estados Unidos cuja taxa é de 32,8%, bem como de locais subdesenvolvidos, como o Irã com a taxa de 47% e a Colômbia com 42%<sup>34</sup>, o Brasil se encontra muito acima da média recomendada.

---

30 TESSER, Charles Dalcanele et al. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. Rev. Bras. Med. Fam. Comunidade. 2015;10(35):1-12. Disponível em: <<https://rbmf.org.br/rbmf/article/view/1013/716>>, p. 3. Acesso em: 24 ago. 2021.

31 PALMA, Carolina Coelho; DONELLI, Tagma Marina Scheiner. Violência obstétrica em mulheres brasileiras. Revista Psico, v. 48, n. 3, 2017, p. 217. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/revistapsico/article/view/25161/pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

32 DINIZ, Simone Grilo *et.al*. Violência Obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna e propostas para sua prevenção. Journal of Human Growth and Development. 2015; pp. 3-4. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt\\_19.pdf](http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf)>. Acesso em: 24 maio. 2021.

33 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal: versão resumida [recurso eletrônico]. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <[https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes\\_nacionais\\_assistencia\\_parto\\_normal.pdf](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_assistencia_parto_normal.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

34 Ministério da Saúde. Universidade Aberta do SUS (UNASUS). Declaração da OMS sobre taxa de cesáreas. 2015. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/declaracao-da-oms-sobre-taxas-de-cesareas>>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

Tal índice se mostra alarmante, tendo em vista que vai de encontro com as recomendações da Organização Mundial de Saúde, que apontam que a taxa de cesáreas de um país deve estar entre 10 a 15%<sup>35</sup>. Isso, pois os estudos sobre o tema apontam que não há qualquer relação entre taxa de cesáreas acima de 10% e a diminuição de mortalidade materna e/ou neonatal, o que faz com que não exista um motivo plausível para a existência de taxas acima do limite de 15% de cesáreas no país.

Faz-se importante ressaltar que o uso das cesáreas se mostra importantíssimo para casos em que haja real risco para a saúde da parturiente ou do nascituro, não devendo o parto por esta via ser generalizado como um malefício. O que se apresenta como violência obstétrica são os partos via cesárea indicados sem uma real necessidade, quer sejam pelos obstetras apresentarem dados superestimados de risco fetal ou pela conveniência para agendamento de horários fixos para a realização da cesárea.

Assim, a violência obstétrica nesse caso se caracteriza pela indicação de cesáreas quando estas são, em verdade, desnecessárias e desprovidas de circunstâncias que coloquem em risco a saúde da gestante ou do bebê.

Conforme preconiza o Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê, a cesariana deve ser recomendada quando: houver risco de vida para a mãe e/ou o bebê; a mãe possuir hipertensão grave; gestante ser soropositiva para o vírus da AIDS; se a mãe não dilatar o suficiente e a cabeça do bebê for desproporcional; se o cordão umbilical sair antes do bebê; se a placenta descolar antes do nascimento e se o bebê estiver sentado/atravesado<sup>36</sup>.

Portanto, vê-se que “na maioria dos casos, o parto normal é a maneira mais segura e saudável de ter filhos e, por isso, deve ser estimulado por meio de uma assistência humanizada (parto natural) segura e de qualidade”<sup>37</sup>. Ademais, o mesmo guia ainda afirma que se a situação da gestante e do feto estiver boa, não há necessidade de prescrever um parto cirúrgico nem mesmo se tratar de parto de gêmeos (se ambos estiverem de cabeça para baixo), prematuros, gestantes adolescentes ou até mesmo de mulheres com hipertensão moderada.

---

35 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas. Genebra: OMS, 2014. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO\\_RHR\\_15\\_02\\_por.pdf;jsessionid=83114718CD C155 F606B C7140 3EB5 1D8D?sequence=3](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15_02_por.pdf;jsessionid=83114718CD C155 F606B C7140 3EB5 1D8D?sequence=3)>.

36 BRASIL. Ministério da Saúde. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê. Editora Globo. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/relatorios/guia-dos-direitos-da-gestante-e-do-bebe>>, p. 52. Acesso em: 20 ago. 2021.

37 BRASIL. Ministério da Saúde. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê. Editora Globo. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/relatorios/guia-dos-direitos-da-gestante-e-do-bebe>>. P. 43. Acesso em: 20 ago. 2021.

## 4.5. PROIBIÇÃO DE ACOMPANHANTE NO PRÉ-PARTO, PARTO E/OU PÓS-PARTO

A presença de um acompanhante durante o período de pré-parto, parto e pós-parto é assegurada pela Lei nº 11.108/2005, conforme restará demonstrado mais adiante.

Contudo, apesar desse direito ser garantido legalmente desde o ano de 2005, a desinformação quanto a tal medida ainda permanece. Muitos estabelecimentos de saúde ainda propagam a falsa informação de que não se permite a presença de acompanhante, alegando diversos motivos para tanto, como por exemplo a falta de estrutura do hospital.

De acordo com informações disponíveis no site do Ministério da Saúde, são exemplos de violência obstétrica: impedir que a mulher tenha um acompanhante; exigir que este seja outra mulher; restringir os horários de acompanhamento; condicionar a presença do acompanhante à autorização do médico plantonista ou utilizar frases como “essa lei não existe aqui”<sup>38</sup>.

Conforme publicado no artigo “No parto vaginal e na cesariana acompanhante não entra: discursos de enfermeiras e diretores técnicos”, de autoria de Odaléa Maria Bruggemann *et al*, ao serem analisados os motivos pelos quais as instituições impedem a presença do acompanhante, constatou-se que as razões mais apresentadas foram: a sala cirúrgica não é lugar para o acompanhante; a instituição de saúde restringe a entrada do acompanhante na sala de parto vaginal; o acompanhante não possui preparo emocional e psicológico; o acompanhante não participou do pré-natal; o acompanhante não entra caso não faça expressamente essa exigência<sup>39</sup>.

Os benefícios da presença do acompanhante durante o período do parto são inúmeros, tais como já apresentados pela Organização Mundial de Saúde, como por exemplo: parto mais rápido, menor necessidade de medicação e analgesias, menor índice de cesarianas<sup>40</sup>.

Nesse sentido, já dispõe Carmen Simone Grilo Diniz *et al*:

O acompanhamento, por um membro da família ou por uma doula (pessoa treinada para este papel), pode incluir o apoio emocional (presença contínua, encorajamento), informações

---

38 BRASIL. Ministério da Saúde. Violência Obstétrica – gravidez. Disponível em: <<http://antigo.saude.gov.br/saude-de-a-z/gravidez>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

39 BRUGGEMANN, Odaléa Maria *et al*. No parto vaginal e na cesariana acompanhante não entra: discursos de enfermeiras e diretores técnicos. Rev. Gaúcha Enferm. 2015; 36(esp): pp. 154-156. . Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rgenf/a/RtKW7gBBKgCnNSrMGD7TfNP/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

40 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Care in normal birth: a practical guide. Geneva: World Health Organization; 1996, p.12. Disponível em: <[https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2413/2014/08/WHO\\_FRH\\_MSM\\_96\\_24.pdf](https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2413/2014/08/WHO_FRH_MSM_96_24.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2021.

sobre o progresso no trabalho e sobre técnicas para lidar com o momento, medidas de conforto (como toque, massagem, banho quente de aspersão ou imersão, ajuda para manter-se hidratada ou ir ao banheiro) e advocacy (ajudar a mulher e o(a) companheiro(a) a expressar seus desejos e necessidades para os demais).<sup>41</sup>

Ademais, referente à percepção de dor e sofrimento no parto, estas podem ser minimizadas com a presença de um acompanhante, da qual a gestante goste ou confie, conforme dispõe o Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê<sup>42</sup>.

Não somente, o direito ao acompanhante não se limita apenas ao direito da parturiente, mas também daqueles que participam do seio familiar, pois conforme previsto no Caderno Humaniza SUS, “assegurar o direito ao acompanhante significa, portanto, assegurar o direito à família e não apenas o direito à mulher. Significa lançar mão de um dispositivo da Política de Humanização para garantir a atenção integral que beneficie os familiares, incluindo o recém-nascido<sup>43</sup>”.

Assim, de acordo com Aurélia Cátia Wolff:

A equipe de saúde deve estar preparada para acolher e proporcionar ao casal um momento tranquilo, agradável, colaborando que esta vivência a ambos seja uma experiência positiva, que tanto um ou o outro podem vivenciar sentimentos múltiplos com a chegada do bebê a família.<sup>44</sup>

Verifica-se, portanto, que o direito da gestante de possuir um acompanhante, à sua escolha, durante o período de pré-parto, parto e pós-parto é inegociável, estando garantido pela Lei nº 11.108/2005 e sendo imprescindível ao bem estar da parturiente, ao bom andamento do parto e, caso o acompanhante seja o genitor, também há a garantia de sua participação no nascimento de seu filho (a), momento único e repleto de significados no âmbito da vida familiar.

## 5. TRATAMENTO JURÍDICO

Apesar da ausência de um diploma normativo federal que regule especificamente a violência obstétrica e suas implicações legais, existem atualmente no Brasil, regulamentações esparsas que visam assegurar o direito das mulheres gestantes/parturientes.

---

41 DINIZ, Carmen Simone Grilo *et al.* Implementação da presença de acompanhantes durante a internação para o parto: dados da pesquisa nacional Nascer no Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 30 Sup: pp. 141-142, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/ij/csp/a/YwCMB4CMGHxLr bMtz gnhJjx/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

42 BRASIL. Ministério da Saúde. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê. Editora Globo. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/relatorios/guia-dos-direitos-da-gestante-e-do-bebe>>. pp. 46-47. Acesso em: 20 ago. 2021.

43 BRASIL. Ministério da Saúde. Humanização do parto e do nascimento. Universidade Estadual do Ceará – Brasília: 2014. (Caderno HumanizaSUS; v. 4), p. 412. Disponível em: <<https://redehumanizasisus.net/acervo/cadernos-humanizasisus-volum-4-humanizacao-do-parto-e-nascimento/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

44 WOLFF, Aurélia Cátia. Participação do acompanhante no parto e no nascimento: percepção da equipe multiprofissional. [Monografia] Universidade de Santa Cruz do Sul, 2016, p. 29. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1187/1/Aur%20C%20a%20lia%20Wolff.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

A Lei nº 11.108, de 07 de abril de 2005, trouxe como garantia à mulher o direito a possuir um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, à sua escolha, no Sistema Único de Saúde.

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.<sup>45</sup>

Contudo, não obstante o direito concedido, a mesma lei se faz omissa ao não prever sanção para aquele que impedir o pleno exercício do direito. Diante disso, em face de casos concretos em que haja a negativa do direito ao acompanhante, cabe à gestante ingressar perante o Poder Judiciário, para garantir o efetivo cumprimento de seus direitos. Nesse sentido, veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PROIBIÇÃO DE ACOMPANHANTE DURANTE O PARTO. 1. Direito da parturiente de ter acompanhante durante o parto. Direito ao parto humanizado como direito fundamental. Consonância da RDC nº 36, de 03/06/2008, da ANVISA, e Resolução Normativa nº 428 da ANS, de 07/11/2017. Recomendação da Organização Mundial da Saúde. Ainda que se entendesse que o art. 19-J da Lei 8.080/1990, acrescido pela Lei 11.108/2005 (Lei do Acompanhante), apenas se aplica ao SUS, isso não implica dizer que a lei desobrigou as instituições privadas da garantia de possibilidade de acompanhante no parto, por uma questão de dignidade humana e com base em regulamentações de órgãos técnicos do setor. Irrelevância de se tratar de parto por cesariana. Precedentes. Direito reconhecido. 2. Danos morais. Ato ilícito reconhecido. Abalo extrapatrimonial configurado. Negativa que se deu em momento de grande vulnerabilidade da autora. Momento que corresponde a um dos mais esperados na vida de qualquer casal, de tal sorte que, quanto a esse filho, jamais poderá a autora e seu marido vivenciar novamente esse momento. Quantum indenizatório fixado em patamar razoável, de forma a compensar o dano experimentado, sem, contudo, ensejar enriquecimento sem causa. 3. Recurso parcialmente provido.<sup>46</sup>

Faz-se imperioso destacar, no entanto, que as indenizações possuem em regra um caráter pedagógico, de maneira que possam reprimir a violência praticada, sem gerar um enriquecimento ilícito àqueles que foram indenizados, conforme se denota do julgado abaixo:

GESTANTE EM TRABALHO DE PARTO. ESPOSA EM TRABALHO DE PARTO. LEI EXPRESSA GARANTINDO PRESENÇA DE ACOMPANHANTE. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO DO DANO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. CARÁTER PEDAGÓGICO E INDENIZATÓRIO. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à

45 BRASIL. Lei n. 11.108, de 07 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Diário Oficial da União 2005; 06abril. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm1)>. Acesso em: 16 ago. 2021.

46 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.007291-48.2017.8.26.0322. Apelante: Estela Domingues Costa Fernandes. Apelado: Assistência Médico Hospitalar São Lucas S/A. Relator: Des. Mary Grun. São Paulo. 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/714342562/apelacao-civel-ac-10072914820178260322-sp-10072914820178260322>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. Lei Nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Devida a reparação pelo dano moral suportado e respectiva majoração, eis que os fatos narrados na inicial ultrapassam os limites do mero aborrecimento. A fixação do dano deve ser feita em medida capaz de inculcar ao agente do ato ilícito lição de cunho pedagógico, mas sem propiciar o enriquecimento ilícito da vítima e fulcro nas especificidades de cada caso. Apelo principal e adesivo não provido.<sup>47</sup>

Ademais, no que tange à rede privada de saúde, também se estende a mesma garantia, conforme previsão da Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde (ANS) nº 428 de 2017, bem como através da Resolução da Diretoria Colegiada nº 36, de 2008 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Art. 23. O Plano Hospitalar com Obstetrícia compreende toda a cobertura definida no artigo 22, acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, observadas as seguintes exigências: (Resolução nº 428/2017)

I - cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante:

a) pré-parto;

b) parto; e

c) pós-parto imediato entendido como o período que abrange 10 (dez) dias após o parto, salvo intercorrências, a critério médico.<sup>48</sup>

## 9. PROCESSOS OPERACIONAIS ASSISTENCIAIS (Resolução nº 36/2008)

9.1 O Serviço deve permitir a presença de acompanhante de livre escolha da mulher no acolhimento, trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.<sup>49</sup>

Nesse sentido, os tribunais também têm se posicionado no sentido de que não obstante a lei que garante o direito ao acompanhante mencione sua aplicação no âmbito do Sistema Único de Saúde, sua aplicação também se deve no âmbito da saúde privada, conforme se depreende do texto extraído de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), já citada anteriormente no presente trabalho:

Ainda que se entendesse que o art. 19-J da Lei 8.080/1990, acrescido pela Lei 11.108/2005 (Lei do Acompanhante), apenas se aplica ao SUS, isso não implica dizer que a lei desobrigou as instituições privadas da garantia de possibilidade de acompanhante no parto, por uma questão

---

47 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0394.08.081312-1/001. Apelante: Hospital Cesar Leite. Apelante adesivo: João Batista de Oliveira Junior. Apelado: Hospital Cesar Leite e João Batista de Oliveira Junior. Relator: Des. Cabral da Silva. Belo Horizonte, 21 de janeiro de 2011. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942957827/apelacao-civel-ac-10394080813121001-manhuaqu/inteiro-teor-942957939>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

48 BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa nº 428, de 07 de novembro de 2017. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a RN nº 387/2015 e a RN nº 407/2016. Disponível em: <<http://biovidasaude.com.br/testenovosite/wp-content/uploads/2020/06/428.pdf#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83%20NORMATIVA%20-%20RN%20N%C2%BA%20428%2C%20DE%207,a%20partir%20de%201%C2%BA%20de%20janeiro%20de%201999%3B>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

49 BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução nº 36, de 03 de junho de 2008. Dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036\\_03\\_06\\_2008\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036_03_06_2008_rep.html)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

de dignidade humana e com base em regulamentações de órgãos técnicos do setor.<sup>50</sup>

Dentre outros direitos, a Resolução Normativa nº 368 da Agência Nacional de Saúde estabelece a obrigatoriedade de operadoras de planos privados em fornecer as estatísticas quanto à quantidade de partos naturais e cesarianos que forem realizados, de maneira a obter dados concretos quanto às formas de partos realizados no país. A mesma resolução determina, ainda, a necessidade do Cartão de Gestação e do partograma, o qual possui informações quanto ao andamento da gravidez e suas especificidades, bem como da Carta de Informação à Gestante, o qual informa os direitos da mesma quanto ao plano de saúde.

A Portaria nº 569, de 1º de junho de 2000, do Ministério da Saúde, que instituiu o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento no âmbito do Sistema Único de Saúde, estabeleceu em seu artigo 2º os seguintes princípios:

- a - toda gestante tem direito ao acesso a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério;
- b - toda gestante tem direito ao acompanhamento pré-natal adequado de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas no Anexo I desta Portaria;
- c - toda gestante tem direito de saber e ter assegurado o acesso à maternidade em que será atendida no momento do parto;
- d - toda gestante tem direito à assistência ao parto e ao puerpério e que esta seja realizada de forma humanizada e segura, de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas no Anexo II desta Portaria;
- e - todo recém-nascido tem direito à assistência neonatal de forma humanizada e segura;
- f - as autoridades sanitárias dos âmbitos federal, estadual e municipal são responsáveis pela garantia dos direitos enunciados nas alíneas acima.<sup>51</sup>

Segundo as diretrizes elaboradas pelo programa, busca-se atingir a humanização no tratamento da assistência obstétrica e neonatal por meio do acompanhamento do parto e do puerpério. Conforme descrito no plano do projeto:

A humanização compreende pelo menos dois aspectos fundamentais. O primeiro diz respeito à convicção de que é dever das unidades de saúde receber com dignidade a mulher, seus familiares e o recém nascido. Isto requer atitude ética e solidária por parte dos profissionais de saúde e a organização da instituição de modo a criar um ambiente acolhedor e a instituir rotinas hospitalares que rompam com o tradicional isolamento imposto à mulher. O outro se refere à adoção de medidas e procedimentos sabidamente benéficos para o acompanhamento do parto e do nascimento, evitando práticas intervencionistas desnecessárias, que embora tradicionalmente realizadas não beneficiam a mulher nem o recém nascido, e que com frequência acarretam maiores riscos para ambos.<sup>52</sup>

---

50 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1007291-48.2017.8.26.0322. Apelante: Estela Domingues Costa Hernandes. Apelado: Assistência Médico Hospitalar São Lucas S/A. Relator: Des. Mary Grun. São Paulo. 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/714342562/apelacao-civel-ac-10072914820178260322-sp-1007291-4820178260322>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

51 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 569, de 01 de junho de 2000. Disponível em: <[https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569\\_01\\_06\\_2000.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000.html)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

52 BRASIL. Ministério da Saúde. Programa Humanização do Parto: Humanização no pré-natal e nascimento. Disponível em:

Tem-se ainda a Portaria nº 1.067, de 2005 do Ministério da Saúde que instituiu a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal e trouxe, em seu Anexo I, as características essenciais aos serviços de saúde, desde o atendimento à gestante até o momento do pós-parto:

A Atenção Obstétrica e Neonatal, prestada pelos serviços de saúde deve ter como características essenciais a qualidade e a humanização. É dever dos serviços e profissionais de saúde acolher com dignidade a mulher e o recém-nascido, enfocando-os como sujeitos de direitos.

A humanização diz respeito à adoção de valores de autonomia e protagonismo dos sujeitos, de co-responsabilidade entre eles, de solidariedade dos vínculos estabelecidos, de direitos dos usuários e de participação coletiva no processo de gestão.

O principal objetivo da atenção obstétrica e neonatal é acolher a mulher desde o início da gravidez, assegurando, ao fim da gestação, o nascimento de uma criança saudável e o bem-estar da mulher e do recém-nascido.

A atenção com qualidade e humanizada depende da provisão dos recursos necessários, da organização de rotinas com procedimentos comprovadamente benéficos, evitando-se intervenções desnecessárias e do estabelecimento de relações baseadas em princípios éticos, garantindo-se a privacidade, a autonomia e compartilhando-se com a mulher e sua família as decisões sobre as condutas a serem adotadas.<sup>53</sup>

A mesma Portaria determina ainda as condutas que devem ser adotadas pelos profissionais no momento do parto/pós-parto, tais como:

I - ATENÇÃO AO PARTO - Ações e procedimentos: [...]

3. Escutar a mulher e seus/suas acompanhantes, esclarecendo dúvidas e informando sobre o que vai ser feito e compartilhando as decisões sobre as condutas a serem tomadas. [...]

5. Garantir a visita do pai ou de familiares sem restrição de horário.

6. Garantir o direito a acompanhante durante o pré-parto, parto e pós-parto, segundo demanda da mulher. [...]

11. Prestar assistência qualificada e humanizada à mulher no pré-parto e parto:

- respeitar a escolha da mulher sobre o local e a posição do parto;
- respeitar o direito da mulher à privacidade no local do parto;
- fornecer às mulheres todas as informações e explicações que desejarem;
- permitir liberdade de posição e movimento durante o trabalho de parto;
- oferecer métodos não invasivos e não farmacológicos para alívio da dor, como massagens, banhos e técnicas de relaxamento durante o trabalho de parto;
- executar procedimentos pré-anestésicos e anestésicos, quando pertinente;
- promover uso restrito de episiotomia (somente com indicação precisa); [...]

Durante e após o parto:

---

<<https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

53 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1067, de 04 de julho de 2005. Institui a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/outros/031\\_portaria\\_1067\\_05.pdf](https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/outros/031_portaria_1067_05.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Se RN em boas condições (bom padrão respiratório, Fc>100bpm, e sem cianose central):

- inicia-se o momento da interação mãe-filho, estimulando a aproximação e contato pele a pele, além de permitir e estimular a amamentação na primeira meia hora após o parto.<sup>54</sup>

Diante disso, nos termos da própria Resolução nº 36, de 03 de junho de 2008, da ANVISA, em seu artigo 5º “o descumprimento das determinações deste Regulamento Técnico constitui infração de natureza sanitária, sujeitando o infrator a processo e penalidades previstos na Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo das responsabilidades penal e civil cabíveis”<sup>55</sup>.

No âmbito do Estado do Mato Grosso do Sul, existe a Lei nº 5.217, de 26 de junho de 2018, a qual dispõe sobre a implantação de medidas de informação e de proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. A referida lei pontua, em seu artigo 2º, que se considera violência obstétrica qualquer ato praticado pelo médico, equipe do hospital, familiar ou acompanhante que ofenda de forma verbal ou física a gestante/parturiente. Logo após, o artigo 3º vem listando as situações que são consideradas como ofensa verbal ou física, citadas no artigo anterior. Veja-se:

Art. 3º Para efeitos da presente Lei considerar-se-á ofensa verbal ou física, dentre outras, as seguintes condutas:

I - tratar a gestante ou a parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, zombeteira, ou de qualquer outra forma que a faça se sentir mal pelo tratamento recebido;

II - fazer graça ou recriminar a parturiente por qualquer comportamento como gritar, chorar, ter medo, vergonha ou dúvidas;

III - fazer graça ou recriminar a mulher por qualquer característica ou ato físico como, por exemplo, obesidade, pelos, estrias, evacuação e outros;

IV - não ouvir as queixas e as dúvidas da mulher internada e em trabalho de parto;

V - tratar a mulher de forma inferior, dando-lhe comandos e nomes infantilizados e diminutivos, tratando-a como incapaz;

VI - fazer a gestante ou a parturiente acreditar que precisa de uma cesariana quando esta não se faz necessária, utilizando de riscos imaginários ou hipotéticos não comprovados e sem a devida explicação dos riscos que alcançam ela e o bebê;

VII - recusar atendimento de parto, haja vista este ser uma emergência médica;

VIII - promover a transferência da internação da gestante ou da parturiente sem a análise e a confirmação prévia de haver vaga e garantia de atendimento, bem como tempo suficiente para que esta chegue ao local;

IX - impedir que a mulher seja acompanhada por alguém de sua preferência durante todo o

---

54 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1067, de 04 de julho de 2005. Institui a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/outs/031\\_portaria\\_1067\\_05.pdf](https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/outs/031_portaria_1067_05.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

55 BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução nº 36, de 03 de junho de 2008. Dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036\\_03\\_06\\_2008\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036_03_06_2008_rep.html)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

trabalho de parto;

X - impedir a mulher de se comunicar com o “mundo exterior”, tirando-lhe a liberdade de telefonar, fazer uso de aparelho celular, caminhar até a sala de espera, conversar com familiares e com seu acompanhante;

XI - submeter a mulher a procedimentos dolorosos, desnecessários ou humilhantes, como lavagem intestinal, raspagem de pelos pubianos, posição ginecológica com portas abertas, exame de toque por mais de um profissional;

XII - deixar de aplicar anestesia na parturiente quando esta assim o requerer;

XIII - proceder a episiotomia quando esta não é realmente imprescindível;

XIV - manter algemadas as detentas em trabalho de parto;

XV - fazer qualquer procedimento sem, previamente, pedir permissão ou explicar, com palavras simples, a necessidade do que está sendo oferecido ou recomendado;

XVI - após o trabalho de parto, demorar injustificadamente para acomodar a mulher no quarto;

XVII - submeter a mulher e/ou o bebê a procedimentos feitos exclusivamente para treinar estudantes;

XVIII - submeter o bebê saudável a aspiração de rotina, injeções ou a procedimentos na primeira hora de vida, sem que antes tenha sido colocado em contato pele a pele com a mãe e de ter tido a chance de mamar;

XIX - retirar da mulher, depois do parto, o direito de ter o bebê ao seu lado no alojamento conjunto e de amamentar em livre demanda, salvo se um deles, ou ambos necessitarem de cuidados especiais;

XX - não informar a mulher, com mais de 25 (vinte e cinco) anos ou com mais de 2 (dois) filhos sobre seu direito à realização de ligadura nas trompas gratuitamente nos hospitais públicos e conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS);

XXI - tratar o pai do bebê como visita e obstar seu livre acesso para acompanhar a parturiente e o bebê a qualquer hora do dia.<sup>56</sup>

Logo após, o artigo 6º da Lei nº 5.217/2018 atribui a função de fiscalização das disposições previstas aos órgãos públicos, os quais detêm a responsabilidade de aplicação das sanções respectivas em caso de infrações, mediante procedimento administrativo, assegurada a ampla defesa.

Verifica-se, portanto, que a lei estadual supracitada se mostra importantíssima no processo de apuração e responsabilização pelo cometimento de violência obstétrica na região do estado de Mato Grosso do Sul.

Nesse sentido, resta ainda mais evidente a necessidade urgente na criação de uma lei federal que regule as ações que importem em violência obstétrica, uniformizando as legislações estaduais existentes, bem como as formas de res-

---

56 MATO GROSSO DO SUL. Lei nº 5.217, de 26 de junho de 2018. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e de proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=361631>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

ponsabilizações cíveis e penais cabíveis, auxiliando no combate a essa forma de violência.

## 6. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA EM TEMPOS DE PANDEMIA: A PROIBIÇÃO DA PRESENÇA DE ACOMPANHANTES

Em razão da pandemia causada pelo COVID-19, alguns direitos das gestantes/parturientes foram cerceados, em especial o direito à presença de um acompanhante à sua livre escolha e a presença de doula.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar as recomendações quanto ao tema. Através de publicação em site oficial, a ONU Mulheres expediu recomendações referentes às necessidades das mulheres face à pandemia do COVID-19, dentre elas tem-se “proteger serviços essenciais de saúde para mulheres e meninas, incluindo serviços de saúde sexual e reprodutiva”<sup>57</sup>.

Ademais, a Organização Mundial de Saúde (OMS) publicou recomendações<sup>58</sup> no final do ano de 2020 através de sua plataforma digital envolvendo a relação do COVID-19 e o parto, afirmando que as gestantes e seus nascituros, até mesmo se houver a suspeita ou confirmação de contaminação com o vírus, possuem o direito de um tratamento de alta qualidade antes, durante e após o parto, incluindo o cuidado com a saúde mental. Pontua-se ainda que uma experiência positiva de parto inclui ser tratada com respeito e dignidade e possuir um acompanhante à sua escolha, dentre outras práticas. Ademais, a mencionada publicação esclarece que havendo a suspeita ou confirmação de que a gestante está infectada com o vírus, os agentes de saúde devem adotar as medidas cabíveis para prevenção, como higienização das mãos e uso apropriado dos equipamentos de segurança, como luvas, toucas e máscaras cirúrgicas. Contudo, a Organização Mundial de Saúde em nenhum momento incentivou a proibição da presença de um acompanhante no momento do parto, mas sim que os responsáveis presentes adotassem as medidas de segurança recomendadas.

Nesse sentido, foi expedida a Nota Técnica nº 04/2020 GVIMS/GGTES/ANVISA, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a qual dispõe de “orientações para serviços de saúde: medidas de prevenção e controle que devem ser adotadas durante a assistência aos casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2)”, tendo sido esta atualizada no

---

57 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – Mulheres. Prestar atenção às necessidades e liderança das mulheres fortalecerá a resposta ao COVID-19, diz escritório global da ONU Mulheres. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/prestar-atencao-as-necessidades-e-lideranca-das-mulheres-fortalecera-a-resposta-ao-covid-19-diz-escritorio-global-da-onu-mulheres/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

58 WORLD HEALTH ORGANIZATION. Coronavirus disease (COVID-19): pregnancy and childbirth. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-pregnancy-and-childbirth>>. Acesso em: 31 de agosto de 2021.

começo do ano de 2021. A referida nota prevê a recomendação - referente a todos os serviços de saúde - de que seja autorizada a presença de acompanhantes para os pacientes nos casos previstos em lei, bem como nas demais situações quando for extremamente necessário, a fim de reduzir o fluxo de pessoas dentro das unidades de saúde. Ressalta-se, no entanto, que apesar da permissão de acompanhante nos casos previstos em lei, devem ser cumpridas as medidas de segurança, como uso de máscara cirúrgica, distanciamento social e higienização das mãos, a fim de manutenção da saúde de todos os presentes no hospital/maternidade.

De forma mais específica, foi expedida a Nota Técnica nº 9/2020-COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS pelo Ministério da Saúde, fornecendo recomendações para o trabalho de parto, parto e puerpério durante a pandemia da COVID-19. Vejam-se as principais recomendações quanto à presença de acompanhante:

## 2.2. Admissão para parto no contexto COVID-19:

2.2.1. Toda parturiente e seu acompanhante devem ser triados para casos suspeitos ou confirmados de COVID-19 antes da sua admissão no serviço obstétrico.

2.3. O acompanhante, desde que assintomático e fora dos grupos de risco para COVID-19, deve ser permitido nas seguintes situações:

2.3.1 mulheres assintomáticas não suspeitas ou testadas negativas para o vírus SARS-CoV-2: neste caso, também o acompanhante deverá ser triado e excluída a possibilidade de infecção pelo SARSCoV-2.

2.3.2. mulheres positivas para o vírus SARS-CoV-2 ou suspeitas: o acompanhante permitido deverá ser de convívio diário da paciente, considerando que a permanência junto à parturiente não aumentará suas chances de contaminação; assim sendo, se o acompanhante não for de convívio próximo da paciente nos dias anteriores ao parto, este não deve ser permitido.

2.3.3. Em qualquer situação, não deve haver revezamentos (para minimizar a circulação de pessoas no hospital) e os acompanhantes deverão ficar restritos ao local de assistência à parturiente, sem circulação nas demais dependências do hospital.

2.3.4. O surgimento de sintomas pelo acompanhante em qualquer momento do trabalho de parto e parto implicará no seu afastamento com orientação a buscar atendimento em local adequado.<sup>59</sup>

No tocante ao momento do pós-parto, a Nota Técnica nº 9/2020 já mencionada recomenda que as puérperas, independente de estarem ou não infectadas pelo vírus, terão direito ao acompanhante somente em “situações onde há instabilidade clínica da mulher ou condições específicas do RN, ou ainda

---

59 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Primária à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação-Geral de Ciclos da Vida. Coordenação de Saúde das Mulheres. Nota Técnica nº 9/2020-COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS – Recomendações para o Trabalho de Parto, Parto e Puerpério durante a pandemia da COVID-19. Disponível em: <[https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/04/SEI\\_MS-0014\\_382\\_931-Nota-Tecnica\\_9\\_4\\_2020\\_parto.pdf](https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/04/SEI_MS-0014_382_931-Nota-Tecnica_9_4_2020_parto.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2021.

menores de idade. Nas demais situações, sugere-se a suspensão temporária, para redução do fluxo de pessoas dentro do hospital/maternidade”<sup>60</sup>.

