

ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA TUTELA DO IDOSO E DO ENVELHECIMENTO EM FACE DA PANDEMIA DE COVID-19

Lucas Fernandes dos

Santos¹

RESUMO

Provavelmente a maior conquista civilizatória da humanidade seja o Estado de Direito Democrático e, assim, o advento de um leviatã institucional subordinado a um direito valorativamente qualificado. Neste contexto, este direito exalta premissas éticas claras e a cláusula geral de tutela da pessoa humana, naturalmente, compreende o envelhecimento como um direito fundamental. Entretanto, este direito, agudizado pelo progredir etário dos indivíduos, desvela circunstâncias deletérias em razão do recrudescimento da vulnerabilidade decorrente da pandemia de Covid-19, o que, associado a desenvolturas administrativas conraintuitivas à *boa gestão* e à profusão social de cosmovisões excêntricas compõem um verdadeiro estado de coisas inconstitucional que, com esta alocução, pretende-se examinar.

Palavras-chave: envelhecimento; direitos fundamentais; pandemia.

1 INTRODUÇÃO

O (direito ao) envelhecimento é uma consequência lógica do direito à vida, o mais mezinho dos direitos da pessoa humana. Daí que há algum grau de trivialidade na postulação de que o direito ao envelhecimento seja um direito fundamental. Com efeito, o direito à vida, a toda evidência, é pressuposto de todos os demais direitos; não por acaso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da Organização das Nações Unidas, de 1948, o enumera em primazia em seu artigo 3º, nos seguintes termos: "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal".

De todo modo, a superveniência do flagelo epidemiológico da pandemia de Covid-19 denota a expressão agudizada das vulnerabilidades: os mais pobres, os acometidos de comorbidades e os idosos apresentam-se em estado de evidente

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Advogado. E-mail: lucasfp@sapo.pt

fragilidade ante um patógeno contra o qual ainda não há resposta farmacológica. Cumpre identificar como idoso, no Brasil, a pessoa com mais de 60 anos. Por sua vez, em Portugal, desde 1944, idoso é a pessoa com mais de 65 anos.

Daí que este trabalho tem o objetivo de demonstrar que as respostas, em termos de políticas de saúde pública, haverão de ter em vista esta população e, designadamente quanto ao fenómeno do envelhecimento, os idosos, conquanto seja, à luz do princípio da proteção integral a que este estamento social faz jus, uma "obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação, do direito à vida, à saúde", dentre outros, nos termos do artigo 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Este diagnóstico tem por premissa institucional a existência do Estado de Direito, que, no Brasil, tem fundamento, obviamente, na Constituição da República. A rigor, a disciplina legal ora declinada seria despicienda conquanto a cláusula geral da dignidade da pessoa humana e o artigo 230 da Carta² disponham do mesmo objeto de tutela.

Assim sendo, em realidade, a tutela desta categoria de seres humanos não é objeto de dever somente do Poder Público, mas da sociedade e, nesse sentido, o escrutínio da desincumbência deste dever levada a efeito no presente articulado, no Brasil, denota estado de ilicitude, conforme se verá.

Para tal exame, o presente articulado propõe-se a uma incursão bibliográfica e na comunicação social, que cumprem função de veículo dos insumos especulativos: as informações que se prestam a fundamentar as considerações que, ao longo do texto, são

2 ELEMENTOS PROPEDÊUTICOS

² A título de exemplo, anote-se que a Constituição da República Portuguesa de 1976 igualmente consagra em seu texto direitos aos idosos, designados membros da "terceira idade" pelo seu artigo 72º: "1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social. 2. A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação ativa na vida da comunidade". Observe-se que a Constituição brasileira é específica quanto à previsão de direitos fundamentais da chamada primeira geração para este estamento social, conquanto o direito constitucional positivo português tenha preferido remitir tal tutela para as previsões estampadas no Título II "Direitos, liberdades e garantias" da Carta de abril. No entanto, não se crê que as distinções de técnica legislativa tenham relevância quanto à eficácia do direito fundamental.

