

# RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTEXTO PANDEMICO NO BRASIL: A QUESTÃO DAS REGRAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE E SAÚDE PÚBLICA

Stéfani Ingrid Pereira<sup>1</sup>  
Clarissa Chagas Monassa<sup>2</sup>  
Trabalho de conclusão de curso<sup>3</sup>

## RESUMO

Para o momento atual de pandemia em que o mundo se encontra, os chefes dos Estados adotaram medidas e ainda estudam provisões para tentar combater ou ao menos restringir e diminuir o impacto do Covid-19 em todo território de seus respectivos países e de forma global. Com o Brasil não é diferente. Diariamente são estipuladas medidas que a todo momento se confrontam com a Constituição Federal que é a supremacia do Estado e que é fundamento de validade de todas as demais normas. O presente artigo tem por finalidade debater o estudo das delimitações da relativização dos direitos fundamentais diante da Constituição Federal e até que ponto essa relativização é lícita para o combate e controle de uma Pandemia. Enquanto as pessoas são ao mesmo tempo, titulares e destinatários de direitos fundamentais, é comum que nas relações intersubjetivas venham surgir colisões entre as normas que regulam os direitos fundamentais de cada parte. Para a solução deste tipo de conflito, é primordial localizar a natureza da norma que protege cada direito, assim como definir qual o conteúdo da proteção e seus limites. Sobre a perspectiva sobre essas considerações, fica nítido que os direitos fundamentais podem não se manifestar de forma absoluta. Para essa observação, basta imaginar todas as possibilidades de exercício do direito fundamental à liberdade.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Pandemia. Relativização. Poder.

**SUMÁRIO:**INTRODUÇÃO, 1- DIREITOS FUNDAMENTAIS:LIBERDADE DE IR E VIR, 2–PANDEMIA, 3-REGRAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE E SAÚDE PÚBLICA, CONSIDERAÇÕES FINAIS, REFERENCIAS

---

Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

<sup>2</sup>Doutorado em Doctorado en Ciências Jurídicas pela Pontificia Universidad Catolica Argentina Santa Maria de Los Buenos Aires, Argentina (2020) Professor Titular do Centro Universitário Eurípedes de Marília, Brasil Paulo;

<sup>3</sup>Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípedes de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

## INTRODUÇÃO

O cenário atual é de disseminação do novo vírus que circula o globo, o Coronavírus com seus efeitos impactando o presente e o futuro da sociedade, tanto na vida pessoal e coletiva como nos interesses privados e públicos. Os primeiros casos de coronavírus surgiram na China em meados de dezembro de 2019. Em março o Ministério da Saúde confirmou a primeira morte pelo coronavírus no Brasil. Objetivado pela extinção ou ao menos diminuir a proliferação do vírus, constantemente são tomadas medidas pelos chefes de Estado, o que não é diferente no Brasil.

Observando o jurídico constitucional, enfatizando os direitos fundamentais, mais precisamente o direito à liberdade, de ir e vir, as medidas tomadas pelos governantes são ou não lícitas para objeto de relativização em face de uma pandemia da qual a prevenção da disseminação do vírus depende da conscientização da população de forma que se não se atentarem para orientações de precauções relacionadas ao alcance do vírus as consequências são de grande escala para todos, inclusive para as pessoas que respeitam as diligências. Uma das medidas adotadas referente ao tema abordado é o lockdown, são várias as dúvidas que surgem sobre a constitucionalidade da adoção de tal medida.

O lockdown restringe os direitos de ir e vir e de reunião, é o bloqueio total de atividades e pode ser implementado sem que haja estado de defesa ou de necessidade, em regra, as pessoas só devem ir à rua para fazer compras em farmácias e supermercados ou trabalhar em atividades essenciais. Por haver limitação do direito à liberdade, de ir e vir, há quem questione a inconstitucionalidade dessa medida.

É sabido que não temos direitos absolutos, tais direitos podem ser limitados em prol da saúde pública, pois caso não haja tais restrições, o bem-estar da população pode estar sob ameaça. Existem situações de emergência que impõe a adoção de medidas mais severas e necessárias para conter o espalhamento da doença e o colapso das redes públicas e privada de saúde, como de fato o Brasil e o mundo estão vivenciando com o Covid-19.

Há questões que ficam pairando em relação ao ponto e a limitação que tais direitos podem ser restringidos e deixados em segundo plano visando beneficiar a população geral e como são controladas essas limitações para que não haja abuso de poder.