Ademais, com a disseminação do Coronavírus, foi lançada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos a cartilha “Mulheres na Covid-19”, oferecendo recomendações e dicas para as mulheres em relação à saúde, enfrentamento a violência e mercado de trabalho. Nesta cartilha, orientam-se as mulheres gestantes que “é direito seu ter um acompanhante durante todo o trabalho de parto, pós-parto e internação hospitalar, conforme a Lei nº 11.108, de 07 de abril de 2005. No entanto, em quadros de riscos de transmissão para as mulheres, estes poderão ser restringidos e qualificados”<sup>61</sup>.

Diante disso, infere-se que a possibilidade de restrição da presença de um acompanhante deverá ocorrer somente em situações excepcionais, havendo o risco de transmissão da doença. Apesar da cartilha não mencionar quais seriam as hipóteses concretas nas quais haveria este risco, da análise conjunta aos demais documentos já mencionados neste capítulo, pressupõe-se que sejam em casos em que o acompanhante apresente qualquer sintoma gripal, ainda que tenha apresentado resultado negativo em teste para COVID-19, ou em casos em que o acompanhante esteja confirmadamente infectado. No entanto, a previsão de que o direito ao acompanhante poderia ser restringido “em quadro de riscos de transmissão para as mulheres”, não se faz muito coerente, tendo em vista que o acompanhante é, em sua maioria das vezes, alguém do convívio íntimo da parturiente, de forma que o risco de contaminação a esta haverá independente da restrição de seu acompanhante no momento do parto.

Faz-se imprescindível, ainda, colacionar ao presente trabalho a respeitosa decisão do Juiz de Direito Rafael Kramer Braga, da comarca de Paranaguá, nos autos de nº 0011367-06.2020.8.16.0129, tratando-se de Mandado de Segurança pelo qual a impetrante buscava anular decisão administrativa do hospital, a qual lhe negava a presença de um acompanhante durante o trabalho de parto. Veja-se trecho da sentença, a qual deferiu o *mandamus* permitindo a presença de um acompanhante:

É certo que, ao estipular direitos e deveres, a atividade legiferante não é capaz de prever e regulamentar absolutamente todas as situações que serão vivenciadas pela população. Por isso, em situações calamitosas, a interpretação das garantias outrora concedidas deve sim se ater

---

60 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Primária à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação-Geral de Ciclos da Vida. Coordenação de Saúde das Mulheres. Nota Técnica nº 9/2020-COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS – Recomendações para o Trabalho de Parto, Parto e Puerpério durante a pandemia da COVID-19. Disponível em: <[https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/04/SEI\\_MS-0014\\_382\\_931\\_-Nota-Tecnica\\_9\\_4\\_2020\\_parto.pdf](https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/04/SEI_MS-0014_382_931_-Nota-Tecnica_9_4_2020_parto.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2021.

61 BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres. Mulheres na Covid, p. 12. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/cartilha-orienta-mulheres-durante-a-pandemia-do-coronavirus/mulherescovid19\\_Alterado\\_corrigido.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/cartilha-orienta-mulheres-durante-a-pandemia-do-coronavirus/mulherescovid19_Alterado_corrigido.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2021.

às medidas necessárias ao interesse público, ainda que para isso haja restrições anteriormente inexistentes, o que nem sempre pode ser tido como desproporcional ou desarrazoado.

Ainda assim, não se pode olvidar que, mesmo em situações de crise, a Administração Pública e seus gestores devem atuar ao máximo para que seja garantido um mínimo de dignidade aos administrados. Apesar de nenhum direito ser absoluto, a situação peculiar não pode servir de guarida para que pessoas sejam postas em episódios de constrangimento, medo e desamparo. Nessa perspectiva, há que se ver que a Lei do Acompanhante não foi editada por acaso, mas sim porque diversas evidências concluíram pelos benefícios que a presença de um acompanhante traz a mulher [...].

Diante esse panorama, deve-se reconhecer que a proibição do HRL ao exercício do direito ao acompanhante mostra-se insubsistente, porque conquanto vise ser uma medida de enfrentamento à COVID-19, não deixa de ser, a princípio, restrição que viola direitos da mulher, sem que haja respaldo das autoridades públicas e sanitárias para tanto.

Ponto, entretanto, que apesar de a impetrante ter o direito ao acompanhante, deverá escolher pessoa que não apresente qualquer mínimo sintoma gripal ou de infecção. Ainda, caberá ao acompanhante seguir à risca e com máximo respeito a todas as instruções que lhe foram passadas pela equipe médica. Caso isso não seja realizado, a vedação à presença do acompanhante não poderá ser tida como ilícita, bem como sua conduta poderá ser objeto de sanção (arts. 268 e 330 do Código Penal).<sup>62</sup>

De acordo com parte da sentença colacionada acima, apesar da situação em estado de calamidade causada pela pandemia e, conseqüentemente, a alteração na forma de interpretar garantias visando o interesse público, restringindo-as, os direitos só podem ser mitigados desde que se garanta um mínimo de dignidade, que é inegociável. No presente caso, o magistrado pontua ainda que a Lei do Acompanhante existe em razão dos inúmeros benefícios que um acompanhante traz para a parturiente. Portanto, a proibição da presença de acompanhantes saudáveis se mostra insubsistente, ao ponto que limita os direitos das mulheres sem respaldo científico para tanto.

Assim, a partir de todo o exposto, resta evidente que o estado excepcional causado pelo Covid-19 não é apto a proibir a presença de um acompanhante em condições saudáveis durante o período de trabalho de parto, parto e pós-parto, apenas para evitar uma possível e incerta contaminação. Isso pois o direito à um acompanhante é garantido através da Lei Federal nº 11.108/2005, sendo identificado como uma garantia fundamental ao bom andamento do parto, bem como à saúde e bem-estar da parturiente e na criação de laços familiares gerados no momento do nascimento.

Faz-se necessário lembrar, ainda, que o acompanhante é, em sua maioria das vezes, o genitor da criança, sendo também direito do pai participar ativamente do processo de nascimento de seu filho(a), não podendo este direito ser res-

---

62 PARANÁ. Vara da Fazenda Pública de Paranaguá. Mandado de Segurança nº 0011367-06.2020.8.16.0129. Impetrante: Angélica Beatriz Hafemann Daltoe. Impetrado: Hospital Regional do Litoral. Juiz: Rafael Kramer Braga. Paranaguá, 09 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/33666028/Decis%C3%A3o+parto+acompanhante/b96af3d7-6809-2be7-8443-72c395e521fb>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

tringido sem que haja, no mínimo, a apresentação de sintomas ou confirmação de infecção pelo vírus do COVID-19.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto acima, verifica-se que a mulher deve ser identificada como a protagonista do parto. É ela quem se encontra vulnerável, passando por um momento que gera diversos medos e ansiedades.

Portanto, constata-se que o período gestacional e o processo do parto requerem não somente conhecimento técnico por parte da equipe multiprofissional de saúde, mas também acolhimento da parturiente, bem como de seu acompanhante, garantindo o acesso à informação e um tratamento digno e respeitoso.

A preparação da gestante para o parto aborda uma somatória de cuidados e direitos que devem ser respeitados, desde o pré-natal até o pós-parto, de forma que ela seja a protagonista de seus processos reprodutivos, devendo ter suas opiniões validadas, bem como suas dúvidas sanadas. Nesse processo de validar os pensamentos, medos e dúvidas da gestante, o profissional da saúde deve agir com senso ético e olhar sensível para com as inseguranças daquela mulher.

Percebe-se, entretanto, que com a disseminação do vírus Sars-CoV-2, alguns direitos das parturientes foram suprimidos, notadamente o direito à presença de um acompanhante à sua escolha no momento do parto.

Esta forma de violência obstétrica apresenta reflexos diretos no bom andamento do parto, pois a presença do acompanhante traz uma maior segurança para a parturiente. Ademais, considerando que muitas vezes o acompanhante é o genitor do feto, retirá-lo do momento único que é o nascimento de um filho se mostra também uma violação de seus direitos.

Por fim, nota-se que a violência obstétrica continua sendo, infelizmente, recorrente nas maternidades de todo o país. São poucas as mulheres que tem conhecimento de seus direitos, e, as que têm, muitas vezes não conseguem exigí-los no momento do trabalho de parto e pós-parto, em razão de sua vulnerabilidade naquele momento, motivo pelo qual se reforça a necessidade de garantir a presença do acompanhante, ainda que durante a pandemia do Covid-19, e que o mesmo seja bem instruído, de forma que possa expressar as vontades da gestante quando esta não puder fazê-lo.

Assim sendo, mostra-se urgente a necessidade da existência de uma lei federal que uniformize a definição e as condutas que importem em Violência Obstétrica, criando formas efetivas de fiscalização e responsabilização cível, penal e administrativa dos profissionais que ensejarem na prática dos ilícitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Nota Técnica GVIMS/CCTES/ANVISA Nº 04/2020**. Orientações para serviços de saúde: medidas de prevenção e controle que devem ser adotadas durante a assistência aos casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2) – atualizada em 25/02/2021. Disponível em: <[https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/notas-tecnicas/nota-tecnica-gvims\\_ggtes\\_anvisa-04\\_2020-25-02-para-0-site.pdf](https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/notas-tecnicas/nota-tecnica-gvims_ggtes_anvisa-04_2020-25-02-para-0-site.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2021.
- ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. **Violência obstétrica**: a dor que cala. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, ISSN 2177-8248, pp. 1-7, 2014. Disponível em: <[http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3\\_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf](http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- ARGENTINA. **Ley 25.929, de 17 de septiembre de 2004 – parto humanizado**. 1ª Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de La Nación. Secretaria de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural. Disponível em: <[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley\\_25929\\_parto\\_humanizado\\_decreto\\_web\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_25929_parto_humanizado_decreto_web_0.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2021.
- ARGENTINA. **Ley 26.485, de 01 de abril de 2009 – Ley de proteccion integral para prevenir, sancionar y erradicar La violencia contra las mujeres en los ambitos em que desarrollen sus relaciones interpersonales**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de La Nación. Secretaria de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural. Disponível em: <[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley\\_26485\\_violencia\\_familiar.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_26485_violencia_familiar.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2021.
- BOWSER, Diana; HILL, Kathleen. **Exploring Evidence for disrespect and abuse in facility-based childbirth**: Report of a landscape analysis. Bethesda, MD: USAID-TRAction Project, University Research Corporation, LLC, and Harvard School of Public Health. 2010. Disponível em: <[https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/32/2014/05/Exploring-Evidence-RMC-Bowser\\_rep\\_2010.pdf](https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/32/2014/05/Exploring-Evidence-RMC-Bowser_rep_2010.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 11.108, de 07 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Diário Oficial da União 2005; 06abril. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/L/L11108.htm1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/L/L11108.htm1)>. Acesso em: 16 ago. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Universidade Aberta do SUS (UNASUS). **Declaração da OMS sobre taxa de cesáreas**. 2015. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/declaracao-da-oms-sobre-taxas-de-cesareas>>. Acesso em: 02 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal**: versão resumida [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <[https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes\\_nacionais\\_assistencia\\_parto\\_normal.pdf](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_assistencia_parto_normal.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Parto, aborto e puerpério**: assistência humanizada a mulher. Brasília: 2001. Disponível em: <[https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/cd04\\_13.pdf](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa Humanização do Parto**: Humanização no pré-natal e nascimento. Disponível em: <<https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê**. Editora Globo. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/relatorios/guia-dos-direitos-da-gestante-e-do-bebe>>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Humanização do parto e do nascimento**. Universidade Estadual do Ceará

– Brasília: 2014. (Caderno HumanizaSUS; v. 4). Disponível em: <<https://redehumanizaus.net/acervo/cadernos-humanizaus-volume-4-humanizacao-do-parto-e-nascimento/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução nº 36, de 03 de junho de 2008**. Dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036\\_03\\_06\\_2008\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036_03_06_2008_rep.html)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde. **Resolução Normativa nº 368, de 6 de janeiro de 2015**. Dispõe sobre o direito de acesso à informação das beneficiárias aos percentuais de cirurgias cesáreas e de partos normais, por operadora, por estabelecimento de saúde e por médico e sobre a utilização do partograma, do cartão da gestante e da carta de informação à gestante no âmbito da saúde suplementar. Disponível em: <[http://www.ahseb.com.br/wp-content/uploads/2015/05/RN\\_N%C2%BA368.pdf](http://www.ahseb.com.br/wp-content/uploads/2015/05/RN_N%C2%BA368.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 569, de 01 de junho de 2000**. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569\\_01\\_06\\_2000.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000.html)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1067, de 04 de julho de 2005**. Institui a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/outros/031\\_portaria\\_1067\\_05.pdf](https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/outros/031_portaria_1067_05.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde. **Resolução Normativa nº 428, de 07 de novembro de 2017**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a RN nº 387/2015 e a RN nº 407/2016. Disponível em: <<http://biovidasaude.com.br/testenovosite/wp-content/uploads/2020/06/428.pdf#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83%20NORMATIVA%20-%20RN%20N%C2%BA%20428%2C%20DE%207,a%20partir%20de%201%C2%BA%20de%20janeiro%20de%201999%3B>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Nota Informativa nº 13/2020 – SE/GAB/SE/MS. **Manual de Recomendações para a assistência a gestante e puérpera frente à pandemia de COVID-19**. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes/tecnicas/guias-e-planos/manual-instrutivo-para-a-assistencia-a-gestante-e-puerpera-frente-a-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres. **Mulheres na Covid**. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/cartilha-orienta-mulheres-durante-a-pandemia-do-coronavirus/mulherescovid19\\_Alterado\\_corrigido.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/cartilha-orienta-mulheres-durante-a-pandemia-do-coronavirus/mulherescovid19_Alterado_corrigido.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Primária à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação-Geral de Ciclos da Vida. Coordenação de Saúde das Mulheres. **Nota Técnica nº 9/2020-COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS – Recomendações para o Trabalho de Parto, Parto e Puerpério durante a pandemia da COVID-19**. Disponível em: <[https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/04/SEI\\_MS-0014\\_382931-Nota-Tecnica\\_9\\_4\\_2020\\_parto.pdf](https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/04/SEI_MS-0014_382931-Nota-Tecnica_9_4_2020_parto.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRUGGEMANN, Odálea Maria *et al.* **No parto vaginal e na cesariana acompanhante não entra**: discursos de enfermeiras e diretores técnicos. Ver. Gaúcha Enferm. 2015; 36(esp): 152-58. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rgenf/a/RtKW7gB BKgC nNsR M6D7 TfNP/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

CARNIEL, Francieli; VITAL, Durcelene da Silva; SOUZA, Tiago Del Piero. **Episiotomia de rotina**: necessidade versus violência obstétrica. Journal of nursing and health, 2019;9(2):e199204. Faculdade de Enfermagem, Universidade Federal de Pelotas. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/enfermagem/article/view/14425/10091>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

CARVALHO, Laetitia Cristina. **Os efeitos da manobra de kristeller no segundo período de trabalho de parto**. 2014. 92 f. Tese de Mestrado em Enfermagem de Saúde Materna e Obstetrícia, apresentado à Escola Superior de Enfermagem do Porto, Pernambuco. 2014. Disponível em: <<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/9509/1/Relat%3b3rio%20Est%3%a1gio%20Final%20La%3%abittia%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

DINIZ, Simone Grilo *et al.* **Violência Obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil:** origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growth and Development*. 2015; 25(3): 377-376. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt\\_19.pdf](http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf)>. Acesso em: 24 maio. 2021.

DINIZ, Carmen Simone Grilo *et al.* **Implementação da presença de acompanhantes durante a internação para o parto:** dados da pesquisa nacional Nascer no Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 30 Sup: S140-S153, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/lj/csp/a/YwCM B4CM GHxL tbMt zgnhJjx/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Simone Grilo; SCHRAIBER, Lilia Blima. **Violence against women in health care institutions:** an emerging problem. *Lancet*, 359 (11), 1681-1685. doi:10.1016/S0140-6736(02)08592-6. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(02\)08592-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(02)08592-6/fulltext)>. Acesso em: 10 ago. 2021.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA (FEBRASGO). **Recomendações Febrasgo parte II – Episiotomia.** Disponível em: <<https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/715-recomendacoes-febrasgo-parte-ii-episiotomia>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA (FEBRASGO). **Recomendações Febrasgo parte II – Cuidados Gerais na Assistência ao Parto (assistência ao nascimento baseado em evidências e no respeito).** Disponível em: <<https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/717-recomendacoes-febrasgo-parte-ii-cuidados-gerais-na-assistencia-ao-parto-assistencia-ao-nascimento-baseado-em-evidencias-e-no-respeito>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços públicos e privados.** 2010. Disponível em: <[https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa.org.br\\_sites\\_default\\_files\\_pesquisaintegra.pdf](https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa.org.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2021.

GIL, Suelen Tavares. Breve Análise sobre a Violência Obstétrica no Brasil. **XI Colóquio Nacional Representações de Gênero e suas Implicações.** Anais XI CONAGES (V. 1, 2015, ISSN 2177-4781. Disponível em: <<https://www.editorarealize.com.br/artigo/visualizar/10544>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

GOER, Henci. **Cruelty in maternity wards: fifty years later.** *J. Perinat Educ.* 2010; 19(3):33-42. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2920649/>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

GRUPO CERES. **Espelho de Vênus: identidade social e sexual da mulher.** Rio de Janeiro: Brasiliense; 1981.

KONDER, Cristiane; WERNER, Lara. Violência obstétrica e sua configuração no Brasil. In: *Direitos Humanos no Brasil. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos.* Disponível em: <[http://www.social.org.br/relatorio\\_RH\\_2013.pdf](http://www.social.org.br/relatorio_RH_2013.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* **Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual.** *Cadernos de Saúde Pública* [online]. 2014, v. 30, n. Suppl 1, pp. S17-S32. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00151513>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei nº 5.217, de 26 de junho de 2018.** Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e de proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=361631>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0394.08.081312-1/001.** Apelante: Hospital Cesar Leite. Apelante adesivo: João Batista de Oliveira Junior. Apelado: Hospital Cesar Leite e João Batista de Oliveira Junior. Relator: Des. Cabral da Silva. Belo Horizonte, 21 de janeiro de 2011. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/942957827/apelacao-civel-ac-10394080813121001-manhuacu/inteiro-teor-942957939>>. Acesso em: 18 ago. 2021

NAZÁRIO, Larissa; HAMMARSTRON, Fátima Fagundes Barasuol. **Os Direitos da Parturiente nos casos de Violência Obstétrica.** XVII Seminário Internacional de Educação no MERCOSUL. Rio Grande do Sul. 2014. Disponível em: <<https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1/20-20ARTIGOS/OS%20DIREITOS%20DA%20PARTURIENTE%20NOS%20CASOS%20DE%20VIOLENCIA%20OBSTETRICA.PDF#:~:text=ambas%20podem%20ser%20v%C3%ADtimas%20de%20viol%C3%A2ncia%20obst%C3%A9trica.%20A%20ficar%20isolada%20direito%20de%20>>

amamentar %20seu %20filho %20nos>. Acesso em: 24 maio. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – Mulheres. **Prestar atenção às necessidades e liderança das mulheres fortalecerá a resposta ao COVID-19, diz escritório global da ONU Mulheres**. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/prestar-atencao-as-necessidades-e-lideranca-das-mulheres-fortalecera-a-resposta-ao-covid-19-diz-escritorio-global-da-onu-mulheres/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Genebra: OMS, 2014. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?ua=1)>. Acesso em: 12 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas**. Genebra: OMS, 2014. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO\\_RHR\\_15.02\\_por.pdf;jsessionid=83114718CD C155 F606 BC71 403E B51D 8D?sequence=3](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=83114718CD C155 F606 BC71 403E B51D 8D?sequence=3)>. Acesso em: 01 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Care in normal birth: a practical guide**. Geneva: World Health Organization; 1996. Disponível em: <[https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2413/2014/08/WHO\\_FRH\\_MSM\\_96.24.pdf](https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2413/2014/08/WHO_FRH_MSM_96.24.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2021.

PALMA, Carolina Coelho; DONELLI, Tagma Marina Scheiner. **Violência obstétrica em mulheres brasileiras**. *Psico*, v. 48, n. 3, p. 216-230, 2017. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/revistapsico/article/view/25161/pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

PARANÁ. Vara da Fazenda Pública de Paranaguá. **Mandado de Segurança nº 0011367-06.2020.8.16.0129**. Impetrante: Angélica Beatriz Hafemann Daltoe. Impetrado: Hospital Regional do Litoral. Juiz: Rafael Kramer Braga. Paranaguá, 09 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/33666028/Decis%C3%A3o+parto+acompanhante/b96af3d7-6809-2be7-8443-72c395e521fb>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

PEREIRA, Jéssica Souza *et al.* **Violência Obstétrica: Ofensa à Dignidade Humana**. *Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research*. Vol. 15, n.1, pp. 103-108, 2016. Disponível em: <[https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/6646/1/ARTIGO\\_Viol%c3%aaanciaObst%c3%a9trica%20Ofensa.pdf](https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/6646/1/ARTIGO_Viol%c3%aaanciaObst%c3%a9trica%20Ofensa.pdf)>. Acesso em: 24 maio. 2021.

REDE PELA HUMANIZAÇÃO DO PARTO E DO NASCIMENTO (REHUNA). Brasília: REHUNA, 2019. Disponível em: <<https://rehuna.org.br/nossa-historia/>>. Acesso em: 20 out. 2021.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. **Dossiê da Violência Obstétrica. “Parirás com Dor”**. Elaborado para a CPMI Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 24 maio. 2021.

REINO UNIDO. **Association for Improvements in the Maternity Services**. Disponível em: <<https://www.aims.org.uk/>>. Acesso em: 20 out. 2021.

REZENDE, Carolina Neiva Domingues Vieira de. **Violência Obstétrica: uma ofensa a direitos humanos ainda não reconhecida legalmente no Brasil**. [Monografia] Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5969/1/20812390.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SADLER, Michelle *et al.* **Moving beyond disrespect and abuse: addressing the structural dimensions of obstetric violence**. *Reprod Health Matters*. 2016 May;24(47):47-55. doi: 10.1016/j.rhm.2016.04.002. Epub 2016 Jun 4. PMID: 27578338. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.rhm.2016.04.002?needAccess=true>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.007291-48.2017.8.26.0322**. Apelante: Estela Domingues Costa Hernandes. Apelado: Assistência Médico Hospitalar São Lucas S/A. Relator: Des. Mary Grun. São Paulo. 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/714342562/apelacao-civel-ac-10072914820178260322-sp-10072914820178260322>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

TESSER, Charles Dalcanale *et al.* **Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer**. *Rev Bras Med Fam Comunidade*. 2015;10(35):1-12. Disponível em: <<https://rbmfcc.org.br/rbmfcc/article/view/1013/716>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

VENEZUELA. **Ley organica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia**, Asamblea Nacional de La República Bolivariana de Venezuela. Publicada em Faceta Oficial nº 38668, de 23 de abril de 2007. Disponível em: <<https://siteal.iiep.unesco.org/pt/node/1121>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

WOLFF, Aurélia Cátia. **Participação do acompanhante no parto e no nascimento**: percepção da equipe multiprofissional. [Monografia] Universidade de Santa Cruz do Sul, 2016, p. 29. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1187/1/Aur%c3%a9lia%20C%c3%a1tia%20Wolff.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19)**: pregnancy and childbirth. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-pregnancy-and-childbirth>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho *et al.* **Violência Obstétrica no Brasil**: Uma revisão narrativa. *Psicologia & Sociedade* [online]. 2017, v. 29, ISSN 1807-0310. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1807-0310/2017v29i55043>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

# O AUXÍLIO EMERGENCIAL E A TENTATIVA DE GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL DURANTE A PANDEMIA

Giovana Laba de Jesus<sup>1</sup>  
Miguel Belinati Piccirillo<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Após a descoberta da Covid-19 em Wuhan, na China, no mês de dezembro de 2020, a doença se espalhou rapidamente ao redor do mundo, tornando-se uma pandemia. No Brasil, após a confirmação do primeiro caso da doença em fevereiro de 2020, diversas medidas foram decretadas a fim de promover o isolamento social, visando reduzir a propagação do vírus (BRASIL, 2020a).

Devido ao isolamento social, as atividades consideradas não essenciais foram paralisadas, criando-se uma verdadeira crise financeira e, conseqüentemente, elevando as taxas de desemprego em território brasileiro, que atingiu 12,9 milhões de pessoas no 1º trimestre de 2020 (IBGE, 2020a, p. 36).

Com o fito de enfrentar esse cenário de crescente desigualdade social, em 02 de abril de 2020, publicou-se a Lei nº 13.982/2020, responsável pela criação do chamado Auxílio Emergencial, um benefício que visava garantir proteção financeira no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) por mês, pelo período de 3 (três) meses, aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados.

Devido a continuidade do estado pandêmico, o Decreto nº 10.412, de 30 de junho de 2020 prorrogou o benefício emergencial pelo período complementar de 2 (dois) meses. Posteriormente, através da Medida Provisória nº 1.000, de 02 de setembro de 2020, instituiu-se o Auxílio Emergencial residual, no valor de até R\$ 300,00, pelo período de 4 (quatro) meses. Por fim, após a publicação da Medida Provisória nº 1.039, de 18 de março de 2021, determinou-se a instituição do novo Auxílio Emergencial, desta vez pago em quatro parcelas mensais, no valor de R\$ 250,00 reais mensais.

---

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Discente do curso de pós-graduação *Lato Sensu* em Direito do Estado da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: giovana.laba.j@uel.br.

2 Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Ite-Bauru. Professor de Direito Constitucional da Uel-Pr. Foi orientador do presente trabalho.

Dessa forma, desde abril de 2020 o auxílio emergencial foi estabelecido como uma tentativa de garantir a dignidade dos brasileiros durante o período pandêmico, sendo para milhares a única fonte de renda.

Entretanto, a população vulnerável, na tentativa de acessar o referido benefício, encontrou diversos percalços no caminho da solicitação até sua concessão, além dos diversos requerimentos negados de modo errôneo, o que elevou a taxa de ações judiciais visando a revisão dos indeferimentos realizados pelo Governo Federal.

Deste modo, o presente artigo objetiva trazer reflexões acerca da implantação do auxílio emergencial e os entraves enfrentados pela população vulnerável na obtenção do referido benefício, sob a luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com enfoque no mínimo existencial.

## **2. O IMPACTO DA COVID-19 NA VIDA DOS TRABALHADORES**

Em 31 de dezembro de 2019, surge o primeiro indicador da existência de um novo *coronavírus*, após o registro de diversos casos na China. Em seu primeiro comunicado, em 5 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde se manifestou acerca de uma “pneumonia de causa desconhecida”, relacionada a cidade de Wuhan, China. Menos de 1 mês depois, a Organização se manifesta novamente e é declarada Emergência Internacional, seguida pelo Brasil que, em 03 de fevereiro de 2020, declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (BRASIL, 2020b).

A doença, que se espalhou rapidamente pelos cinco continentes, causou não somente uma crise sanitária, mas impactou fortemente o sistema econômico globalizado e, conseqüentemente, elevou a desigualdade social, sendo indispensável a tomada de medidas para manter os direitos à saúde, à assistência social e fortalecer a economia.

Com o isolamento social, muitas atividades econômicas consideradas não essenciais foram paralisadas, o que levou à redução do consumo de bens e serviços pela população, situação que impactou no faturamento das empresas e, conseqüentemente, foi fato determinante no aumento de desempregos no país.

De acordo com a pesquisa “O Impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios”, realizada em abril de 2020, 87,5% das micro e pequenas empresas tiveram seus faturamentos reduzidos em razão da pandemia de Covid-19, sendo essa queda estimada em cerca de 75% (SEBRAE, 2020). Segundo estudo da Confederação Nacional do Comércio (GALVÊAS, 2021), no ano de 2020, entre inaugurações e fechamentos, 75,2 mil empresas do comércio foram fechadas, sendo este o pior saldo desde 2016.

Instaurada a crise, o desemprego foi alavancado. Durante o primeiro trimestre de 2020, período que engloba o início da pandemia no país, a taxa de desocupação subiu para 12,2% em relação ao último trimestre de 2019, somando 12,9 milhões de desempregados no país (IBGE, 2020a). Ao longo dos meses pandêmicos, a taxa de desocupação seguiu crescendo, sendo de 13,3% no segundo trimestre (IBGE, 2020b) e 14,6% no terceiro trimestre (IBGE, 2020c), havendo uma leve queda no quarto trimestre e alcançando a taxa de 13,9% (IBGE, 2020d). Com isso, o Brasil encerrou o ano de 2020 com uma taxa média de 13,5% e, devido aos efeitos da pandemia de Covid-19, 20 estados brasileiros obtiveram alta recorde de desemprego (SILVEIRA, 2021).

A partir deste cenário, os trabalhadores informais ficaram ainda mais vulneráveis. Isso porque, com as medidas de proteção impostas pelos governantes, indispensáveis para a contenção do vírus, estes se viram impedidos de garantirem o seu sustento. Ou seja, em época de pandemia, as pessoas mais afetadas são aquelas que já se encontravam à margem da sociedade (MORAES, 2020).

Insta destacar, ainda, que entre os trabalhadores informais é necessário realizar recortes de gênero e raça. Isso porque a Síntese de Indicadores Sociais do IBGE (2020e), revelou que, entre as mulheres, as taxas mais elevadas de informalidade ocorram nas atividades de serviços domésticos. No que diz respeito a cor e raça, a pesquisa indica que a maior participação na informalidade é de pessoas pretas ou pardas. Por outro lado, verificou-se que é progressiva a participação da população em ocupações informais, à medida em que se reduz o grau de escolaridade.

Sendo assim, o cidadão, ao enfrentar dificuldades na tentativa de buscar seu sustento, se predispõe a aceitar cargos que não concedam os benefícios estabelecidos na Consolidação da Leis do Trabalho, acarretando a chamada precarização do trabalho (CASTRO, 2021). Um exemplo de destaque são os trabalhadores de serviços de entrega, categoria que cresceu ainda mais durante a pandemia de Covid-19, vez que a demanda de entregas à domicílio aumentou durante o isolamento social. De acordo com reportagem publicada no site da BBC News Brasil, no estado de São Paulo, o cadastro de pessoas no aplicativo de entregas Rappi, no início da pandemia, cresceu 300% (SOUZA; MACHADO, 2020).

Outro aspecto que induz a busca dos brasileiros por trabalhos informais são as dificuldades em adquirir os meios necessários para efetivação do chamado *home office* ou teletrabalho, vez que a maioria dos trabalhadores não possuem condições em realizar essa modalidade laboral que se tornou tendência durante a pandemia de Covid-19 (SOUZA, 2020). Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, apenas 22,7 dos trabalhadores brasileiros tem estrutura para realizar esse tipo de trabalho. Os autores ainda indicam que “há uma correlação

positiva entre o percentual de teletrabalho e a renda per capita dos estados brasileiros” (GOÉS; MARTINS; NASCIMENTO, 2020, p. 6).

Nota-se, portanto, que o cenário resultante da pandemia de Covid-19 trouxe fortes impactos à economia brasileira, elevando as taxas de desemprego e influenciando, principalmente, na vida dos indivíduos já marginalizados, como os trabalhadores informais, exigindo que o Estado brasileiro fornecesse rápidas respostas aos cidadãos, visando abrandar os prejuízos causados pela pandemia do coronavírus, fornecendo meios de garantir a sobrevivência do país. Entre essas respostas, surgiu o chamado auxílio emergencial.

### **3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A CRIAÇÃO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL**

Em 1988, a Constituição Brasileira definiu, em seu art. 1º, inciso II, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 80), ao dispor que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o constituinte reconheceu “categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constituiu finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.

Como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com a doutrina constitucionalista contemporânea, a dignidade da pessoa humana constitui:

(...) verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (RE 477.554 Agr, 2011).

