

A SAÚDE NA SOCIEDADE GLOBAL^(*)

HEALTH IN A GLOBAL SOCIETY

Benjamin Pitcho^(**)

RESUMO

O trabalho analisa o conceito de saúde em uma sociedade global e em um cenário de globalização dos riscos. A maior dificuldade das sociedades democráticas é a de conciliar os valores de liberdade com as demandas da saúde pública que, muitas vezes, impõem restrições a estas mesmas liberdades. O Estado conta com inúmeros dispositivos para justificar medidas que violem as liberdades em períodos de epidemia e dois exemplos permitem entender as diferentes formas de combate às ameaças contra a saúde pública. As histórias das lutas contra a epidemia da SIDA e contra a pandemia gripal que, por terem modos distintos de contaminação, apresentam também demandas e resultados diferentes entre si. O dispositivo de luta contra a pandemia gripal demonstra a necessidade de violações às liberdades públicas; já o combate contra a disseminação do vírus HIV exige um reforço das liberdades, em benefício dos doentes.

Palavras-chave

Epidemia; França; Liberdade; Saúde; Sociedade.

ABSTRACT

This work evaluates the concept of health in a global society and in a scene of globalization of the risks. The biggest difficulty for the democratic

(*) *Nota do editor:* Trabalho apresentado durante o VII Seminário Internacional de Direito Sanitário, realizado na Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. São Paulo. Setembro de 2006.

(**) Professor de Direito dos Negócios e Direito Sanitário na Universidade Paris VIII; especialista em Direito dos pacientes e da organização do sistema de saúde. *E-mail:* <pitcho.benjamin@free.fr>.

societies is how to conciliate the values of liberty with the demands of the public health which, many times, mean restrictions to these freedoms. Government counts on several instruments to justify measures which violate liberties in periods of epidemic and two examples allow to understand the different forms of fighting threats against the public health. Histories of the fights against the epidemic of the AIDS and the gripal pandemic that, due to their distinct ways of contamination, also present different demands and results. Fight against the gripal pandemic demonstrates the necessity of violations of the public freedoms; in other way, the combat against the dissemination of HIV virus demands a reinforcement of the freedoms, in benefit of the patients.

Key words

Epidemy; French; Liberty; Health; Society.

I—INTRODUÇÃO

A saúde na sociedade globalizada constitui-se em uma prerrogativa essencial, ao mesmo tempo em que, às vezes, é ameaçada. A saúde é essencial, em primeiro lugar, ao ser humano que, na sua individualidade, não pode se realizar sem uma garantia quanto a sua saúde e ao acesso aos tratamentos reconhecidos e eficazes.

A esse respeito, a Constituição francesa de 1958, por exemplo, reconheceu o direito à saúde como uma prerrogativa essencial ao indivíduo. Seu preâmbulo lembra a ligação do povo francês aos valores proclamados, notadamente, na Constituição de 1946, que, em seu art. 11, precisa que a nação “garante a todos, especialmente, à criança, à mãe e aos trabalhadores idosos, a proteção à saúde, a segurança material, o repouso e o lazer”.

O art. L. 1110-1 do Código de Saúde Pública dispõe também, com relação a esse tema, que “o direito fundamental à proteção da saúde deverá ser aplicado por todos os meios disponíveis em benefício de todos”.

Sob um outro prisma, o Direito internacional, em diversas declarações, insiste sobre a necessidade de se respeitar a saúde do indivíduo. A Declaração Universal dos Direitos dos Homens, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, define em seu art. 25-1 que “*Toda a pessoa 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*”.

Se sua aplicabilidade é discutível na França, isso apenas demonstra que tal direito deve ser qualificado como essencial e que sua menção em textos internacionais permitem ligar a saúde e a sociedade global.

Nenhuma definição eficaz de saúde, no entanto, advém do Direito interno. De novo, é a ONU, dentro da carta constitutiva da Organização Mundial de Saúde (OMS), que propõe uma definição de saúde como “*não apenas ausência de saúde, mas completo bem-estar físico, social e mental*”.

Caso pretenda-se tratar da idéia de saúde em uma sociedade global, convém se interessar, por exemplo, com a integração de migrantes, trabalhadores internacionais, refugiados; em uma palavra, todos os estrangeiros da sociedade. Com efeito, a apreensão do bem-estar mental remete em particular à integração. Noção difícil para nós, na França, como demonstraram as recentes agitações populares de novembro de 2005 sobre o fracasso do projeto de integração, sejam quais forem a causa e os responsáveis e sem lembrar dos aspectos políticos.

Esta idéia será abandonada, mas sem que seja, de qualquer maneira, possível de renunciar a uma idéia subjetiva de saúde. A partir de uma primeira definição, a saúde pode então ser apreendida como um julgamento feito pelo próprio indivíduo e seu estado físico.