## **I-DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE IR E VIR**

O conceito adequado de direito é resultante da interposição de três elementos, são eles: eficácia social, correção material e legalidade conforme o ordenamento jurídico. Sem esses três elementos, teremos um conceito de direito positivista ou jusnaturalista. Robert Alexy elaborou uma teoria dos direitos fundamentais com base nas normas jurídicas, onde as espécies são regras e princípios. O conceito semântico, baseado em seu conceito de norma, tem em vista a importância da compreensão dos direitos fundamentais e derrubar com as dúvidas existentes sobre a diferenciação entre princípios e regras.

As normas de direito fundamental são divididas em dois grupos: as normas diretamente estatuídas pela Constituição Federal e as normas decorrentes a ela, O primeiro grupo diz respeito às normas textualmente postas na Constituição Federal e o segundo é resultado de interpretação que deixa mais explícito o dispositivo constitucional. Alexy em sua tese sustenta que princípios e regras são normas com base no argumento de que ambos expressam um dever ser. Para ele, a diferença entre os dois não é de grau, mas uma diferença qualitativa. Ele distingue princípios e regras no conceito de princípio uma norma que ordena algo que seja realizado na maior medida possível dentro da possibilidade fática e jurídica. Houve crítica a esse princípio pois não difere regra de princípio.

Para Alexy há duas características em comum que ligam princípios e valores. Assim como se fala em conflito e ponderação de princípios, fala-se em conflito e ponderação de valores. Por outro lado, cumprir parcial ou gradualmente um princípio equivale a realização gradual de valores. Alexy defende, baseado na classificação dos conceitos práticos elaborados por Wright, que o princípio se diferencia pois está no nível deontológico, enquanto que o valor está no nível axiológico. A diferença de entre princípios e valores é o que o modelo de valores indica o que é melhor enquanto o modelo de princípios indica o que é devido, diferença presente nos níveis axiológico e deontológico.

É possível desenvolver uma ordem flexível, que ao invés de desconsiderar, prestigia a ponderação, mas para tanto, Alexy afirma que deve basear-se na preferência *prima facie* que tem certos princípios e valores e também numa rede de preferências construídas sobre decisões concretas. As *prima facie* são reconhecidas através de argumentação concebidas a favor de certos princípios e uma rede de preferências é formada com o apoio das decisões de um tribunal que ao longo do tempo expressou preferências de alguns princípios em relação a outros.

A teoria de Alexy defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e nessa condição eles se colidem, sendo assim necessária uma solução que pondere em favor de um deles. Para isso, leva em consideração os princípios como um mundo de deve ser ideal, ou seja, não como as coisas são mais como elas devem ser, como o objetivo de evitar contradição. Canotilho discorre que "Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais" (CANOTILHO, 2002, p.409).

Assim, regras e princípios são normas, onde ambos são dever ser. Os princípios como as regras, são fundamentos para os casos concretos, mas distintos em sua aplicação. Alexy não diz que os direitos fundamentais não contem regra, não contém definições precisas ou definitivas. Ele apenas afirma que os direitos fundamentais enquanto balizadores de definições precisas e definitivas possuem estrutura de regras e também alega que o nível de regras antecede ao nível dos princípios, devido ao alto nível de generalidade. Com a Constituição Federal Brasileira de 1988 os direitos fundamentais ganham forças, são pressupostos infestáveis do Estado Democrático de Direito por buscarem a realização de valores inerentes.

Conforme os sujeitos são titulares de direitos fundamentais, a colisão entre as normas que regulamentam esses direitos é natural. Por esse motivo, fica nítido que os direitos fundamentais não são concretizados de forma absoluta. Alexy explica apontando que a restrição de um direito fundamental é algo comum e facilmente compreensível. O que ele coloca em questão é o que diz respeito a tais restrições está na delimitação de conteúdo e extensão.

A Constituição Federal de 1988 é o texto-base que determina os direitos e obrigações dos cidadãos e dos entes políticos de nosso país. Foi escrita com o processo de redemocratização do Brasil que aconteceu após 1985, quando a chapa Tancredo Neves e José Sarney foi eleita para a Presidência da República. É conhecida como Constituição Cidadã, fruto de um grande debate democrático, do qual envolveu várias organizações populares e o engajamento de milhões de brasileiros. A Constituição de 1988 proporcionou a defesa de inúmeros direitos sociais, direitos que não existiam durante a Ditadura Militar, o que inclui também o direito das minorias, ou seja, grupos que historicamente são excluídos e colocados à margem em nossa sociedade.

Para Canotilho (2003, p.105) "os Direitos Fundamentais não são apenas um limite do Estado, são também uma tarefa do Estado. Ao Estado incumbe defendê-los e garanti-los. Não

apenas um dado a respeitar, são também uma incumbência a realizar (cfr. art. 2º)”, então não são algo isolado dentro da Constituição, mas sim parte de um grupo constitucional, que estão organicamente conectados aos outros domínios constitucionais.