A dignidade da pessoa humana, portanto, está intimamente ligada a assegurar a todos o acesso a condições básicas que permitam que o indivíduo usufrua de uma vida digna. Derivado deste princípio, surge o direito fundamental ao mínimo existencial. O direito ao mínimo existencial possui caráter universal, ou seja, deverá ser garantido a todo e qualquer indivíduo, independentemente de qualquer outra condição (SARMENTO, 2016).

Salienta-se que, apesar de se tratar de um direito de caráter universal, isso não significa que o mínimo existencial deverá ignorar as diferenças e especificidades de cada indivíduo. É nesse sentido a lição de Sarmento:

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange, também, as condições socioculturais, que,

para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social (2016, p. 217).

Portanto, cabe ao Poder Público, instituído como o garantir dos direitos fundamentais, provenha condições materiais básicas que visem garantir uma vida digna aos cidadãos. Nesta toada, Sarlet dispõe que diante de transformações da sociedade, o Estado não poderá suprimir direitos mínimos que são devidos à sociedade:

Destaque-se, aliás, que o conjunto de prestações básicas, especialmente aquelas que densificam o princípio da dignidade da pessoa humana e correspondem ao mínimo existencial, não poderá ser suprimido nem reduzido, mesmo se ressalvados os direitos adquiridos, já que a violação de medidas de concretização do núcleo essencial da dignidade humana é injustificável sob o ponto de vista da ordem jurídica e social (SARLET, 2019, p. 820).

Conforme exposto anteriormente, com a pandemia de Covid-19, instaurou-se uma crise não só sanitária, mas econômica e social. Em terras brasileiras, a interrupção de diversos setores ocasionou aumento nas taxas de desemprego e maior aderência ao campo de trabalho informal por parte dos mais pobres, devido as dificuldades de manutenção de seus sustentos.

Diante dessa situação excepcional, coube ao Governo buscar cumprir o previsto no artigo 203 da Magna Carta de 1988, o qual determina em seu *caput* que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição”, dispondo em seu inciso V que deverá ser garantido um salário mínimo de benefício mensal aos portadores de impedimentos a longo prazo e aos idosos que não possuam meios de “prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.

Interessante lembrar que o dispositivo acima citado faz referência ao salário mínimo, perpetuado na Constituição Federal como direito social em seu artigo 7º, inciso IV, o qual deverá ser capaz de atender as necessidades vitais do indivíduo e de sua família, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, ou seja, garantir aos brasileiros o chamado mínimo existencial.

A partir disso, com o intuito de minorar as consequências trazidas pela pandemia, em 02 de abril de 2020, foi publicada a Lei nº 13.892/2020, que dispõe sobre os critérios excepcionais de proteção social a serem garantidas durante o período de calamidade pública imposto pela Covid-19, instituindo um benefício de natureza semelhante ao benefício de prestação continuada (BPC), mas com valor inferior e de caráter temporário (BRASIL, 2020f).

O dispositivo legal dispõe sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde

pública de importância internacional decorrente do coronavírus, tornando-se a principal fonte de renda de milhões de cidadãos brasileiros.

Trata-se, portanto, de um benefício temporário, não de natureza previdenciária, mas sim assistencial, possuindo essência alimentar. Nesta toada, interessante destacar o ensinamento de Martinez:

A origem do benefício não é generosidade do administrador. O programa foi idealizado com propriedade consistente, sem esquecer que, em outro cenário, de maior miséria e crescente desigualdade, poderia levar a grandes manifestações públicas da população (...) Ressalte, como destacado aqui e em várias oportunidades, a essência alimentar da prestação. De sorte que caberá ao Governo Federal pensar na fase após o fim da prestação. Um lado bom é ter de pensar mais nas condições em que o povo vive (2020, p. 45).

Portanto, em meio ao caos, o Auxílio Emergencial foi criado com a intenção de diminuir os impactos negativos impostos pela pandemia de Covid-19 aos brasileiros menos favorecidos, na tentativa de permitir que tais cidadãos tivessem acesso à direitos básicos garantidos constitucionalmente, como alimentação, moradia, saúde e até mesmo educação.

E é nesse ponto que o Auxílio Emergencial encontra fundamento no chamado mínimo existencial. Isso porque, de acordo com Habermas, o mínimo existencial possui caráter instrumental, vez que visa “assegurar a possibilidade de efetiva fruição dos demais direitos, que, por sua vez, viabilizam o funcionamento da democracia deliberativa, conferindo legitimidade ao Direito” (1998, p. 17 *apud* SARMENTO, 2016, p. 206).

Nas palavras de Sarmiento (2016), o mínimo existencial nada mais é do que a garantia de condições básicas para a vida digna. Ou seja, é um direito que deriva diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, além de se manifestar em outros vários direitos fundamentais sociais previstos na Constituição, como saúde, educação, moradia, alimentação, assistência social, etc. Sem as condições básicas, como um indivíduo poderia desfrutar dos demais direitos fundamentais?

Portanto, em resumo, esse é o objetivo do Auxílio Emergencial: garantir que os cidadãos brasileiros atingidos pela pandemia do coronavírus, principalmente os que já se encontraram em situação de vulnerabilidade, obtivessem as condições básicas de uma vida digna. Entretanto, após mais de um ano após a implementação do benefício, resta o questionamento: a medida governamental foi capaz de diminuir o impacto negativo causado pela pandemia, garantindo uma vida digna aos brasileiros menos abastados?

### **3.1. AS DIFICULDADES DE ACESSO AO BENEFÍCIO EMERGENCIAL**

Em abril de 2020, o Auxílio Emergencial foi recebido pela população brasileira como uma esperança para os indivíduos em situação de vulnerabilidade.

Em um momento em que o isolamento social era indispensável, foi desenvolvido um sistema virtual com o fito de evitar aglomerações tanto no momento de solicitação do benefício quanto em relação ao recebimento dos valores.

Em razão disso, aos cidadãos inscritos no Cadastro Único, o requerimento não era necessário, vez que o auxílio seria concedido automaticamente, desde que estes atendessem às regras dispostas em lei. Por outro lado, aos não inscritos no Cadastro Único, o requerimento poderia ser realizado através de um *site* ou por um aplicativo de *smartphone* criado especificamente para isso. No tocante ao pagamento, também foram criadas alternativas, a fim de se evitar filas das agências bancárias por todo o país. Aos já beneficiários do Programa Bolsa Família, o benefício temporário poderia ser sacado através do Cartão Bolsa Família ou Cartão Cidadão. Já aos cadastrados no Cadastro Único, mas não beneficiários do Bolsa Família, a benesse seria paga em conta poupança da Caixa ou do Banco do Brasil e, em caso de ausência de conta, o sistema providenciaria a abertura automática de uma conta social digital na Caixa. Na mesma toada, os trabalhadores sem Cadastro Único poderiam receber o auxílio em contas de qualquer banco ou na conta poupança social digital (BRASIL, 2020c).

Com a abertura dos requerimentos em 07 de abril de 2020, os sistemas da Dataprev indicaram que, até o dia 10 do mesmo mês, foram realizados 23 milhões de requerimentos, com cerca de 16,4 milhões de deferimentos (BRASIL, 2020d). De abril a dezembro, foram processados 150,6 milhões de requerimentos, beneficiando um total de 67,9 milhões de pessoas diretamente, o que equivale a cerca de 1/3 da população brasileira (BRASIL, 2021).

Ou seja, é notável que ao longo do ano de 2020 o número de processamentos relacionados ao Auxílio Emergencial foi de grande monta, restando óbvia a grave situação financeira dos brasileiros e, ao longo desses meses, diversos obstáculos surgiram ao passo em que estes tentavam acessar a referida benesse, tanto de caráter burocrático quanto tecnológico, prejudicando principalmente os cidadãos já marginalizados antes da pandemia.

Nota-se que, entre as parcelas mais excluídas da população, a burocracia imposta pelo Estado é muitas vezes um grande obstáculo no acesso a benefícios como o Auxílio Emergencial. Isso porque os indivíduos apresentam dificuldades em compreender os formulários cadastrais, as regras bancárias e até mesmo os aplicativos de celular criados especificamente para realização do requerimento. Em razão disso, frequentemente dependem da assistência governamental, principalmente os Centros de Referência da Assistência Social (CRAS) e outras instituições estatais, como a Defensoria Pública da União.

Um dos primeiros problemas inesperados foi relacionado ao Cadastro de Pessoas Físicas. O Decreto nº 10.316/2020, em seu artigo 7º, § 4º, dispôs que,

para receber o benefício, o trabalhador deveria estar inscrito no CPF obrigatoriamente, devendo a situação estar regular junto à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia (BRASIL, 2020g). Ocorre que, com isso, verificou-se que milhares de brasileiros não possuem CPF, não só por suspensão, mas também devido a sua extinção (MARTINEZ, 2020).

A discussão acerca da obrigatoriedade do CPF foi levada ao Poder Judiciário. Em decisão, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou, liminarmente, a suspensão da exigibilidade da regularização do CPF como condição para o recebimento do Auxílio Emergencial. Nas palavras do relator convocado, o juiz federal Ilan Presser, a exigência causou aglomerações, ou seja, exatamente o contrário do recomendado pelas medidas de contenção do coronavírus:

A tutela jurisdicional em referência tem por suporte fático e jurídico a alegação de que, além de medida desprovida de amparo legal, a referência exigência resultou, ainda, em formação de aglomerações no Estado do Pará, onde se registrou o comparecimento de mais de 400 pessoas, em frente à Delegacia da Receita Federal em Belém/PA, e diversas outras aglomerações, em agências dos correios em outras cidades.

Tudo isso em manifesta contrariedade às medidas de distanciamento social recomendadas pelas autoridades governamentais e sanitárias, em virtude da quarentena imposta pela pandemia decorrente do Covid-19, reconhecida pela OMS: e consistente, justamente, em que sejam tomadas medidas para evitar a aglomeração de pessoas (TRF1 – Decisão Monocrática. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 1010150-57.2020.4.01.0000, 2020).

Outro ponto levantado na decisão é de que a Lei nº 13.982/2020 não exigiu a regularização do CPF, vez que a disposição surgiu somente durante a regulamentação da referida Lei, através do Decreto nº 10.316/2020. Ou seja, a princípio, a norma infralegal restringiu direitos, vez que inseriu uma exigência não prevista na lei que instituiu o benefício.

Por sua vez, a liminar restou suspensa pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo mantida a obrigatoriedade da regularização do CPF para o recebimento da benesse, sob a justificativa de que a readequação do sistema Dataprev para cumprimento da decisão do TRF1 implicaria no atraso do processamento de milhões de solicitações e traria prejuízos graves à economia e à população (STJ – Decisão Monocrática. SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA: SLS nº 2692/2020. Data de publicação: 22/04/2020).

Ora, portanto, verifica-se que tanto na hipótese levantada pelo TRF1 quanto na situação prevista pelo STJ, os prejuízos recairiam sobre a população brasileira. Isso porque, apesar da implementação de sistema online pela Receita Federal, destinado à regularização do CPF, é necessário salientar que cerca de 47 milhões de brasileiros não são usuários da internet e, entre a população mais pobre do país, apenas metade das casas das classes D e E têm acesso à internet (CGI, 2020).

Além disso, relatos de inconsistências no cruzamento dos dados pelos sistemas utilizados pelo Governo Federal causaram diversos inconvenientes aos requerentes do benefício, além de aglomerações e filas enormes em agências da Caixa Econômica Federal – justamente o que se visava evitar, tornaram-se rotina na vida dos brasileiros, conforme se infere em matéria publicada pela UOL (TEIXEIRA, 2020) e como foi possível acompanhar nos noticiários por todo o país desde o início do Auxílio Emergencial.

Outra questão levantada abrange a população em situação de rua do país. Ora, com o requerimento do auxílio fundado em um sistema majoritariamente virtual, teriam essas pessoas condições de acessar o benefício?

A ausência de dados sobre essa população dificulta a tomada de medidas de proteção. Isso porque o Brasil não realiza contagem oficial da população em situação de rua em nível nacional. De acordo com nota técnica do IPEA, em estimativa, desde 2012 a população de rua teria crescido cerca de 140%, alcançando quase 222 mil brasileiros em março de 2020 (NATALINO, 2020).

De mais a mais, outros pontos intensificam as dificuldades enfrentadas pela população de rua. De acordo com Marco Natalino e Marina Brito Pinheiro (2020), a população de rua brasileira é caracterizada pela extrema pobreza, vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular. Em razão disso, a localização desses indivíduos é mais difícil, situação agravada pela ausência de documentação.

Conforme exposto acima, a necessidade de regularização do CPF foi um grande empecilho quando do lançamento do Auxílio Emergencial e, segundo o último levantamento nacional realizado no país em 2009, apenas 42% dos moradores de rua tinham CPF e 25% não tinham qualquer documento de identificação. Tudo isso somado ao baixo índice de participação no sistema bancário, a baixa escolaridade e a ausência de acesso à internet formam alguns dos obstáculos enfrentados por essa população na batalha pelo Auxílio Emergencial (NATALINO; PINHEIRO, 2020).

Essas são apenas algumas das dificuldades encontradas pelos brasileiros na tentativa de obter o Auxílio Emergencial. Devido a tais dificuldades e aos milhares de requerimentos negados, os cidadãos passaram a buscar o benefício através do Poder Judiciário. Em uma tentativa de solucionar esse problema, foi criado um acordo entre a Defensoria Pública da União e o Ministério da Cidadania, o qual permitiria, em tese, uma análise mais rápida em algumas hipóteses de indeferimento e, nas situações não abrangidas pela resolução extrajudicial, seria necessária a judicialização perante a Justiça Federal (BRASIL, 2020e).

A Defensoria Pública da União, desde o início do Auxílio Emergencial, já instaurou mais de 160.000 Processos de Assistência Jurídica e atendeu mais de

600.000 mil pessoas, beneficiando direta ou indiretamente aproximadamente 1,9 milhão de pessoas (DPU, s.d, s.p., *online*).

Ocorre que, infelizmente, a Defensoria Pública da União não está presente em todo o país, mas somente nas capitais e em mais 43 cidades do interior. Por isso, moradores de municípios não abrangidos pela circunscrição dessas cidades não podem contar com o auxílio da instituição, sendo necessário buscar a advocacia privada, por exemplo. Ademais, mesmo nas cidades atendidas pela instituição, devido a demanda gigantesca relacionada ao Auxílio Emergencial e a pouca quantidade de defensores e defensoras públicas, o atendimento passou a ter uma longa espera e muitas unidades tiveram que limitar o número de cidadãos atendidos (DPU, s.d, s.p., *online*).

De acordo com a Plataforma Nacional Interinstitucional de Dados Abertos relativos aos processos judiciais envolvendo o tema Covid-19, até o momento foram propostas por todo o país cerca de 225 mil ações judiciais relacionadas ao assunto “Auxílio Emergencial” na Justiça Federal (CNJ, OBSERVATÓRIO NACIONAL, 2021). Considerando que cerca de 80 milhões de pessoas tiveram seus auxílios negados e estima-se que, em relação ao Auxílio Emergencial de 2021, mais 15 milhões de pessoas deixarão de receber o benefício (DPU, s.d, s.p., *online*), o número de processos judiciais, apesar de alto, é ínfimo se comparado ao número de indeferimentos.

Isso posto, nota-se que, apesar do grande número de beneficiados com o Auxílio Emergencial, também é altíssimo o número de pessoas que tiveram a benesse negada e sequer possuíram acesso ao Poder Judiciário para tentar solucionar a questão, situação agravada pelas dificuldades de acesso da população marginalizada, como a falta de acesso à internet e a ausência de compreensão da burocracia estatal como um todo.

### **3.2. O IMPACTO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL NA RENDA DOS BRASILEIROS**

É indiscutível que um programa de transferência de renda como o Auxílio Emergencial causou grande impacto ao Brasil, não sendo possível esgotar toda sua amplitude em um único artigo. É possível verificar, entretanto, como a renda dos milhões de brasileiros beneficiários foi modificada com a criação da benesse e se foi possível a manutenção de uma vida digna durante a pandemia do novo coronavírus.

Insta destacar que, antes mesmo do surgimento da Covid-19, o Brasil já vinha enfrentando uma grave crise política e econômica. Segundo retratado pela Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) 2017-2018 (IBGE, 2020f), nos anos de 2017 e 2018, cerca de 10,3 milhões de brasileiros, valor correspondente a cer-

ca de 5% da população, conviveu com a insegurança alimentar grave. Além disso, em 2018, o país tinha 13,5 milhões de pessoas com renda mensal per capita inferior a R\$ 145,00, ou U\$S 1,9 por dia, critério adotado pelo Banco Mundial para identificar a extrema pobreza, conforme dados da Síntese de Indicadores Sociais (SIS) (IBGE, 2019).

Ou seja, há tempos a dignidade da pessoa humana não é devidamente respeitada e protegida pelo Estado Brasileiro como determina a Magna Carta de 1988, o que leva a uma “consequência evidente e inegável: a pauperização da população, a produção da exclusão, o recrudescimento das desigualdades sociais” (OLSEN, 2012 *apud* STABILE, 2015, p. 9).

Com a pandemia, o cenário acima descrito se acentuou. De acordo com o professor Paulo Aguiar do Monte (2020), baseado nos dados da PNAD-COVID19, levantamento realizado no ano de 2020, grande parcela da população pobre teve sua renda alterada em razão do Auxílio Emergencial. Isso porque, em relação à renda média do Brasil no valor de R\$ 1.154,80, ao considerar o auxílio, houve um aumento de 11,3%, alterando a renda média para 1.286,10. Além dessa alteração, verificou-se uma diferença significativa na condição de extrema pobreza. Isso porque, desconsiderando o programa de transferência de renda, o percentual de domicílios brasileiros vivendo essa realidade seria de 14,4%. Entretanto, considerando o valor do auxílio emergencial, há uma redução para 3,2% dos domicílios em pobreza extrema (MONTE, 2020).

A partir destes e outros percentuais, Monte (2020) concluiu que o Auxílio Emergencial passou a ter forte impacto na composição da renda dos indivíduos mais pobres, aumentando a renda desses indivíduos e, conseqüentemente, reduzindo os efeitos negativos da pandemia.

Neste mesmo sentido, os pesquisadores do Centro de Estudos de Microfinanças e Inclusão Financeira da FGV EAESP, Gonzalez e Barreira (2020), realizaram um levantamento com o fito de estimar os efeitos da pandemia e do Auxílio Emergencial sobre a renda domiciliar brasileira. Os autores concluíram que, para os indivíduos que foram beneficiados com o auxílio temporário, o acréscimo da renda mais do que compensou as perdas de renda consequentes da crise instalada no país. Isso porque, no que diz respeito aos trabalhadores que tiveram sua renda diminuída devido a pandemia, houve o acréscimo de aproximadamente 24% na renda usual pré-pandêmica. Por outro lado, no tocante aos indivíduos mais afetados pela crise do coronavírus, ou seja, os trabalhadores informais, que já possuíam renda inferior no período anterior à pandemia, o auxílio emergencial permitiu um ganho de renda equivalente a 50%.

Entretanto, apesar da resposta positiva do Auxílio Emergencial na renda da população beneficiada, é necessário salientar que o benefício foi criado a partir do

objetivo de garantir à população vulnerável proteção social, ou seja, condições de vida mínima durante o período pandêmico que gerou a crise no país e no mundo. Para isso, indispensável verificar a relação entre os valores pagos pelo Governo Federal e as necessidades básicas dos cidadãos.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o valor que, em tese, garantiria uma vida digna ao brasileiro, é o equivalente ao salário mínimo que, atualmente, encontra-se fixado em R\$ 1.100,00, e, à época do início da pandemia, possuía o valor de R\$ 1.045,00.

Ao dispor acerca da Assistência Social, o diploma legal ainda garante o pagamento de um salário mínimo aos idosos e pessoas com deficiência que não possuam meios de manter uma vida digna. O auxílio emergencial foi criado com base nesse dispositivo, vez que o legislador ampliou as situações em que o benefício garantidor seria pago, de modo temporário, visando a proteção social dos mais vulneráveis durante a pandemia.

Ensina Krell (2000) que “é obrigação do Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais” (*apud* SARLET, 2000, p. 42).

Todavia, segundo as Pesquisas da Cesta Básica de Alimentos, realizadas mensalmente pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, o valor atual do salário mínimo está extremamente desatualizado.

De acordo com a pesquisa realizada no mês de abril de 2020, data de início do Auxílio Emergencial, o salário mínimo necessário equivaleria a R\$ 4.673,06 (quatro mil, seiscentos e setenta e três reais e seis centavos), ou seja, 4,47 vezes o mínimo vigente de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais). O valor da cesta básica mais cara do país, no capital de São Paulo, tinha o custo de R\$ 556,25 (quinhentos e cinquenta e seis centavos e vinte e cinco centavos), enquanto a mais barata custava R\$ 401,37 (quatrocentos e um reais e trinta e sete centavos), na cidade de Aracaju, capital de Sergipe (DIEESE, 2020).

Ou seja, em abril de 2020, quando foram pagas as primeiras parcelas do benefício temporário, o valor de uma cota equivalia a R\$ 600,00 (seiscentos reais), sendo sequer suficiente para garantir a alimentação básica da população brasileira, que dirá os demais itens essenciais à garantia de uma vida digna, como moradia, educação, lazer, transporte, entre outros.

Atualmente, a estimativa do salário mínimo necessário ao brasileiro, referente à pesquisa de maio de 2021, está no valor de R\$ 5.351,11 (cinco mil, trezentos e cinquenta e um reais e onze centavos) (DIEESE, 2021). Em contra-

partida, os valores do Auxílio Emergencial 2021 variam entre R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e R\$ 375 (trezentos e setenta e cinco reais).

Há, portanto, um grave descompasso entre a previsão constitucional e a realidade brasileira. Anos atrás, muito antes da pandemia de Covid-19, juristas já denunciavam que o país está muito distante de garantir o justo acesso à renda e a garantia dos direitos fundamentais, consoante as lições de Arzabe (s.d; s.p., *online*):

Como líder às avessas no processo de distribuição de renda no mundo, campeão da concentração da renda nas mãos de poucos, o Estado brasileiro distribui a mais da metade de sua população doenças, ausência de moradia, educação insuficiente que não permite ultrapassar a barreira do analfabetismo funcional, desemprego e desagregação cultural.

Portanto, o atual cenário brasileiro não nasceu com a pandemia de Covid-19, mas foi recrudescido e escancarado diante de toda a sociedade, levantando novas discussões acerca dos valores atuais do salário mínimo e da necessidade de instituição de uma renda básica aos brasileiros.

Portanto, nota-se que apesar do auxílio emergencial ter caracterizado grande amparo a milhões de brasileiros, compensando parte das perdas causadas pela pandemia, também trouxe à superfície uma realidade muitas vezes menosprezada pelo Estado Brasileiro: a discussão acerca da necessidade de políticas públicas voltadas aos cidadãos brasileiros, a fim de garantir o direito ao mínimo existencial, assegurado pela Constituição Federal de 1988.

#### **4. CONCLUSÃO**

A pandemia do novo coronavírus criou um cenário de crise econômica inédito ao redor do mundo, com consequências drásticas no Brasil, principalmente para a população vulnerável que, em situações como essa, costuma ser a mais prejudicada. Tais consequências foram imediatas, pois, além das milhares de vidas perdidas, houve alto índice de desemprego, fechamento de milhares de empresas, queda de renda e, conseqüentemente, piora no bem estar da população.

Em resposta, as diferentes esferas de governo buscaram minimizar os prejuízos à população, através das medidas de distanciamento social e, no tocante à renda, a instituição de uma renda básica temporária, o chamado Auxílio Emergencial, medida que ainda está em andamento, vez que a pandemia ainda assola o país.

Na tentativa de buscar meios de sobrevivência em meio ao caos pandêmico, milhares de brasileiros encontraram diversos percalços para obter a benesse, principalmente devido à falta de informações e a existência de barreiras tecnológicas e burocráticas. Ou seja, além da insegurança econômica, alimentar e o medo de contrair a doença, os cidadãos se viram obrigados a buscar ajuda de ins-

tituições como os Centros de Referência de Assistência Social, em uma tentativa de conseguirem, ao menos, realizar os requerimentos da benesse.

Além disso, em razão de erros no aplicativo e até mesmo cruzamento de dados desatualizados nas bases governamentais, muitos indivíduos tiveram seus benefícios negados indevidamente, o que acarretou elevada judicialização de causas relacionadas ao auxílio emergencial, abarrotando o Poder Judiciário e instituições como a Defensoria Pública da União, que não possui mão de obra suficiente para prestar a assistência jurídica para toda a população vulnerável.

É nesse contexto que o trabalho procurou analisar, à luz do princípio do mínimo existencial e com base em estatísticas relacionadas ao auxílio emergencial, os efeitos do benefício na renda dos brasileiros, especialmente no caso dos indivíduos em situação marginalizada.

A Constituição Federal possui a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, e é daí que surge o direito ao mínimo existencial que, em resumo, trata-se das condições básicas que deverão ser garantidas a todos os cidadãos, independentemente de qualquer requisito, para que estes possam ter uma vida digna, cabendo ao Estado o dever de garantir referido direito. São essas condições básicas que permitem que o indivíduo tenha a possibilidade de exercer seus demais direitos.

Conforme foi possível inferir, o Auxílio Emergencial foi de grande ajuda para muitos brasileiros no ano de 2020. Inclusive, o acréscimo de renda compensou as perdas causadas pela crise criada pela pandemia em muitos dos casos, impedindo quedas mais substanciais nas rendas dos brasileiros. Entretanto, é importante destacar que, apesar disso, os valores pagos a título do auxílio não são excessivos.

Pelo contrário, o fato de milhões de cidadãos necessitarem do benefício temporário explicitou uma realidade brasileira que já existe desde muito antes do período pandêmico: a desigualdade social que assola o país. E, em razão disso, as pessoas que já se encontravam em situação vulnerável foram ainda mais prejudicadas.

Nota-se, portanto, que o Auxílio Emergencial, apesar das dificuldades enfrentadas, atingiu, ao menos em relação a parte da população brasileira, o objetivo de garantir que os brasileiros não sofressem ainda mais com os efeitos da pandemia. Isso não significa, entretanto, que o Auxílio Emergencial garantiu aos cidadãos uma vida digna.

Todavia, exigir que o benefício temporário fosse capaz de, em pouco mais de um ano, garantir a milhares de brasileiros condições básicas que sequer exis-

tiam antes da pandemia, não é apropriado, vez que a solução da realidade social do país exige muito mais esforços.

Tem-se, portanto, que o Auxílio Emergencial foi capaz de impedir que os mais vulneráveis fossem ainda mais afetados pela crise econômica, mas não foi suficiente para garantir uma existência digna. A culpa da falta dessas condições, entretanto, não pode recair apenas sobre política pública em questão. Em verdade, as condições básicas de uma vida digna já não existem há muito tempo para a população marginalizada.

Sendo assim, a esperança é de que a situação causada pela pandemia, a qual não se sabe por quanto tempo perdurará, sirva de lição para a gestão pública do país, instituindo-se novas medidas governamentais para solucionar a desigualdade social no país, incluindo providências para implementar uma renda básica que há tanto tempo é discutida e não é efetivada, vez que a efetivação do direito ao mínimo existencial, o qual garante a presença das condições básicas para uma vida digna, é medida urgente e deveria ser tratada como tal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARZABE, P.H. *Pobreza, Exclusão Social e Direitos Humanos: o papel do Estado*. Sem data. Não paginado. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/dhesc/phelena.html>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde regulamenta condições de isolamento e quarentena*. Brasília, 13 de março de 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/saude-regulamenta-condicoes-de-isolamento-e-quarentena>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus*. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania. *Tutorial de Acesso ao Auxílio Emergencial*. 2020c. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/cidadania/auxilio\\_emergencial/Tutorial%20-%20Auxi%CC%81lio%20Emergencial.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/cidadania/auxilio_emergencial/Tutorial%20-%20Auxi%CC%81lio%20Emergencial.pdf). Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Dataprev. *Auxílio Emergencial: Sistemas da Dataprev habilitam 16,4 milhões de informais*. Brasília, 15 de abril de 2020d. Disponível em: <https://portal3.dataprev.gov.br/auxilio-emergencial-sistemas-da-dataprev-habilitam-164-milhoes-de-informais>. Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania. *Ministério da Cidadania e DPU contra o Coronavírus*. Brasília, 19 de junho de 2020e. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/ acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-frequentes-1/ministerio-da-cidadania-e-dpu>. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.892, de 2 de abril de 2020*. Brasília, DF. Senado Federal, 2020f. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020*. Brasília, DF. Senado Federal, 2020g. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm). Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Nacional de Renda de Cidadania. Secretaria Nacional do Cadastro Único. *Perfil dos beneficiários do Auxílio Emergencial pela Covid-19: quem são e onde estão?* 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/cidadania/pt-br/servicos/sagi/relatorios/deolhonacidadania\\_3\\_2202.pdf](https://www.gov.br/cidadania/pt-br/servicos/sagi/relatorios/deolhonacidadania_3_2202.pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2692 – PA (2020/0089719-9)*.

Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha, 17 de abril de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicação=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202000897199](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicação=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202000897199). Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477554/MG*. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta representada por Elizabeth Alves Cabral. Agravado: Edson Vander de Souza. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de agosto de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). *Agravo de Instrumento nº 10101505720204010000*. Agravante: Estado do Pará. Agravado: União Federal. Relator: Juiz Federal Ilan Presser. Brasília, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em: 22 maio 2021.

CASTRO, M. F. de. A pandemia e os entregadores por aplicativo: algumas considerações sobre a precarização do trabalho. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, v. 20, p. 70 – 80, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/157157/1751375151615>. Acesso em: 1 maio 2021.

CGI. Comitê Gestor da Internet no Brasil. Centro Regional de Pesquisa para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação. TIC Domicílios: *Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros*. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/analises/>. Acesso em: 15 maio 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Observatório Nacional: Ações Judiciais*. Disponível em: <https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/acoes-judiciais/>. Acesso em: 22 maio 2021.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Pesquisa Nacional da Cesta Básica de Alimentos*: tomada especial de preços de abril de 2020. São Paulo, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasic/2020/202004cestabasic.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Maior*: cesta básica aumenta em 14 capitais. São Paulo, 8 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasic/2021/202105cestabasic.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

DPU. Defensoria Pública da União. *Hotsite da Defensoria Pública da União sobre o coronavírus*. Sem data. Não paginado. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/dpucontraocoronavirus>. Acesso em: 22 maio 2021.

GALVÊAS, E. Síntese da Conjuntura. *Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo*, Rio de Janeiro, 15 de março de 2021. Disponível em: [https://portal-bucket.azureedge.net/wp-content/1617129308\\_20210315.pdf](https://portal-bucket.azureedge.net/wp-content/1617129308_20210315.pdf). Acesso em: 01 maio 2021.

GOÊS, G. S.; MARTINS, F. dos S.; NASCIMENTO, J. A. S. Nota Técnica: potencial de teletrabalho na pandemia: um retrato no Brasil e no mundo. *Carta de Conjuntura IPEA*, n. 47, 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200608\\_nt\\_cc47\\_teletrabalho.PDF](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200608_nt_cc47_teletrabalho.PDF). Acesso em: 17 abr. 2021.

GONSALEZ, L.; BARREIRA, B. *Efeitos do auxílio emergencial sobre a renda*: excessivas são a pobreza e a desigualdade, não o auxílio. FGV ESESP, julho de 2020. Disponível em: <https://easp.fgv.br/sites/easp.fgv.br/files/u624/auxilioemergv10.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Primeiro Trimestre de 2020*. Rio de Janeiro, 2020a. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2020\\_1tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_1tri.pdf). Acesso em: 20 mar. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Segundo Trimestre de 2020*. Rio de Janeiro, 2020b. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2020\\_2tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_2tri.pdf). Acesso em: 20 mar. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2020*. Rio de Janeiro, 2020c. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2020\\_3tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_3tri.pdf). Acesso em: 20 mar. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Quarto Trimestre de 2020*. Rio de Janeiro, 2020d. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/12421/pnact\\_2020\\_4tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/12421/pnact_2020_4tri.pdf). Acesso em: 20 mar. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro, 2020e. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em 17 abr. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa de Orçamentos Familiares: 2017 – 2018: Análise da Segurança Alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro, 2020f. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&cid=210174>. Acesso em: 25 maio 2021.