A definição da OMS possui, e aqui se tem outra demonstração do elo entre a sociedade global e a proteção da saúde, o interesse em destacar os direitos fundamentais do indivíduo⁽¹⁾.

O projeto da ONU, do qual a OMS evidentemente faz parte, consiste em reunir de maneira irremediável e irrevogável a saúde e os direitos fundamentais. Em todos seus textos⁽²⁾, sob a tutela de seu ex secretário-geral Kofi Annan, a saúde não pode ser alcançada sem a evolução da democracia e sem o respeito aos direitos do indivíduo⁽³⁾.

De qualquer forma, a pertinência da noção de “sociedade global” deve ser considerada a fim de determinar sua transposição para a saúde. Uma primeira abordagem desta idéia é a sociológica que invoca as migrações. As sociedades seriam, então, membros de uma “vila planetária” na qual as fronteiras não existem e as diferenças são atenuadas para que se compreenda o pertencimento de todos a uma humanidade idêntica.

Em uma época na qual os conflitos são mais presentes do que nunca, que certos países abertamente belicosos têm em seu poder armas nuclea-

(1) AJULEU, E. L'organisation mondiale de la santé. *RFAS*, p. 143, oct./dec. 1983. BEIGBEDER, Y. *L'organisation mondiale de la santé*. Paris: PUF, 1997. (Coll. Que sais-je?).

(2) Ver, por exemplo, www.who.int, que afirma que a agência dispõe de “três eixos principais de trabalho sobre a saúde e os direitos do homem: desenvolver uma abordagem de saúde e dos direitos do homem dentro da OMS; promover os interesses da saúde dos indivíduos relativos aos direitos internacionais do homem; incitar os governos a integrar os direitos do homem nas políticas e estratégias sanitárias”.

(3) O caminho da ONU neste sentido é perfeitamente resumido por *Kofi Annan* que escreveu “desejo que a saúde não seja considerada como uma benção a se esperar, mas como um direito do homem pelo qual deve-se lutar”, K. Annan, WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.who.int/en>>.

res, é fácil constatar que esse desejo revela mais uma utopia⁽⁴⁾ do que uma esperança, é mesmo um “tipo ideal”, como disse *Max Weber*.

Convém destacar que nos discursos políticos, comerciais ou mesmo científicos, o termo “globalização” foi abandonado em benefício da expressão “sociedade global”. Tal mudança significa evidentemente uma substituição de sentido, na medida em que por “sociedade global”, o locutor deixa claro que a sociedade já é global. Contudo, tal afirmação não fica evidente e deve ser explicitada.

A *internet* quer nos fazer acreditar que a sociedade já está, em efeito, globalizada. Sua função primeira não é estritamente informativa, mas comercial e, dentro destas condições, todos podem constatar que a abolição das fronteiras não foi ainda absorvida e que continua difícil de ser aceita, por questões de livre comércio internacional, pois mantém-se a cobrança de taxas comerciais.

Com relação à saúde, pelo contrário, a idéia de uma sociedade já *globalizada* possui uma significação clara e, nem tanto pelo sentido positivo que poderia advir da saúde, mas pela generalização — a globalização — dos riscos. A idéia de globalização, neste sentido, é mais do que verdadeira e não é, no entanto, nova. Os navios que trouxeram a peste para Gênova, Veneza ou Marselha fizeram parte deste processo de globalização. Pode ter havido mudanças na comunicação e ter aumentado a rapidez das mudanças. Os colonizadores espanhóis e portugueses, que transmitiram a sífilis e a gripe, participaram também da globalização dos riscos sanitários. A descoberta da América poderia mesmo ser considerada como o início da autêntica globalização.

Porém, os europeus não têm a mesma noção de globalização. Para eles, ela consiste em ameaças dos países do Sul, vetores de doenças, de riscos e de perigo, por duas razões. Primeiro porque as populações de migrantes são portadoras de inúmeras moléstias das quais convém se imunizar. Este é, por exemplo, a razão de inquietudes no Marrocos que tenta se precaver da chegada das populações subsaarianas, que sobem a África em sua direção, a fim de prevenir o aparecimento de doenças.

Depois, porque existe uma variedade de perigos e moléstias que provêm do Sul para contaminar as populações européias, sem que haja intervenção das comunidades locais. As temerosas epidemias de SARS, da gripe aviária (H5N1), do HIV demonstraram a existência de uma tal percepção européia contra os fluxos de população, para os quais não existe outro remédio a não ser a separação destas.

(4) A raiz etimológica de *utopia*, como assumida por *Thomas Moore*, seu autor, consiste em criar uma confusão entre o *eu-topos* (o bom lugar) e o *a-topos* (o lugar que não existe). A sociedade global, assim vista, repete a evidência de tal ambigüidade.