Os Direitos Fundamentais fazem parte de um dos componentes essenciais da decisão constituinte e formam um todo coerente com outros componentes da decisão constituinte, particularmente o democrático. A ordem constitucional dos Direitos Fundamentais está totalmente conectada à constituição política e à concepção constitucional do Estado de direito democrático. Ou seja, a ordem constitucional dos Direitos Fundamentais é uma parte integrante e integrada da ordem constitucional global. Os Direitos Fundamentais devem ser entendidos com conexão com uma ordem jurídico-constitucional. Canotilho (1991, p.73) discorre:

A constitucionalização dos princípios fundamentais tem um relevante significado jurídico. Por um lado, eles assumem força normativo-constitucional, dada a superação definitiva das ideias de Constituição como simples ‘complexo de directivas políticas’ e uma vez rejeitada a ideia de que as normas e princípios constitucionais são meramente programáticos, sem qualquer vinculatividade imediata.

Canotilho interliga os Direitos Fundamentais com o princípio democrático e faz com que entendamos que a sua efetividade se dá pelos modos de garantia e preservação da própria Constituição. Por ser o princípio democrático um princípio jurídico normativo, aponta para a democracia como forma de vida, de racionalização do processo político e de legitimação do poder.

Um dos pensadores Iluminista, Jean Jaques Rousseau, defendia o direito de ir e vir no final do século XVIII. Dizia que todos os homens nascem livres e a liberdade faz parte da natureza do homem e, os direitos inalienáveis do seriam o equilíbrio da igualdade e da liberdade. Rousseau (1962, p.28) discorreu:

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo. Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembleia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava outrora o nome de cidade e toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros: Estado, quando é passivo; soberano, quando é ativo; autoridade, quando comparado a seus semelhantes. No que concerne aos associados, adquirem coletivamente o nome de povo, e se chamam particularmente cidadãos,

na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassalos, quando sujeitos às leis do Estado. Todavia, esses termos frequentemente se confundem e são tomados um pelo outro. É suficiente saber distingui-los, quando empregados em toda a sua precisão.

A liberdade de ir e vir é um direito fundamental de primeira geração que se dá em defesa da arbitrariedade do Estado no direito de ingressar, sair, permanecer e se locomover no território brasileiro. Este direito está acolhido no art. 5, XV, CF, no qual menciona ser livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Definido por Jean Rivero como "o poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal". Esse direito surgiu como reação às violações das monarquias absolutistas, no mundo moderno, e com a Magna Carta de 1215, no artigo 39 proclamava:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Depois de 500 anos da assinatura da Magna Carta, veio surgir a declaração de direitos da Virgínia, que defendia o direito à vida, à liberdade e à propriedade, mas, segundo Cassales o direito de ir e vir não foi explicitamente expresso nessa declaração. Em 1822, segundo Cassales (2002, p 27) a Constituição de Portugal, influenciada pela Revolução Francesa conceituou o termo liberdade

A faculdade que compete a cada um de fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto que a conservação dessa liberdade depende da exata observância das leis. Esse conceito, apesar de ter sido redigido há cerca de 180 anos, continua atual, porque, ainda hoje, a única limitação que se permite seja imposta à liberdade individual é aquela decorrente da lei.

Logo após isso vem sendo reconhecido nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito. Como direito fundamental, a liberdade de locomoção tem as características dessa natureza de direito, como: a imprescritibilidade, universalidade, indivisibilidade, complementaridade, interdependência. Tem força normativa que atinge o Estado, informando suas atividades políticas, administrativas, judiciais e legislativas, e os particulares, através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Podemos conceituar os direitos fundamentais, por José Afonso da Silva, como aqueles direitos atinentes a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Nas palavras de Luigi Ferrajoli (2004, p.73):

[...] são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por 'status' a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas.

Por ocuparem o mais alto nível do ordenamento jurídico, toda e qualquer regra infra-constitucional que limite, restrinja ou se oponha a este rol fundamental será tida por antijurídica. Os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, mesmo que sua eficácia plena dependa de planejamento de políticas públicas. O que não quer dizer que sejam absolutos. Os direitos e as garantias fundamentais encontram limites internos à própria Constituição e podem, no caso concreto, ser sopesados com outros direitos fundamentais, respeitada a proporcionalidade.

A atual Constituição Federal é chamada de Constituição Cidadã devido ao seu cuidado pelos direitos e garantias fundamentais, pressuposto lógico de toda cidadania. O gráfico constitucional afastou a ideia de um Estado como um fim em si mesmo, e elevou a pessoa humana digna à esta função. Então os direitos e garantias fundamentais são a marca do Estado de Direito. O direito de ir e vir, o direito à liberdade, está garantido na Constituição Federal de 1988, porém não é absoluto, já que é limitado e condicionado pelas normas de convivência social e nos termos da lei. O direito de ir e vir faz parte do direito natural do ser humano, podendo ser limitado para o bem da sociedade.