MARTINEZ, W. N. *Comentários às leis do auxílio emergencial: Leis 13.982/2020 e 13.998/2020 – estudo prático sobre o Coronavoucher*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

MENDES, G. F. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/915>. Acesso em: 03 abr. 2021.

MONTE, P. A. do. Auxílio Emergencial e seu impacto na redução da desigualdade e pobreza. In: *XXV ENCONTRO REGIONAL NORDESTE DE ECONOMIA*, Área 1 – Economia Regional, 2020, online. Disponível em: [http://www.anpec.org.br/nordeste/2020/submissao/arquivos\\_identificados/105-1c9403577e3d3dd8fa1ad114b268474.pdf](http://www.anpec.org.br/nordeste/2020/submissao/arquivos_identificados/105-1c9403577e3d3dd8fa1ad114b268474.pdf). Acesso em: 30 maio 2021.

MORAES, R. B. de S. Precarização, uberização do trabalho e proteção social em tempos de pandemia. *Revista NAU Social*, Brasília, v. 11, n. 21, p. 377 – 394, nov. 2020 / abr.2021. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nausocial/about/editorialTeam>. Acesso em: 1 maio 2021.

NATALINO, M. *Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2021 a março de 2020)*. Brasília, 2020a. Disponível em < [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/200612\\_nt\\_disoc\\_n\\_73.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200612_nt_disoc_n_73.pdf). Acesso em: 22 maio 2021.

NATALINO, M.; PINHEIRO, M. B. *Proteção social aos mais vulneráveis em contexto de pandemia: algumas limitações práticas do Auxílio Emergencial e a adequação dos benefícios eventuais como instrumento complementar de política socioassistencial*. Brasília, 2020. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9999/1/NT\\_67\\_Disoc\\_Protecao%20Social%20aos%20Mais%20Vulneraveis%20em%20Contexto%20de%20Pandemia.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9999/1/NT_67_Disoc_Protecao%20Social%20aos%20Mais%20Vulneraveis%20em%20Contexto%20de%20Pandemia.pdf). Acesso em: 22 maio 2021.

SARLET, I. W. *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SEBRAE. *O Impacto da pandemia de corona vírus nos Pequenos Negócios – 2ª edição*. 2020. Disponível em: [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Impacto-do-coronav%C3%AADrus-nas-MPE-2%C2%AAedicao\\_geral-v4-1.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Impacto-do-coronav%C3%AADrus-nas-MPE-2%C2%AAedicao_geral-v4-1.pdf). Acesso em: 03 abr. 2021.

SHYMURA, L. G. A dificuldade de o auxílio emergencial chegar a quem precisa. *Revista Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 74, p. 6-9, 2021. Disponível em: <https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-05/cartaibre.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021

SILVEIRA, D. *Desemprego bate recorde em 20 estados brasileiros em 2020, diz IBGE*. G1, Rio de Janeiro, 10 de março de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/10/desemprego-bateu-recorde-em-20-estados-brasileiros-em-2020-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 01 maio 2021.

SOUZA, D. de O. As dimensões da precarização do trabalho em face da pandemia de Covid-19. *Trab. educ. saúde*, Rio de Janeiro, v. 19, jan. 2021. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1981-77462021000100501&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462021000100501&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 01 maio 2021.

SOUZA, F.; MACHADO, L. *Coronavírus*: entregadores de aplicativo trabalham mais e ganham menos na pandemia, diz pesquisa. BBC News Brasil, São Paulo, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52564246>. Acesso em 17 abr. 2021.

STABILE, E. A aplicação do princípio do mínimo existencial nas relações de trabalho. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Editora Unijui, ano 3, n. 6, v. 20, p. 4 - 24, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>. Acesso em: 24 set. 2021.

TEIXEIRA, L. B. *Auxílio*: primeiro dia de saque tem fila na Caixa, desinformação de bate-boca. UOL, São Paulo, 28 de abril de 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/27/auxilio-primeiro-dia-de-saque-tem-fila-na-caixa-desinformacao-e-bate-boca.htm>. Acesso em: 01 maio 2021.

# PARLAMENTO Y DEMOCRACIA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Juan Antonio Pabón Arrieta<sup>1</sup>

## 1. EL PARLAMENTO EN EL ESTADO DE DERECHO Y SU REALIDAD EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En líneas generales, el parlamento de la República de Colombia es el parlamento de un estado de derecho, organizado bajo un modelo de centralización política y, como suele decirse en el lenguaje jurídico, en forma de república unitaria, como si toda república no fuese una unidad estatal. Desde Aristóteles (2011), una república es concebida como una sociedad civil que funciona bajo reglas de la razón jurídica, es decir, leyes expedidas por un cuerpo legislativo —el parlamento en el mundo moderno— que, como poder constituido amparado en una constitución política, tiene asignada esa función legislativa, a fin de que en un estado de derecho se garantice la separación y división de poderes en forma vertical y horizontal.

Es bien sabido que el diseño de la separación y división de poderes en los ámbitos territorial, funcional, personal y orgánico debe garantizar derechos y libertades. En el clásico modelo liberal, particularmente, el inglés y el norteamericano, la competencia para dictar leyes corresponde al parlamento o a los parlamentos. En otras palabras, por regla general de derecho público contemporáneo, las atribuciones legislativas son de competencia del parlamento en las repúblicas centralizadas o descentralizadas políticamente.

Es que el parlamento o los parlamentos son o deben ser la voz política de la comunidad. Es su principal cuerpo de representación del poder de la ciudadanía. No en vano la democracia moderna es una democracia representativa, tal y como Locke (2005) expresa: “El poder legislativo no es sólo el sumo poder de la comunidad política, sino que permanece sagrado e inalterable en las manos en que lo pusiera la comunidad” (p. 79). Por su parte, agrega:

---

1 Doctor en Ciencia Política de la Universidad del Zulia, Venezuela. Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Alcalá de Henares, España. Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Atlántico, Colombia, y de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Colombia. Docente de pregrado y posgrado de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Barranquilla, y de posgrado de la Universidad Simón Bolívar, Colombia. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social —ASOFIDES—.

Ni puede ningún edicto de otra autoridad cualquiera, en forma alguna imaginable, sea cual fuera el poder que lo sustentare, alcanzar fuerza y obligamiento de ley sin la sanción del poder legislativo que el público ha escogido y nombrado; porque sin esta ley carecería de lo que es absolutamente necesario para ser tal: el consentimiento de la sociedad, sobre el cual no tiene el poder de dictar leyes, sino por consentimiento de ella y autoridad de ella recibida (...). (Locke, 2005, p. 79)

El poder normativo del parlamento o de los parlamentos es una de las características en el mundo contemporáneo del estado democrático de derecho y de la democracia constitucional. Este poder normativo no le autoriza transferir estas atribuciones legislativas a cuerpos gubernamentales distintos. Al respecto, Locke (2005) especifica que: “El poder legislativo no puede ni debe transferir la facultad de hacer leyes a nadie más, ni transportarlo a lugar distinto del que el pueblo hubiere determinado” (p. 85). Locke (2005) es categórico, en la medida en que no ve la posibilidad de que el parlamento se desprenda de sus competencias normativas a favor del órgano ejecutivo, ni mucho menos estima que esto pueda hacerse en un estado democrático de derecho, puesto que el parlamento es un poder representativo, y como cuerpo representativo que es, no puede transferir una competencia que ejerce en forma instrumental y en beneficio de una comunidad que es la verdadera titular de la soberanía ciudadana.

En el mismo sentido que es posible entender que el poder máximo de un gobierno del estado moderno no reside en el parlamento, ni en otro poder constituido, la potestad de transferir un poder normativo a un órgano ejecutivo es inadmisibles porque no tiene la atribución ni la titularidad para hacerlo. Mill (2007) manifiesta que:

En toda constitución hay un poder más fuerte, un poder que alcanzaría el triunfo si se suspendiesen los compromisos mediante los cuales funciona ordinariamente la Constitución y se midiesen unas con otras las fuerzas políticas del Estado. (...). En Inglaterra este poder es el pueblo. (p. 89)

No obstante, esta apreciación acerca de los poderes superiores del pueblo en Mill (2007) es la de un particular filósofo liberal que tenía bien claro que el corazón de una sociedad civil eran los derechos individuales. En consecuencia, para evitar la tiranía de un magistrado o la de una colectividad era necesaria la existencia de un conjunto de instituciones políticas y jurídicas al servicio del individualismo. Entre las instituciones políticas, el parlamento era un poder dentro de la estructura de un estado de derecho concebido como un poder limitado que a su vez funciona para mediar el poder del pueblo y del ejecutivo, y en la condición de poder limitado-limitador sirve para mediar el ejercicio del poder en un sistema de frenos y de contrapesos. Mill (1980) insiste que el sentido de todo poder público desarrollado en una determinada comunidad política consiste en garantizar los derechos y las libertades, así como entender que la actuación de los servidores públicos debe ejercerse dentro de una esfera de poder limitado.

Referente al parlamento dentro de la estructura del poder estatal en la República de Colombia, el artículo 150 de la Constitución Política determina, como clausula general de competencia, que el ejercicio de la función legislativa en Colombia está a cargo del Congreso de la República. Sin embargo, en el ordinal decimo se consagra la violación de la limitación descrita por Locke (2005), toda vez que permite al parlamento desprenderse de un conjunto de atribuciones legislativas y, en forma transitoria, delegárselas al Presidente de la República para que se transforme en legislador por vía de habilitación parlamentaria. Esta es una práctica regular en áreas no expresamente prohibidas por la constitución. El debilitamiento de la función legislativa del parlamento colombiano se aumenta en la medida en que el artículo 154 de la carta constitucional vigente establece que leyes referentes a los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y c) del numeral 19 del artículo 150 son de iniciativa del poder presidencial y no del cuerpo legislativo.

En otras palabras, la iniciativa del poder presidencial radica en asuntos como el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de sus recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución y los medios para impulsar su cumplimiento; la determinación de la estructura administrativa del sector central y descentralizado de la nación; las autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales; establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración; organizar el crédito público; regular el comercio exterior; señalar el régimen de cambio internacional y modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones del régimen de aduanas; y en las leyes relacionadas con el Banco de la República y con relación a las funciones que deben cumplir su junta directiva. Es oportuno indicar que el parlamento colombiano no tiene atribuciones especiales para el tratamiento de situaciones de emergencias sanitarias. Estas atribuciones están radicadas en cabeza del Presidente de la República.

El parlamento o los parlamentos no se reducen a la exclusiva función de expedir leyes, como si esta institución fuese una fábrica de leyes, o peor aún, de leyes en las que el poder ejecutivo impone su voluntad al parlamento o la soborna con el presupuesto público. Por el contrario, el parlamento o los parlamentos son el escenario natural en el que se cumple o cumplen, o debe cumplirse, acciones de control político al resto de los poderes a fin de que el sistema de frenos y de contrapesos de una democracia funcione en forma normal. Esta función del parlamento de ser el escenario del control político es de vital importancia para la salud de la democracia y el gobierno representativo, así como para el ejercicio de un buen gobierno y para la garantía de la realización de los derechos humanos.

El parlamento es el escenario del pluralismo y la diversidad de la voz de la comunidad en el que se delibera y enjuicia al gobierno, en la que el poder ejecutivo debe rendir cuentas acerca de su ejercicio. Este punto de vista es muy bien tratado por Tudela-Aranda (2008) cuando manifiesta que:

Como señaló el profesor Rubio Llorente, el Parlamento es el locus y no agente de control. Debe reivindicarse el papel de agente y para ello deberán emprenderse las reformas necesarias. Pero no debe perderse de vista la importancia de poseer el escenario de tener a disposición el espacio natural del control político. El espacio no sólo transmite, sino que también legitima. (p. 101)

En consecuencia, el parlamento es o debe ser el escenario del poder que controle la arbitrariedad, ante el cual el principio de transparencia que debe cumplir todo gobierno se ponga de manifiesto, o se permita poner de manifiesto.

El parlamento colombiano es bicameral y su composición está integrada por un Senado y una Cámara de Representantes. Solo existe un parlamento a nombre de toda la nación y no parlamentos territoriales. El senado está integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional más dos representantes de las comunidades indígenas. Por ser elegidos por circunscripción nacional, las entidades territoriales de derecho público carecen de representación democrática equilibrada y representativa de los intereses departamentales y regionales. Como lo enseña la realidad electoral colombiana, entidades territoriales como el Distrito Capital de Bogotá; las ciudades de Medellín, Cali, Barranquilla y Cartagena; los departamentos de Cundinamarca, Antioquia, Valle del Cauca y Cauca acaparan la representación en el Senado. En cambio, los departamentos del Chocó, Guajira, San Andrés y Providencia, y Santa Catalina, así como las comunidades ancestrales de los wayú, katis embera, entre otros, carecen de absoluta representación política en este cuerpo legislativo.

Por otra parte, la Cámara de Representantes está integrada por un número fijo de miembros por cada departamento y del Distrito Capital de Bogotá, y uno más proporcional por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que excedan los primeros 365.000 habitantes, más unas representaciones de cuatro miembros en nombre de dos por las comunidades afrodescendientes, uno por las comunidades indígenas y otro por los colombianos residentes en el exterior. Esta es la realidad de la representación política colombiana agravada por la carta política de 1991. A juicio de Pachón (2011):

En primera instancia, el Senado cambió de circunscripción. De ser un Senado elegido por circunscripciones departamentales se pasó a uno elegido por circunscripción nacional tal como fue mencionado. Igualmente, en la Cámara de Representantes, aunque se mantienen los distritos departamentales, se disminuye el número de curules. (p. 422)

Como puede observarse, los intereses regionales particulares no tienen tratamiento equitativo desde el derecho de participación política en el parlamento

nacional. No lo tienen porque un sistema representativo donde prime la igualdad política y la representación política de las regiones –los departamentos– tiene que estar en pie de igualdad, en la simetría representativa, tomando en cuenta no el ingrediente poblacional, sino la protección de los intereses de las ciudadanías de cada departamento. La reforma de 1991, describe Pachón (2011), disminuyó el número de curules en la Cámara de Representantes y desapareció la representación proporcional del Senado por parte de la ciudadanía de los departamentos. Por consiguiente, ha desaparecido la igualdad en la libertad de participación y la mayoría de los senadores y representantes la conforman miembros de los grandes departamentos y municipios. Estos tienen asegurada una mayoría de la representación política que institucionaliza una desigualdad entre ciudadanías y crea las condiciones de posibilidad para que exista una hegemonía de una mayoría, imponiéndose la voluntad de los grandes departamentos y distritos sobre los intereses de los entes territoriales de baja población. Esto permite una desigualdad política que se traduce en una desigualdad social, económica, poblacional, educativa y de distribución de ventajas y oportunidades. Este diseño institucional es abiertamente injusto.

Esta representación inequitativa es descrita por Pabón-Arrieta (2021) en los siguientes términos:

En Colombia, la representación política de los departamentos no es simétrica, lo que no permite la defensa de los intereses de las comunidades autónomas y se facilita desde el parlamento nacional la destrucción de los intereses regionales, con la consagración de la circunscripción nacional que destruyó la representación política democrática, estableciendo la tiranía de la mayoría de las poblaciones con mayores habitantes. (p. 363)

En rigor jurídico, filosófico y político, el parlamento de la República de Colombia funciona en el marco de un estado de derecho, pero no cumple con las exigencias estrictas de autonomía e independencia propias de un modelo de estado de derecho en el mundo contemporáneo y dentro de un esquema de frenos y de contrapesos entre los poderes públicos a fin de garantizar las libertades y los derechos. No los cumple porque el parlamento de la República de Colombia se caracteriza por la existencia de una cruda realidad en la que el predominio del Presidente de la República en la actividad legislativa es visible. Existe un presidencialismo fuerte, en el que el Presidente de la República tiene un amplio margen de influencia en las decisiones y trámites de leyes, así como en la actividad política del órgano parlamentario.

Por otra parte, se comparte el poder normativo entre el Presidente de la República y el parlamento. El rol de ser el parlamento el centro del control político del Estado no es garantizado ni funciona. Asimismo, el parlamento tiene perdida un conjunto de iniciativas legislativas, debido a que estas dependen del

Presidente de la República por mandato constitucional expreso contenido en el inciso segundo del artículo 154 que dice:

No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del gobierno las leyes que se refieren a los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a) b) y e) del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas, las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

Estas iniciativas legislativas del Presidente de la República son nada más ni menos las del gasto público; la inversión pública; el plan nacional de desarrollo; la determinación de la estructura de la administración nacional; la de creación, fusión o supresión de empleos de todo orden nacional; las de facultades para contratar y enajenar bienes nacionales; las de establecimiento de rentas nacionales y fijación de los gastos de la administración; las relativas a leyes sobre la banca central y las funciones que debe desempeñar; las organización del crédito público; las referentes a la regulación del comercio exterior; las del señalamiento del cambio internacional en concordancia con las funciones constitucionales del banco central; las de modificación, por razones de política comercial, de los aranceles, tarifas y demás disposiciones del régimen aduanero. Así pues, esta confusión de poderes –impropias de un estado constitucional de derecho– se agravan con las atribuciones que el constituyente le confirió para presentar iniciativas legislativas a órganos judiciales, de control fiscal y disciplinario. Establece el artículo 156 de la carta política lo que a continuación se enuncia:

La Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, tienen facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones.

En otras palabras, órganos y funcionarios ajenos a la labor política, y que a su vez tienen que controlar la actividad de los servidores públicos del parlamento o de los resultados constitucionales del parlamento y los parlamentarios, intervienen en los procesos parlamentarios, en una actividad ajena a sus competencias. Con esto se debilita la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos, al generarse una incestuosa relación de armonía o tendencia institucional a la armonía de poderes públicos.

## **2. LAS ATRIBUCIONES NORMATIVAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DURANTE LAS EMERGENCIAS SANITARIAS**

El poder normativo del Presidente de la República en Colombia es amplio, tanto es así que tiene competencia para dictar decretos con fuerza de leyes, previa autorización del parlamento, conforme al ordinal decimo del artículo 150 de la Constitución Política. En otras palabras, este artículo constitucional habilita al Presidente de la República para que pueda, conforme a materias que tengan

unidad temática y durante un período determinado, dictar las leyes en el sentido estricto del concepto. Esta norma constitucional lo expresa así:

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

10.- Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. (...). Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el ordinal 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

Un ejecutivo legislador compartiendo el poder normativo con el parlamento y sustituyéndole en el ejercicio de sus funciones, crea la ley, la reglamenta y la ejecuta. El Presidente de la República en situaciones de emergencia es una especie de soberano en el sentido de Carl Schmitt. Según Bobbio (2009):

(...) así como la de Schmitt, según la cual es soberano aquel que decide sobre el estado de excepción, ya que este sólo puede ser determinado por quien, en la escala jerárquica del poder, de abajo hacia arriba, puede finalmente tomar una decisión sin la necesidad de la autorización de alguien más por encima de él. (p. 499)

Además, el Presidente de la República tiene un amplio poder reglamentario de las leyes conforme al ordinal undécimo del artículo 189 de la carta política, el cual consagra la potestad reglamentaria, fuente de abusos y desafueros. La atribución para reglamentar la ley, es decir, para fijarle horizonte de sentido a la labor de la comprensión de los textos legislativos, en forma antidemocrática le está asignada al Presidente de la República, debilitando u obstaculizando la función interpretativa propia del juez y de las personas que tienen el derecho humano a la interpretación en un ambiente de libertad. El artículo 189 en su ordinal undécimo manifiesta: “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”.

En otras palabras, el Presidente de la República está investido del poder de reglamentar las leyes mediante actos administrativos emanados de su voluntad. Se le autoriza por ministerio de la propia carta política a decir lo que estima como correcto en nombre de la ley. Toma decisiones interpretativas en nombre de la ley y de la sociedad civil. Actúa en su nombre y puede hacer de la ley, así sea en forma transitoria, una expresión de la voluntad de quien la reglamenta, con lo que se introduce por vía administrativa el imperio de la voluntad del hombre y no de la razonabilidad jurídica de las leyes. Esto choca en forma frontal con los valores de un sistema y una constitución democrática, más aún cuando las leyes por su naturaleza son mandatos universales y abstractos que funcionan como directrices generales; y por su propia naturaleza tienen lagunas y antinomias, no formando parte integrante de un ordenamiento jurídico pacífico y hermético sino que, forman parte de un complejo sistema abierto.

Por tanto, en una democracia y un estado de derecho, toda ley requiere de la libertad de un intérprete, que en todo caso no puede ser en forma exclusiva el Presidente de la República y mucho menos con su poder reglamentario. El Presidente de la República tiene que estar sometido a la ley como cualquier ciudadano, es más, la ley lo limita y somete a una estricta sujeción, porque en el estado de derecho todo poder es limitado por el derecho. El Presidente de la República no puede decir en actos administrativos lo que es la ley y cómo debe cumplirse, con lo que es juez de sus propios actos.

Además, como si fuera poco el poder normativo que tiene atribuido el Presidente de la República de Colombia en situaciones normales, el régimen constitucional vigente en situaciones de extrema dificultad del orden público, político, económico y sanitario, le adiciona otros poderes constitucionales al Presidente de la República. Esta adición se manifiesta, primero en la competencia exclusiva para declarar la situación de emergencia en forma motivada señalando el término en el que va hacer uso de sus facultades de emergencia con la responsabilidad de informarle al parlamento de su declaratoria, al que convocará si no está sesionando. La norma constitucional le atribuye unos poderes normativos excepcionales de emergencias que lo autorizan a dictar leyes especiales con una competencia transitoria para tratar las causas y con relación a las situaciones extraordinarias para afrontarlas y superarlas, en los denominados estados de excepción de Guerra Exterior –artículo 212–, Conmoción Interior –artículo 213– y Emergencias Económica, Ecológica y Social –artículo 215–. El poder normativo se amplía, pudiendo desplazar en la práctica al parlamento, como en efecto lo ha desplazado en esta situación del COVID-19. El Presidente de la República tiene una limitación: no puede disminuir los derechos sociales, sin embargo, lo hace en forma material.

Se anota que la concentración de poderes y la destrucción de la separación de poderes imperan, pudiéndose producir lo que la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano establece en su artículo 16: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución” (Fauré, 1995, p. 12). Los poderes de emergencia radicados en cabeza del Presidente de la República invitan a reflexionar si existe o no una constitución política en Colombia. El régimen constitucional colombiano olvida esa sabia reflexión de Aristóteles (2011) que dice:

Pero un solo hombre no puede verlo todo con sus propios ojos; será preciso que delegue su poder en numerosos funcionarios inferiores, y entonces ¿No será más conveniente establecer esta repartición de poder desde el principio que dejarlo a voluntad de un solo individuo? (p. 136)

En la misma obra, Aristóteles, citando la *Iliada* de Homero, agrega:

Además, queda siempre la objeción que precedentemente hemos hecho: si el hombre virtuoso merece el poder a causa de su superioridad, dos hombres virtuosos lo merecerán más aún. Así

lo dice el poeta: Dos bravos compañeros cuando marchan juntos (...), súplica que hace Agamenón cuando pide al cielo tener diez consejeros sabios como Néstor. (Aristóteles, 2011, p. 136)

Como advirtió Aristóteles (2011) hace más de dos mil años, se tiene que relieves que el poder para su democratización y eficacia debe estar repartido en forma plural; no debe descansar en manos de una sola persona o con mucho poder, tal y como se hace en el régimen constitucional colombiano. Sobre las situaciones de emergencia, expresa la carta política en su artículo 215:

Quando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave en inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos sus ministros, declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

La norma añade que mediante la declaración de la emergencia, que en todo caso será motivada, con la firma de todos los ministros, el Presidente de la República podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis. Mediante este artículo, el Presidente de la República dicta la ley, la reglamenta, la ejecuta y puede establecer tributos, contrariando el principio de que no existe tributo sin representación; asunto que, huelga anotar, le asesta una puñalada en el corazón al parlamento.

En consecuencia, el Presidente de la República es una especie de dictador romano de la antigüedad en situaciones de emergencia, como bien puede observarse de una lectura crítica y desde la perspectiva de la filosofía política y jurídica de corte liberal de la constitución política y de sus normas en situaciones de emergencia. Esta deformación constitucional facilita –y sigue facilitando– en la actual situación de emergencia sanitaria la cruda realidad de que el parlamento no haya sido un actor fundamental en la deliberación política, y de control político acerca de cómo se ha debido enfrentar la peste, sino que todas las decisiones políticas para atender las emergencias se han adoptado desde el poder presidencial, ordenando a las autoridades de los departamentos, distritos y municipios obediencia ciega a sus determinaciones. Los mecanismos de control político por parte del parlamento han sido duramente cuestionados desde antaño por su ineffectividad al momento de controlar las determinaciones del Presidente de la República en las situaciones de emergencia. Esto radica, a juicio de Caballero-Cañas y Correa-Banquez (2021), quienes a su vez siguen a Vanegas (2011): “(...) no sólo por la mera ausencia de instrumentos más eficaces de control, sino también por la tardanza del poder legislativo para ejercer los controles, derivada en gran parte, de la arraigada supremacía del ejecutivo” (p. 19).

Inclusive, se han visto afectados el ejercicio de los derechos humanos. Ni un debate parlamentario se ha producido. Por el contrario, el ejecutivo ha utilizado sus atribuciones constitucionales en plena emergencia para proponer una reforma tributaria en contra del nivel de vida digna de la población vulnerable

y en favor de los ricos, así como una reforma a la salud que no se adecuaba a la atención sanitaria de las calamidades de la pandemia, sino a darle velocidad al modelo de negocio privado, lo que evidentemente provocó una reacción masiva de la ciudadanía en las calles, dando como resultado la derrota de ese cruel propósito.

### **3. LAS POLÍTICAS ESTATALES PARA ENFRENTAR LA PESTE DE LA COVID-19 EN COLOMBIA**

Una revisión de las políticas estatales para enfrentar la peste y proteger a la población nos revela que la peste tomó de sorpresa desde el punto de vista institucional a las autoridades de la República de Colombia. Las autoridades estatales fueron tomadas con los pantalones abajo, como dice un refrán popular utilizado para facilitar la comprensión del auditorio de lo que es actuar en forma desordenada y con baja defensa, por ausencia de planeación estratégica ante un ataque, por no estar preparados ante el mismo o institucionalmente tener instituciones políticas y jurídicas flexibles y justas. Las tomó desarmadas, o mejor aún, armadas de manera débil para enfrentar la realidad de una pandemia. Lo más grave es que insisten en seguir desarmadas o dotadas de un armamento liviano no apto para enfrentar el drama de una peste. Lo peor es que las tomó de sorpresa, olvidando que la historia de la humanidad enseña reiteradamente que las pestes siempre están ahí escondidas para asomar la cabeza y hacer presencia. Las autoridades colombianas no han aprendido ni aprenden las lecciones de la historia de que las pestes son inseparables compañeras del hombre; siempre están al acecho. Olvidaron la sabia reflexión de Camus (2020) cuando relata la alegría de los habitantes de la ciudad de Orán ante el cese de los estragos de la peste. Dice:

Oyendo los gritos de alegría que subían de la ciudad. Rieux tenía presente que esta alegría está siempre amenazada. Pues él sabía que esta muchedumbre dichosa ignoraba lo que se puede leer en los libros, que el bacilo de la peste no muere ni desaparece jamás, que puede permanecer durante siglos dormido en los muebles, en la ropa, que espera pacientemente en las alcobas, en las bodegas, en las maletas, los pañuelos y los papeles, y que puede llegar un día en que la peste, para desgracia y enseñanza de los hombres, despierte a sus ratas y las mande a morir en una ciudad dichosa. (p. 255)

La peste aparece en Colombia con un sistema sanitario débil. El modelo de instituciones de salud propias del estado de bienestar, que no se lograron construir en el país, tenía antes de la Carta Política de 1991 un frágil sistema de salud pública, sin medicina preventiva ni atención que garantizara el derecho a la salud y a la vida. Ni siquiera el derecho a la salud estaba concebido en la realidad constitucional en la República de Colombia. Esta es una realidad incontrovertible. Lo que existía no era óptimo antes del año 1991. Lo que existe durante la peste tampoco es óptimo, pero sin dudas es mejor a lo de antes de 1991.

En el modelo anterior el sistema de salud era mixto, débil y su ámbito no era universal. El Estado sostenía instituciones públicas y a su lado un conjunto de instituciones y personas de la salud que en forma privada prestaban el servicio. Gran mayoría de las instituciones públicas de salud fueron arrasadas o debilitadas con las olas privatizadoras, y de una filosofía de mercado libre no montada en asegurar el derecho a la salud, que si bien es universal, el modelo constitucional transforma al paciente en un instrumento de lucro y al profesional de la salud en un instrumento de rendimiento comercial, con el peligro permanente de perder su autonomía médica o ejercerla bajo amenaza. Independiente de que en la carta constitucional de 1991 la vida y la salud están consagradas como derecho humano, un avance constitucional sin lugar a dudas, la garantía del derecho de salud es precaria y le corresponde a los jueces garantizarlo resolviendo acciones de tutela que se interponen por pacientes y familiares ante la mala atención. Así nos ha tomado la peste, con un débil sistema de salud y un estado de derecho burocratizado y débil, así como un Presidente de la República que pone a toda la institucionalidad encerrada, limita las libertades de los ciudadanos y se convierte en todo el poder público.

En esta tragedia que representa la peste, el régimen presidencialista colombiano ha mostrado su irracionalidad e incapacidad para trabajar en forma democrática con toda la institucionalidad de una república contemporánea. El fenómeno no es sólo colombiano, afecta a toda América Latina y al modelo presidencialista. Estupiñán-Achury (2020) anota que:

El sistema de gobierno presidencial, que para el caso de América Latina, ya sufría de vicios de mesianismo, autoritarismo, pandemia de la reelección eterna y concentración máxima de poder, se ha visto agravado en algunos países de la región. Sin duda esta fase de crisis sanitaria llevará a cuestionar seriamente esta constante estructural del constitucionalismo en América Latina: presidencialismo. (p. xxiii)

¿Cómo reaccionó el Gobierno Nacional frente a la peste? El Gobierno Nacional mediante el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo del año 2020 declaró el *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica* en ejercicio de la competencia que le está atribuida respaldada en el artículo 215 de la carta política. Convertido en legislador extraordinario y soberano excepcional, mediante los Decretos Legislativos 420 del 18 de marzo y 457 del 20 de marzo, ambos del 2020, ordena un conjunto de medidas en las que se suspende el ejercicio de un conjunto de derechos humanos. Entre las medidas tomadas, vale reseñar las siguientes: ordena el aislamiento del país; cierra las fronteras; cierra gran parte de la industria y el comercio nacional; confina a las personas en sus hogares; obliga a que la educación en todos sus niveles se imparta de forma virtual en un país en el que no todas las personas tienen acceso al derecho de disfrutar de una red digitalizada, lo que de entrada conlleva a que el derecho a la educación se ve perturbado en su ejercicio de forma universal y como alternativa se ofrezca el regreso a clases

en unas condiciones en la que la presencialidad no le garantiza a los profesores la protección ante el contagio; el tránsito y circulación libre de las personas se limita, y en algunos casos se eleva a norma constitucional; se decreta como alternativa contractual para enfrentar la peste la contratación pública en forma directa, lo que le abre las compuertas para que en forma exponencial la corrupción crezca.

El confinamiento de la población se obliga mediante la intimidación ejercida por el Presidente de la República a la población del país con la expedición de normas jurídicos-penales, por ejemplo con la aplicación del artículo 368 del Código Penal que establece una pena de prisión de cuatro hasta ocho años por el incumplimiento de parte de una persona a la medida sanitaria para evitar la propagación de una peste, medida sanitaria que debe estar descrita en norma legal procedente del parlamento, es decir, prohibición establecida por la ley, no por decisiones administrativas. El principio de reserva legal y de tipicidad de los delitos, conquistas del constitucionalismo democrático, ordena que es el legislador el competente para crear delitos y describirlos en normas penales. Ante lo cual, no le atribuye esa competencia a ninguna autoridad administrativa. Luego no es constitucional el castigo establecido por el Presidente de la República u otra autoridad administrativa de aplicar el artículo 368 del Código Penal ante la negativa de las personas a obedecer las decisiones de cualquier autoridad administrativa. En pandemia, el Presidente de la República se ha comportado en forma autoritaria y anticonstitucional.