A idéia de globalidade expressa assim todo o sentido, pois, se ainda existem barreiras entre os homens, os vírus, parasitas e doenças, por seu lado, não fazem distinção entre países, nem conhecem fronteiras⁽⁵⁾. Nas sociedades ditas democráticas, a dificuldade consiste, então, em permitir a manutenção da saúde, em um mundo no qual os riscos são globalizados, ao mesmo tempo em que afirma seus fundamentos democráticos liberais. Como conciliar os valores *de liberdade com os imperativos da saúde pública, os quais, precisamente, impõem restrições a estas mesmas liberdades individuais?*

Existe toda uma literatura tratando dessa dificuldade e ela é tão variada, como a maneira de apreender as coisas. Três obras maiores podem ser isoladas para analisar os modos de combate do Ocidente.

O primeiro é a busca de uma vítima expiatória, responsável por todos os males e que convém, então, erradicar metodicamente a fim de oferecer a salvação para a cidade. *Cecil Roth* escreveu uma obra sobre os judeus maronitas que testemunharam os sacrifícios de sua população, considerada responsável pelo mal que os atingira⁽⁶⁾. Seus escritos demonstram o velho hábito de apontar o outro como fonte de todos os males sanitários. Além disso, esse caminho impõe a busca da salvação em uma autoridade superior, exterior aos homens e aos meios humanos, que pune uma *outra* coletividade.

Já em *Decameron*, escrito em torno de 1350 por *Bocage*⁽⁷⁾, os jovens escolhem uma via radicalmente diferente. Quando Florença é contagiada pela peste, eles decidem sair da vila e se isolar para experimentarem toda sorte de depravações, ou ao menos, para falar sobre elas. A busca da salvação divina ficou assim caduca, em benefício de um hedonismo forçado. Uma vez que a vida deve prevalecer, viva-se portanto o mais intensamente possível. O materialismo praticado dessa maneira difere profundamente das teorias da igreja católica. O texto de *Bocage* foi expurgado por seus aspectos revolucionários.

Uma última abordagem, a mais *atual*, pode ser encontrada no trabalho de *Albert Camus* em *A Peste*⁽⁸⁾. Assim que o mal é descoberto em Oran, o doutor Rambert, após o isolamento da cidade, faz um sacrifício exemplar. Ele conta com o apoio de Tarrou, filho do procurador, que morre ao final. O interesse do romance, estritamente fictício, é triplo. A atitude do médico difere substancialmente daquela da igreja, de um lado, e do materialismo de *Decameron*, do outro. O herói conhece, por sua profissão, a precariedade da vida. Seu papel é o de conviver com as mesquinharias dos outros, a

(5) J. M. Hughes, pesquisador em Medicina, afirma que judiciosamente "a luta contra os micróbios é uma batalha entre a inteligência e os genes", *Emerging Infectious Diseases*, v. 1, 101, 1995.

(6) ROTH, C. *Histoires des marranes*. Liana Levi, rééd. 1997.

(7) BOCAGE. *Le décameron*. Grands écrivains, rééd., 1987.

(8) CAMUS, A. *La peste*. rééd. Livre de poche, 1972.

loucura dos cidadãos, para cumprir sua missão o melhor possível. Para reforçar a idéia de precariedade, o autor decide por matar a mulher do médico, mesmo ela não tendo sido contaminada, já que deixa a cidade antes da aparição da epidemia. A peste não a matou, mas outras vicissitudes acontecem e o médico, no contato permanente com o mal, não se abala. Ele é, enfim, em sua obra de cura e sacrifício, apoiado principalmente por um homem da lei. Mais exatamente, trata-se de um filho de um procurador, já que nessas situações, o médico e o jurista fazem efetivamente uma boa dupla.

Apesar das diferenças e dos anacronismos que surgem ao comparar essas visões, existe entre essas interpretações uma idéia idêntica. Em cada um desses episódios, aparece irremediavelmente o isolamento: forçado ou por escolha; há uma espécie de não contato com vida. Conseqüentemente, existe uma catarse própria destas situações, ou mais propriamente dito, uma liberação. O homem não é mais homem, ele torna-se quase um animal, familiarizado com seu instinto e abandonado pela civilização.

Há uma a-temporalidade nessas evocações de momentos de peste. Trata-se quase de uma guerra civil, na qual a licença é permitida, a baixaza esperada e o heroísmo de alguns previsível. Em todos esses casos, as liberdades individuais são ameaçadas e questionadas tanto pelas autoridades públicas, como pelos homens.

Resta definir o que é uma liberdade pública.