A chamada premissa fundamental dos saberes humanísticos pode ser utilizada para iniciar este estudo. Aristóteles em *Política* confere ao homem a qualidade de animal político, de modo que aquele que viva fora da comunidade política, a *pólis*, ou é um ser degradado ou é um ser sobre humano. Com efeito, a cultura se desenvolve no meio social, sendo esta circunstância condição necessária para a existência dos produtos culturais, como a linguagem e o direito. Assim, é possível denotar o fundamento antropológico da expressão latina *ubi societas ibi jus*, ou seja, onde há sociedade, há direito.

Neste contexto, interessante observar que o predomínio do ser humano, em face das demais espécies de seres vivos, se verifica a despeito de sua limitada compleição física. No plano da taxonomia, a espécie viva que nos é geneticamente mais próxima é o chimpanzé, que, no entanto, tem uma força, em média, uma vez e meia maior do que a de um ser humano³. Portanto, este predomínio humano se deve pela inteligência, e não pela força. Daí emerge a inteligência de formulações como a de que a força do direito deve superar o direito da força, como outrora vaticinou Ruy Barbosa.

Contudo, a força (*vis*) é um dado da natureza cuja existência é objeto de inquietação, seja no plano teórico, seja no plano prático, para efeitos de organização social. Isto é, conquanto exercida por um produtor de cultura, a força haveria de ser utilizada não sob o crivo da própria força, mas sob o crivo da razão. Na modernidade, tal foi o objeto de predileção das filosofias contratualistas. De fato, o reconhecimento comum de um suposto "estado de natureza", como modo de ser pré-estatal, denota a existência de um estágio de incipiência civilizatória que, seja por necessidade, seja por arbítrio, haveria de ser ultrapassado.

Neste contexto, Rousseau postulou: "a força é um poder físico; não vejo que moralidade pode resultar dos seus efeitos"⁴. E é esta uma das primazes funções do direito: racionalizar o uso da força, legitimando-a. Para esta legitimidade, concorreram propostas de filosofia política das mais diversas, *grosso modo* oscilando de um unilateral direito mítico ou divino, ora de um multilateral direito fundado na *pacta sunt servanda* entre os membros da comunidade.

3

Disponível

em:

<<https://www.bbc.com/portuguese/geral-40470476#:~:text=Mas%20a%20diferen%C3%A7a%20de%20for%C3%A7a,tarefas%20como%20empurrar%20ou%20saltar.>>. Acesso em 14 jul 2020.

⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: L&PM Pocket, 2009, p. 26.

É este elementar estado da arte que justifica o caráter existencialmente obsoleto de comportamentos tendentes ao uso da força em sociedade: em razão de ter o Estado assumido o monopólio da força, a *vis* não pode ser utilizada pelo indivíduo sob pena de transgressão ao direito, exceto em hipóteses excepcionais, que a técnica jurídica ordinariamente costuma designar "excludentes de ilicitude".

Neste contexto, o *direito do mais forte* seria um não direito ou a *negação do direito*, isto é, uma *contradictio in adjecto*. Esta concepção de um suposto *direito do mais forte* denota contraste radical com um modelo de sociedade forjado sob o signo do reconhecimento de uma dignidade ínsita a todos os seres humanos, independentemente de quaisquer contingências discriminantes, já que, nesse sentido, o mais fraco não titularizaria direitos.

Seja como for, a lei da natureza, regente das relações entre os seres vivos em geral, é uma lei que designa o que é, e, neste contexto, sabe-se, as vulnerabilidades obstam a vida, de modo que a sobrevivência é privilégio dos mais fortes. Ao revés, a lei humana designa o que *deve ser* a partir de uma abstração valorativa de fundo moral.

Sem embargo, sendo o caráter cultural desta construção valorativa resultado de um consenso coletivo mais ou menos uniforme, portanto, ele não supõe homogeneidade. De todo modo, a narrativa que subjaz à construção da imagem dos anciãos tende a reconhecer-lhes privilegiado status social.

Na Antiguidade, no Egito e na China, a velhice seria relevante estamento social, associada à divindade, à política, à família e à sabedoria, aspecto este também presente nas principais civilizações pré-colombianas; na filosofia antiga, Platão, na obra *A República*, concebia a velhice como uma fase marcada pela prudência, sensatez e capacidade de juízo⁵. Por outro lado, haviam correntes de pensamento conducentes à conclusões em sentido simétrico, tal como sucedia, e.g., com Aristóteles.