Igualmente, entre las normas que adoptó el ejecutivo mediante decretos legislativos y otras autoridades, se destacan la eliminación de la presencialidad de la administración gubernamental en todas las esferas, que si bien han podido ser necesarias a fin de frenar el ritmo de crecimiento de los contagios, congestiónamiento de hospitales, incapacidad real del sector de la medicina para atender contagiados e impedir la mayor escalada de muertes, no es menos cierto que estas medidas no han debido adoptarse sin que mediase la deliberación plural.

También, se atacaron en forma especial los derechos humanos de las personas mayores, a las que se les ordenó en forma especial confinarse, y no solo a confinarse, sino que se les prohibió el derecho a trabajar, muy a pesar que la República de Colombia suscribió la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, texto incorporado a nuestra legislación interna mediante la Ley 2055 del 2020, la cual garantiza que las personas mayores disfruten de un conjunto de derechos humanos, entre estos, los de autonomía personal, trabajo, recreación y deporte en forma libre y con protección reforzada, tal y como lo expresa el literal a) del artículo 7º y el artículo 8.

Asimismo, la Resolución 4/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece:

Directriz general: Los derechos humanos de las personas con COVID-19. Los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía para asegurar el ejercicio de los derechos humanos de las personas con COVID- 19, inclusive mediante la integración de un enfoque interseccional y multidisciplinario, que reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de toda forma de discriminación, así como la indivisibilidad e interdependencia de tales derechos, en sus normas, políticas y tomas de decisiones, y dentro de todos los poderes públicos de los Estados. (OEA, 2020b, p. 4).

Es que en virtud de las normas del sistema universal de los derechos humanos, que consagran derechos humanos, en tiempo de pandemia no son incompatibles con las medidas que deban adoptar los Estados para enfrentar la peste. Por lo que las medidas que limitaban en forma desproporcionada el ejercicio de los derechos humanos, como muchas de las adoptadas, son abiertamente violatorias del sistema universal.

#### **4. CONCLUSIONES. DE LA NECESIDAD DE UNA REINGENIERÍA INSTITUCIONAL PARA EL FORTALECIMIENTO DEL PARLAMENTO Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

Las reflexiones finales conducen a que se hace necesario impulsar un proceso político en la ciudadanía orientado a la revisión de las instituciones políticas y jurídicas en la República de Colombia. No es posible que las enseñanzas que se han derivado de las consecuencias de tener un aparato estatal con serios déficits en materia de democracia no sean aprovechadas para modernizar toda la compleja institucionalidad en tiempos de globalización de las enfermedades.

Es inconcebible aceptar que la peste esté globalizada y las instituciones de la República de Colombia no lo estén. Marchar hacia una democracia digitalizada es una tarea irremplazable. Era una tarea antes de la pandemia, y con mayor necesidad lo será después de la pandemia. La experiencia ha confirmado que un aparato burocrático pesado, lento y con el fardo de la centralización radicada en el Presidente de la República, compartida con la denominada esfera de lo nacional en el sistema político, no ha permitido responder en forma democrática, pluralista y participativa en el enfrentamiento de esta peste. Peor aún, por la vía administrativa el Presidente de la República le otorgó competencias a las autoridades locales para limitar el ejercicio de los derechos humanos, sin que tuviese competencia alguna para otorgar tales facultades.

Insistir en conservar una institucionalidad inadecuada para una nación de un gran territorio, como es la estructura y el funcionamiento de la institucionalidad en la República de Colombia, no es lo razonable para tiempos normales, quiero decir, para tiempos de no alteración del orden público. Y, en consecuencia, es mucho menos razonable en situaciones de emergencia conservar una institucionalidad semejante a la dictadura romana de la antigüedad para hacer frente a una peste por parte de toda la comunidad e ignorar las instituciones democráticas

republicanas. En un mundo digitalizado, nuestras instituciones tienen la necesidad de estar digitalizadas y poner la técnica de la digitalización al servicio de las necesidades de la democracia constitucional, por lo que el pacto constitucional existente tiene que ser revisado para corregir las disfuncionalidades e inequidades políticas a fin de democratizar la república. No es justo y racional conservar instituciones en la que predomina el gobierno de los hombres y no de las leyes republicanas.

Pero es oportuno tener presente que no se trata de cambiar por cambiar. Tratar de cambiar para que todo siga igual es sencillamente una estupidez. Se debe cambiar haciendo transformaciones institucionales que no solo acerquen el poder al ciudadano, sino que le permitan ejercerlo sin que esto implique destruir la democracia representativa. Y lo es porque lo estúpido no hace sino daño a todos, como bien sostiene Ramírez-Nárdiz (2021) en los siguientes términos:

(...) se puede definir la estupidez política como aquella acción o conjunto de acciones que, realizadas en la esfera pública por responsables políticos o por grupos de ciudadanos o por ambos, perjudican a la ciudadanía sin que sus promotores y/o defensores obtengan un beneficio o, incluso, sufriendo un perjuicio. (p. 36)

En otras palabras, insistir en conservar la institucionalidad de la República de Colombia tal y como está es una estupidez. No le beneficia a la salud de la democracia y hace del Estado una ineficaz e ineficiente estructura política que ni reina ni gobierna y hace del poder político un club de amigos de un partido o movimiento político que lo detentan. La pandemia, sus efectos nefastos y las respuestas del gobierno en forma centralizada, en la que no solo se concentraban los poderes de decisión y mando en un círculo de gobierno alrededor del poder presidencial, sino que la ciencia no tenía espacios de deliberación libre y crítica que contribuyera a enfrentar desde un amplio intercambio de conocimientos entre científicos y autoridades sanitarias a fin de ofrecer alternativas para minimizar los devastadores efectos de la pandemia. ¿Qué hacer? Iniciar un proceso constitucional que termine en la expedición de una nueva carta constitucional. Una carta política democrática y dentro del modelo de una constitución política rígida.

La rigidez de la carta política tiene que ser un rasgo esencial a convenir por el soberano. La primera pregunta que se requiere formular en el marco de una ordenada deliberación democrática a fin de resolver el procedimiento para la expedición de una constitución rígida, y no flexible como lo es la constitución política vigente, desde la democracia y lo democrático, es identificar al titular de la soberanía y cómo debe ejercerla. La democracia es un procedimiento plural, tolerante y participativo. El problema de la titularidad de la soberanía es crucial. De hecho, las constituciones políticas en la República de Colombia desde 1886 hasta la fecha no han sido refrendadas por el soberano en las democracias que es el ciudadano. La titularidad de la soberanía le ha sido secuestrada a la ciudadanía.

Una revisión de los procedimientos constitucionales en la República de Colombia desde 1886 enseña que la soberanía no ha sido ejercida por la ciudadanía, sino por asambleas de delegatarios seleccionados en forma autoritaria por el Presidente de la República, por el parlamento bajo la influencia del Presidente de la República de turno y por asamblea nacional constitucional sin refrendación de lo aprobado por la ciudadanía. Es que la soberanía es necesaria entenderla como la expone Ferrajoli (2015):

(...), como garantía negativa, en el sentido que la soberanía popular pertenece solo al pueblo y a nadie más, y ningún poder constituido puede apropiársela; y como garantía positiva, en el sentido que esta, al no ser el pueblo otra cosa que la suma de las personas que lo componen, equivale a la suma de derechos fundamentales de que todos y cada uno son igualmente titulares y por eso consisten en otros tantos fragmentos de soberanía. (p. 81)

Luego, si aspiramos tener un parlamento democrático y una representación política que refleje lo que el país real indica que debe ser, bajo las pautas de una democracia constitucional, la carta política deberá ser expedida en un proceso constituyente en el que la ciudadanía recupere la soberanía constitucional. Solamente con la aprobación de una constitución política por la ciudadanía se podrá convenir en la existencia de una carta constitucional rígida. Rigidez constitucional que se ofrece como garantía esencial para impedir que una mayoría parlamentaria cambie en forma permanente las normas constitucionales, despojando a la ciudadanía de su poder político originario. Sostiene Pabón-Arrieta (2019) que:

(...) la rigidez de las constituciones políticas ofrece la alternativa de que el pacto constitucional sea aprobado por el constituyente real, que es el soberano que no es ni puede ser el parlamento ni las asambleas constitucionales que se declaran soberanas y omnipotentes, sino que el pacto constitucional solamente reconoce como soberano a la ciudadanía (...). (p. 172)

Es un tema insoslayable el de convenir una carta política rígida, por lo que tiene que ser tomado en consideración en un proceso constitucional. La rigidez de las constituciones políticas se predica como garantía o sistema de garantías que la constitución política democrática instituye para la protección de las libertades, conforme a los postulados del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La constitución política en el marco de su rigidez le pone freno a las ambiciones de los poderosos grupos que aspiran a convertir las cartas constitucionales en una patente de corso para hacer y deshacer en el plano nacional e internacional en nombre de una aparente constitución democrática. Esta constitución rígida tiene que tener como centro los derechos y las libertades insertada en la realidad de un sistema universal de las Naciones Unidas, bajo sus pautas para asegurar la paz y la garantía de la autodeterminación de las naciones. La Carta de Naciones Unidas es una cláusula rígida de esta constitución, así como el sistema universal y regional de derechos humanos. El preámbulo y propósito de la Carta de Naciones Unidas es un faro que fomenta: "(...) entre las naciones relaciones de amistad basadas en el principio de respeto a la igualdad

de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y a tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal” (ONU, 2020).

Por otra parte, una reingeniería constitucional orientada a la democratización de las instituciones políticas tiene que revisar el problema del sistema representativo y establecer un conjunto de inmunidades institucionales en contra del abuso del poder político. Esto implica revisar el modelo de centralización política y del presidencialismo, mirando el camino recorrido por naciones que escogieron el camino federalista o autonómico. En este camino el parlamento de la República de Colombia debe ser transformado, empezando con el cambio de competencias de las asambleas departamentales. Éstas deben transformarse en parlamentos departamentales dotados de competencias exclusivas para los asuntos de sus intereses propios, dotados de autonomía constitucional mediante una constitución rígida, y en las que ni el poder central, y menos aún el Presidente de la República, pueda intervenir en sus asuntos.

Finalmente, el parlamento, el nuevo que debe institucionalizarse, bien sea nacional o departamental, como cuerpos representativos deben tener una conexión con la ciudadanía, por intermedio de los partidos políticos y en forma directa mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la información. Se trata de incorporar a la democracia constitucional la técnica, y la técnica al servicio de la democracia constitucional, no como un problema de mera conectividad entre parlamento y ciudadanía, sino para hacer realidad la idea de la democracia como el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo. Esto implica facilitar la realidad de un gobierno abierto mediante un parlamento abierto. Transparencia que se garantiza con la claridad, actualización, veracidad y objetividad de la actividad parlamentaria; participación en tiempo real de la ciudadanía en la deliberación. El parlamento abierto, anotan Rubio-Núñez y Vela Navarro (2017), se concibe como: “el resultado de la combinación de un contexto sociopolítico, dentro de la Sociedad de la Información, con el impacto de los avances tecnológicos sobre la institución parlamentaria (...)” (p. 13.).

En fin, un parlamento abierto en una democracia constitucional es lo que debe ser el nuevo parlamento en la República de Colombia, en tiempos normales y de emergencia. El derecho al parlamento es, en fin, un derecho humano, como bien fundamenta el amigo José Tudela Aranda. Esto implicará un nuevo pacto constituyente y una nueva constitución política que instaure la democracia constitucional. No existe otro camino.

## **5. AGRADECIMIENTOS**

Manifiesto mi profundo agradecimiento con Carlos Andrés Caballero Cañas, abogado, y Juan Sebastián Pabón Argüelles, estudiante de derecho, por su colaboración en la revisión de la presente investigación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristóteles. (2011). *Política*. Espasa.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Caballero-Cañas, C.A. y Correa-Bánquez, C.I. (2021). Peste, democracia constitucional y estados de excepción en Colombia. *Saberes Jurídicos*, 1(1), 12-23.
- Caballero-Cañas, C.A. y Correa-Bánquez, C.I. (2021). Peste, Democracia Constitucional y Estados de Excepción en Colombia. Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/353700423\\_Peste\\_Democracia\\_Constitucional\\_y\\_Estados\\_de\\_Excepcion\\_en\\_Colombia](https://www.researchgate.net/publication/353700423_Peste_Democracia_Constitucional_y_Estados_de_Excepcion_en_Colombia)
- Camus, A. (2020). *La peste*. Debolsillo.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (7 de julio de 1991). Diario Oficial 51657. [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Estupiñán-Achury, L. (2020). COVID-19 y la fragilidad del estado de derecho en América Latina. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (371), xvii-xxx.
- Fauré, C. (1995). *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (2015). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trotta.
- Locke, J. (2005). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Porrúa.
- Mill, J. (2007). *Del gobierno representativo*. Tecnos.
- Mill, J. (1980). *Sobre la libertad*. Orbis.
- OEA. (2020a). *Convención interamericana de los derechos humanos de las personas mayores*. Disponible en [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf)
- OEA. (2020b). *Derechos humanos de las personas con COVID-19*. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>
- ONU. (2020). Carta de Naciones Unidas.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. (2002). *Compilación de instrumentos internacionales*. Editorial Unidas.
- Pabón-Arrieta, J. (2019). *La democracia en América Latina: un modelo en crisis*. Bosch.
- Pabón-Arrieta, J. (2021). La regionalización: alternativa federalista para el fortalecimiento de la democracia y el estado constitucional del derecho en Colombia. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (374), 351-371.
- Pachón, M. (2011). Incentivos electorales frente a poderes presidenciales en Colombia: el efecto de la reforma constitucional de 1991 en la agenda del pleno. En M. Alcántara y M. García (eds.), *Algo más que presidentes: el papel del poder legislativo en América Latina*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Ramírez-Nárdiz, A. (2021). *Teoría general de la estupidez política*. Bosch.
- Rubio-Núñez, R. y Vela-Navarro, R. (2017). *El parlamento abierto en el mundo, evolución y buenas prácticas. 125 instrumentos de apertura parlamentaria*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Tudela-Aranda, J. (2008). *El parlamento necesario: parlamento y democracia en el siglo XXI*. Congreso de los diputados.
- Vanegas, P. (2011). La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Derecho del Estado*, (27), 261-290.

# PANDEMIA: PODE-SE FALAR EM CRISE DE DIREITOS? UMA INCITAÇÃO À FILOSOFIA CRÍTICA DO DIREITO.

Leonardo Godoy Drigo<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

“A crise invoca a pergunta ao futuro histórico”<sup>2</sup>. Assim se manifestava o erudito historiador alemão Reinhart Koselleck sobre o tema do conceito de crise, desde as Revoluções burguesas do século XVIII. E, com efeito, pensar em crise e falar sobre crise pressupõem uma perspectiva mais ou menos determinada de transformação do estado de coisas atual (considerado, pois, crítico), tendo em vista um futuro melhorado ou restaurado.

Acontece que, ainda que assim seja, não se pode olvidar que há também um pressuposto essencial na constatação de uma crise, qual seja, toda a compreensão prévia da realidade que envolve o sujeito. Isso quer dizer que a perspectiva de futuro histórico passa, necessariamente, pelas prévias percepções do e no mundo e sobre a realidade subjacente constitutiva do sujeito que constata a situação de crise.

Logo, a proposta do presente estudo é demonstrar que falar sobre crise de direitos no atual cenário pandêmico, principalmente no exemplo brasileiro, aqui considerado, é postura ou compreensão do direito e da política de cariz essencialmente juspositivista e que, dessa forma, deve ser superada, em prol de uma compreensão científica que parta da materialidade das relações sociais e que permita, somente então, uma luta pela transformação social efetiva.

## 1. CRISE DE DIREITOS COMO COMPREENSÃO JUSPOSITIVISTA

### 1.1. O QUE SÃO JUSPOSITIVISMOS?

O positivismo jurídico é deveras multifacetado, mas se trata da postura teórica mais difundida e desenvolvida entre os juristas contemporâneos. E, nessa

---

1 Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Bacharel em Direito e em Filosofia pela PUC/SP. Membro do grupo de pesquisa Crítica do Direito e Subjetividade Jurídica, da FADUSP.

2 KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*. Uma contribuição à protogênese do mundo burguês. Trad. de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 111.

esteira de argumentação, impende ressaltar, desde pronto, que falar em juspositivismo implica delimitar o objeto de que se fala. Isso porque há diversas compreensões sobre o tema que grassaram ao longo da história do direito e da produção doutrinária dos juristas.

Clássica, por exemplo, é a apresentação de António Manuel Hespanha<sup>3</sup>. Constata o autor que o saber jurídico, a partir do século XIX, sofre a influência das teorias que apregoavam o conhecimento a partir da observação das coisas, da realidade empírica (denominada *posta* ou *positiva*), como base para uma compreensão científica que pudesse gozar de universalismo em seus resultados e sob movimento de progresso geral do conhecimento humano. Logo, conforme o objeto de análise tido como *posto* por cada vertente de tal pensamento, haveria quatro espécies de positivismo jurídico: (a) legalista (no qual o objeto *posto* era a lei estatal); (b) culturalista (cujo objeto *posto* eram a vida, as instituições ou o espírito do povo); (c) sociológico, também denominado naturalismo (que tomava por positivas as formas cotidianas de viver o direito); (d) conceitual (cuja positividade repousava sobre o discurso de categorias teóricas, de inspiração kantiana).

Também clássica a análise de Norberto Bobbio<sup>4</sup> sobre o tema, apresentando o filósofo italiano uma distinção entre o positivismo jurídico como método para o estudo do direito, como teoria do direito e como ideologia do direito. Ainda que diversificados, destinando-se a teoria a dar a conhecer análises meramente noéticas e a ideologia a fornecer juízos de valor sobre a realidade, por exemplo, comungam os três aspectos com sete pontos conceituais, que definem o positivismo jurídico: (a) direito como um fato ou fenômeno dado; (b) definição do direito pela coação; (c) legislação estatal como fonte do direito; (d) norma jurídica como comando (imperatividade jurídica); (e) ordenamento jurídico como conjunto coerente e completo de normas jurídicas; (f) interpretação jurídica como declaração de sentido; (g) dever geral de obediência absoluta às normas jurídicas (teorias da obediência).

Acontece que, para os propósitos da presente análise, figura-se correta e adequada a distinção formulada pelo filósofo do direito brasileiro Alysson Mascaro<sup>5</sup>, contemporânea, que analisa as filosofias do direito juspositivistas a partir de três eixos centrais de seu desenvolvimento, quais sejam, os juspositivismos ecléticos, os juspositivismos estritos e os juspositivismos éticos.

Como pontos comuns entre as três espécies de juspositivismos, Mascaro aponta que se trata de filosofias do direito de tipo normativo estatal (quanto

---

3 HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2018.

4 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

5 MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

às fontes) dotadas de (a) fetiche pelo sistema, ou seja, a consideração de que as normas estatais formam um conjunto racional que privilegia segurança e previsibilidade, e (b) de tecnicismo, considerado o direito como “mera e contínua técnica de operação dos instrumentos jurídicos”<sup>6</sup>, reduzindo-se a preocupação dos juristas às normas, aos processos legislativos e ao ordenamento jurídico.

Diante disso, conquanto se preocupem em maior ou menor intensidade com o fenômeno normativo estatal, formam-se as três correntes juspositivistas:

(a) juspositivismos ecléticos são os que entendem haver uma origem extranormativa para o direito, ou seja, uma normatividade estatal mitigada pela origem. Seus exemplos mais claros são Karl von Savigny, da Escola Histórica do direito alemão, e, no Brasil, Miguel Reale, com a teoria tridimensional do direito;

(b) juspositivismos estritos são os que, a partir de uma postura filosófica analítica, tentam “construir um conhecimento jurídico baseado não mais no ser, e sim no dever-ser, numa derivação técnico-lógica das normas jurídicas sem o seu cotejamento com o ser, a realidade”<sup>7</sup>, consubstanciando, então, a plenificação da técnica no direito. Seu maior expoente foi Hans Kelsen, mas também figuram como desenvolvedores teóricos Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio, por exemplo;

(c) juspositivismos éticos compreendem o direito como dotado de uma moralidade intrínseca, interna ou externa, que possa ser objetivamente demonstrável e calculável para o controle das normas jurídicas estatais. Considerados tais pensadores, de forma geral, como aqueles que, para além da mera técnica, compreendem existir liames entre o direito e concepções ético-morais da sociedade, podem ser aqui citados como exemplos juristas de diversas matrizes teóricas específicas, tais como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas.

## 1.2. POR QUE CRISE DE DIREITOS É JUSPOSITIVISMO?

Pois bem.

É somente a partir da centralidade da norma estatal como redução do fenômeno jurídico que se pode considerar que, durante a pandemia e, no mais, em situações extravagantes em geral, está-se diante de crise de direitos.

Observar e afirmar que não são efetivados de modo satisfatório direitos fundamentais da pessoa humana devidamente positivados, tais como acesso à saúde preventiva, alimentação, moradia, vestuário etc., pressupõe justamente a prévia identificação de uma ruptura, uma quebra daqueles pressupostos que o

---

6 MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 321.

7 MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 338.

positivismo jurídico erige como determinantes para o fenômeno jurídico, ou seja, racionalidade e funcionalidade plenas do ordenamento jurídico, segurança jurídica e previsibilidade de efetivação e aplicação normativas.

Apenas quando se espera que os direitos positivados devam ser, técnica e logicamente, aplicados de forma inexorável e igual para todos é que se pode identificar uma crise de direitos em situações extravagantes nas quais se percebe que não ocorre tal eficácia normativa em âmbito real. Apenas quando se entende que há uma espécie de ordem valorativa ético-moral intrínseca ao direito, a ele interna ou externa, é que se identifica que, em nome de tais valores, deveriam ser aplicadas as normas jurídicas já positivadas que garantem, de forma previsível e segura, direitos fundamentais a todos de forma inexorável e igual.

O direito é entendido, pois, pelas perspectivas juspositivistas, como mera técnica neutra à disposição dos detentores de conhecimento específico, os juristas, para que, de modo objetivo, asséptico, dito científico, incida sobre relações sociais a ele externas, alterando-as ao bel-prazer das normas vigentes.

Por outro lado, reclamar uma postura ativa dos próprios órgãos estatais de aplicação de normas jurídicas não foge a tal consideração. Com efeito, somente se pode pretender a aplicação de normas positivadas pelos órgãos estatais do Poder Executivo ou mesmo do Poder Judiciário, mediante a crença de que estão tais órgãos jungidos às normas jurídicas como manifestação do fenômeno do direito por excelência. É dizer, em outras palavras, que se acredita perfeitamente na obrigatoriedade do ordenamento jurídico aos órgãos estatais e na aplicação do sistema normativo racional, novamente, de forma inexorável e a todos igualmente, socorrendo-se da própria técnica jurídica como meio de exigir efetividade normativa.

Trata-se de visões juspositivistas agora relacionadas ao conceito de Estado. Aqui, a institucionalidade estatal concreta (os diversos órgãos oficiais que exercem funções de poder, sob competências previamente fixadas pelo direito) é tida como aparato neutro, acima das classes sociais e relações sociais conflituosas entabuladas entre elas, tomando-se a aparência do fenômeno estatal (da separação entre os aspectos econômico e político da sociedade) por seu conceito e sua natureza. É um conjunto de entendimentos de caráter tecnicista e instrumental<sup>8</sup> e que leva à concepção de que o Estado, mediante o direito, pode alterar a própria dinâmica fundamental da sociabilidade capitalista, mediante intervenção direta.

O Estado, assim entendido como mero conjunto neutro de órgãos e instituições que paira acima da sociedade, ainda que com ela relacionado em diversos

---

8 Sobre o tema, conferir especialmente SALAMA, Pierre. Estado e capital: o Estado capitalista como abstração real. *Estudos Cebrap*, São Paulo: Cebrap, n. 26, 1980.

pontos e a ela dirigido, é passível de ser conceitualmente identificado como possível panaceia dos problemas sociais, bastando, então, que se oriente pelos seus valores e finalidades ideais, para que funcione em prol de quaisquer mudanças que se almejem para a dinâmica da sociabilidade.

Basta observar, como exemplo limite da imbricação dos entendimentos juspositivistas sobre direito e Estado, os diversos casos de consideração teórica sobre a denominada inconstitucionalidade por omissão, no Brasil. O tema é elaborado como estritamente ligado “à concretização da Constituição pelo legislador e à eficácia das normas constitucionais”<sup>9</sup>, a ser resolvido mediante instrumentos de técnica processual, como mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pelos órgãos do Poder Judiciário. Ainda, se identifica a possibilidade de omissão inconstitucional em termos verticais, acerca da intensidade da realização da norma constitucional a ser efetivada, ou em termos horizontais, quanto aos destinatários da norma constitucional, já que, nesse sentido, “a lei pode realizar, em maior ou menor intensidade ou suficiência, o desejo da norma constitucional”<sup>10</sup>.

A doutrina brasileira, avançando sobre esse tema, chega ao ponto de resumir políticas públicas ao âmbito da normatividade estatal, para fins de atuação do Poder Judiciário no controle da dita omissão inconstitucional, já que a norma do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, define omissão como ausência de medida para tornar efetiva norma constitucional e, a partir daí, “medida pode significar ao menos duas coisas distintas: uma lei ou uma política pública”<sup>11</sup>. Trata-se, aqui, pois, além de uma definição juspositivista, de uma redução de toda a atuação estatal à norma jurídica, como regente absoluta do fenômeno político. Parte-se de uma definição normativa (do art. 103, § 2º), passando por uma elaboração doutrinária juspositivista restrita, para chegar à conclusão de que toda e qualquer política pública pode ser resumida ao âmbito da normatividade estatal e, assim, pode e deve ser resolvida pelo órgão (também estatal) competente do Poder Judiciário. Ou seja, um argumento juspositivista circular de redução do direito e da política à norma jurídica.

Ora, é a norma jurídica hipostasiada a preocupação central de tais teorias juspositivistas. É o ordenamento jurídico como conjunto racional, lógico-formal completo de normas jurídicas que, por sua observância obrigatória (imperatividade), devem ser aplicadas em grau máximo, inclusive por eventuais motivos de

---

9 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1195.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 793.

11 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 584.

valores ético-morais que permeiam suas funções necessárias de segurança jurídica e previsibilidade da ação estatal. O Estado, ademais, entendido como conjunto neutro de instituições e órgãos separado da sociedade em geral, é tomado como fonte de qualquer mudança desejável e necessária na sociabilidade, inclusive com possibilidade de efetivação de todos os direitos positivados aos cidadãos.

O jurista, pautado nos juspositivismos, não nega a existência social nem deixa de identificar as graves questões humanitárias advindas da atual situação pandêmica. Pode até mesmo ter grandes preocupações com o progresso humano e com os valores ético-morais que identifica como fundamentos do fenômeno jurídico. Antes, pois, como advertia Michel Mialle, “o jurista não nega a existência e o peso das estruturas sociais, subordina-as ao seu sistema de pensamento”<sup>12</sup>. Assim, ao invés de identificar na sociedade e nas relações de sociabilidade os conflitos, contradições e dinâmicas de exploração que ensejam crises, o jurista, sob os juspositivismos, enxerga na norma, no ordenamento jurídico, no funcionamento dos órgãos estatais as razões de crise.

Com efeito, os juspositivismos aceitam desde posturas eminentemente conservadoras e liberais, que pretendem o aprofundamento das estruturas de desregulamentação de mercados e de finanças, com restrições a direitos sociais como baluartes de salvação do livre mercado mundial, como, de outro lado, posturas mais progressistas, inclusive ditas de esquerda, de cariz institucionalista, ou seja, posturas fundadas “em estruturas políticas democráticas, na ação por dentro do espaço das instituições e na resistência a desmontes neoliberais dessas mesmas esferas político-jurídicas”<sup>13</sup>.

Tais horizontes, por mais abrangentes que possam ser as considerações sobre fundamentos e finalidades do ordenamento jurídico que proclamem, restringem-se ao fenômeno normativo estatal como centro de considerações e preocupações teóricas e, dessa forma, não alcançam a materialidade das relações sociais regentes da sociedade contemporânea.

Não à toa, portanto, que o grande problema teórico resultante é que, a partir dos juspositivismos, as únicas propostas de solução, quando identificada crise de direitos, é, em formulação genérica, exigência por mais direitos. Quer isso dizer que tais posturas teóricas limitam-se a uma pretensão reformista, ou seja, a requisitar ganhos quantitativos de direitos, respeitadas sempre as instituições, como solução para todo e qualquer problema social que se coloque, inclusive na conjuntura de pandemia global atual. Ou se pretende a criação, positivação de

---

12 MIALLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979, p. 42.

13 MASCARO, Alysson Leandro. Política e crise do capitalismo atual: aportes teóricos. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 1, p. 46-69, mar. 2018, p. 50.

novos direitos ou se almeja que os direitos já normativamente positivados sejam efetivados em maior medida, inclusive pelos próprios órgãos estatais. O diagnóstico juspositivista do problema gerado pela crise é sempre de quantidade de direitos e a solução proposta será sempre de quantidade de direitos.

## 2. INEXISTÊNCIA DE CRISE DE DIREITOS: FILOSOFIA CRÍTICA DO DIREITO

### 2.1. FILOSOFIA CRÍTICA: O QUE SÃO DIREITO E ESTADO?

É tarefa, então, da filosofia crítica, marxista, enfrentar a ideologia dominante capitalista, conservadora e juspositivista em essência, para demonstrar a realidade das determinações materiais da sociedade, do Estado e do direito e para que se possa efetivamente pretender alterar a sociedade, suas explorações e dominações absurdas de poucos sobre muitos. É o marxismo, enquanto ciência da materialidade histórica<sup>14</sup>, o portador do conhecimento capaz de, por meio da prática, superar o capitalismo e suas contradições.

Com efeito, a partir da obra de maturidade de Marx, principalmente em *O Capital*<sup>15</sup> e no *Grundrisse*<sup>16</sup>, foram estabelecidas as estruturas e formas pelas quais se originou, desenvolveu e generalizou a sociabilidade capitalista, em contraponto com as compreensões burguesas predominantes sobre os fenômenos da economia, do Estado, do direito, da cultura etc. Tal análise permite que se entreveja, então, desde Marx e nos desenvolvimentos teóricos posteriores, pautados pelas práticas e relações sociais, a materialidade social de todos os mecanismos necessários para a continuidade da reprodução do capitalismo, como sistema de exploração voltado exclusivamente para o lucro.

Percebeu Marx que a sociedade capitalista é pautada pela mercadoria<sup>17</sup>, ou seja, pela redução de todos os bens, de todas as relações, de todas as pessoas a equivalentes destinados à troca mercantil. Nesse sentido, seus valores intrínsecos (denominados valores de uso, por Marx, como o uso específico de determinado bem, o sentimento pessoal de dado indivíduo sobre a vida e o amor, a relação afetiva entre dois indivíduos, por exemplo) não importam, mas sim, importa a

---

14 Foi o filósofo franco-argelino Louis Althusser o principal responsável pelo resgate do marxismo como ciência da materialidade histórica, a partir da década de 1960. Sobre o tema, conferir: ALTHUSSER, Louis. *Por Marx*. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2015. DAVOGLIO, Pedro. *Althusser e o direito*. São Paulo: Ideias & Letras, 2018. E, ainda, MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

15 *O capital*. Crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, Livros I, II e III.

16 *Grundrisse*. Manuscritos econômicos de 1857-1858. Esboços da crítica da economia política. Tradução de Mário Durayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2011.

17 Não à toa, pois, inicia Marx o Livro I, de *O Capital*, pelos dizeres: “A riqueza das sociedades onde reina o modo de produção capitalista aparece como uma ‘enorme coleção de mercadorias’, e a mercadoria individual como sua forma elementar. Nossa investigação começa, por isso, com a análise da mercadoria.” in *O capital*. Crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, Livro I, p. 113.

relação de equivalência obtida mediante a estipulação de valor para as mercadorias, ou seja, uma abstração de seus valores de uso para que possuam um valor de troca, uma equivalência universal que as torna passíveis de troca mercantil umas pelas outras<sup>18</sup>. Tal relação, denominada forma-mercadoria, generaliza-se no capitalismo, principalmente a partir do momento em que a própria força de trabalho é tida como mercadoria.