## **II- PANDEMIA**

O termo Pandemia é usado para descrever uma situação em que uma doença infecciosa ameaça muitas pessoas ao redor do mundo simultaneamente. As doenças pandêmicas são infecciosas, possuem facilidade de transmissibilidade, são altamente contagiosas e possuem rápida propagação. Analisando a origem linguística de palavra, o conceito pandemia significa "algo que afeta todas as pessoas". Para a epidemiologia (área que estuda como doenças afetam populações humanas), a pandemia é uma epidemia que se origina em um ponto específico do

globo e se transmite através dos continentes ao longo do tempo. Mas nem toda doença que afeta vários países ao mesmo tempo é uma pandemia.

Doenças endêmicas que estão em vários pontos do planeta e são estáveis não podem ser consideradas epidemias. Por exemplo as gripes sazonais, que afetam o hemisfério norte durante todos os invernos. O que define uma pandemia é a análise da intensidade do ritmo de contaminação no prolongar da doença por intermédio da OMS (Organização Mundial da Saúde), esta é a principal autoridade de global para a classificação de doenças.

OMS é uma agência criada junto à organização das Nações Unidas em 1948, através de diplomatas que perceberam a necessidade de o globo possuir uma organização de saúde, proposto no nascimento da ONU, herdou a estrutura da já dissolvida Liga das Nações (a precursora da ONU que operou entre as duas guerras mundiais). A Organização Mundial de Saúde (OMS) surgiu com a proposta de cuidar de questões relacionadas com a saúde global. A agência especializada das Nações Unidas foi fundada em 7 de abril de 1948, quando seus estatutos foram ratificados. Atualmente, mais de 7000 pessoas trabalham em 150 escritórios em diferentes países, em seis escritórios regionais e na sede, em Genebra.

O objetivo da OMS, de acordo com sua constituição, é garantir a todas as pessoas o mais elevado nível de saúde. Vale destacar que essa agência define saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, ou seja, a saúde é muito mais do que a ausência de doenças. Seu trabalho é desempenhado por um Secretariado, uma Assembleia Mundial de Saúde composta por representantes dos 192 países-membros e um Conselho Executivo. As contribuições avaliadas dos países-membros e contribuições voluntárias de membros e de outros são as duas fontes de financiamento da OMS.

A OMS mantém uma relação com o Brasil, ajudando em projetos especiais, como por exemplo: Prevenção e Controle da Dengue; Informação em Saúde, Gestão do Conhecimento e Comunicação; projeto Especial Amazônico de Ciência; Saúde Ambiental e Mudança Climática na Amazônia; Tecnologia e Inovação em Saúde; Fortalecimento e aperfeiçoamento do SUS; Saúde do Adolescente, entre outros. O Brasil participa constantemente de discussões internacionais que englobam o acesso universal à saúde. O país defende o multilateralismo, onde este acarreta avanços nos planos ético, político e institucional.

O Brasil defende, uma grande e vigorosa vontade política que sustente e revigore o sistema multilateral, que tem nas Nações Unidas seu principal pilar (AGNU, 2013). Durante a 66ª Assembleia Mundial da Saúde, o Brasil entrou para o Conselho Executivo da OMS, o que mostra seu papel importante para o alcance da cobertura universal à saúde, levando em consideração sua influência no universal, seu modelo e experiências de sistema único de saúde e seus avanços tecnológicos (OPAS, 2014).

Com relação ao sistema de saúde do Brasil, destaca-se o Sistema Único de Saúde (SUS), que garante assistência integral e completamente gratuita para a totalidade da população, inclusive aos pacientes portadores do HIV, sintomáticos ou não, aos pacientes renais crônicos e aos pacientes com câncer. Segundo a ONU, o Brasil é hoje referência internacional na área de saúde pública e exemplo para outros países que buscam sistemas mais igualitários de saúde. Com a criação do SUS, o Brasil foi um dos primeiros e poucos países fora da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a prever na legislação o acesso universal aos serviços de saúde, reconhecendo a saúde como direito do cidadão e dever do Estado

Os objetivos e modos de agir da OMS se tornam claros ao enumerarmos alguns de seus valores: compreende que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. Infelizmente, as desigualdades entre países oferecem um perigo para a comunidade internacional, e por isso a saúde de todos os povos depende da cooperação entre indivíduos e Estados (Constituição da Organização Mundial da Saúde). Para acabar com estas necessidades, a OMS fornece apoio aos países para estender os benefícios dos conhecimentos médicos a todos os povos através da promoção da saúde e do controle das doenças. Como agência do sistema ONU, ela atua na categorização das doenças que afetam o planeta e colocam em risco a segurança das populações.