No entanto, a tese platônica angariou consagração ética e jurídica no mundo ocidental em geral, e exemplo desta realidade são os requisitos etários para a ascensão a determinados cargos públicos de cúpula em diversos países.

⁵ LOPES, Marlene Gonçalves. **Imagens e Estereótipos de Idoso e de Envelhecimento em Idosos Institucionalizados e não Institucionalizados**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade da Beira Interior. Covilhã, 2010, p 5.

Assim é que os vulneráveis, designadamente os mais idosos, são objeto de uma especial tutela legal. Sob um modelo de direito natural, esta tutela emerge como da *natureza das coisas*, muito inspirada em três marcos fundamentais⁶, quais sejam, a tradição judaico-cristã, o iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial.

Portanto, a tutela especial dos vulneráveis, que, vertente aos idosos, ou seja, aqueles que levam a efeito o exercício do direito fundamental ao envelhecimento, é um desígnio jurídico que marca indelevelmente a natureza moral do ser humano, sendo, mais que um dever legal, traduzido em formulações como "proteção integral", é um dever ético, um sinal de evolução civilizatória.

Na medida em que se atribui a Fiódor Dostoievski a máxima de que "o grau de civilização de uma sociedade pode ser medido pela maneira como tratam seus prisioneiros", e para Mahatma Gandhi aquela para quem "a grandeza de uma nação pode ser julgada pelo modo que seus animais são tratados", é plausível postular que a forma com a qual os vulneráveis são tratados é um termômetro do grau de evolução ética e de maturidade de um governo e de uma sociedade.

3 A PANDEMIA DE COVID-19 E O RECRUDESCIMENTO DAS VULNERABILIDADES. METODOLOGIA DE EXAME

Sob o fastidioso caminho do óbvio, é de se reconhecer o recrudescimento das vulnerabilidades de todos aqueles que ostentem fatores de risco para o patógeno causador da pandemia de Covid-19, declarada pela Organização Mundial de Saúde em 11 de março de 2020, dentre os quais os idosos estão compreendidos.

Neste contexto, em face de um sistema jurídico interpretado sob o signo do princípio da unidade, a partir do marco teórico designado "diálogo das fontes", que nos legou o jurista alemão Erik Jayme⁷, parece-nos verossímil postular que o conceito de hipervulnerabilidade, típico do direito do consumidor, possa ter aplicação generalizada para todo o sistema jurídico, isto é, para além das relações jurídicas que satisfaçam os requisitos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor -

⁶ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 15.

⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos de; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89.

CDC (Lei nº 8.078/90), muito especialmente para efeito de escrutínio de políticas públicas do estado em face da pandemia e do comportamento de agentes privados neste contexto.

Pois bem. Em poucas palavras, a vulnerabilidade, cuja previsão legal repousa no artigo 4º, I, do CDC, é um conceito de natureza de direito material que designa uma situação de desigualdade fática, técnica ou informacional do consumidor em face do fornecedor, a justificar, à luz do princípio da isonomia material, uma tutela especial do consumidor. Por sua vez, a hipervulnerabilidade é uma situação, construída por remansosa jurisprudência⁸ em que a vulnerabilidade do consumidor é recrudescida em face da concorrência, neste, de suportes fáticos de normas jurídicas oriundas de diplomas especiais de proteção distintos, tais como a condição consumidor e de deficiente, em que se verifica a incidência simultânea do CDC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), ou a de consumidor e a de idoso, em que se verifica a incidência simultânea do CDC e do Estatuto do Idoso.

A pertinência metodológica do diálogo das fontes para os fins colimados neste articulado se opera ainda que tal marco teórico tenha originariamente por premissa a "necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado"⁹. Reiteramos, nesse sentido, sua pertinência para escrutínio de comportamentos no âmbito do direito público, seja da parte do Estado, seja de particulares, conquanto esta "hipervulnerabilidade" do idoso, não decorrente de relações de consumo, é pressuposta em todas as medidas de enfrentamento ao flagelo epidemiológico no sentido de, com lastro no princípio da proteção integral, garantir-lhes, com absoluta prioridade, a garantia do direito à vida e à saúde.