Com efeito, a imensa maioria dos indivíduos é livre no capitalismo de duas maneiras: livre para vender sua força de trabalho e livre de todos os meios necessários para a produção social (ou seja, não possui propriedade outra para produzir que não a si mesmo e sua capacidade biológica de trabalhar). Esse indivíduo, pois, não tem alternativa para sobreviver (para comer, para morar, para se vestir) que não a venda de sua força de trabalho pelo seu valor de troca, ou seja, pelo equivalente universal tido no dinheiro. Trata-se da relação de salário. O trabalho assalariado generaliza a forma-mercadoria na sociabilidade capitalista e o valor de troca, tido como equivalente universal entre coisas que, num primeiro momento, nada têm em comum, torna-se, pois, a forma-valor<sup>19</sup>.

O trabalho, contudo, é a única mercadoria que, por seu próprio valor de uso, gera valor às mercadorias. No trabalho assalariado, pois, reina o segredo do capitalismo, já que o proprietário da força de trabalho paga por tal mercadoria por determinado período e, nesse período, ela produz mais valor do que aquele que lhe é pago como equivalente. Ou seja, a força de trabalho não paga é o valor adicional, o mais-valor, que o proprietário dos meios de produção, da mercadoria força de trabalho, ganha por não pagar ao trabalhador aquilo que ele lhe entrega na sua totalidade. Essa é a primeira grande contradição estrutural do capitalismo e constitui sua alma: o lucro.

Acontece que forma-mercadoria e forma-valor são relações entre indivíduos, relações sociais, mas que aparecem no aspecto fenomênico primeiro da sociedade como relações entre coisas individuais. Essa dinâmica, denominada por Marx de fetichismo, constitui, a partir de sua generalização, aquilo que é denominado formas sociais. Sobre o tema, Marx analisava:

As formas que rotulam os produtos do trabalho como mercadorias e, portanto, são pressupos-

---

18 Afirmou Marx: “A utilidade de uma coisa faz dela um valor de uso. (...) O valor de troca aparece inicialmente como a relação quantitativa, a proporção na qual valores de uso de um tipo são trocados por valores de uso de outro tipo, uma relação que se altera constantemente no tempo e no espaço. (...) parece claro que a abstração de seus valores de uso é justamente o que caracteriza a relação de troca das mercadorias.” in *O capital*. Crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, Livro I, p. 114-115.

19 Segundo Marx: “A forma universal do valor só surge, ao contrário, como obra conjunta do mundo das mercadorias. Uma mercadoria só ganha expressão universal de valor porque, ao mesmo tempo, todas as outras expressam seu valor no mesmo equivalente, e cada novo tipo de mercadoria que surge tem que fazer o mesmo. Com isso, revela-se que a objetividade do valor das mercadorias, por ser a mera ‘existência social’ dessas coisas, também só pode ser expressa por sua relação social universal, e sua forma de valor, por isso, tem de ser uma forma socialmente válida.” in *O capital*. Crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, Livro I, p. 142.

tas à circulação das mercadorias, já possuem a solidez de formas naturais da vida social antes que os homens procurem esclarecer-se não sobre o caráter histórico dessas formas – que eles, antes, já consideram imutáveis –, mas sobre seu conteúdo. (...) Ora, são justamente essas formas que constituem as categorias da economia burguesa. Trata-se de formas de pensamento socialmente válidas e, portanto, dotadas de objetividade para as relações de produção desse modo social de produção historicamente determinado, a produção de mercadorias.<sup>20</sup>

Logo, formas sociais são aglutinações de relações sociais que se formam sem a percepção consciente dos indivíduos, a partir dessas relações e incidindo sobre elas para, sempre e novamente, constituí-las. Trata-se de moldes que constituem as relações e os vínculos sociais dos indivíduos e constroem comportamentos desviantes. São formas históricas de condensação de relações sociais que moldam e constroem essas relações, independentemente da vontade e/ou do conhecimento dos indivíduos, tanto constituindo esses indivíduos quanto restringindo suas possibilidades alternativas de ação e pensamento no mundo<sup>21</sup>. Segundo Joachim Hirsch<sup>22</sup>, aliás, é a partir das formas sociais que se podem verificar as condições estruturais gerais que definem as relações sociais, os modos de comportamento, as possibilidades de ação, os padrões de percepção e, também, as formas de institucionalização da sociedade capitalista.

Forma-mercadoria e forma-valor, pois, são formas econômicas do capitalismo, o que significa que, desde que nasce, o indivíduo “sabe” que tem que trabalhar para ganhar dinheiro de alguém que já possui dinheiro, se quiser comer, vestir, morar, comprar; o indivíduo “sabe” que tudo aquilo que ele precisar, desejar ou sonhar deve ser comprado para ser obtido ou, alternativamente, estará fora do sistema se utilizar apropriação pela força, por exemplo. Esse “saber” do indivíduo é compreendido como a maneira natural da sociedade e das coisas, algo que é e sempre foi assim, mas jamais questionado como relações sociais constituídas pelo capitalismo, ou seja, historicamente surgidas e desenvolvidas, no tempo e nos espaços.

Tais formas econômicas já trazem em si as contradições inerentes ao capitalismo, as disputas e conflitos sociais entre indivíduos, grupos e classes, ou seja, entre, de um lado, aqueles que são proprietários privados dos meios de produção e que, portanto, dominam os demais e os exploram para fins de lucros e, de outro, a imensa maioria, desprovida de toda e qualquer propriedade privada que não a da própria força de trabalho, dominada e explorada socialmente. O capitalismo, pois, porta crises, enseja crises em sua natureza. O capitalismo é crise.

---

20 *O capital*. Crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, Livro I, p. 150-151.

21 MASCARO, Alysson. Formas sociais: uma apresentação. *IREE*, colonistas, 28 de julho de 2021. Conferir: < <https://iree.org.br/formas-sociais-uma-apresentacao/>>, acesso em 26/12/2021.

22 *Teoria materialista do Estado*. Processos de transformação do sistema capitalista de Estados. Tradução de Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 31.

Pois bem. A partir do desenvolvimento da análise de Marx, percebeu-se historicamente que o capitalismo demandava não apenas formas sociais econômicas para que permanecesse em funcionamento, para que se reproduzisse. Foi Evguiéni Pachukanis, filósofo do direito soviético, quem, na década de 1920, percebeu que o direito é a forma jurídica do capitalismo<sup>23</sup>.

A partir de Marx, pois, percebeu Pachukanis que a relação de troca mercantil de mercadorias, apesar de se tratar de relação social que a forma-mercadoria torna objetificada, precisa da atuação dos indivíduos para ocorrer. É isso pelo simples fato de que as “mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras”<sup>24</sup>. Logo, para que a troca mercantil ocorra é necessário que, no mínimo, dois sujeitos, considerados formalmente iguais e passíveis de titularizar direitos de propriedade privada, possam contratar a troca mercantil, mediante livre manifestação de sua vontade considerada autônoma<sup>25</sup>.

A relação social de troca mercantil, portanto, pressupõe a subjetividade jurídica, a propriedade privada, a igualdade formal e a liberdade de contratação. Os fatos sociais que envolvem tal relação jurídica dão lastro à resignificação de institutos que, nas sociedades pré-capitalistas, chamavam-se direito, para que, a partir de então, pudesse haver a previsão, o resguardo e a garantia de reprodução das relações sociais necessárias à continuidade do capitalismo e suas relações econômicas básicas. Logo, a transformação dos vínculos e das relações sociais muda: (a) de seu surgimento pelo “status” social diferenciado no nascimento, surgem mediante a estipulação geral e abstrata da subjetividade jurídica (todos são sujeitos de direito); (b) de sua estipulação por vínculos de grupos ou ofícios, passa-se à livre vinculação por contratos; (c) de vinculação da propriedade ao “status” pessoal do indivíduo, passa-se à generalização da apropriação privada de bens etc.

A generalização de tais relações sociais, com formatação dos indivíduos segundo suas diretrizes fáticas, pois, constitui a forma jurídica do capitalismo, o direito contemporâneo. Logo, a forma jurídica “constitui os sujeitos de direito, afastando as velhas relações sociais que jungiam uns aos outros pelo arbítrio, pela força ou pelo acaso”<sup>26</sup>, substituindo-as pela forma jurídica da relação entre os de-

---

23 Principalmente a partir de PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. Sobre o tema, conferir: NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito*. Um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008. MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

24 MARX, Karl. *O capital*. Crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, Livro I, p. 159.

25 Segundo Marx: “Para vende-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais.” in *O capital*. Crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, Livro I, p. 242.

26 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 25.

tentores dos meios de produção e os trabalhadores, com fulcro na subjetividade jurídica, na obrigação jurídica, no contrato e na propriedade privada.

Daí porque Pachukanis afirma que somente no capitalismo é que há direito e sujeitos de direito, como os entendemos hoje:

Somente em situações de economia mercantil nasce a forma jurídica abstrata, ou seja, a capacidade geral de possuir direitos se separa das pretensões jurídicas concretas. Somente a transferência contínua de direitos que tem lugar no mercado cria a ideia de um portador imutável. No mercado, aquele que obriga simultaneamente se obriga. Ele passa a todo momento da posição de credor à posição de obrigado. Dessa maneira, cria-se a possibilidade de abstrair as diferenças concretas entre os sujeitos de direito e reuni-los sob um único conceito genérico.<sup>27</sup>

Assim, o direito é forma social, é relações sociais condensadas e não normatividade estatal, não manifestação de força ou de vontade de um sujeito apenas, não valores ético-morais geradores de normas. O direito é a forma jurídica do capitalismo e, como tal, o direito é capitalismo, o direito é crise.

O mesmo se deve considerar sobre o Estado.

Ao contrário do que se observa no capitalismo, em períodos da história a ele anteriores, a dominação política seguia em conjunto com a dominação econômica. Diferente, então, tanto das eras de escravidão, na qual os donos de escravos tinham a propriedade e o poder físico sobre os escravos, quanto do feudalismo europeu, no qual os senhores feudais detinham o poderio militar, as terras e o poder econômico, no capitalismo há uma separação necessária, estrutural, entre os âmbitos econômico, da dita sociedade civil, e o político, do Estado.

Com efeito, para que a prática das trocas mercantis prossiga e se desenvolva, se reproduza constantemente, é necessário que haja igualdade formal entre os sujeitos, passíveis de titularizar propriedade privada e entabular contratos de cunho econômico. A imposição de força física direta entre os envolvidos na relação de troca mercantil quebraria os pressupostos do mercado e, portanto, inviabilizaria o desenvolvimento das relações capitalistas. Logo, era necessária a existência de um aparato, terceiro à dinâmica das relações mercantis, que pudesse garantir, mediante a força, a relação de troca, ou seja, a propriedade privada e a força obrigatória dos contratos. Ainda, tal aparato, separado da esfera econômica, gozava da possibilidade de refundar os vínculos simbólicos ente os grupos sociais, após período de derrocada dos antigos laços oriundos da religião, dos clãs, grupos etc.

Desse modo, o Estado surge como forma política do capitalismo, com natureza dúplice: uma negativa, de caráter repressivo, apta a garantir a reprodução das relações de produção capitalistas e o mercado de trocas, inclusive pelo mo-

---

27 PACHUKANIS, Evguíeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 125.

nopólio institucionalizado do uso da força, e outra, afirmativa, de constituição dos vínculos sociais dos grupos agora centralizados em dados territórios estatais.

O núcleo da forma política, pois, é o poder político separado dos agentes econômicos diretos, fenomenicamente instituído em um aparato estatal específico. Estado, como decorrência, não é suas instituições, suas competências ou a soberania, mas antes, é a instituição, a reprodução e a compreensão do tecido social a partir da forma-mercadoria e da forma jurídica, vinculadas inexoravelmente à objetivação do plexo de relações sociais de seus termos políticos<sup>28</sup>. As instituições do Estado são, antes, momentos ou regiões desse tecido social, constituídas historicamente a partir da luta de classes em concorrência no capitalismo.

Mas a forma política estatal não se caracteriza a partir de tais instituições, tomadas em sua internalidade, mas sim em sua externalidade, a partir de determinadas formas de relações sociais, cujas categorias são mais fundantes da totalidade social, como a forma-valor. O Estado não surge porque suas instituições o impõem como tal, para então, depois, ser capturado em benefício do interesse do capitalismo. O movimento é distinto. (...) A relação entre forma política e instituições políticas é contraditória, conflituosa, instável e muitas vezes até mesmo oposta. (...) Determinadas instituições podem surgir de modo contrário ao processo de valorização do valor ou mesmo de modo oposto ao interesse de algumas classes dominantes.<sup>29</sup>

A existência de um Ministério da Mulher, que defenda em maior ou menor grau os interesses e os direitos de igualdade de gênero, por exemplo, não desnatura a forma política estatal como constituída e destinada à promoção da reprodução das relações sociais capitalistas. Antes, apenas demonstra que, em dado momento histórico de dada formação social específica, a situação da luta de classes levou à necessidade de valorização institucional dos referidos interesses e de sua presença no corpo organizacional específico adotado pelo Estado. O mesmo se diz em relação a órgãos ou instituições episódicas voltados à defesa de interesses trabalhistas e previdenciários ou culturais, por exemplo, das classes exploradas.

A forma política estatal deriva das relações sociais de produção capitalistas, ou seja, tanto advém quanto constitui tais relações e garante sua reprodução, independentemente da formatação institucional histórica específica de cada formação estatal. Logo, Estado é forma política do capitalismo, Estado é capitalismo e Estado é crise.

## **2.2. POR QUE NÃO HÁ CRISES DE DIREITOS? CONFORMAÇÃO ENTRE FORMA JURÍDICA E FORMA POLÍTICA ESTATAL**

Estabelecidos os núcleos, pois, tanto da forma jurídica quanto da forma política do capitalismo, impende observar que ambas surgem e se desenvolvem,

---

28 MASCARO, Alysson Leandro. Estado e forma política. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 26.

29 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 31.

historicamente, mutuamente imbricadas em termos de funcionalidade e operacionalidade. Trata-se do conceito, imprescindível para as atuais filosofia e ciência políticas, de derivação de segundo grau ou conformação das formas.

Com efeito, entende-se por conformação social “um agrupamento de duas formas sociais específicas num mesmo processo de implicação recíproca”<sup>30</sup>, uma “consustanciação das formas em uma técnica de que comungam”<sup>31</sup>.

Quer isso dizer que a quantidade de direitos e a quantidade de política (ou o desenvolvimento específico de dado regime político) são ditados pela interação das formas em conformação. O Estado cria o direito legítimo e o direito legitima normativamente o Estado, conquanto ambos ainda sejam formas sociais de nucleação autônoma do capitalismo, dele oriundas e a ele imprescindíveis para a reprodução das relações sociais. É a técnica jurídico-normativa o cimento da conformação.

Na sociabilidade capitalista, do núcleo da forma mercantil deriva, necessariamente, uma forma política estatal e uma forma jurídica. Estas, por sua vez, tendem a se conformar. A subjetividade jurídica, que é uma forma inexorável da relação social capitalista, passa a ser balizada por normas estatais: capacidades a partir de faixas etárias, vícios do negócio jurídico etc. Do mesmo modo, o Estado passa a ser balizado por regramentos jurídicos e, para muitos de seus fins administrativos e mesmo de direito internacional, é tomado como sujeito de direito em igualdade com quem contrata. A conformação é um processo de adaptação que dá contornos mais específicos às formas sociais.<sup>32</sup>

Tem-se, dessa maneira, que tanto as realidades institucionais e orgânicas do Estado são conformadas pelo direito (direito público, em geral, que interpela os indivíduos como cidadãos e, também, disciplina a administração pública, a tributação, a persecução penal, o processo etc.) como o direito é criado e cancelado pelo Estado em forma de normas jurídicas (que interpelam os indivíduos, já desde sempre, como sujeitos de direito). A legalidade, pois, ou o conjunto de textos normativos que formam determinada ordem jurídica estatal, é fenômeno jurídico atrelado à conformação.

Acontece que a conformação é processo dinâmico e constante, permeado diretamente pelas lutas entre indivíduos, grupos e classes e pelos balanços de poder que cada qual obtém nesse processo contraditório e conflituoso. Logo, a depender do momento histórico, haverá maior ou menor garantia de direitos à classe trabalhadora, maiores ou menores organizações estatais institucionais voltadas a seus interesses.

---

30 MASCARO, Alysso Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 43.

31 MASCARO, Alysso Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 43.

32 MASCARO, Alysso Leandro. Formas sociais, derivação e conformação. *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 05-16, jan.-abr. 2019, p. 14-15.

A positivação de direitos e/ou a sua efetivação pela via estatal, portanto, está inexoravelmente atrelada ao devir dos conflitos e contradições inerentes à sociabilidade capitalista, o que quer dizer, ao mesmo tempo, que o núcleo das formas dessa sociabilidade jamais são tocados. Útil para a compreensão do que se trata aqui é a distinção formulada por Blanke, Jürgen e Kastendiek entre limite do sistema e limites de atuação<sup>33</sup>.

Por limite de sistema, tem-se a preservação da própria estrutura do núcleo das formas sociais, ou seja, a garantia final da reprodução das relações sociais capitalistas. Caso haja qualquer menção de intervenção na própria reprodução das relações de produção, de valorização e de circulação capitalistas, aí então Estado e direito tornam-se elementos de força, culminando em episódios de modulação para ditaduras e fascismos. Limites de atuação, por sua vez, são aquelas limitações que o direito e o Estado impõem às relações derivadas da conformação, de quantidade de direitos e de participação política, variáveis em cada momento histórico.

Nas palavras dos autores citados:

O limite do sistema pode ser especificado no nível da determinação da forma, os limites da atividade só se podem especificar no nível dos movimentos históricos. (...) A assimetria nos limites da atividade em relação ao capital e ao trabalho é uma marca de nascença do Estado burguês: 'negativamente', isto é, dirigida contra o capital, o limite do sistema é rapidamente alcançado; 'positivamente', isto é, dirigida contra o trabalho assalariado, a intervenção é determinada de acordo apenas com a fase histórica das constelações de classes.<sup>34</sup>

É desse modo que Estado e direito, enquanto formas sociais do capitalismo, permanecem como relações sociais aglutinadas e de núcleo sólido e intangível, mas, em seus níveis operacionais, técnicos e funcionais, permitem diversas modulações históricas para capturar, modular e definir as lutas entre indivíduos, grupos e classes que se vão desenvolvendo. Um exemplo do que aqui se apresenta em forma teórica é trabalhado com excelência por Bernard Edelman, quando analisa o direito de greve<sup>35</sup>.

Na origem, greve é uma manifestação surgida no âmbito fático da revolta dos trabalhadores contra condições específicas de exploração em dada fábrica ou setor fabril. Trata-se de movimento violento e agressivo que paralisa as atividades produtivas de dada planta fabril ou setor, obrigando, à força, o capitalista, empregador, a ouvir as reclamações dos trabalhadores, ponderar sobre elas e, ao

---

33 BLANKE, Bernhard. JÜRGENS, Ulrich. KASTENDIEK, Hans. On the current marxist discussion on the analysis of form and function of the Bourgeois state. in HOLLOWAY, John. PICCIOTTO, Sol (ed.). *State and capital*. A marxist debate. London: Edward Arnold, 1978.

34 BLANKE, Bernhard. JÜRGENS, Ulrich. KASTENDIEK, Hans. On the current marxist discussion on the analysis of form and function of the Bourgeois state. in HOLLOWAY, John. PICCIOTTO, Sol (ed.). *State and capital*. A marxist debate. London: Edward Arnold, 1978, p. 140-141. (tradução nossa).

35 EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Tradução Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016.

cabo, para evitar a quebra do circuito produtivo de seu lucro, acatar uma parte satisfatória dos reclamos dos explorados.

Ora, assim considerada, a greve dirige-se diretamente contra o limite do sistema, ou seja, contra o próprio núcleo das formas sociais, tentando prejudicar a reprodução normal das relações de produção capitalistas e, como decorrência, gerou, historicamente, imediatas e enérgicas movimentações das estruturas de conformação do Estado e do direito. Contra a greve mobilizavam-se o direito penal, penitenciário e civil (indenizatório), com imediato exercício de poder coercitivo pelos aparelhos de Estado representados pela polícia e até mesmo pelo exército, se necessário, para conter os revoltosos pela força coercitiva da violência. A garantia do capital era exercida, pois, com o recurso à natureza repressiva, bruta, do Estado e do direito, com largo uso de normas jurídicas e aparelhos de violência física que visavam coibir comportamentos desviantes da normalidade das relações sociais diretamente implicadas na produção e reprodução capitalistas.

Acontece que, uma vez não sendo suficiente a repressão absoluta para acabar com os conflitos e lutas de classes representados nos movimentos de greve, as formas sociais passaram, pois, a conformar esse acontecimento fático, trazendo-o para seu âmbito interno de regulação. Surge, então, o direito de greve.

Uma vez positivada como direito, em primeiro lugar, a greve passou a ser titularizada por sujeitos de direito, definidos a partir de um território e legitimados a partir de um grupo social específico: nacionais e não estrangeiros, pertencentes a determinados grupos étnicos e não outros etc., conforme as demais normas jurídicas do Estado e de direito de cada formação social específica (Brasil, França, Estados Unidos etc.). Em segundo lugar, tornando-se direito, submetia-se às categorias normativas do “bom e regular exercício do direito”, ou seja, agora havia exercícios legítimos e ilegítimos do direito de greve. Em terceiro lugar, agora era o próprio Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, quem detinha competência jurídica para dizer quando a greve era ou não juridicamente legítima e, mais, como deveria ser exercida para que legítima fosse ou se tornasse.

A legalidade, pois, passou a não apenas moldar a greve, como direito, mas também a constituir o que se deveria entender por legitimidade da revolta. A luta de classes não apenas foi capturada pela conformação das formas sociais, mas somente por meio de tal conformação passou a poder ser realizada de forma legítima. O descumprimento das normas jurídico-estatais sobre a greve, ademais, geram o exercício legítimo da força estatal contra os manifestantes que teimem em “abusar” do direito de greve.

Uma questão que era de qualidade de relações sociais, ou seja, a greve como movimento político e social espontâneo, advindo e organizado como revolta dos explorados contra condições de exploração, agora passava a ser de quantidade de

direitos e de regime político-estatal, regido por normas estatais e por instituições jurisdicionais do próprio Estado.

Não à toa, pois, afirma-se que o “rompimento da universalidade institucional pode ser visto na própria administração da justiça, quando o conflito do capital passa a ser regido por suas próprias mãos”<sup>36</sup>, uma vez que “as alterações do processo, para dentro do direito, acusam o movimento das contradições que perpassam estruturalmente a sociedade capitalista contemporânea”<sup>37</sup>.

Quando se compreende e se fala, pois, em necessidade de positivação de direitos ou necessidade de efetivação de direitos, está-se a falar, sempre, sobre o limite das atividades estatais. Quer isso dizer que a conquista de direitos eventuais da classe trabalhadora, por exemplo, é apenas uma expressão da conjuntura histórica episódica que se desenvolveu em dada localidade, uma conquista passageira de quantidade de legalidade e que, dessa forma, jamais poderá alterar o núcleo da forma política estatal e da forma jurídica capitalistas. Como tal, jamais poderá alterar as condições estruturais de desigualdade real, de contradições, de exploração e dominação de poucos sobre muitos que grassa na sociedade capitalista.

O tão celebrado direito de greve, a conquista do direito de greve que os setores mais progressistas dos juspositivistas bradam como grande conquista histórica dos trabalhadores, por exemplo, é, sim, uma vitória episódica, mas jamais uma possibilidade de alteração dos horizontes de exploração e dominação das classes trabalhadoras. Tratou-se, antes, da captura e da formatação de uma espécie de manifestação da luta de classes para dentro dos horizontes da legalidade capitalista, da institucionalização estatal, ambos estruturalmente comprometidas com a reprodução das relações de produção capitalistas.

Tal análise juspositivista, um engodo, no fim das contas, é a tônica de todas as análises que constataam “crises de direitos”, quando percebem que, diante de situações de fato extravagantes (como uma pandemia global, por exemplo), ou se necessita de mais (outros, novos) direitos ou se necessita de efetivação dos maravilhosos direitos já positivados (conquistados) pelos seres humanos em sua dignidade.

### **3. OBSERVAÇÕES FINAIS SOBRE PANDEMIA E CRISE DE DIREITOS**

Exceto o fato de se tratar da disseminação de um vírus de alta taxa de letalidade, nada mais que diga respeito à pandemia global tem caráter biológico

---

36 MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 22.

37 MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 23.

ou natural ou relativo ao destino. Trata-se de relações sociais. A pandemia é uma conjuntura social do capitalismo.

No fundamental, a dinâmica da crise evidenciada pela pandemia é do modelo de relação social, baseado na apreensão dos meios de produção pelas mãos de alguns e pela exclusão automática da maioria dos seres humanos das condições de sustentar materialmente sua existência, sustento que as classes desprovidas de capital são coagidas a obter mediante estratégias de venda de sua força de trabalho. O modo de produção capitalista é crise. (...) O flagelo do desemprego, as habitações precárias para suportar quarentenas, as contaminações em transportes públicos lotados e a fragilidade do sistema de saúde são, exata e necessariamente, condições históricas de um modo de produção específico, o capitalismo.<sup>38</sup>

Assim, se crise há, é importante que se situe a crise, sua natureza. Trata-se de crise do capitalismo, da fase atual do capitalismo pós-fordista<sup>39</sup>, na qual as explorações sobre a classe trabalhadora se exacerbam, as lutas de classes encontram-se deslocadas em favor do capital (do grande capital financeiro internacional, principalmente) e as demandas por elevadas e sempre maiores taxas de lucros solapam qualquer tentativa de ganhos quantitativos de direitos e políticas públicas das classes trabalhadoras.

A situação de pandemia biológica somente trouxe à tona as contradições que a própria sociabilidade capitalista já permitia entrever para quem dela curava. Não há crise de direitos. Não há crise do Estado. As formas jurídica e política do capitalismo continuam muito bem, desenvolvendo atividades destinadas à sua função estrutural de garantir a reprodução das relações sociais capitalistas. Eventual percepção de que, durante a pandemia, houve precariedade de direitos fundamentais sociais ou atividade estatal insuficiente nada mais é do que verificar como a conformação social se desenvolve no capitalismo atual. Tomar tal efeito como causa é a postura dos juspositivismos, que permanece no fenômeno, na aparência das relações sociais, sem delas se perceber.

O caso brasileiro, nesse sentido, é emblemático.

Nem é necessário que se abordem, aqui, alertas de que os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, por exemplo, jamais foram efetivados, desde a data de sua promulgação até o momento presente. Analistas do gabarito intelectual de Plínio de Arruda Sampaio<sup>40</sup> ou de Gilberto Bercovici e Luís Carlos Massonetto<sup>41</sup>, por exemplo, há tempos já apresentam asserções contun-

---

38 MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e pandemia*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 05-07.

39 Sobre o tema da classificação da fase atual do capitalismo como pós-fordismo e apresentação analítica de suas características principais, conferir: BOYER, Robert. *Teoria da regulação*. Os fundamentos. Tradução de Paulo Cohen. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. AGLIETTA, Michel. *A theory of capitalist regulation*. The US experience. Translated by David Fernbach. London, New York: Verso Books, 2015.

40 Para além da ambiguidade: uma reflexão histórica sobre a Constituição Federal de 1988. in CARDOSO JUNIOR, José Celso (org.). *A Constituição brasileiro de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília: Ipea, 2009, Vol. 1.

41 *A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005, Separata do Boletim de Ciências Econômicas de 2006.

dentes sobre a ilusão juspositivista da eficácia das normas constitucionais relativas a tais direitos, como moradia, habitação, saúde, alimentação, lazer etc.

Centrado no contemporâneo, pois, observa-se que, desde 2016, quando um golpe de Estado retirou do poder a Presidenta eleita, Dilma Roussef, os governantes que a ela se seguiram adotaram políticas públicas e normas jurídicas voltadas à precípua garantia das demandas do capitalismo contemporâneo. Dilma Roussef, ao contrário, sinalizara uma guinada à esquerda quando a crise capitalista estadunidense de 2008 finalmente fez perceber seus principais efeitos no Brasil, a partir de 2013, perdendo apoio político tanto da esquerda, insatisfeita com a extensão das políticas realizadas, como da direita, cada vez mais insatisfeita pela ausência de rápida e profunda realização de políticas neoliberais<sup>42</sup>.

Logo, os governos Michel Temer e Jair Bolsonaro restaram caracterizados, desde o final de 2016 até 2019, antes do advento da pandemia no Brasil, pela adoção de medidas imediatas e profundas de alinhamento às demandas do capitalismo pós-fordista, tais como: restrição a direitos trabalhistas (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017) e previdenciários (Emenda constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019), limitação constitucional de “gastos” com direitos sociais (Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016) e redução anual de orçamento público para áreas políticas institucionais de realização de direitos sociais, por exemplo.

Ora, com o advento da pandemia global no Brasil, em meados de março de 2020, portanto, a conformação das formas jurídica e política capitalistas resultara, já antes, desde 2016, na precarização das normas jurídicas de proteção ao trabalho, na retirada de direitos previdenciários dos trabalhadores, no sucateamento dos órgãos e instituições estatais destinados à promoção de políticas públicas relativas a direitos sociais e na limitação constitucional de investimentos nessas mesmas áreas.

O resultado foi surpreendente apenas para quem chegasse de outro planeta, eventualmente: as classes exploradas sofreram o impacto direto da contaminação viral e da impossibilidade econômica, política e social de se protegerem dela. A título de exemplo da miséria e do descaso: não tinham condições econômicas ou de liberdade trabalhista para se ausentar fisicamente de seus

---

42 Observe-se a percutiente análise de Alfredo Saad Filho e Lecio Morais: “Já nas primeiras semanas de seu segundo mandato, Roussef enfrentou crises convergentes que levaram ao colapso dos dois principais eixos dos governos do PT: a variante desenvolvimentista do neoliberalismo e as alianças políticas que apoiavam o governo. (...) A crise política se intensificou. Todas as iniciativas do governo foram bloqueadas no Congresso. Cada concessão foi recebida com resistência passiva da esquerda, cada vez mais descontente, e com a oposição cada vez mais intensa de uma direita excitada. (...) Em 2014, o pragmatismo político e as tentativas de fazer ‘acordos’ com a oposição tornaram-se contraproducentes. O governo perdia aliados a cada rodada de cortes e a cada concessão de curto prazo feita, supostamente, para apaziguar seus críticos. (...) A estratégia de acumulação foi paralisada, a economia implodia a olhos vistos, a política nacional enfrentava um impasse e pragas bíblicas chegaram na forma dos vírus *zika*, *chikungunya*, h1n1 e da dengue.” *in Brasil: neoliberalismo versus democracia*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 185-186.

locais de trabalho, submetendo-se diariamente a transporte público de funcionamento errático e, via de regra, lotado (sendo impossível evitar a aglomeração de indivíduos, a que as classes mais abastadas assistiam pela televisão, assustadas); não tinham condições de realizar trabalho domiciliar (o denominado “home office”, em inglês, claro), por absoluta carência de estrutura habitacional adequada e de aparelhos públicos de acesso à rede mundial de computadores e, pior, a coleta de esgotos e de lixo regulares, iluminação adequada, salubridade para um cotidiano de reclusão domiciliar etc.; não possuíam segurança alimentar, habitacional ou de atendimento de saúde rápido e de qualidade, após as determinações de suspensão das atividades econômicas não essenciais (“lockdown”, em inglês, claro) pelo Poder Público.

Mais de 650.000 mortes pelo coronavírus, no Brasil, até o presente momento, não foram acaso, nem fruto do destino. Mas tampouco foram crise de direitos ou do Estado. Tratou-se e se trata do desenvolvimento regular do capitalismo, em crise periódica de sua fase mais atual.

Capitalismo é crise. Direito é crise, porque é capitalismo. Estado é crise, porque é capitalismo.