Por hipótese, consideramos que as liberdades públicas remetem às noções herdadas, especialmente, do século XVIII, que continuaram evoluindo. Elas são o “exercício sem entrave, garantido pelo Direito, de uma faculdade [autorizada] de participar da vida pública”⁽⁹⁾. São essas as heranças da Revolução Francesa de 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, destinadas, em primeiro lugar, a proteger o indivíduo contra o Estado e, ainda, a propriedade, *inviolável e sagrada*, a religião, a resistência a opressão etc.

Hoje, pelo contrário, entendem-se as liberdades mais como a proteção dos indivíduos em sua própria essência, contra a intervenção de terceiros, por meio do reconhecimento do princípio da salvagarda da dignidade humana⁽¹⁰⁾, do respeito à integridade corporal⁽¹¹⁾, do direito à vida privada⁽¹²⁾,

(9) CORNU, G. (Dir.). *Vocabulaire juridique*. 6ème éd. Assoc. H Capitant. Paris: PUF, 1996, v. *liberte*.

(10) Art. 16 do Código Civil, especificamente. O Conselho Constitucional confere um valor constitucional a esse princípio dentro das normas. V. C. constit., 27 juillet 1994, n. 94-343/344 DC, *Lei relativo ao respeito do corpo humano e lei relativa à doação e uso de elementos e produtos do corpo humano, à assistência médica à procriação e ao diagnóstico do pré-natal*, JO 29 juillet 1994; D. 1995, p. 237, note B. Mathieu; D. 1995, somm. p. 299, obs. L Favoreu; B. Edelman, *Le Conseil constitutionnel et l'embryon*, D. 1995, chron. p. 205.

(11) Art. 16-3 do Código Civil.

(12) Art. 9 do Código Civil.

etc. Sejam quais forem as liberdades, “o nome dos direitos públicos individuais podem ter uma ressonância histórica ao evocar um estado ancião do Direito (a crença nos direitos naturais); pode conter uma alusão sociológica ao designar, entre os diversos direitos, aqueles aos quais uma crença política agregue um valor particular. Mas, juridicamente, nada permite caracterizar os direitos públicos individuais em uma massa de direitos colocados sob a garantia da lei e do juízo”⁽¹³⁾.

Percebe-se, então, ser preferível remeter ao termo de direitos fundamentais, mais do que liberdades públicas, para compreender, em uma sociedade democrática, as implicações a sua preservação provocadas pelos males gerados em situações de crises sanitárias.

Não é certo que a apreensão política tenha realmente evoluído desde a inquisição ou de *Decameron* e, assim, prosseguem as apostas na saúde dentro das sociedades globais que tentam manter seu caráter democrático.

Existem, de fato, numerosos dispositivos que permitem justificar as violações às liberdades em períodos de epidemia (tópico I deste artigo). Dois exemplos demonstram ainda a capacidade de adaptação do regime aplicável (tópico II).

II — DISPOSITIVOS MAIS SIGNIFICATIVOS NA ADMINISTRAÇÃO DE EPIDEMIAS

São inúmeros os regimes que permitem a uma autoridade administrativa dispor de poderes derogatórios em caso de ameaças, sejam elas quais forem. Pode-se fazer uma relação desses principais dispositivos, utilizados em determinadas ocasiões para combater os riscos sanitários.

A teoria das circunstâncias excepcionais encontra justificação em duas decisões do Conselho de Estado, quais sejam: *Dames Dol et Laurent*⁽¹⁴⁾ et *Heyriès*⁽¹⁵⁾, que tratam da aplicação das liberdades públicas após a Primeira Grande Guerra Mundial.

Na decisão *Dames Dol et Laurent*, o juiz administrativo justifica as violações às liberdades públicas, nesses termos:

“Considerando que os limites de poder de polícia dos quais a autoridade pública dispõe para a manutenção da ordem e da segurança, seriam diferentes em tempos de paz e em um período de guerra, situação na qual os interesses da defesa nacional dão ao princípio de ordem pública uma extensão maior e exigem medidas mais rigorosas para a segurança pública; que compete ao juiz, sob o controle do qual

(13) VEDEL, G. *Cours de droit Public*. 3^eème année, 1949-1950, Les Cours de Droit, p. 168.

(14) CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. Lebon p. 208.

(15) CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. Lebon p. 651.

se exercem os poderes de polícia, de considerar, em sua apreciação, as necessidades geradas pelo estado de guerra, segundo as circunstâncias de tempo e de lugar, a categoria de indivíduos visados e a natureza dos perigos que devem ser evitados;

Considerando que no curso do ano de 1916, as condições nas quais as agitações das prostitutas se multiplicaram em Toulon e, em razão tanto da situação militar deste local, como da passagem incessante de tropas que seguiam ou chegavam do Oriente, apresentaram um caráter todo particular de tal gravidade, que a autoridade pública tinha o dever de se preocupar em manter a ordem, a higiene e a salubridade e também de evitar o perigo que a freqüência de certos indivíduos suspeitos representava à defesa nacional; parece, então, que as medidas que são objeto do presente recurso foram necessárias para salvaguardar de maneira eficaz as tropas e o interesse nacional."