4 DAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Assim assentadas as coisas, cumpre, inicialmente, reconhecer um *direito fundamental à boa administração pública*¹⁰, em profícuo diálogo dogmático com o

⁸ Mencione-se, a título de exemplo, o precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no AgInt no AREsp 1220572/SP.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos de; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

¹⁰ Conforme já postulara Salomão Ismail Filho em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas - FGV. ISMAIL FILHO, Salomão. **Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente**. In.: Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, v. 277, n. 3 (2018).

*direito fundamental à efetivação da Constituição*¹¹. Ora bem, se assim o é em tempos de normalidade sanitária, *a fortiori* haverá de ser em tempos de pandemia, e mais ainda em favor dos *hipervulneráveis*. Neste contexto, este exame pressupõe que os idosos haverão de ser titulares de direitos fundamentais tanto em perspectiva subjetiva quanto em perspectiva objetiva, o que denota a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, expressão concebida pelo jurista Horst Dreier¹², que, no entanto, já havia sido esboçada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no famigerado caso *Lüth*, de 1958.

Assim, considera-se, de um lado, os direitos fundamentais em perspectiva subjetiva, ou seja, relativos aos sujeitos, portanto, demandando uma compreensão intuitiva e clássica da fenomenologia dos direitos fundamentais, e de outro, os direitos fundamentais em perspectiva objetiva, por meio da qual estes direitos, em reflexo, orientariam a estrutura e o exercício das funções do Estado e a própria sociedade, com lastro em teses como a *constitucionalização do direito* e a eficácia horizontal (*Drittwirkung*), para a garantia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a noção de que o distanciamento social ampliado seria a medida adequada para fazer face à crescente incidência do covid-19 no Brasil já estava razoavelmente assentada em março, especialmente depois do prefeito da cidade italiana de Milão ter se desculpado publicamente por ter ignorado tal orientação¹³, avinda da Organização Mundial da Saúde e generalizadamente utilizada na maioria dos países da Ásia e Europa.

Naturalmente a controvérsia técnica acerca da melhor estratégia de enfrentamento à pandemia é insita à ciência, no entanto, não se supõe dúvida de que a ausência de medidas restritivas levaria a resultados mais traumáticos do ponto de vista da saúde pública, nomeadamente sobrecargas e colapso de unidades hospitalares e do sistema funerário, com a conseqüente impossibilidade de

¹¹ Tese defendida por Dirley da Cunha Júnior em dissertação de doutoramento na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP e editada comercialmente. CUNHA JR., Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹² DREIER, Horst. **Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektif-rechtlichen Grundrechtsgehalten**. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993 *apud* DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.

¹³ Disponível em: <<https://g1.globo.com/globonews/estudio-i/video/prefeito-de-milao-volta-atras-e-pede-desculpas-dizer-para-nao-fechar-a-cidade-foi-erro-8437683.ghtml>>. Acesso em 15 jul 2020.

atendimento a todas as pessoas que busquem o serviço hospitalar. Assim ocorreu nos países em que tais medidas foram adotadas em retardo.

Concorre, contudo, com este deletério cenário de colapso sanitário os pronunciamentos em rede nacional de rádio e televisão levados a efeito pelo presidente da República Federativa do Brasil entre os meses de março e abril de 2020, exortando a sociedade e os gestores municipais e estaduais ao relaxamento das medidas de distanciamento social, e para que limitassem-nas tão somente para as pessoas compreendidas no chamado grupo de risco, ignorando a inexequibilidade de tal proposta ante o histórico déficit de eficácia do direito social à moradia que acomete a maioria da população brasileira.

Em associação a tais pronunciamentos, comportamentos outros do chefe do poder executivo federal estorvaram as medidas de combate à pandemia, dentre as quais enumeramos a aparição pública regular ocasionando aglomerações; o frequente não uso de máscaras faciais; o cumprimento próximo, com contato físico, com populares; a participação em manifestações públicas regulares em apoio à sua pessoa e à sua família, com peroração ao edição de um novo "AI-5", com o fechamento dos demais Poderes da República e à incitação à animosidade entre as Forças Armadas e as instituições.