O único órgão com autoridade para declarar quando há uma nova pandemia é a OMS. A declaração de uma pandemia não é de conhecimento de todos, a OMS afirma que entende a implicação da palavra e serve para despertar atenção para a doença que justificou o decreto, segundo a agência. Ao declarar uma pandemia, a organização apenas confirma que há uma doença que atingiu proporções internacionais.

Antes de tomar a decisão, a OMS leva em conta a opinião de profissionais de saúde e dados sobre o estágio das epidemias nos países afetados. Apesar disso, não há fórmula matemática (como um piso de infecções ou de países que a doença deve atingir) para haver o decreto. A epidemia de ebola matou 11 mil pessoas na África entre 2013 e 2016, mas não foi considerada uma pandemia.

As pandemias atualmente podem ocorrer com mais facilidade, isso porque é cada vez mais fácil o deslocamento das pessoas de um local para outro e, conseqüentemente, haver disseminação de uma doença entre eles. A falta de cuidado causa a transmissão da doença e a infecção de um grande número de pessoas. Nesses casos em que não há sintomas, é fácil ir de uma região para outra sem levantar suspeitas das autoridades de saúde.

Quando uma doença se espalha por várias regiões, torna-se difícil prever o desfecho da história, uma doença grave, por exemplo, ao atingir uma região pobre, pode causar uma grande devastação em virtude da falta de recursos para conter o avanço da enfermidade. E dependendo da gravidade da doença e do número de casos, o sistema de saúde de um país pode não estar preparado para garantir o tratamento de todos. Além das gripes, desde 1982 a AIDS é classificada como uma pandemia, uma vez que o vírus responsável pela doença conseguiu espalhar-se de forma fácil e consideravelmente rápida entre as pessoas.

Apesar dos casos atualmente não crescerem na mesma proporção de que anteriormente, a Organização Mundial de Saúde ainda considera a AIDS como pandêmica, pois o agente infeccioso pode espalhar facilmente. Outra doença infecciosa que foi considerada pandêmica foi a cólera, que foi responsável por pelo menos 8 episódios de pandemia, sendo a última notificada em 1961 com início na Indonésia e que se espalhou para o continente asiático.

Atualmente Zika, Ebola, Dengue e Chikungunya são consideradas doenças endêmicas e têm sido estudadas devido ao seu potencial pandêmico em função da facilidade de transmissão. O que de fato aconteceu mais recente é que Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o Covid-19, causado pelo novo coronavírus, é uma pandemia.

Mas uma pandemia não se caracteriza pela gravidade da doença que ela causa. "O principal fator é o geográfico, quando todas as pessoas no mundo correm risco", diz Ritchmann

(2020), infectologista do Instituto Emilio Ribas. Pandemias são mais prováveis com novos vírus, como não temos defesas naturais contra eles ou medicamentos e vacinas para nos proteger, eles conseguem infectar muitas pessoas e se espalhar facilmente e de forma sustentada.

Pandemias aparecem mais com novos vírus, pois como não temos defesas naturais contra eles ou medicamentos/vacinas para nos proteger, eles conseguem infectar muitas pessoas e se espalhar facilmente e de forma que não dá para evitar rapidamente, é cada vez mais fácil o deslocamento das pessoas de um local para outro e, conseqüentemente, haver disseminação de uma doença entre eles. Muitas vezes, o doente não apresentou sintomas de uma determinada doença e relaciona-se com outras pessoas não se preocupando com a transmissão.

. Com os choques ambientais produzidos pelo homem, o turismo entre continentes, a contaminação das águas, o surgimento de mega favelas criadas a partir do crescimento descontrolado da população urbana, a revolução na criação de animais, a industrialização e a internacionalização dos alimentos, entre outros fatores contribuem para a disseminação de novas doenças. Em relação a isso, Tedros Adhanom Ghebreyesus (2020), diretor-geral da OMS diz que: Pandemia não é uma palavra para ser usada de maneira leviana ou descuidada. É uma palavra que, se mal utilizada, pode causar medo irracional ou aceitação injustificada de que a luta acabou, levando a sofrimento e morte desnecessários.

As pandemias fazem parte da experiência humana pois as pessoas convivem com os agentes que causam as doenças infecciosas (microrganismos como vírus, bactérias, fungos, parasitas etc.) durante toda a vida, por meio do contato com o ambiente, com os animais, com o lixo ou com a água contaminada. As infecções ficam descontroladas quando esses microrganismos, além de se hospedarem no corpo humano, conseguem se reproduzir facilmente e se transmitir entre as pessoas, como o vírus do sarampo, por exemplo.