Sabe-se que a ordem pública, tradicionalmente, pela aplicação do art. L. 2212-2 do Código Geral de Coletividades Territoriais, tem relação com três objetos distintos: a tranquilidade pública, a segurança e a salubridade pública. A preservação da saúde, assim como da segurança nacional, justificam as medidas excepcionais que limitaram a liberdade individual dos governados. Do mesmo modo, a Constituição permite violações às liberdades públicas em situações agravadas, como diz, por exemplo, seu art. 16 que confere poderes excepcionais ao presidente da República, para proteger a nação.

"Na medida em que as instituições da República, a independência da nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais estejam ameaçadas de maneira grave e imediata e que o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais seja interrompido, o presidente da República tomará as medidas exigidas diante dessas circunstâncias, após consulta oficial ao primeiro-ministro, aos presidentes das assembleias, assim como ao Conselho Constitucional.

A nação será informada sobre essas medidas por um comunicado.

Essas medidas deverão ser inspiradas pela vontade de assegurar aos poderes públicos constitucionais, dentro de um prazo mínimo, os meios de cumprir sua missão. O Conselho Constitucional será consultado sobre o assunto.

O parlamento se reunirá em pleno direito.

A Assembleia Nacional não poderá ser dissolvida enquanto houver o exercício do poder excepcional."

Certamente parece audacioso evocar os poderes excepcionais do art. 16 em um quadro de proteção à saúde. O constituinte de 1958, evidentemente, não enxergava os perigos sanitários, mas sim, uma eventual situa-

ção de guerra, especificamente dentro de um cenário de conflitos de independência das colônias francesas, que estavam em curso na época. Apesar desse desvio evidente do espírito da Constituição, é possível considerar, em primeiro lugar que, conforme o texto, a continuidade das instituições da República poderia muito bem estar ameaçada em uma epidemia e, particularmente, em situação de uma guerra bacteriológica, se fosse ela terrorista.

Além do mais, como para todo regime se conferem prerrogativas derogatórias à autoridade pública, fica sempre a mesma idéia de circunstâncias excepcionais que permitem a aplicação de medidas excepcionais. Por exceção, convém compreender aqui a oposição às liberdades públicas.

De qualquer maneira, o objetivo desses dispositivos está em, precisamente, apesar das violações, assegurar a preservação do Estado de Direito, o qual deverá ser imperativamente conservado e as autoridades públicas não agem, se não, por meio de uma habilitação de um texto particular.

Um outro regime correspondente a esta lógica, figura na Lei de 3 de abril de 1955, e permite ao Presidente declarar estado de urgência por decreto, no Conselho de Ministros. Foi proposto, inicialmente, para solucionar os problemas na Argélia. Recentemente, em novembro de 2005, ele foi utilizado para acabar com a “violência urbana”, sendo, em seguida prorrogado sem a censura do Conselho de Estado.

“o estado de urgência pode ser declarado sobre, ou em parte, do território metropolitano ou dos departamentos ultramar, seja em casos de perigo iminente, resultantes de atentados graves à ordem pública, ou em casos de eventos que apresentem, pela sua natureza e sua gravidade, o caráter de calamidade pública.”

Entre os poderes envolvidos, o Ministério do Interior pode exigir residência fixa de uma pessoa *“cuja atividade se mostrar perigosa para a segurança e a ordem pública”*. Enfim, parece ser necessário lembrar da existência de poderes derogatórios atribuídos ao Ministério da Saúde, em caso de perigo sanitário grave.

Os arts. L. 3110-1, e os seguintes, do Código da Saúde Pública definem assim um regime totalmente derogatório do Direito comum, o qual permite a criação de inúmeras violações às liberdades dos cidadãos, com o objetivo de proteger a saúde pública. Esta seqüência de artigos é interessante e está localizada em um título relativo à *“vigilância epidemiológica”*, compondo também um capítulo preliminar intitulado *“Ameaça Sanitária Grave”*.

O art. L. 3110-1 do Código de Saúde Pública dispõe ainda que:

“Em caso de ameaça sanitária grave que necessite de medidas urgentes, particularmente em caso de ameaça de epidemia, o ministro da Saúde, pode, por decisão fundamentada, adotar medidas para evitar e limitar as conseqüências das possíveis ameaças à saúde da popula-

ção, dentro do interesse da saúde pública, proporcionais aos riscos e apropriadas às circunstâncias de tempo e localização.”