Ademais, o Ministério da Saúde, que já teve três ministros ao longo da pandemia, encontra-se sem um titular desde 15 de maio de 2020¹⁴, tendo atualmente no comando um militar, general da ativa¹⁵, com formação estranha à área da saúde, e outros 25 militares em cargos chave¹⁶.

14

Disponível

em:

<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/15/teich-deixa-o-ministerio-da-saude-antes-de-completar-um-mes-no-cargo.ghtml>>. Acesso em 15 jul 2020.

¹⁵ A empiria em face das principais democracias ocidentais denota a excentricidade consistente na ocupação de cargos civis de um governo civil por militares da ativa, tal qual sucede no Brasil, *a fortiori* em se tratando de um militar da ativa sem formação na área de saúde no ministério mais importante para enfrentar a maior crise sanitária de gerações. Por outro lado, em 11 de junho de 2020, o Chefe de Estado Maior dos Estados Unidos, a maior autoridade militar da maior força bélica de toda a história da humanidade, havia pedido desculpas públicas por ter figurado em uma fotografia com o presidente daquele país, Donald Trump, em ato político. Sua iluminante postura transige com uma realidade própria de democracia constitucional madura: as forças armadas são infensas à política doméstica.

¹⁶ No meio político, especula-se que o ponto central de instabilidade a justificar a impermanência de dois médicos na titularidade do Ministério da Saúde é a insistência presidencial na generalização do uso, em protocolo oficial, da hidroxicloroquina para tratamento da covid-19, um medicamento cuja eficácia ademais já havia sido reiteradamente rejeitada pela comunidade científica e que teve seu uso descartado pelas autoridades sanitárias da Europa e dos Estados Unidos, no entanto, pouco antes desta decisão, este último país havia doado 2 milhões de doses do fármaco ao Brasil. Disponível em em:

Por outro lado, não se olvide que, em 15 de abril de 2020, a Suprema Corte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341, fiscalizou a constitucionalidade da Medida Provisória (MP) 926/2020, ab-rogante da Lei nº 13.979/2020, para, referendando medida cautelar proferida em 23 de março de 2020, reconhecer a competência concorrente e comum dos demais entes federados em matéria de saúde pública, declarando os artigos 23, 24 e 198, I, da Constituição, isto é, "para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente"¹⁷.

Trata-se, em essência, por assim dizer, não apenas de *jurisdiction*, mas de "*obviousdictio*", ou dicção do óbvio, conquanto a República Federativa do Brasil assumira a forma de Estado federal e não de Estado unitário, de modo que "a primeira característica do Estado federal é a *autonomia* assegurada às ordens jurídicas periféricas e à ordem política central. Essa autonomia decorre de um processo de descentralização política, que deve ser necessariamente realizado pela própria Constituição, através de uma *repartição de competência*"¹⁸. Deste modo, "a autonomia é definida como capacidade de autodeterminação, própria do ente da federação, no círculo de competência traçado pela constituição, exteriorizada pela tríplice capacidade: autoadministração, autogoverno e auto-organização"¹⁹.

Nesta linha de intelecção, tendo em vista a repartição de competências na Constituição brasileira vigente, como recorda Fernanda Dias Menezes de Almeida, "segundo a lógica do federalismo de equilíbrio que inspirou o discurso constituinte em 87/88, era previsível a abertura de um espaço maior para competências comuns ou concorrentes, tanto materiais como legislativas, no campo da repartição de competências"²⁰.

Reitere-se que a preclara jurista alude a "abertura de um espaço maior para competências comuns ou concorrentes" conquanto a ordem constitucional anterior, decorrente da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda

<<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/06/15/agencia-dos-eua-revoga-autorizacao-para-uso-emergencial-da-cloroquina.htm>>. Acesso em 15 jul 2020.

¹⁷ STF, MC na ADI nº 6341.

¹⁸ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 853.

¹⁹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 436.

²⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Comentário ao artigo 23 da Constituição da República**. In.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 807.

Constitucional n° 1/1969²¹, denotava um quadro institucional de hipertrofia do poder executivo, "revelado pela concentração do poder político nas mãos do Presidente da República, que detinha o comando da administração pública e sobretudo das forças armadas"²².