Entender que houve crise de direitos durante a pandemia é não apenas fechar os olhos para a história do direito brasileiro e ter uma crença fugaz na efetividade das normas, inclusive da Constituição Federal de 1988, como, principalmente, é partir de filosofias juspositivistas e entender o mundo a partir da norma jurídica, o Estado a partir de suas competências. É ignorar que é o capitalismo que gera exploração, dominação, miséria absoluta de uma imensa maioria dos seres humanos para que pouquíssimos tenham seus lucros garantidos e que essa é a única finalidade das relações sociais no capitalismo.

Essas manifestações, esses diagnósticos e propostas de solução juspositivistas permanecem no fenômeno imediato da conformação entre as formas sociais do capitalismo e, dessa forma, bem consideradas as coisas, somente pretendem obter mais capitalismo, mais e novas formas de exploração e dominação, com um verniz agradável de legalidade e de funcionalidade das instituições. Esse é o desejo juspositivista de fundo.

Somente a partir da materialidade das relações sociais capitalistas, somente a partir da filosofia crítica, bem estudada e aplicada à prática das relações sociais, é que se poderá compreender o mundo para mudá-lo, para lançar um fio de esperança na transformação efetiva, e para melhor, das relações humanas em sociedade e superar o capitalismo, alvo último de todo aquele que não suporta ver seus semelhantes e a si mesmo como objeto descartável de dominação e exploração para lucro e regozijo de pouquíssimos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGLIETTA, Michel. *A theory of capitalist regulation. The US experience*. Translated by David Fernbach. London, New York: Verso Books, 2015.
- ALTHUSSER, Louis. *Por Marx*. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2015.
- BERCOVICI, Gilberto. MASSONETTO, Luís Fernando. *A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005, Separata do Boletim de Ciências Econômicas de 2006.
- BLANKE, Bernhard. JÜRGENS, Ulrich. KASTENDIEK, Hans. On the current marxist discussion on the analysis of form and function of the Bourgeois state. in HOLLOWAY, John. PICCIOTTO, Sol (ed.). *State and capital. A marxist debate*. London: Edward Arnold, 1978.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOYER, Robert. *Teoria da regulação*. Os fundamentos. Tradução de Paulo Cohen. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.
- DAVOGLIO, Pedro. *Althusser e o direito*. São Paulo: Ideias & Letras, 2018.
- EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Tradução Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2018.
- HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Processos de transformação do sistema capitalista de Estados. Tradução de Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- KOSSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*. Uma contribuição à protogênese do mundo burguês. Trad. de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- MARX, Karl. *O capital*. Crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, Livros I, II e III.
- \_\_\_\_\_. *Grundrisse*. Manuscritos econômicos de 1857-1858. Esboços da crítica da economia política. Tradução de Mario Durayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2011.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Crise e pandemia*. São Paulo: Boitempo, 2020.
- \_\_\_\_\_. Política e crise do capitalismo atual: aportes teóricos. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 1, p. 46-69, mar. 2018.
- \_\_\_\_\_. Formas sociais, derivação e conformação. *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 05-16, jan.-abr. 2019.
- \_\_\_\_\_. Formas sociais: uma apresentação. *IREE*, colonistas, 28 de julho de 2021. Conferir: < <https://iree.org.br/formas-sociais-uma-apresentacao/> >.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979.
- NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito*. Um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.
- PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.
- SAAD FILHO, Alfredo. MORAIS, Lecio. *Brasil: neoliberalismo versus democracia*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- SALAMA, Pierre. Estado e capital: o Estado capitalista como abstração real. *Estudos Cebrap*, São Paulo: Cebrap, n. 26, 1980.
- SAMPAIO, Plínio de Arruda. Para além da ambiguidade: uma reflexão histórica sobre a Constituição Federal

de 1988. in CARDOSO JUNIOR, José Celso (org.). *A Constituição brasileiro de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília: Ipea, 2009, Vol. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

# CRISIS SANITARIA Y FEDERALISMO COOPERATIVO: LO QUE EL EJECUTIVO DE LA UNIÓN NO QUISO ENTENDER

Pietro Lora Alarcón <sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

En Brasil, la crisis sanitaria ocasionada por la diseminación del Covid19 abrió un escenario institucional complejo, en el cual infelizmente se sumaron la improvisación, la incapacidad para atender las demandas urgentes de la población más vulnerable y el afán de protagonismo de quienes encabezan las administraciones públicas – federales, estaduais, municipales y distrital –, dentro del marco de contradicciones y ataques a las opciones constitucionales de 1988 por parte de la presidencia de la República.

Como bien registró el Magistrado del Supremo Tribunal Federal – STF – la Corte Constitucional del país - Ricardo Lewandowsky, en artículo publicado en el periódico Folha de Sao Paulo de 22 de abril del 2020, la pandemia sirvió para testar los límites del federalismo adoptado por la Constitución de 1988, revelando las debilidades y virtudes de las diferentes formas de gobernabilidad.

Claramente, el tratamiento de la crisis tuvo desde el comienzo direccionamientos políticos, entretanto, las acciones destinadas a contener actos normativos que confrontaron la Carta de 1988, y especialmente las decisiones de la Corte, marcaron las directrices jurídicas más importantes y de mayor impacto en la cotidianidad de una sociedad que comenzó a vivir la llamada “nueva normalidad” con mascarillas y confinada en casas, apartamentos, habitaciones y viviendas muy humildes, en muchas en las cuales mantener distancias era un imposible de hecho.

El STF, en reiteradas oportunidades, frenó orientaciones del ejecutivo federal, invalidando actos normativos y estableciendo salidas jurídicas fundadas en la interpretación del texto constitucional, especialmente alertando sobre los fines expuestos por el constituyente y los mecanismos para efectivizar el derecho fundamental a la salud. Igualmente, la Corte realizó valiosos ejercicios hermenéuticos

---

1 Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Realizou estudos e pesquisas de pós-doutorado na Universidad Carlos III de Madrid e na Universidade de Coimbra. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC/SP e do Centro Universitário de Bauri – CEUB-.

para determinar las competencias de cada entidad federativa y tratar con rigor jurídico las posibilidades de actuación en el marco de la crisis sanitaria.

En tales decisiones se destacan, al abordar la repartición constitucional de competencias de los entes federados, aquellas en las cuales afirma el “federalismo cooperativo” como alternativa constitucional con un contenido jurídico determinado para establecer prioridades y atender la crisis. En el presente ensayo observaremos dos de esas importantes decisiones de la Corte, en las acciones de control de constitucionalidad directo – ADI – referenciadas con el número 6362, cuyo ponente es precisamente el Magistrado Lewandowsky, y 6.341, de ponencia del Magistrado Alexandre de Moraes y confirmada en posterior decisión, esta vez con ponencia del Magistrado Edson Fachin.

Las decisiones constituyen un retrato jurídico de la situación expuesta, especialmente porque evalúan las opiniones del Ejecutivo Federal, al tiempo que señalan el posicionamiento de la Corte y otras entidades consideradas esenciales al valor justicia, sobre la fortaleza del federalismo cooperativo en el marco constitucional brasileño y su importancia en la coyuntura de la pandemia.

## 2. ¿QUE ES EL FEDERALISMO?

Abordar el tema de la pandemia en Brasil, vinculado con la organización político-administrativa federativa, nos otorga la oportunidad de exponer de forma preliminar el panorama general de origen y funcionamiento de una de las instituciones más relevantes del derecho público.

En líneas generales, se puede afirmar que históricamente los estados europeos demostraron una cierta tendencia centralizadora para el ejercicio y conducción del poder político. Mientras que en los Estados Unidos el grado de autonomía de entidades regionales y locales o de los denominados “Estados miembros de la federación” fue desde su génesis de mucha mayor amplitud.

En el artículo ya mencionado, el Magistrado Lewandowsky explica que desde el punto de vista estructural existen básicamente dos tipos de Estados:

“(…) los “unitarios” y los “compuestos”. Los primeros presentan apenas un centro de impulso político. Sus súbditos se someten a un único gobierno y orden legal. Las circunscripciones en que se dividen solamente poseen autonomía administrativa. Predominan en países con dimensiones territoriales o demográficas modestas y poblaciones homogéneas. Los compuestos, sobre todo los federales, generalmente prevalecen en naciones con tamaño mayor y composición más heterogénea. Se fraccionan en unidades territoriales dotadas de autonomía política. Por eso, sus ciudadanos se sujetan simultáneamente a las autoridades centrales, regionales y locales, cuyas determinaciones y leyes son obligados a observar”<sup>2</sup>

---

2 Lewandowsky, Ricardo. *Covid-19 e federalismo*. Folha de São Paulo. São Paulo: Folha. 22.04.2020. P. 3.

Nuestro foco de análisis es el modelo federativo, propio de los Estados *compuestos*, con el objetivo de aproximarnos a la realidad jurídica y política brasileña. En tal dirección, en obra clásica Bernard Schwartz analiza la caracterización de Corwin sobre el denominado “federalismo americano”, que constituye el modelo original de esta forma de organización, presentando los elementos siguientes:

“(I) como en todas las federaciones, la unión de un número de entidades políticas autónomas (los Estados) para fines comunes; (II) la división de los poderes legislativos entre el Gobierno nacional y los estados constituyentes, división ésta gobernada por la regla de que el primero es una “gobiernos de poderes enumerados”, mientras los últimos son gobiernos de “poderes residuales”; (III) la actuación directa, en la mayor parte, de cada uno de estos centros de gobierno, dentro de una esfera designada, sobre todas las personas y todas las propiedades existentes dentro de sus límites territoriales; (IV) el aparejo de cada centro con el completo mecanismo de imposición de la Ley, tanto ejecutivo como judicial; e (V) la supremacía del Gobierno nacional, dentro de la esfera designada, sobre cualquier afirmación que conflictúe con el poder de los estados”<sup>3</sup>

Así, el federalismo es un modelo de organización política y administrativa cuyo vértice consiste en la existencia de varias entidades autónomas, con constituciones o formas propias y capacidad de autodeterminación legislativa, administrativa y jurisdiccional. La soberanía reside exclusivamente en el Estado federal, que es el resultado de la unidad de los diversos entes federativos.

Cada entidad federativa posee competencias constitucionales relacionadas criteriosamente por el constituyente, de manera que la actuación de cada una está sujeta a dispositivos extraídos y resultado del ejercicio hermenéutico por sobre el Texto de la Carta. Claramente, y por vía de consecuencia, representa una contrariedad a la voluntad del constituyente subvertir, usurpar o dejar de cumplir competencias cuando constituya un deber su realización.

El eje de funcionamiento de la federación lo constituye la distribución de competencias entre las unidades federadas y el centro. En tal sentido, afirma Charles Durand:

“Sea como fuere, las reglas esenciales del régimen jurídico de una federación son las que rigen la distribución de competencias entre órganos comunes y órganos de cada colectividad, las relaciones mutuas entre esos órganos, su composición y su reclutamiento. Todo esto se encuentra en un acto fundamental que constituye la base de la federación, acto cuyo contenido puede ser extremadamente variable, de unas federaciones a otras, y según las épocas de cada una de ellas, pues es posible hacer modificaciones, incluso modificaciones directas”<sup>4</sup>

Como se percibe, a pesar de existir una distribución de competencias en la médula del funcionamiento federativo, no existe un único modelo de federación.

---

3 Schwartz, Bernard. *American Federalism. A Contemporary View*. Traducción al portugués de Elio Cerqueira. Rio de Janeiro. Forense. 1984. P. 10.

4 DURAND, Charles. *El Estado federal en el derecho positivo*. In *El Federalismo*. Madrid: Tecnos. 1965. P. 176.

El modelo clásico corresponde a aquel creado en los marcos de la Revolución de los Estados Unidos, pero en Brasil el modelo surgió de forma diferente.

Con efecto, en el país suramericano el federalismo nace por decisión del constituyente del 1891, teniendo como base fundacional la división en fragmentos de un Estado fuertemente centralizado y que en función de la caída de la monarquía y la instauración de la república debía satisfacer fuerzas y poderes regionalizados. Así, el federalismo nace inversamente al modelo estadounidense.

Importante resaltar que las conformaciones históricas del sistema han originado que se distinga el *federalismo centrípeto*, o sea, aquel resultado de la agregación de Estados soberanos que renunciaron a su autonomía, del *federalismo centrífugo*, que como el brasileño crea autonomías regionales y un ente federativo – la Unión – con representación de todas ellas. En el primero existe regularmente una centralización de competencias en una entidad o polo. En el segundo, la opción es la distribución más amplia de poderes en favor de los Estados miembros. Autores brasileños, como Gilmar Mendes – que además es Magistrado do STF - y Gonet Branco, alertan que existiendo una dosis contrabalanceada de competencias se acostumbra referir la existencia de un *federalismo de equilibrio*.<sup>5</sup>

Sin embargo, el foco de nuestro análisis es el federalismo cooperativo, una modalidad que adiciona características propias a las líneas generales de funcionamiento de la federación. Y vale notar que, en tal vez otro criterio de distinción entre los varios modelos, se coloca énfasis en un *modelo clásico* asociado a la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y otro que podemos llamar de *modelo moderno*, que surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El clásico concede a la Unión poderes enumerados y reservó a los Estados-miembros los poderes no especificados, a la manera de competencias residuales.

A su turno, el modelo moderno responde a una realidad más reciente, teniendo en cuenta la complejidad de la vida social, las desigualdades, las dificultades económicas, exigiendo acción dirigente y unificada del Estado, en especial para enfrentar crisis sociales, guerras y otro tipo de calamidades. Como notan Mendes y Gonet Branco, “*Eso favoreció una dilatación de poderes de la Unión con nueva técnica de distribución de competencias, en que se discriminan competencias legislativas exclusivas del poder central y también una competencia común o concurrente, mixta, a ser explorada tanto por la Unión como por los Estados miembros*”.<sup>6</sup>

Es exactamente aquí que podemos observar con mayor claridad el federalismo cooperativo, que nace a través de un régimen de interacción, colaboración

---

5 MENDES, Gilmar Ferreira y BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva, 12 ed. 2017. P. 852.

6 Ob. Cit. P. 852.

y cooperación entre los diversos entes federativos, mediante competencias expresamente consignadas en el texto constitucional. El objetivo consiste en conseguir enfrentar los problemas de manera mancomunada, estableciendo fórmulas de auxilio, determinando atribuciones y responsabilidades para la atención de las dificultades de efectividad de los derechos fundamentales, especialmente en situaciones de crisis, guerras o cualquier otra calamidad que origine traumas a la sociedad.

Las competencias comunes y concurrentes de los entes federativos, tanto en el ámbito legislativo como en el administrativo, constituyen una muestra de este federalismo cooperativo, que se presenta como mecanismo que posibilita la actuación conjunta en estos casos más urgentes.

### **3. EL MODELO FEDERATIVO INSTALADO EN BRASIL POR LA CONSTITUCIÓN DE 1988**

Referimos líneas atrás que el Estado brasileño asumió la organización político-administrativa federativa desde el final del siglo XIX, mas exactamente con la Constitución de 1891, también llamada de “constitución republicana” porque, además, instaló la república colando fin al Brasil monárquico. A partir de aquella época todas las constituciones la adoptaron, excepto la Carta de 1937, en tiempos de Getulio Vargas.

Así, en Brasil hay más de un siglo de federalismo, por lo que se puede hablar de varias experiencias de federación, observando tanto el pasado más remoto como el más reciente. Para los efectos y finalidades de este breve ensayo tomaremos como referencia el modelo de federación o, como se menciona en el artículo 60, parágrafo 4º, inciso I de la Carta de 1988, la *forma federativa de Estado*, que rige actualmente.

Con efecto, a partir del artículo 1º de la Carta brasileña el constituyente estableció el principio de la *indisolubilidad* del Estado, manifestando que la República Federativa del Brasil, nombre del Estado brasileño, está formada por la unidad indisoluble de las unidades estaduais o Estados - miembros, los Municipios y el Distrito Federal. Más adelante, en el artículo 18, son consagradas las cuatro personas de Derecho Público Interno, regularmente llamadas de entes o entidades federativas, en las cuales se desdobra el Estado y que tienen como virtud constitucional ser autónomas en los términos consagrados por el constituyente.

Reza el artículo 18: “*La organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución*”.

Es necesario aclarar, en este punto, que la soberanía reside en el Estado federal, es decir, en la República Federativa del Brasil, que es una entidad que actúa en la calidad de persona de Derecho Público Internacional frente a los otros Estados. Los entes federativos actúan internamente. Sin embargo, entre esas cuatro entidades una de ellas debe, teniendo en cuenta que el Estado federal es una entidad abstracta, pero actúa en el ámbito de las relaciones internacionales, generar las condiciones para el ejercicio de este tipo de competencias que se proyectan al exterior. Por eso, los órganos de la Unión – su Ejecutivo, su Legislativo y su aparato jurisdiccional – son aquellos de los cuales se sirve el Estado federal para actuar en ese plano de competencias.

La separación de funciones de la Unión es organizada por el propio constituyente de 1988, distinguiendo un Ejecutivo conformado por la Administración Pública Federal, encabezada por el presidente de la república; un legislativo bicameral, denominado Congreso Nacional e constituido por la Cámara de los Diputados y el Senado Federal; y finalmente, un órgano judicial federal conformado por jueces federales y cinco Tribunales Regionales Federales (TRFs).

Los demás entes federativos tienen capacidad de autoorganización a través, en el caso de los Estados miembros - que totalizan 26 – de constituciones estatales, para cuya elaboración siguen los principios generales político-organizativos de la Constitución Federal. En el caso de los Municipios y del Distrito Federal, las Leyes orgánicas siguen los postulados de las constituciones estatales y de la Constitución Federal, respectivamente.

La Constitución de 1988 consagró un régimen jurídico de distribución de competencias en las cuales se destacan aquellas correspondientes a la Unión, en los artículos 21, 22, 23 y 24. En ese abanico de facultades, las establecidas en los artículos 21 y 22 son privativas y exclusivas, que solamente pueden ser ejercidas por ella. Aunque el párrafo único del artículo 22 establezca la posibilidad de delegación de la Unión a los Estados miembros con el objetivo de atender finalidades específicas sobre los asuntos allí relacionados.

Para las finalidades de nuestra exposición debemos llamar la atención en particular para las competencias de los artículos 23 y 24, denominadas respectivamente, de competencias comunes y competencias concurrentes. Esta distribución es un criterio que coloca las bases para el federalismo cooperativo. Las primeras, son de naturaleza administrativa, pueden ser ejercidas por todos los entes federativos y configuran una relación de horizontalidad, es decir, ninguno de los entes federativos se sobrepone al otro, debiendo cada uno ejercerlas dentro de los marcos de su territorialidad.

Es igualmente importante observar que, en los términos del párrafo del artículo 23, *leyes complementares* fijarán “*normas para la cooperación entre la Unión*

*y los Estados, el Distrito federal y los Municipios, llevando en cuenta el equilibrio del desarrollo y del bienestar en el ámbito nacional”.*

Las competencias del artículo 24 son de carácter legislativo y atribuidas en favor de la Unión, de los Estados miembros y del Distrito Federal. en ese sentido, si las competencias del artículo 23 implican en una relación de horizontalidad, las del artículo 24 guardan una relación de verticalidad en su aplicación. Es decir, y como lo establecen los párrafos del artículo, la Unión establece las normas generales y los demás entes las normas subsidiarias pertinentes a los temas allí consignados.

Resta claro que el objetivo del constituyente consiste en crear las condiciones para un ejercicio armónico de las competencias, de manera a atender fines preestablecidos. Sin embargo, como destaca el Magistrado de la Corte Constitucional brasileña, Ricardo Lewandowsky,

“Ocorre que os estados-membros, desde quando foram instituídos, em substituição às antigas províncias imperiais, jamais foram dotados de poder e recursos compatíveis com suas necessidades, permanentemente concentrados no governo central. Já os municípios, embora também vítimas de uma crônica carência de meios, sempre dispuseram de considerável autoridade para regular assuntos de interesse local. Para sanar esse desequilíbrio, a nova ordem constitucional adotou o denominado “federalismo cooperativo”, no qual União, estados e municípios passaram a compartilhar competências e rendas para buscar um desenvolvimento harmônico e integrado”.<sup>7</sup>

En lo que respecta a la salud, derecho fundamental así caracterizado en el artículo 6º de la Carta y que tiene especial tratamiento en nuestro análisis, es importante señalar que el artículo 23, inciso II, consagra para todos los entes de la federación la incumbencia de: *“cuidar de la salud y la asistencia pública, de la protección y garantía de las personas con deficiencia”*. También, que el inciso XII del artículo 24 se determina que la Unión, los Estados miembros y el Distrito Federal pueden legislar concurrentemente sobre *“previdencia social”* y *“protección y defensa de la salud”*.

Ya en el Título VIII de la Carta brasileña, denominado “Del Orden Social”, en sección específica que trata del derecho a la salud, el párrafo 2º del artículo 198 señala una serie de aplicaciones financieras para solventar las necesidades en esta área. Dispone de esta manera el texto normativo:

*“La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios aplicarán, anualmente en acciones y servicios públicos de salud recursos mínimos derivados de la aplicación de porcentuales calculados sobre: I – en el caso de la Unión, la receta corriente líquida del respectivo ejercicio financiero, no pudiendo ser inferior al 15%; II – en el caso de los Estados y del Distrito Federal, el producto del recaudo de los impuestos a que se refiere el artículo 155 y de los recursos de que tratan los impuestos de que tratan los artículos 157 y 159, I, a, e inciso II, deducidas de las parcelas que sean transferidas a los respectivos Municipios; III – en el caso de los Municipios y del Distrito Federal, el producto del*

---

7 Op. Cit. Folha de São Paulo, 22.04.2020, p. 4

*recaudo de los impuestos a que se refiere el artículo 156 y de los recursos de que tratan los artículos 158 y 159, I, b y parágrafo 3º”*

El parágrafo 3º del artículo ordena la edición de una Ley, que será revisada a cada 5 años, para establecer porcentuales y criterios de distribución de los recursos de la Unión vinculados a la salud, destinados a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios, y de los Estados destinados a sus respectivos Municipios, objetivando la progresiva reducción de las disparidades regionales, así como normas de fiscalización y control de los gastos con salud en cada uno de los entes federativos.

La interacción entre los entes federativos para efectivizar el derecho a la salud se desprende de estas competencias y atribuciones del constituyente de 1988, siguiendo este camino, lo que habilita comprender que estamos ante un federalismo para la colaboración y la cooperación. Es decir, es un federalismo que busca equilibrar las cargas entre los diversos entes para la atención del derecho fundamental a la salud.

Como menciona el Magistrado Lewandowsky sobre la evolución del federalismo en materia de salud:

“Tal evolução, à toda evidência, precisa ser levada em conta pelos diferentes níveis político-administrativos no combate à Covid-19. À União compete coordenar as ações, mediante o estabelecimento de regras gerais e a oferta de apoio material, porque lhe incumbe, a teor do artigo 21, inciso XVIII, da Lei Maior, “planejar e promover a defesa permanente contra calamidades públicas”. Os entes regionais e locais não podem ser alijados dessa batalha, porquanto têm a obrigação de tomar as medidas necessárias para enfrentar a doença. Além de outras competências comuns que compartilham com a União, cabe-lhes “cuidar da saúde e assistência pública”, bem como “organizar o abastecimento alimentar” nos respectivos âmbitos de atuação, segundo o artigo 23, incisos II e VIII, do texto constitucional”.<sup>8</sup>

Siendo así, el federalismo cooperativo se erige como una pieza fundamental de carácter instrumental para atender la grave crisis sanitaria y económica que exigió el concurso de todas las autoridades federativas, especialmente en los momentos más dramáticos.

#### **4. DOS DECISIONES PARADIGMÁTICAS SOBRE EL FEDERALISMO COOPERATIVO EN TIEMPOS DE PANDEMIA**

En el presente subcapítulo observaremos críticamente algunas de las decisiones del STF, la Corte constitucional brasileña, en las cuales se verifica una interrelación entre el federalismo cooperativo y el cuidado de la salud por los entes federativos en el marco de la pandemia y estando en curso un intenso debate sobre el accionar del Ejecutivo Federal ante la crisis sanitaria.

---

8 *Idem. Ibid.*

Con efecto, desde un comienzo los entes responsables por el atendimento en esta entidad federativa mostraron, o bien la ausencia de un plan ordenador y organizador del conjunto de acciones necesarias para atender la creciente situación de desespero y agonía de la población, o bien, la poca atención que merecía la crisis, especialmente cuando en varias alocuciones presidenciales se tornó evidente la negación de su envergadura, amplitud y gravedad.

Examinaremos dos decisiones, a nuestro juicio paradigmáticas, por la manera como se presentó, en el plano técnico jurídico ante el Supremo Tribunal Federal, el embate de posiciones entre entidades federativas y, desde luego, por el posicionamiento de la propia Corte en cada uno de ellos.

Se trata de la Acción Directa de Inconstitucionalidad – ADI 6341MC, cuyo voto conductor que refrendó la medida cautelar requerida fue de autoría del Magistrado Marco Aurelio Farias de Mello y la redacción final del Magistrado Luiz Edson Fachin, y logo, la Acción ADI 6362, cuyo ponente fue el Magistrado Ricardo Lewandowsky.

En la primera de estas ADI, la Corte Brasileña se posiciona con relación a la Medida Provisoria 926 de 20 de marzo del 2020, emanada del Ejecutivo Federal, que modificaba el artículo 3º de la Ley 13.979 del año 2020. Esta Ley determina en Brasil las “(...) *medidas para enfrentamiento de la emergencia de salud pública de importancia internacional consecuencia de coronavirus responsable por el brote del 2019*”.

En la ADI 6362, radicada por la Confederación Nacional de la Salud – CNS – el objetivo consistió en que la Corte diera interpretación conforme a la Constitución al parágrafo 7º, III y al inciso VII del mismo artículo 3º de la misma Ley del 2020, en la cual se concentraran las mayores dificultades porque se trató del vector legislativo medular para el tratameitno de la crisis.

#### **4.1. LA ADI 6341**

Con efecto, la Medida, firmada por el presidente de la República establecía que para enfrentar la crisis sanitaria las autoridades podrían adoptar, en el ámbito de sus competencias: *a) el aislamiento; b) la cuarentena (...) d) la restricción excepcional y temporal, conforme recomendación técnica y fundamentada de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, por carreteras, puertos o aeropuertos de: entrada y salida del país, locomoción entre estados y entre municipios.* La Medida también determinaba, en el parágrafo 9º del artículo 3 de la Ley, que el presidente dispondría sobre los servicios públicos y actividades esenciales mediante decreto.

La Medida fue impugnada por el Partido Democrático del Trabajo – PDT que argumentaba que este tipo de especie normativa no podía tratar del tema sanitario porque reservado a otra especie normativa, la ley complementar, que

debería establecer a forma como, en función de la competencia común, todos los entes federativos deberían actuar para atender la crisis sanitaria. Lembremos que, como anteriormente relatamos, leyes complementares deberán establecer los mecanismos de cooperación entre los entes federativos, conforme parágrafo del artículo 23 de la Carta de 1988

Frente al tema, la Corte consideró que:

- a) La emergencia internacional, reconocida por la Organización Mundial de la Salud, no implica ni autoriza la discrecionalidad sin control o sin contrapesos típicos del Estado Democrático de Derecho. Las reglas constitucionales no sirven apenas para proteger la libertad individual, sino también para un ejercicio de racionalidad colectiva, esto es, la capacidad de coordinar las acciones de forma eficiente. El Estado Democrático de Derecho implica el derecho de examinar las razones gubernamentales y el derecho de criticarlas. Los agentes públicos actúan mejor, aún durante las emergencias, cuando son obligados a justificar las acciones.
- b) El ejercicio de la competencia constitucional para las acciones en el área de la salud debe seguir parámetros materiales específicos, a ser observados, primeramente, por las autoridades políticas. Como esos agentes públicos deben siempre justificar sus acciones, es a la luz de ellas que tiene lugar el control a ser ejercido por los demás poderes
- c) El peor error en la formulación de las políticas públicas es la omisión, sobre todo para las acciones esenciales exigidas por el artículo 23 de la Constitución Federal. Es grave que, bajo el manto de la competencia exclusiva o privativa, sea premiada la falta de acción del gobierno federal, impidiendo que Estados y Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, implementen las políticas públicas esenciales. El Estado garantizador de los derechos fundamentales no es apenas la Unión, sino también los Estados y los Municipios.
- d) La directriz constitucional de la jerarquización, constante en el cabeza del artículo 198, no significó jerarquización entre los entes federativos, sino comando único, dentro de cada uno de ellos.

Siendo así, lo que resta claro en la decisión de la Corte, es que el ejercicio de la competencia de la Unión para legislar sobre las formas de combate a la pandemia y para atender la crisis sanitaria, en ningún momento causa reducción de la competencia de los otros entes federativos. La directriz de la Constitución es garantizar el derecho a la salud a partir de la adopción de medidas por cada uno de esos entes.

Importa resaltar que, como también consta en la decisión de la Corte, todos los entes federativos están obligados a atender las orientaciones de la OMS, no solo por la autoridad que emana de esta Organización en el tratamiento de la salud, sino también porque es una obligación resultante de que el Estado Federal brasileño ratificó la Declaración de Constitución a través del Decreto 26. 042, de 17 de diciembre de 1948.

Finalmente, el Tribunal determina que el parágrafo 9º debe ser interpretado, conforme la Constitución, concluyéndose que el presidente tiene autorización constitucional para disponer sobre servicios esenciales mediante decreto, para

atender la crisis sanitaria, sin embargo, esta autorización no retira la atribución de cada entidad federativa. La competencia de la Unión no reduce, repítase, las incumbencias de los demás entes federativos para establecer medidas de vigilancia epidemiológica.

## 4.2. LAADI 6362

Em este caso, la Confederación Nacional de la Salud sustentó que cabía al Ministerio de la Salud coordinar las medidas de requisiciones administrativas previstas en el artículo 3º de la Ley 13.979 de 2020. Esas requisiciones, expone la entidad, no podían ser llevadas a cabo por las entidades federativas antes de la realización de estudios y del consentimiento del Ministerio.

Según la entidad eran corrientes los relatos:

*“de proveedores de equipos médicos que reciben inúmeras requisiciones, oriundas de diversas entidades de la Administración pública, de manera caótica y desordenada, muchas veces recayendo más de una sobre los mismos bienes y comprometiendo todos los equipos en bodega. En casos extremos, son requisitados bienes que aún no han sido producidos o importados. (...) lo que es más grave, en los últimos días, varios entes de la Administración Pública han ensayado la requisición de lechos de Unidades Intensivas y de hospitales de la iniciativa privada, como ocurre con el decreto del estado de Paraíba número 40.155 de 30 de marzo de 2020, que otorga permiso amplio y genérico al Secretario de Estado de la salud para ‘requerir las unidades de salud y lechos, así como profesionales de la salud’”*

Para la Confederación, resultaba impensable que los hospitales privados, que ya estaban, conforme sus datos, “sobrecargados”, fueran “(...) obligados a lidiar con tales requisiciones de sus lechos de cuidados intensivos, sin cualquier control o planeación, todo tendiendo a dejar un vacío en su capacidad de lidiar con la pandemia”.

La entidad argumentaba que existía “un cuadro de caos federativo provocado por la lectura equivocada de la Ley 13.979 del 2020” y por la

*“batalla de requisiciones, que a los ojos de todos es la causa de una enorme inseguridad jurídica, que afecta el derecho a la iniciativa económica, no respeta las condiciones necesarias al ejercicio del poder de hacer requisiciones y desordena la convivencia de las entidades que componen la federación”.*

La entidad, en su pedido inicial a la Corte no niega la posibilidad de que sean hechas las requisiciones, sino que el poder de requerir en el contexto de la pandemia debe ser ejercido de modo organizado. La entidad, inclusive, reconoce que las esferas de la federación se encuentran provistas de competencia constitucional concurrente para “cuidar de la salud y de la asistencia pública” indicando el artículo 23, inciso II de la Constitución, pero expone que la coordinación del esfuerzo nacional exige un poder central que cabría a la Unión. Porque, “es característico de la atribución vertical de competencias que se reserve a la esfera central de

*la Federación la atribución de la coordinación y de la supremacía por el interés mayor que representa”*

Sustenta, en tales términos:

“(…) la predominancia del interés general de la Unión en coordinar las requisiciones administrativas realizadas en el territorio del país es indiscutible. El combate a la pandemia del Covid-19 y las medidas necesarias para lidiar con la crisis de oferta de equipos e insumos médicos forman una cuestión de interés nacional, razón por la cual debe prevalecer el papel centralizados de la autoridad federal, en el ámbito de la Salud, para coordinar los actos de requisición deseados por los gestores locales (...) la actuación descentralizada de los 5.571 Municipios, del Distrito Federal y de los 26 Estados de la Federación para atender a sus necesidades locales no tiene como llevar en cuenta los diversos intereses afectados por la limitación nacional de la oferta de equipos médicos para el combate de la pandemia.”