Ao longo dos anos, atividades como viagens, comércio, guerras e invasões contribuíram para propagar essas doenças. As pandemias não incluem os casos de disseminação da gripe comum ou de outras doenças normais, ou seja, comuns de determinada época do ano, como por exemplo o outono ou o inverno. Tem que haver a transmissão simultânea em todo o globo e fora de temporada, para que uma epidemia de gripe vire uma pandemia.

Todo o tempo a OMS monitora casos de surtos de doenças que têm potencial de virar uma emergência mundial. Ela fica sabendo desses casos por meio das autoridades nacionais e de outros parceiros. Por essas informações, pode avaliar se há risco de pandemia. Quando há risco, a OMS dá apoio com pessoal, suprimentos, recursos etc. aos países afetados e informa os outros governos sobre o caso. A partir da evolução dos surtos, a OMS pode fazer uma declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

A decisão de fazer essa declaração cabe ao diretor-geral da agência. A declaração significa que há um evento extraordinário que pode constituir risco à saúde pública de outros Estados e exigir ação coordenada. Ainda não é uma pandemia, mas é uma situação séria, incomum e inesperada. Após esse alerta, a OMS faz um comitê que elabora recomendações aos países para tentar conter a epidemia, daí a declaração de emergência, a OMS pode considerar, com base em mais avaliações, que a epidemia global se tornou uma pandemia. Na prática, a pandemia não é tão diferente da emergência internacional de saúde.

### **III- REGRAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE E SAÚDE PÚBLICA**

Os direitos fundamentais por serem direitos prementes, fundamentadores de todo o ordenamento jurídico, muito se discute a respeito de sua limitação, sendo importante entender o seu caráter não absoluto, como se pode depreender do seguinte raciocínio. Essa questão a respeito das restrições ou limites aos direitos fundamentais, estudados por J.J. Gomes Canotilho, é intrigante, pois sempre imaginamos que, por serem fundamentais, esses direitos não podem ser limitados, restritos, obstaculizados.

Segundo Canotilho, a restrição depende da comprovação da validade de uma restrição, do julgamento do âmbito de proteção do direito, da finalidade da lei, tipo e natureza da restrição e observação se há respeito, ou não, aos limites impostos pela Constituição. Para Canotilho (2003, p.150) a restrição a um direito fundamental é diretamente constitucional quando “é a lei constitucional que, de forma expressa, procede a um primeiro recorte restritivo do conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental”.

Essas restrições são facilmente identificáveis quando posicionadas em cláusula de exceção contida no próprio dispositivo que assegura o direito, como ocorre no inciso XI do art. 5º (a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento

do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial) ou no inciso XXXIII do art. 7º (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

Mas também existem as restrições indiretamente constitucionais que são aquelas decorrentes de norma infraconstitucional, porém previstas pela Constituição. A previsão constitucional da possibilidade de restrição de um direito fundamental pode ocorrer tanto de forma mais abrangente, quanto de forma mais específica. Em outras palavras, o constituinte pode atribuir ao legislador infraconstitucional uma competência de restrição mais ampla ou uma competência de restrição mais limitada, atendendo a pressupostos ou objetivos específicos. Alexy refere-se a essas competências de restrição (restrições indiretas) como reservas legais simples e reservas legais qualificadas. Entretanto, pela possibilidade de confusão com a terminologia utilizada no direito constitucional brasileiro para diferenciar a exigência constitucional de lei complementar ou ordinária, referidas expressões não serão utilizadas neste trabalho.

Assim, quando enuncia no inciso XV do art. 5º que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, a Constituição confere ao legislador uma competência de restrição da liberdade de entrada, saída e permanência, sem indicar finalidades específicas ou requisitos para essa restrição, ou seja, sem limitar seu conteúdo.

Ademais, existem as restrições que não estão autorizadas explicitamente pela Constituição ou restrições implicitamente autorizadas pela Constituição são aquelas que, não decorrem imediatamente do texto constitucional e nem de reserva de lei, são extraídas da pré-compreensão de que não existem direitos absolutos ou ilimitados. Os limites ao seu exercício decorrem da própria ordem jurídico-constitucional. Canotilho (2004, p 471) diz que “direito de manifestação está sujeito aos limites da não-violência e aos limites resultantes da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente garantido dos direitos dos outros, como, por exemplo, a liberdade de deslocação”.

Gilmar Mendes (2015, p;224) pondera que a existência de restrições que não estão autorizadas de forma expressa pela Constituição é “decorrência lógica da própria necessidade de convivência prática das diversas posições constitucionais.” Como diz o autor, para além da

norma contida no inciso II do art. 5º, por prevenção, qualquer ação restritiva sem reserva legal expressa deve ser fundamentada também em norma constitucional, a fim de se evitar abusos.