Por outro lado, observe-se que a empiria comparatista permite-nos concluir que regimes democráticos são tendentes à concessão de um maior grau de autonomia aos entes subnacionais do que os regimes totalitários, mais facilmente tendentes à conformação unitária.

Esta descrição guarda sentido com o contexto da administração pública federal no que diz respeito à pandemia de covid-19 na medida em que o chefe do poder executivo da união, denotando agastamento em face da decisão da Suprema Corte na ADI n° 6341, vem propalando um discurso segundo o qual a União teria sua competência para enfrentamento da excepcionalidade epidemiológica tolhida por ato jurisdicional, de acordo com o que pronunciamentos públicos reiterados vem indicando, como, por exemplo, texto publicado em rede social (*Twitter*), em 8 de junho de 2020, onde, retorquindo críticas à sua gestão em face da pandemia, aduziu que, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, a corte haveria determinado "total responsabilidade" de prefeitos e governadores sobre medidas de enfrentamento do covid-19²³.

Evidentemente não há qualquer amparo legal em tal peroração, que aliás se verifica a despeito da existência de proficiente quadro técnico de assessoria jurídica ao executivo federal, a cargo da Advocacia Geral da União.

Por fim, ainda que não fosse suficiente o quadro de desarranjo administrativo federal descrito em meio a maior crise sanitária da humanidade em gerações, ainda houve juízo de oportunidade e conveniência, por parte do poder executivo da União, para postulações manifestamente anticonstitucionais no sentido da existência de um

²¹ Emenda constitucional esta a que tomamos a liberdade de postular a natureza jurídica de revisão, e não, propriamente, de emenda constitucional, conquanto para sua edição não foi observado o procedimento para esta finalidade previsto na Constituição de 1967, tampouco tem a emenda natureza de novo texto constitucional originário, na medida em que não houve solução de continuidade em face do regime autoritário e militarizado instituído pela Constituição de 1967. É que a história do constitucionalismo brasileiro denota um movimento pendular entre regimes autoritários e democráticos que não se verificou com a edição da sobredita emenda constitucional, sendo que a lógica que emerge do processo histórico subjacente aos movimentos constitucionais parece-nos relevante para este efeito.

²² MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 18.

²³ Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-distorce-decisao-do-stf-e-diz-que-cabe-a-gov-ernadores-e-prefeitos-combater-a-covid,70003328069>>. Acesso em 15 jul 2020.

"poder moderador" exercitável pelas forças armadas de modo que, conquanto subordinadas à autoridade suprema do presidente da república, nos termos do artigo 142 da Constituição, conseqüentemente tal poder moderador seria corporificado na figura presidencial, o que é um disparate lógico e jurídico²⁴.

Compõe este quadro de exotismos antidemocráticos a edição de notas oficiais elocubradoras de imunidades penais presidenciais sem respaldo constitucional²⁵ e pronunciamentos conjuntos do presidente da república com ministros de Estado militares que denotariam uma função avaliativa ou revisional de decisões judiciais, na medida em que sustentam que as forças armadas não aceitariam "julgamentos políticos"²⁶.

É neste contexto que os números oficiais da pandemia de covid-19 em 14 de julho de 2020 indicam 74.262 mortos, mais de 1,9 milhões de infetados²⁷ e longa sequência de semanas com mais de 1.000 óbitos diários. É certo que se a política de afrouxamento das medidas de distanciamento social fossem adotadas *ab ovo* na estrita conformidade da vontade do chefe do poder executivo federal, estes números seriam ainda maiores. De todo modo, já se teve notícia de que 9 em cada 10 mortes por covid-19 no Brasil é de idosos²⁸.

5 DO COMPORTAMENTO DA SOCIEDADE EM FACE DA PANDEMIA

²⁴ No início de junho de 2020, o presidente da república, por meio de transmissão em rede social com um determinado jurista, defendeu a possibilidade de uma intervenção "pontual" das forças armadas para compor conflitos políticos domésticos, à luz daquilo que designavam como "interpretação" do artigo 142 da Constituição.