Os estabelecimentos de saúde são, em seguida, convidados a participar dessas medidas, uma vez que o art. L. 3110-7, do mesmo Código, prevê que:

“Todo estabelecimento de saúde contará com um dispositivo de crise, denominado plano branco do estabelecimento, que lhe permitirá mobilizar imediatamente os meios de toda a natureza dos quais ele disponha, em caso de afluxo de pacientes ou de vítimas, ou para enfrentar uma situação sanitária excepcional.”

De qualquer forma, se os Planos Brancos forem ineficazes, o art. L. 3110-8 lembra, por seu lado, que:

“Se o afluxo de pacientes ou de vítimas, ou a situação sanitária as justificarem, o representante do Estado no departamento poderá proceder a requisições necessárias de todos os bens e serviços, e particularmente, requerer o serviço de todo profissional de saúde, independentemente de seu modo de exercício, e de todo o estabelecimento de saúde ou estabelecimento médico-social, dentro de um quadro do dispositivo denominado plano branco ampliado.

Estas requisições podem ser individuais ou coletivas. Elas serão declaradas por meio de uma decisão fundamentada que fixará a natureza das prestações requeridas, a duração da medida de requisição e ainda as modalidades de sua aplicação. O representante do Estado no departamento poderá providenciar a execução destas por ofício.

A indenização das pessoas requisitadas e dos estragos causados pela situação fixa-se dentro das condições previstas pela legislação n. 59-63 de 6 de Janeiro de 1959, relativa às requisições de bens e serviços.”

O certo é que esta disposição, felizmente, foi completada por um texto específico do Código da Propriedade Intelectual que autoriza o ministro da Indústria a violar todos os registros depositados, em caso de ameaça à saúde pública, mais especificamente.

As graves ameaças à saúde equivalem a uma causa de exoneração de toda responsabilidade dos profissionais de saúde, sendo que os danos causados pelas ações realizadas, durante o período de ameaça grave, serão indenizados pela solidariedade nacional.

Se as equipes sanitárias não estão preparadas, o jurista lhes equipará perfeitamente para validar a renúncia a todas as liberdades públicas. Além do que, é um traço do positivismo constatar que se o ordenamento jurídico é respeitado, as violações são justificadas, renovando de tal maneira o eterno debate entre legalidade e legitimidade.

Aí está, definitivamente, o centro desta problemática: não são tanto as situações de urgência que interessam ao jurista, mas sim os poderes que poderão ser utilizados.

III — COMPARAÇÃO DE DOIS EXEMPLOS: O HIV E A EPIDEMIA DE GRIPE AVIÁRIA

Dois exemplos permitem compreender a adaptação do dispositivo de combate contra as ameaças sanitárias, segundo sua origem. A história da luta contra a epidemia da SIDA e contra a pandemia gripal que, por seus modos de contaminação específicos, têm efeitos fortemente diferenciados.

A — Os dispositivos de luta

No momento em que o dispositivo de luta contra a pandemia gripal demonstra a necessidade de violações às liberdades públicas, a história do combate contra a disseminação do vírus HIV exige que se trate do reforço das liberdades, o qual vem sendo realizado em benefício dos doentes.

1. O dispositivo de luta contra o vírus HIV

O que dizer sobre a luta contra a disseminação do vírus HIV que já não tenha sido dito na França e no mundo? Esta pandemia está perfeitamente documentada, compilada e rastreada por inúmeras instituições sanitárias, especializadas ou não, nacionais e internacionais⁽¹⁶⁾.

(16) Para uma bibliografia *não exaustiva* v. Pour une anthropologie de l'épidémie, v. J.-P. Baud, *SIDA et liberté. La régulation d'une épidémie dans un Etat de droit*, (ss dir.) E. Heilmann, Actes Sud, 1991; Pour les problèmes de contaminations post-transfusionnelles: Y. Lambert-Faivre, *L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida: hier, aujourd'hui et demain...*, RTD civ. 1993, p. 1; M.-D. Gmerk, *Histoire du sida, début et origine d'une pandémie actuelle*, Plon, 1989; M. Lucas, *Transfusion sanguine et sida en 1985*, Rapp. IGAS, septembre 1990; D.-C. Lambert, *Le coût mondial du sida*, CNRS, 1992; J. Foyer et L. Khaïat (ss dir.), *Droit et sida: comparaison internationale*, CNRS., 1994; J.-C. Thoenig et M. Setbon, *L'action collective organisée face au risque: d'un cadre conceptuel au cas risque-sida*, CNRS, 1995; C. Manuel, J.-L. San Marco, *Sida: les enjeux éthiques*, Doin, 1994; M.-A. Hermitte, *Le sang et le droit: essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996. Pour la responsabilité sanitaire: D. Berra, *Responsabilités, indemnisation des dommages du sida*, Action et rech. soc. octobre-décembre 1989; H. Margeat, *Séropositivité, sida et jurisprudence*, Gaz. Pal. 13 octobre 1991, p. 6; P. Jourdain, *Responsabilité civile et contamination par le virus du sida à la suite de transfusions*, RTD civ. 1992, p. 117; C. Delpoux, *Contamination par transfusion sanguine: jurisprudence, loi et assurance*, RGAT. 1992.25; M.-L. Morançais-Demeester, *Contamination par le virus du sida: responsabilité et indemnisation*, D. 1992, chron. p. 189; A. Holleaux, *Transfusion sanguine, séropositivité et indemnisation des préjudices résultant de la contamination par le virus du sida*, RD sanit. soc. 1992, p. 555; C. Debouy, *La responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du sida*, JCP 1993, I, 3646; L. Dubouis, *Sida et transfusion sanguine: l'assouplissement des conditions classiques de mise en jeu des professions de santé*, RD sanit. soc. 1991, p. 574; F. Memmi, *Sida et responsabilité civile*, Gaz. Pal. 25 avril 1993, p. 2; H. Margeat, *Sang et droit: l'indemnisation des*