A questão levantada para a elaboração desse trabalho está na possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, e saber sobre os limites para que essa restrição não ocasione a lesão por parte do aplicador da norma. Apesar da necessidade de se garantir os direitos fundamentais para a conservação do Estado de Direito, em alguns casos, é necessário diminuir a aplicação deles para permitir não apenas a existência do Estado, mas que a sociedade não seja prejudicada por atos ou interesses de um ou poucos indivíduos. Como regra os direitos fundamentais são preservados, e a sua restrição seja uma exceção, acontecendo somente em casos que tais direitos sejam utilizados para evitar que outros direitos fundamentais ou valores constitucionais sejam ignorados.

Existem inúmeras normas que protegem os mais diversos direitos dos membros da sociedade e, devido ao fato de estarem na Constituição, o que, contudo, não os transforma em fundamentais, possuem a mesma importância, já que se compartilha do entendimento de que todos os direitos constitucionais possuem o mesmo nível e devem ser defendidos ao mesmo tempo. As restrições aos direitos fundamentais são admitidas pelo ordenamento constitucional.

Porém, são necessários limites para evitar a discricionariedade de quem aplica. A justificativa para a restrição é a garantia de outro direito fundamental, ou interesse ou bem constitucionalmente protegido, sendo vedado o excesso e a obrigação da observância do princípio da proporcionalidade; por último, as leis restritivas devem ter vinculação material com o princípio da preservação do núcleo essencial.

Segundo Alexy, no caso de princípios, as restrições só podem ocorrer quando um princípio colide com outro princípio, realizando a ponderação. Porém, ainda se critica o fato de não se saber de que forma é possível se alcançar a justa forma de ponderabilidade, devendo, por isso, haver um princípio da proporcionalidade. Tal princípio teria como função proporcionar uma ponderação racional, o que é uma das maiores incógnitas.<sup>350</sup> É diferente quando existe uma regra de direito fundamental, imponderável, portanto, só podendo haver restrição.

Existem hipóteses admitidas pela doutrina sobre a restrição de direitos fundamentais sem que haja permissivo constitucional expresso. Inicialmente, é de se afirmar que o alcance

dos direitos fundamentais vai até o encontro dos direitos fundamentais alheios, além de outros valores constitucionais que também deverão ser observados, sabido que todos os direitos constitucionais possuem o mesmo nível de importância. Então o direito à liberdade é direito fundamental que pode ser usufruído na sua totalidade, exceto se essa liberdade ferir outros direitos alheios, sendo restringidos pelos demais direitos fundamentais e, ordinariamente, pelo Código Penal. Estas restrições não estão expressas na norma constitucional, mas presume-se, tendo em vista a defesa de outros direitos, como o direito à vida.

A colisão entre direitos e bens jurídicos é aceita pela doutrina tradicional., Canotilho diz que são bens passíveis de proteção constitucional a “saúde pública”, “patrimônio cultural”, “defesa nacional”, “integridade territorial”, “família”. Destaca que são “bens jurídicos constitucionalmente recebidos, e não qualquer bem prepositivo ou outro valor.

Na doutrina, é comum refletir sobre as restrições aos direitos fundamentais a partir de questões referentes à saúde pública. Martin Borowski observa o direito dos nacionais de ingressar e sair do país, asseverando ser constitucional, por exemplo, lei que, para proteger a saúde da população contra pandemias, veda o ingresso de pessoa com grau de infecciosidade e da gravidade da doença, é um ato normativo infraconstitucional enfermidade contagiosa grave.

Mas se a lei proíbe qualquer cidadão enfermo de entrar no país, independentemente do onde viola o direito fundamental locomoção desproporcionalmente, pois se uma pessoa possui uma doença inofensiva a proibição de seu ingresso não é adequada para proteger a saúde pública e a integridade física dos demais indivíduos.

No assunto de saúde pública as restrições aos direitos fundamentais precisam ser fundadas em laudos médicos, sendo inconstitucional a adoção de motivos políticos ou ideológicos na limitação desses direitos. O parecer científico é diferente de uma opinião política ou de uma consideração ideológica, tratando o conhecimento de maneira metodológica, sistemática, especializada e verificável os problemas científicos, auxiliando na correta compreensão de condutas danosas aos direitos à vida, à saúde e às integridades física e psíquica.

O parágrafo primeiro do artigo terceiro da Lei Federal nº. 13.979/2020 prevê que as medidas restritivas para proteção da saúde pública e dos direitos à vida e à proteção da integridade física precisam ser tomadas a partir evidências científicas. As meras crenças e opiniões

não são razões suficientes para formar políticas públicas de saúde e estratégias sanitárias adequadas. Um entendimento político não pode fixar procedimentos e protocolos médicos desprovidos de respaldo científico.