Vale decir que el Abogado General de la Unión, unas de las funciones esenciales a la Justicia, y que representa a esta entidad federativa judicial o extrajudicialmente, se manifestó en los términos siguientes:

“La Ley Orgánica del Sistema Único de Salud – SUS- atribuye a la Unión relevante papel de coordinación en el control epidemiológico (artículo 16, inciso X e parágrafo único, de la Ley nº 8.080/1990). Esa función no puede minimizar, sin embargo, la autonomía federativa. Vía de regla, la requisición administrativa de bienes y servicios para el enfrentamiento de la pandemia puede ser implementada por todos los entes federados, a través de acto motivado que demuestre suficientemente el atendimento a los presupuestos constitucionales y legales para la adopción de la medida, sin necesidad del previo consentimiento del Ministerio de la Salud. Todavía, en las hipótesis de sobre posición de requisiciones oriundas de diferentes unidades federativas, eventuales conflictos deben observar, ordinariamente, el criterio de la precedencia de la contratación; y, en casos de super carencias de ámbito nacional, em que se configure un desfase regionalmente desproporcional de suministro de los bienes requisitados, debe ser asegurada primacía a la iniciativa federal. Manifestación por la procedencia parcial del pedido formulado em el pedido inicial”.

A seguir, el Procurador General de la República da a conocer su concepto:

“1. La requisición administrativa de bienes y servicios de salud como medida de enfrentamiento de la epidemia del nuevo corona virus puede ser implementada por gestores de salud de todos los entes de la Federación (CF, art. 23, II). Precedente: ADI 6.341-MC-Ref/DF. 2. La gestión coordinada de las medidas de enfrentamiento de la epidemia que demande actuación lineal en todo el territorio nacional debe ser realizada por el ente central, en el Ministerio de Salud, por medio de la dirección nacional del Sistema Único de Salud (Ley 8.080/1990, art. 16). 3. El no establecimiento de la condición especial para la adopción de la medida de enfrentamiento de la epidemia en el art. 3º, caput, VII, e § 7º, III, de la Ley 13.979/2020 configura silencio elocuente que no puede ser suplido por el Poder Judicial, bajo pena de haber creación de norma diversa y no deseada por el legislador, con afronta al principio de la división funcional de Poder. 4. La logística de distribución de equipamientos de salud de escasez en el mercado y de adquisición dificultada, en caso de desfase regionalmente desproporcional de los suministros, debe ser realizada por la dirección nacional del SUS, con el fin de reducir desigualdades regionales y de asegurar igualdad en el acceso al sistema de salud. 6. La vía reglamentar del art. 16, parágrafo único, de la Ley 8.080/1990 abre espacio para la delimitación de la forma por la cual la Unión podrá coordinar nacionalmente y ejecutar directamente requisiciones de bienes e insumos escasos y de demorada y difícil adquisición. Concepto para no acoger los pedidos.”

Obsérvese que las manifestaciones no son idénticas, mas no se vislumbra en ninguna de las apreciaciones de las funciones esenciales a la Justicia, entidades

así denominadas por el constituyente de 1988, que se puede acoger integralmente el pedido de la autora. El concepto de la Abogacía general se pronuncia por el acogimiento parcial y en el segundo, emanado del Procurador, se rechaza totalmente el pedido.

La ADi obliga a la Corte a examinar las competencias establecidas en el artículo 23, II de la Constitución de 1988, en conjunto con el artículo 196, que determina, como ya referido, que la salud es un derecho de todos y todas y un deber del Estado. En esa relación se detiene en el federalismo cooperativo, especialmente para determinar que esta forma de federalismo “*exige que la Unión y las unidades federadas se apoyen mutuamente en el enfrentamiento de la grave crisis sanitaria y económica*”. Por eso, la competencia de la Unión para legislar sobre vigilancia epidemiológica, como es el caso de la Ley 13.979 de 2020, no corta o inhibe la competencia de los demás entes federativos.

El elemento que debe ser resaltada en esta ADI es que una de las medidas establecidas en la Ley es la requisición administrativa de bienes y servicios a personas naturales o jurídicas para cuidar de la salud, debiendo ser garantizado el pago de una justa indemnización. La Corte determinó que estas requisiciones, que pueden ser hechas por cualquier ente municipal, estado miembro o el distrito federal, independen del Ministerio de Salud, es decir, del ente administrativo de la Unión, porque se originaría una interferencia de la Unión en los demás entes federativos. Lo que se debe cuidar es que la requisición sea, como cualquier acto del poder público, caracterizada por la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida, motivándose para demostrar que no existen otras menos graves a la sociedad.

Para facilitar la comprensión de la decisión de la Corte, que afirma el federalismo cooperativo, podemos resumir las directrices más relevantes:

- a) *La Constitución Federal prevé, al lado del derecho público subjetivo a la salud, la obligación del Estado darle efectiva concretización, por medio de “políticas sociales y económicas que visen la reducción del riesgo de enfermedades y de otros agravios y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación” (art. 196).*
- b) *Ese deber comprende todos los entes federados, inclusive a las comunas, las cuales, en la esfera de la salud, ejercen una competencia administrativa común, en los términos del artículo 23, II, del Texto Constitucional.*
- c) *El federalismo cooperativo adoptado exige que la Unión y las unidades federadas se apoyen mutuamente en el enfrentamiento de la grave crisis sanitaria y económica consecuente de la pandemia desencadenada por el nuevo corona virus.*
- d) *El Pleno del STF ya consolidó que la competencia específica de la Unión para legislar sobre vigilancia epidemiológica, de la cual resultó la Ley 13.979/2020, no inhibe la competencia de los demás entes de la federación en lo que se refiere a la prestación de servicios de la salud. (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redactor para la decisión, Magistrado Edson Fachin).*
- e) *Las requisiciones del inciso VII del artículo 3º de la Ley “(...)independen del previo consentimiento del Ministerio de la Salud, lo que ocasionaría invasión de la Unión a las competencias*

*comunes atribuidas a los Estados, Distrito Federal y Municipios, los cuales, todavía, necesitan tener en consideración evidencias científicas e análisis sobre las informaciones estratégicas antes de efectivizarlas (art. 3º, parágrafo 1º)”.*

- f) *Como todas las acciones estatales, las requisiciones administrativas necesitan estar acordes con criterios de razonabilidad y de proporcionalidad. Así, solo pueden ser llevadas a cabo luego de constatar que no existen otras alternativas menos gravosas. Y esa fundamentación debe estar debidamente explícita en la exposición de motivos de tales actos.*

La Corte, con fundamento en estas razones declaró que carecía de razones suficientes las pretensiones de la entidad autora de la ADI.

## 5. CONCLUSIONES

El federalismo, modelo de organización político-administrativa consolidada a lo largo de la historia política y jurídica de Brasil, en su modalidad cooperativa, fue un instrumento importante para la defensa de la salud en tiempos de pandemia.

La competencia para el cuidado de la salud, en los términos de la constitución brasileña compete a cualquiera de las unidades federadas, lo que generó dificultades por la falta de comprensión de esta necesidad de ayuda mutua por parte de las autoridades de la Unión, que reclamaban la centralización de las acciones al combate a la pandemia.

El STF, la Corte Constitucional de Brasil, ratificó las competencias constitucionales, eliminando incomprensiones jurídicas y afirmando la necesidad de un combate coordinado y, sin embargo, descentralizado. Tal es la conclusión a la cual se llega teniendo en cuenta los posicionamientos de la Corte en la ADI examinadas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DURAND, Charles. *El Estado federal en el derecho positivo. In El Federalismo*. Madrid: Tecnos. 1965.

LEWANDOSWKY, Ricardo. *Covid-19 e federalismo*. Folha de São Paulo. São Paulo: Folha da Manhã. 22.04.2020. P. 3.

MENDES, Gilmar Ferreira y BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva, 12 ed. 2017.

SCHWARTZ, Bernard. *American Federalism. A Contemporary View*. Traducción al portugués de Elio Cerqueira. Rio de Janeiro. Forense. 1984

# CRISIS SANITARIA Y CRISIS DE DERECHOS

Valeriano Martínez Federico<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Es importante recalcar la importancia de la problemática originada por la crisis sanitaria y restricciones sanitarias dictadas por Organismos Internacionales y adoptadas por los países que reconocen la jurisdicción y lineamientos dictados por estos organismos internacionales, ya que debido a ella se suscitó coalición de derechos humanos y fundamentales, en las que distintas autoridades y dependencias prestadores de servicios, incurrieron en omisiones graves de lo que está obligado por mandato Constitucional, para respetar, promover, proteger y garantizar, los derechos humanos, ya que el colapso del sistema de salud, no sólo ha afectado el derecho humano previsto dentro del artículo 4° de la Carta Magna, en efecto colateral derecho humanos que se deben respetar, proteger y promover, desde un coeficiente de subsunción a cada caso en particular, ya que el no contar con un protocolo de priorización y reprogramación de servicios de seguridad social, a otros grupos vulnerables, es una clara hipótesis sobre la transversalidad en sentido inverso de los derechos humanos, más con esto no es excusa el que se dejasen sin atención y suspensión de servicios, sin fundamentar y motivar como lo prevé los actos de molestia emanados de autoridad, llegando a los límites de considerarse dicha negativa como acto unilateral, con consecuencias penales nacionales e internacionales, de los considerados actos de lesa humanidad, por parte de los Status de la Corte Penal Internacional, ya que la alerta sanitaria tomo desprevenidos distintos factores y aspectos de influencia directa e inmediata en la sociedad y servicios que presta el Estado, situación que ningún otro sistema jurídico contemplaba, lo que obliga a que actuarán con expedites ante la exigencia radical que se presentó, pero las necesidades y problemáticas persisten, al igual que continuar adaptando a la cotidianidad, los constantes cambios en políticas públicas en materia de salud, se han situado a los semáforos epidemiológicos, que deberán justificar los cambios de restricción de acuerdo a los lineamientos internacionales de la Organización Mundial de la Salud.

## 2. DESARROLLO

En consecuencia, de la situación actual que enfrentamos la especie del ser humano, llamada científicamente COVID-19, así como las distintas variantes

---

<sup>1</sup> Doctor en derecho Universidad de Guadalajara.

identificadas, para lo que se ha utilizado el alfabeto griego para identificarlas científicamente, lo que aún ha acentuado más las transgresiones, vulneraciones y graves afectaciones documentadas en derechos humanos y fundamentales, generando un efecto domino, sobre otros derechos humanos, como el derecho de educación, drásticamente vulnerado para garantizar el derecho humano de educación básica y obligatorio que prevé el artículo 3° de la Carta Magna, ya que la accesibilidad a clases en línea ha provocado un retroceso de dicho derecho humano, siendo contrario a la progresividad como principio de estos derechos, que debería de tutelar el Estado mexicano, aunado a que la afectación a otros rubros como lo son en el ámbito económico, social, cultural, es más que notorio que en un área de seguridad jurídica por la dilación en la administración e impartición de justicia en distintas ramas del derecho, por lo que respecta a los tiempos de audiencias y procesos.

Es importante mencionar que ningún sistema jurídico en el mundo tenía previsto algún lineamiento en la situación que enfrentamos hoy día, algunos estudiosos del derecho se pronunciaron que dicha afectación de derechos podría considerarse a lo previsto en el artículo 29° de la Carta Magna, sobre la suspensión de derechos humanos, situación que no podría considerarse por las condiciones especiales que el documentos Constitucional, prevé, y que la restricción sanitaria tiene condiciones que sería impensable adoptar como hipótesis de suspensión de derechos humanos, por mencionar una hipótesis, dentro del texto vigente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no prevé en sí ningún tipo de emergencia sanitaria, prevenciones, soluciones o incluso la obligación de dictar protocolos de actuación en caso de emergencia, no sólo en la prestación de servicios, si no en el control de la compra y venta de insumos, servicios, que no permitan la especulación y falta de transparencia en aplicación de recursos públicos, así como en la compra de vacunas para aplicar la inoculación de la vacuna avalada por las autoridades sanitarias internacionales y nacionales, por ello es importante que ahora que estamos viviendo una nueva normalidad con esta enfermedad con altos porcentajes de contagio, resulta imperioso etiquetar recursos para implementar y garantizar los lineamientos, protocolos e incluso instructivos, que sean vinculantes para las autoridades en el sector salud, que se puedan tomar como base para futuras contingencias y evitar las transgresiones de derechos humanos para nuevas generaciones.

Una de las afectaciones más identificables, que la mayoría de la población sufrió, fue la libertad de tránsito, esto considerando que no está tipificado dentro del Código Penal Federal o Estatales, para que justifique la positivización del ejercicio de la acción penal, si no exclusivamente como conductas consideradas infracciones con sanciones administrativas, condición de respeto de la libertad de tránsito, se daba por sentado que siempre se gozaría de ello. “De conformidad

con el artículo 11 de nuestra Constitución, las personas pueden desplazarse libremente por todo el territorio nacional sin necesidad de contar con pasaporte o con algún otro permiso parecido. Esta libertad de tránsito se ha visto afectada por la pandemia del Covid-19, ya que distintas autoridades, sobre todo a nivel Estatal y Municipal, han limitado la circulación de personas a través de decretos en que se establece el confinamiento obligatorio”<sup>2</sup>.

También como lo menciona Flores Hidalgo en su artículo, si bien se dio la limitación de la circulación de las personas, sería muy difícil no tener en cuenta los beneficios, así como las afectaciones causadas por esta toma de decisiones, misma valoración que aplica a protocolos de ponderación y subsunción de derechos humanos, sobre los que se ha pronunciado el máximo tribunal del país, de cuando debe prevalecer un derecho individual, sobre uno colectivo y en sentido inverso, cuando y sobre qué valoración deberá prevalecer el derecho humano de protección colectivo, sobre el individual.

Transversalidad en sentido inverso. Con la situación que se menciona y que es el origen de este ensayo, más que desde un aspecto rutinario, más convalidado que legitimado, lo anterior por falta de marco normativo, se ha visto afectado por las medidas que se llevaron a cabo en todos los niveles de gobierno, pero uno de los aspectos que ha pasado inadvertido es el educativo, el cambio drástico que sufrieron los estudiantes de todos los niveles educativos, la carencia de tecnología, técnicas y desarrollo para una educación asincrónica e híbrida, que con todo esto sólo se ha aumentado el porcentaje de estudiantes que debido a la situación tan compleja en la que sean vistos inmersos, tuvieron que desertar de sus estudios, indicador pendiente de medir, sobre el incremento considerable del analfabetismo en México y a nivel mundial, resultado de la improvisación y falta de políticas públicas que atendieran de forma preventiva e inmediata el problema social, mismo que no sólo transgreden el derecho de todos a recibir una educación, seguir con sus estudios académicos, afectando el interés superior y legítimo de los menores, a lo que está obligado a garantizar el Estado mexicano, por los documentos internacionales que ha reconocido y suscrito, análisis que refleja la inminente necesidad de pronunciarse por parte de los países y en particular México, sobre los llamados derechos de cuarta generación, considerando estos como lo derechos de acceso a la universalidad de Internet y servicios tecnológicos, lo que se acentúa más con la inclusión de nuevos tecnicismos relacionados con el desarrollo de tecnología como lo son el metaverso y los avatares, expresiones que obligan a la protección del bien jurídico del particular con afectaciones tanto

---

2 Flores Hidalgo, H. I. (2020, 19 mayo). La libertad de tránsito en tiempos del covid-19. Centro de Estudios Constitucionales de SCJN. Recuperado 11 de marzo de 2022, de <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-libertad-de-transito-en-tiempos-del-covid-19/#:~:text=De%20conformidad%20con%20el%20art%C3%ADculo,con%20alg%C3%BA%20otro%20permiso%20parecido.>

materiales, como morales para quien acredite tener el derecho sobre los mismos, bienes que está obligado el Estado a tutelar y proteger, incluyendo un marco normativo especial sobre el particular.

“La seguridad jurídica es la situación psicológica de la persona que, en cuanto sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, conoce el ordenamiento objetivo que debe cumplir, sabe que este sistema normativo es generalmente observado y confía en que así continuará ocurriendo”<sup>3</sup>.

Ante la presente situación mundial de una emergencia sanitaria derivó una ponderación de derechos; pero al mismo tiempo los limitó en su caso, los inhabilitó, pero ¿Es esto después de dos años lo óptimo? La respuesta es más compleja de lo que se pensaría; esto debido a que sí bien todos los derechos y sus ponderaciones son de suma importancia para un desarrollo correcto y óptimo de las personas, pero sí estos ya están afectando el ejercicio tanto de goce como de ejercicio, se requiere modificar las medidas tomadas para con esto ampliar el campo de ejercicio y realmente garantizar con esto un desarrollo óptimo.

La eficacia en la respuesta ante tal amenaza inmediata a la que todos los sistemas gubernamentales se vieron expuestos en atender la crisis sanitaria colocó en situaciones de alta complejidad a los funcionarios, ya que, si bien se centraron en mitigar los contagios y atenderlos, en ese momento también se comenzó a desatender aspectos que sus consecuencias se vieron adelantadas por la poca atención.

Se limitó no sólo en derechos sobre los servicios básicos de salud, sino que también de comunicación, de libre tránsito, de educación, de economía, de desarrollo social, de seguridad jurídica, un conteo muy amplio en cuanto a los temas y situaciones que se tuvieron que dejar de lado ante la crisis, colapso institucional en materia de derechos humanos, que se vivió y se vive aún a la presente fecha del presente artículo.

Los servicios médicos, de primer, segundo y tercer nivel, así como medicamentos que recibían personas con enfermedades como cáncer, enfermedades cardiovasculares y diabetes, se vieron interrumpidos o se dejaron de brindar debido a que estos recursos se vieron redirigidos en respuesta del COVID-19; cabe mencionar que los servicios de salud ambulatorios son otro de los factores que se han visto interrumpidos ya sea parcialmente o en su totalidad, estos debido no sólo a la reorganización de los recursos sino también de personal del sector salud en general.

---

3 Egaña, J. L. C. (2004). La seguridad jurídica como derecho fundamental | Revista de derecho (Coquimbo. En línea). Revista Derecho UCN. Recuperado 22 de marzo de 2022, de <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2147>

Condiciones de protección y tutela que deberán implementarse conforme a los propios lineamientos dictados por la Alta Comisionada Michel Bachelet de la Organización de las Naciones Unidas, que se pronunciaron a que dichas restricciones a los derechos humanos “deben ser necesarias, proporcionales y no discriminatorias”<sup>4</sup>.

Pero es importante señalar que estas medidas no deben de socavar el estado de derecho, Bachelet también mencionó “si no se defiende el Estado de Derecho, corremos el riesgo de que una emergencia de sanitaria, implosión el sistema de derechos humanos en México y el mundo, se convierta en un desastre de derechos humanos, con efectos negativos que se prolongarán mucho tiempo después de que la pandemia haya cesado”

Si bien al mencionar seguridad jurídica se obtienen diversas percepciones de esta, pero considerando; “como garantía de promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en la libertad, sin congelar el ordenamiento y procurando que éste responda a la realidad social en cada momento”.<sup>1</sup>

“José María Serna (México) presenta tres temas que han estado en el debate mexicano en el contexto de la epidemia del COVID-19: el impacto de la crisis sanitaria en el principio de división de poderes; la discusión sobre a cuáles órganos corresponde atender la emergencia en el contexto del sistema federal mexicano, y el efecto de la emergencia en la conducción de los procesos electorales previstos para junio de 2020”<sup>5</sup>.

Así sucedió el 31 de marzo. Mediante un acuerdo, el Secretario de Salud ordenó la suspensión inmediata de todas las “actividades no esenciales”. Sin embargo, el mismo decreto dejó en claro que las actividades esenciales podían continuar. Entre ellas se encuentran, por supuesto, las actividades de procuración e impartición de justicia, así como “la actividad legislativa en los niveles federal y estatal”<sup>6</sup>.

Es necesario mayor estudio y publicidad tanto a derechos humanos como un correcto conocimiento y congruencia de los mismos, ya que sí la Constitución Mexicana de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto establece múltiples espectros de protección para garantizar la seguridad jurídica, que en la práctica han sido gravemente transgredidas e incluso violentadas, sin que se parte de los principios de los derechos humanos consagrado en el artículo 1° de la Carta Magna.

“Hasta ahora, los estudios sobre los riesgos y las catástrofes provocados por el virus y la enfermedad del COVID-19 arrojan como conclusión, primero, que la alarma mundial se debe a la afectación en los países ricos (primera desigualdad en el interés) y, segundo, que desde tiempo atrás han existido condiciones de riesgo (pre)existentes y subyacentes para convertirla en un problema internacional (desigualdad social), como condiciones de vida en pobreza generalizada, un sistema de salud pública deficiente (en todos lados), mala alimentación y desnutrición, además de un déficit premeditado en la educación e información (pública y privada, escolarizada o informal). Entonces, la pandemia no crea ni profundiza nuevas desigualdades, simple-

---

4 <http://www.oacnudh.org/respuesta-covid19/23032022>;

5 González Martín-Valadés, “Emergencia Sanitaria por COVID-19”, p 10

6 Garza et al. México, “Democracia en Vilo y Constitución también”, p. 112.

mente las pone de manifiesto”<sup>7</sup>.

“En México, el Banco de México, una de las instituciones más sólidas del país, ha adoptado medidas contra cíclicas tanto en política monetaria como en materia de sano desarrollo del sistema financiero, para lo cual ha implementado un programa para proveer liquidez a las instituciones de crédito, que, a su vez, les permita otorgar créditos tanto a medianas y pequeñas empresas como a personas físicas.

El Banco de México ha cumplido brillantemente con sus funciones, pero no es suficiente. En situaciones como la actual, se requiere de un marco jurídico que le permita al deudor poder respirar y a sus acreedores tener certeza del pago de la deuda. Los procedimientos de insolvencia, como el concurso mercantil en México, no solamente tienen una función económica, sino también una social, que es la de permitir que el deudor, sobre todo en medio de una crisis financiera o económica, no sea arrastrado a la miseria.”<sup>8</sup>

La realidad sobre el rezago de la administración e impartición de justicia, en digitalizar los servicios de presentación, seguimiento y principalmente audiencias o lo que algunas entidades Federativas han implementado y que se conoce como e-Línea, ha demostrado la falta de perfiles para enviar iniciativas, legislar e implementar las condiciones de una verdadera justicia en línea.

Como conclusión, yo considera que la pandemia genero un nuevo aspecto de globalización de derechos, relaciones diplomáticas y comerciales, que no sólo robustecen el planteamiento de la una cuarta generación de derechos, llamados “digitales, virtuales y de las nuevas tecnologías”, y en que el tema en particular que nos atañe a juristas y jurisconsultos para exigir a las autoridades dentro del ámbito de atribuciones, a que racionalicen el marco normativo a las exigencias sociales universales del momento, para dentro del proceso legislativo se adecuen, modifiquen o crear el marco normativo que así lo garantice, para que desde el razonamiento de los expertos en el derecho, se pueda hablar de una realidad en la administración e impartición de justicia. Condición que cabe reconocer sobre algunas plataformas de Secretarías de Estado o dependencias de gobierno, que han trabajo contrarreloj, para adecuar sus servicios a las plataformas digitales, ante la disminución de empleados de gobierno para atender los trámites que habitualmente brindan en cada una de las dependencias de los tres niveles de gobierno.

El constante aprendizaje de dos años de restricción sanitaria, han dejado un proceso de aprendizaje importante a resaltar, que los derechos humanos y

---

7 Mañón Garibay, “La desigualdad en México: “cambios” sociales importantes como consecuencia de la pandemia del COVID-19, publicado el 22 de septiembre de 2020.

8 <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15104/16078> 2303 2022;

fundamentales, no sólo se aplican y protegen atendiendo al ciudadano en particular, sino también en razón de los tiempos y momentos sociales, económicos y culturales que se viven, y para ello los llamados Derechos Económicos Sociales y Culturales, son un claro ejemplo de la importancia de adecuar las políticas gubernamentales y marco normativo a las exigencias que se viven en los entornos de una sociedad y de un país.

Sin duda se logró el principal objetivo, digitalizar algunos servicios y trámites, pero la otra tarea pendiente, es adecuar las condiciones óptimas de vivienda sobre el derecho humano que prevé el artículo 4° de la Carta Magna, derecho humano que por la misma restricción sanitaria gravemente se vulnera, por las condiciones de convivencia en los espacios de inmuebles adquiridos con créditos de interés social, que han propiciado un incremento notable en los índices delictivos donde el medio de ejecución que se aplica como lo resulta la violencia, no solamente familiar, sino también de género, ha propiciado un incremento considerable en las estadísticas oficiales de dichas conductas, afectando a un porcentaje considerable de población, que ante la inflación y recesión económica, puede aún incrementarse considerablemente, en caso de que no se actúe en tiempo para prevenir con políticas públicas inhibitorias de tales conductas típicas en materia penal, exigencia que también permitirá al Estado, ajustarse al principio de la Mínima Ratio o mínima intervención.

Un control más riguroso sobre los datos personales, en estricto cumplimiento sobre el aviso de privacidad, la portabilidad de datos, los datos biométricos para los usuarios de telefonía móvil, son aún temas pendientes, que se optó por evitar polarización social, sobre la obligación de crear plataformas de datos de usuarios de este servicio, que más que invadir privacidad, pueden traer grandes beneficios como lo resulta la geo localización de víctimas de desaparición forzada, para poder considerarse como datos de prueba pertinentes e idóneos, de acuerdo a lo dispuesto por el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Una postura que pasará a concientizar o relajar las condiciones de protección y restricción sanitaria, es sin lugar a dudas pasar de pandemia a epidemia, que no es otra cosa, más que convalidar el vivir con el virus por estaciones climáticas del año, previniendo con la calendarización de aplicación de planes nacionales, estatales y municipales de vacunación, así como liberar al mercado privado la posibilidad de realizar compras a los laboratorios para suministrar y poner a disposición del mercado la aplicación de vacunas con libertad de decisión, que atienda a aspectos de derechos humanos, como lo son la libertad de pensamiento, la libertad de culto, y otros derechos humanos conexos a los citados con antelación.

La armonización del marco normativo respetando la jerarquización que prevé el artículo 133° de la Carta Magna, es una tarea importante, debido a la

falta de armonización en materia penal del tipo penal de contagio, previsto en el artículo 199Bis del Código Penal Federal, en donde la noción del tipo penal, sólo justifica la conducta como punible cuando el grado de intención sea doloso y no culposo, derecho humano a la salud y seguridad jurídica a ponderar sobre la protección colectiva, más que al derecho humano individual, determinando las condiciones del espacio o lugar, para exigir el cumplimiento de ciertas condiciones sanitarias para poder tener un aforo controlado sobre condiciones de riesgos sanitarios, considerando importante agregar al tipo penal no sólo el grado de intención doloso, sino incluir la intención culposa por imprudencia o negligencia.

Una caso en particular en Jalisco, que demuestra la falta de armonización del marco normativo es la llamada Ley de Incompatibilidades para los Servidores Públicos reglamentaria del artículo 112 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, que en particular en su numeral 8° prevé lo siguiente: “Las incompatibilidades pueden ser horarias, físicas, por razón de servicio y por razón de la ubicación”; condiciones que quedan por demás violatorias de las condiciones de la reciente reforma del llamado home office, que permite realizar actividades de empleo, trabajo o prestación de servicios, si que las razones expuestas por la ley y el numeral citado dentro del presente párrafo, sean una limitante sobre las condiciones de la afirmación que es humanamente imposible la oblicuidad, para que una persona se encuentre desempeñando trabajo o encargo en dos lugares distintos al mismo tiempo, condición que ha sido plenamente superada con la reforma citada del home office, y que implica derogar la ley, y considerar con la oblicuidad no sólo se determina por distancia, especio o físicamente, si no que la era moderna digital, lo permite mientras que cumpla con las actividades y condiciones que se asignen en cargo público o privado.

### **3. PROPUESTAS Y REFLEXIONES FINALES**

Sí bien al pensar en las emergencias en general, identificando la que originó este escrito por inercia se piensa que los institutos, Poderes, Congresos, Legislaturas, etc. Deben de adecuarse a la brevedad y con ello crear un orden constitucional, democrático, organizado y consciente a la situación que se enfrenta; es difícil en este panorama, aportar un equilibrio entre la eficacia que debe de existir con el propio orden con el que sucede una situación excepcional, esto no significa que se deba de participar en alguna toma de decisiones o adoptar medidas sin antes haberlas evaluado correctamente, sino que especialmente se le debe de poner cuidado a éstas, pero ese es el desafío que se debe de asumir y con esto resguardar las garantías individuales y salvaguardar la seguridad tanto del individuo como del estado de derecho; sí se priorizó lo que en su momento se debatieron los Poderes de la Unión, quién respondería ante la situación, pero con esto arrastró las

consecuencias que se deben de visualizar, analizarlas, implementar una mejora y con esto, estar conscientes de que una situación excepcional se podría repetir.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Flores Hidalgo, H. I. (2020, 19 mayo). La libertad de tránsito en tiempos del covid-19. Centro de Estudios Constitucionales de SCJN. Recuperado 11 de marzo de 2022, de <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-libertad-de-transito-en-tiempos-del-covid-19#:~:text=De%20conformidad%20con%20el%20art%C3%ADculo,con%20alg%C3%BAAn%20otro%20permiso%20parecido>.

La emergencia sanitaria del coronavirus no puede limitar los derechos. (2021, 11 octubre). Noticias ONU. Recuperado 12 de marzo de 2022, de <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473482>

Lin, L. N., Oliel, S. O. I., & Baldwin, A. B. (2020, 17 junio). La COVID-19 afectó el funcionamiento de los servicios de salud para enfermedades no transmisibles en las Américas. OPS/OMS | Organización Panamericana de la Salud. Recuperado 12 de marzo de 2022, de <https://www.paho.org/es/noticias/17-6-2020-covid-19-afecto-funcionamiento-servicios-salud-para-enfermedades-no>

Egaña, J. L. C. (2004). La seguridad jurídica como derecho fundamental | Revista de derecho (Coquimbo. En línea). Revista Derecho UCN. Recuperado 22 de marzo de 2022, de <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2147>

Gómez Alvarado, M. A. (2021, 24 marzo). ¿Qué trajo la pandemia en cuanto al juicio de amparo en línea y los grupos vulnerables? Revistas Jurídicas UNAm, 62. Recuperado 22 de marzo de 2022, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15652/16599>

Dávalos, M. S. (2020, 22 septiembre). COVID-19: insolvencia y derecho. Revistas Jurídicas UNAM. Recuperado 22 de marzo de 2022, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15104/16078>

Díaz, J. R. C. (s. f.). Demográfica | La protección jurídica en la pandemia. Coyuntura Demográfica. Recuperado 22 de marzo de 2022, de <http://coyunturademografica.somede.org/la-proteccion-juridica-en-la-pandemia/>

. <http://www.oacnudh.org/respuesta-covid19/23032022>;

. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15104/1607823032022>;

**“Todo el análisis técnico realizado plasma visiones y propuestas constructivas en el terreno de la Ciencia Jurídica, que confrontan las vicisitudes históricas y obstáculos que ocasionan la ineffectividad de los derechos, teniendo como referencia la crisis sanitaria derivada de la diseminación del Covid-19. Si dificultades ya existían en el marco de la crisis sistémica y estructural que abala a las sociedades de América Latina, lo cierto es que la pandemia representó un escenario de extrema gravedad, especialmente para los sectores más vulnerables, que titularizan formalmente derechos constitucionalizados que aún en la práctica no conocen. Por eso, el elemento común de las exposiciones es el compromiso, precisamente, con la concretización de la democracia y los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la salud”**

**Pietro Alarcón**