Três exemplos demonstram o favorecimento em benefício dos pacientes, pelo menos com relação à proteção jurídica, em virtude do HIV.

Em primeiro lugar, e ao contrário dos dispositivos ainda recentemente qualificados de “*fluxo social*” pelo legislador, particularmente o alcoolismo, as doenças mentais, a tuberculose ou a sífilis, o HIV jamais foi objeto de um tratamento obrigatório.

Além disso, o art. L. 1111-2 do Código de Saúde Pública lembra que “*A vontade de um indivíduo de não conhecer um diagnóstico ou prognóstico deve ser respeitada, a menos que terceiros possam ser expostos a um risco de transmissão*”. A pessoa pode, então, não ser informada de sua patologia, sobre sua ordem expressa, mas desde que não haja nenhum risco de contaminação de terceiros.

Nesta situação, este terceiro não se beneficia de nenhuma informação, já que será o doente, e apenas ele — especificamente pelo fato da obrigação penal do segredo médico — que será informado. Esta terceira pessoa fica então exposta ao risco de contaminação, segundo a vontade inequívoca do doente.

Enfim, pensando no HIV, diversos dispositivos prevêm, quer sejam legislativos ou convencionais, a possibilidade legal de pessoas doentes se beneficiarem de um seguro.

A pandemia gripal, pelo contrário, revela um conjunto de prerrogativas, à disposição das autoridades públicas responsáveis pelo seu combate, claramente mais coercitivas.

2. O plano de luta contra a pandemia gripal

O governo disponibilizou um *site* na *internet* que traz o texto completo do plano elaborado para combater de maneira eficaz o desenvolvimento de uma pandemia gripal⁽¹⁷⁾. Constata-se, sistematicamente, que diferentes níveis de ações são apresentados neste plano, de acordo com a importância da ameaça e de seus efeitos esperados ou presentes.

Assim, foram previstas medidas de vigilância epidemiológica, mas também sobre as aves selvagens ou de criações. Também, em caso de

victimes, Gaz. Pal. 6-7 août 1993, p. 2; F.-J. Pansier, *Transfusion et religion*, Gaz. Pal. 11-12 janvier 1995, p. 24; C. Rousseau, *L'évaluation médico-légale en droit commun du dommage en rapport avec une séropositivité HIV.*, Rev. fran. domm. corp. 1993-3, p. 311; J.-S. Bergé, *Risque et faute dans la contamination post-transfusionnelle*, Gaz. Pal. 12-13 juillet 1996, p. 13; S. Gromb, *Les problèmes médicaux légaux de la transfusion sanguine*, ESKA, 1997; M. Lebeau, *Responsabilité et contaminations post-transfusionnelles*, Gaz. Pal. 16-17 juin 1999, p. 35; C. Moniollet, *Responsabilité et indemnisation à l'égard des personnes contaminées par le virus du sida lors de transfusions sanguines*, RD sanit. soc. 1999, p. 91.

(17) République Française. Disponível em: <<http://www.grippeaviaire.gouv.fr/>>.

ameaça, medidas de confinamento das criações poderão ser, pontual e localmente, declaradas; o mesmo com relação às restrições de venda. Além disso, todas as pessoas que tenham tido contato com os pássaros portadores, ou potencialmente portadores, do vírus H5N1 poderão sofrer restrições a sua circulação.