²⁵ Ministro militar de Estado, em 22 de maio de 2020, editou texto público designado "Nota à *nação* brasileira" insurgendo-se contra o envio protocolar, por parte de juiz da Suprema Corte, ao Procurador Geral da República, de peça que postulava a apreensão de aparelho de telefone móvel do presidente da república para fins de instrução processual penal. No documento, o agente federal sustenta uma imunidade penal que não tem respaldo na ordem constitucional, advertindo para supostas "consequências imprevisíveis" acaso tal medida fosse adotada. Por tal proceder, em junho de 2020, foi objeto de apuração por parte da Procuradoria Geral da República e de glosa, a título de *obiter dictum*, por parte de juiz da Suprema Corte, aquando do arquivamento do apuratório.

²⁶ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/forcas-armadas-nao-cumprem-ordens-absurdas-nem-a-ceitam-julgamentos-politicos-diz-bolsonaro.shtml>>. Acesso em 15 jul 2020.

²⁷ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/07/com-quase-13-das-vitimas-em-sp-brasil-tem-1341-mortos-por-covid-em-24h.shtml>>. Acesso em 15 jun 2020.

²⁸ Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/27/9-em-cada-10-mortes-por-coronavirus-sao-entre-idosos>>. Acesso em 15 jul 2020.

O dever constitucional de defesa da dignidade, bem estar e garantia do direito à vida da pessoa idosa que incumbe à sociedade, nos termos do artigo 230 da Constituição, denota tendência que diz respeito ao influxo constitucional no direito privado, decorrente do fenômeno designado "constitucionalização do direito", de onde é de se conceber a tese da eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais, também chamado de efeito horizontal²⁹ ou *Drittwirkung*. A aplicação horizontal dos direitos fundamentais nos leva, portanto, à ideia de constitucionalização do direito civil.

Neste contexto, a adesão às medidas de enfrentamento à covid-19 determinadas pelo poder público deverão de ser cumpridas pelos indivíduos para além de uma obrigação primária de observância da prescrição normativa, mas em razão do valor ético-jurídico da solidariedade, proclamado como objetivo da República Federativa do Brasil no artigo 3º, I da Carta.

No plano ético, a intuitiva máxima de não comportar-se com o outro conforme não desejamos que se comportem consigo é generalizadamente difundida desde a religião à filosofia moral. Neste aspecto, a formulação de Kant, pela qual "age somente segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal" é, provavelmente, aquela mais consagrada.

No plano jurídico, o solidarismo parece-nos ser da ontogenética do direito, como já postulava Leon Diguit ao reconhecer que o caráter gregário do homem implica no reconhecimento de que este somente pode viver em sociedade, de modo que a premissa de qualquer doutrina jurídica haverá de ser o indivíduo imerso em laços de solidariedade social³⁰. Esta concepção é aproximada a diversos textos constitucionais.

Sendo assim, desde a declaração do estado de pandemia, por parte da Organização Mundial da Saúde, observam-se, minoritariamente, posturas contestadoras das medidas de distanciamento social, inspiradas em exemplos estrangeiros, designadamente o sueco, que foi exaltado por inúmeras pessoas, que, no entanto, em sua generalidade, agora, ignoram que, assim como Milão, o governo

²⁹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 103.

³⁰ DIGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 11 *apud* OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. **O Estado Constitucional Solidarista. Concretização constitucional e pensamento solidarista**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008, p. 53.

daquele país está a retratar-se pela gestão da crise, agora reconhecida por eles mesmos como equivocada³¹.

Por outro lado, é intuitivo que tais comportamentos são estimulados, igualmente, pelo exemplo advindo da cúpula do governo federal e de outros agentes públicos³², materializada, inclusive, em vetos presidenciais à Lei nº 14.019/2020, a determinadas situações em que o uso da máscara facial seria obrigatória, tais como em estabelecimentos comerciais, indústrias, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas, com a insubsistente motivação de que tais disposições poderiam "incorrer em possível violação de domicílio"³³.

Por outro lado, a regular organização de manifestações, ao longo da pandemia, por grupos de apioantes do presidente da república denota uma coleção de impropedades lógicas e jurídicas. Inicialmente, concorrem para a transmissão do patógeno causador da covid-19. Ao mesmo tempo, peroram pelo encerramento dos demais poderes da República que não o executivo.

A impropriedade lógica (e que, portanto, neste aspecto também é jurídica) repousa no que se chama de "paradoxo da democracia"³⁴, ou seja, a possibilidade da supressão democrática da democracia, que, no plano institucional, denota situação cuja resolução John Hart Ely percucientemente designou de "tarefa traiçoeira"³⁵.

Neste contexto, em vários países, indivíduos insurgem-se contra a obrigatoriedade do uso das máscaras faciais, seja simplesmente não as utilizando,

³¹ Disponível em: <
<https://veja.abril.com.br/mundo/coronavirus-suecia-admite-que-deveria-ter-adoptado-medidas-mais-duras/>>. Acesso em 15 jul 2020.

³² O deputado federal Osmar Terra (MDB-RS), médico que já foi cotado para assumir o Ministério da Saúde, é um notório apioante do presidente da república e, portanto, crítico do distanciamento social. Em sua rede social *Twitter*, seus pronunciamentos são caricatos. Em 18 de março de 2020, afirmou: "A gripe suína, H1N1, matou 2 pessoas a cada dia no Brasil em 2019. Este número, deve ser maior que as mortes que acontecerão pelo coronavírus aqui". Em 4 de abril de 2020, declarou: "Com a quarentena ou não, chegaremos ao pico da epidemia antes do final de abril!". Em 2 de junho de 2020, asseverou: "Epidemia termina em junho".

³³ Disponível em: <

³⁴ POPPER, Karl. **Die offene Gesellschaft und ihre Feinde**, I, 2ª ed. Bern: Franke, 1970, p. 173 e 360; STEINBERGER, Helmut. **Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie**. Berlin: Springer, 1974, p. 196 e ss. *apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 447.

³⁵ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1980, p 7 *apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 447.

seja recorrendo ao poder judiciário. Ainda que subsistam residuais dúvidas acerca do acerto sanitário na utilização do instrumento, muito decorrente de fundadas críticas ao comportamento da OMS no enfrentamento da pandemia, o princípio da precaução, transcendente ao direito ambiental por meio do "diálogo das fontes", insusceptibiliza teses contrárias ao seu uso conquanto concretiza tal princípio.

Isto porque não existe direito constitucional de transmitir o vírus. Não existe direito constitucional de submissão do próximo a riscos maiores de transmissão. É preciso distinguir liberalismo ou liberdade de egoísmo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implicação intersubjetiva das existências, mais uma vez, tornou-se patente em face da pandemia de covid-19. A Declaração da Filadelfia (1944), anexa à Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), proclamou como princípio que "a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos". A pobreza, bem como as demais vulnerabilidades, devem ser objeto de especial tutela dos sistemas jurídicos, que deverão de ser concebidos de forma expedita para viabilizar a sua exigibilidade, seja em face dos poderes públicos, seja mesmo em face dos privados.

Neste contexto, o que se tem se verificado, no âmbito dos comportamentos de agentes públicos e privados, nacionais e estrangeiros, é a adoção de uma cosmovisão tendente à adoção da "lei do mais forte" ou a um "estado de natureza", legando os vulneráveis e, evidentemente, os idosos ao risco de morte.

Por este motivo se disse que a forma com a qual os idosos são tratados denota o grau de evolução moral de uma pessoa, de um governo e, no limite, de uma sociedade, por afastar-se de modelos tendentes ao chamado "estado de natureza" ou de padrões em diálogo com a "lei do mais forte". O exercício de alteridade, agravado no contexto de uma pandemia, deve ter por finalidade a tutela dos mais vulneráveis, uma vez que, assim, em última instância, estar-se-á a tutelar a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Comentário ao artigo 23 da Constituição da República**. In.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

ISMAIL FILHO, Salomão. **Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente**. In.: Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, v. 277, n. 3, 2018.

LOPES, Marlene Gonçalves. **Imagens e Estereótipos de Idoso e de Envelhecimento em Idosos Institucionalizados e não Institucionalizados**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade da Beira Interior. Covilhã, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos de; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. **O Estado Constitucional Solidarista. Concretização constitucional e pensamento solidarista**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: L&PM Pocket, 2009.