E, com o progresso das ameaças e perigos, desde que uma ave esteja contaminada no meio de uma criação, é possível decidir por sua morte, violando o direito de propriedade e, depois, pela destruição dos cadáveres. Evidentemente, e por aplicação inequívoca do Código Civil, os animais são tratados como coisa; hipoteticamente, são tratados como produto e não mais como seres vivos. Para prevenir um risco, a criação toda, mesmo sã, pode ser erradicada.

Em uma situação de perigo para o homem, o ministro da Saúde pode decidir por um tratamento automático das pessoas que tiveram contato com as aves, o qual será constituído de controle de circulação, tratamentos “terapêuticos”, seguidos de busca ativa de pessoas e distribuição de *kits* de prevenção; porém, sem o porte obrigatório.

Enfim, dando continuidade à gradação de violações às liberdades públicas, em situação de crise, poderão ser declaradas medidas de requisição de médicos aposentados e de estudantes de Medicina, para enfrentar o aumento das atividades e mesmo declaradas todas as restrições à liberdade de ir e vir. Estratégias de tratamentos privilegiados serão iniciadas em paralelo, particularmente, ao tratamento prioritário de certas pessoas, tais como trabalhadores da área de infra-estrutura, cuja interrupção das atividades pode ser perigosa (centrais nucleares, química etc.), da área médica e aqueles que participam da preservação das funções militares e estratégicas da nação.

Serão abordadas agora as diferenças do tratamento dado às duas epidemias.

B — Uma luta diferenciada

As diferenças de tratamento jurídico entre essas duas epidemias podem ser triplamente justificadas.

Inicialmente, é incontestável que a prevenção contra a disseminação do HIV funcionou, haja vista o nível de adesão das pessoas. Também as autoridades públicas são incumbidas de preservar a escolha do indivíduo e evitar, a todo o preço, de utilizar algum caráter infamante ou de desvalorização da doença como exemplo. O fracasso precoce da prevenção pode ser explicado, particularmente pelo real ostracismo súbito das primeiras vítimas.

No caso da pandemia gripal, ao contrário, o caráter chocante esperado da contaminação, a impossibilidade de prever os modos de proteção e a

inutilidade do recurso à boa vontade de cada um, justificaram a possível criação de medidas coercitivas.

Respectivamente, o modo de contaminação destas duas doenças corresponde, em um primeiro caso, a uma tentativa de demonstrar a responsabilidade individual de cada um e a necessidade de reflexão sobre mudanças de comportamento individual; e, em um segundo caso, a prevenção ao inverso de uma transmissão contra a qual todos os meios disponíveis são ineficazes.

Em seguida, na condução da análise da proporcionalidade, nas duas situações, o interesse individual é inevitavelmente sacrificado em benefício da preservação do bem público. Quer se trate da destruição de uma criação de aves por um profissional — o que constitui um prejuízo financeiro enorme — ou da interdição de tratamento no hospital, caso a pandemia se torne severa, o governo tentará manter um balanço efetivo entre as duas lógicas contraditórias.

Enfim, se as estratégias são bem diferenciadas, em razão dos modos de contaminação, profundamente distintos, parece que, nos dois casos, uma reflexão *jurídica* continua necessária.

Todos esses cenários de epidemia consistem, em efeito, como já observado, em permitir o questionamento dos princípios da legalidade. A característica primeira do estado de exceção reside exatamente em tal questionamento. Convém determinar, então, em todo caso, os limites da necessidade de se impor medidas, pois, se a aparência de legalidade é preservada pela criação de regimes especiais, a democracia continua a impor também a manutenção de certas liberdades fundamentais. A análise desses regimes derogatórios opera, então, uma confusão entre a manutenção de uma sociedade, de um lado, e a preservação da ordem democrática, de outro. Um equilíbrio certamente difícil de ser alcançado em situações de crise.

REFERÊNCIAS

- AJULEU E. *L'organisation mondiale de la santé*. RFAS oct.-déc. 1983.
- BEIGBEDER, Y. *L'organisation mondiale de la santé*. Paris: PUF, 1997. (Coll. Que sais-je).
- Disponível em: www.who.int.
- Emerging Infectious Diseases*, 1, 101, 1995.
- BOCAGE. *Le décaméron*. Grands écrivains, rééd. 1987.
- CAMUS, A. *La peste*, rééd. Livre de poche, 1972.
- CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. Lebon. p. 208.
- CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. Lebon. p. 651.

CORNU, G. (Dir). *Vocabulaire juridique*. Assoc. H Capitant, PUF, 6^{ème} éd., 1996, v. *liberté*.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. World Health Organization. disponível em: <<http://www.who.int/en>>

ROTH, C. *Histoires des marranes*. Liana Levi, rééd. 1997.

VEDEL, G. *Cours de Droit public*. 3^{ème} année, 1949-1950, Les cours de Droit, p. 168.

Disponível em: <<http://www.grippeaviaire.gouv.fr/>>.