O coronavírus, COVID-19. Doença que é causada pelo vírus SARS-CoV-2, incide em uma grave crise sanitária global. Desde o seu aparecimento na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019, o globo vivencia, amedrontado o crescimento exponencial do número de infectados e mortos. A Organização Mundial da Saúde considerou, em 11 de março de 2020, a COVID-19 uma pandemia. Por ser uma doença extremamente contagiosa, com o potencial de causar graves complicações respiratórias, pode colapsar os sistemas público e privado de saúde.

Com 21.516.967 casos confirmados e 599.359 mortes derivadas do coronavírus no Brasil até outubro de 2021, várias medidas para tentar disseminar o aumento de casos pelo vírus foram tomadas, dentre elas a quarentena no país. A pandemia do coronavírus suscita uma questão essencial à pretensão do Direito de fixar normas obrigatórias para a disciplina da vida social: situações extremas, como as decorrentes de graves crises de saúde pública como a presente, fariam emergir um estado de exceção sanitária.

O Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Essa lei permitiu o isolamento de pessoas contaminadas, a restrição de atividades e separação de pessoas suspeitas de contaminação (quarentena), além da realização compulsória de exames médicos e outras providências. Uma portaria interministerial (Ministério da Justiça e Ministério da Saúde) previu também que aquele quem não se sujeitar às medidas poderia responder pelos crimes de infração e de desobediência de medida sanitária preventiva.

Outra ação adotada foi a aprovação pelo Congresso Nacional do estado de calamidade pública, autorizando gastos extraordinários para conter o avanço da doença. Essas ações e normas excepcionais e adequadas à ordem constitucional vigente. Elas definiram os próprios limites e sua transitoriedade, aplicando-se apenas e tão somente aos casos ou ao período excepcional relacionado ao novo vírus. A mencionada lei 13.979 condiciona as imposições a evidências científicas e garante aos infectados o direito de serem informados sobre seu estado de saúde, de

terem assistência familiar, tratamento gratuito e pleno respeito à dignidade e às suas liberdades fundamentais.

Mesmo se não for decretado o estado de sítio, conforme a própria CF única situação que há autorização expressa para restrição geral da liberdade de locomoção, deve conviver com outros princípios da Constituição e não deve ser considerado absoluto. É o caso do direito à saúde. Com efeito, o artigo 196 prevê que o direito à saúde tem duas dimensões: como direito subjetivo de todos e como dever do Estado de desenvolver uma política pública, abrangendo regramentos, organização pessoal e previsão orçamentária específica. A lei 13.949, ao prever as medidas de isolamento e quarentena, traz medidas para salvaguarda do direito à saúde do indivíduo. São expressões do artigo 196 da Constituição da República.

No cenário atual complicado em que estamos vivendo que envolve o conflito aparente entre os princípios da liberdade de locomoção e direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a regra da proporcionalidade para solução do conflito. A regra de proporcionalidade prescreve que um princípio deve ceder diante de outro desde que atenda aos seguintes requisitos: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito.

A questão inicial deve ser sobre se as medidas de isolamento e quarentena são adequadas para cumprir com o objetivo sanitário perseguido, a contenção da pandemia de Coronavírus, para restringirem a liberdade de locomoção. Considerando os estudos médicos, orientações da Organização Mundial da Saúde e exemplo de diversos outros países, a diminuição do contato entre pessoas é a providência mais adequada atualmente para enfrentamento da pandemia. A transmissão da doença covid-19 se dá, pelo ar, secreções ou saliva. A transmissão também se dá pelo contato com superfícies contendo saliva ou secreções e após a colocação das mãos à boca, olhos e nariz. O isolamento e quarentena reduz seu fluxo de pessoas em espaços públicos evitando aglomerações, são medidas adequadas para o combate o vírus.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece acertado dizer que, por mais que estejam avançadas a ciência e as organizações humanas, milhões de vidas estão sendo afetadas diretamente pela pandemia de COVID-19 e outras milhões estão sendo e ainda serão afetadas reflexamente, em suas condições de trabalho,

renda, alimentação, moradia, educação, saúde, acesso a direitos etc., e diante da inexistência de tratamento efetivo e vagas em hospitais, o isolamento social é a providência que vem se mostrando mais eficaz nesse cenário pandêmico se fazendo necessária, adequada e proporcional a prevalência do direito à saúde de todos, frente ao direito de ir e vir, não sendo verificado um sacrifício desmedido do direito

De qualquer forma, ao observar hoje as medidas restritivas ao direito à locomoção da lei 13.979/20, sob o enfoque constitucional da tutela do direito à saúde, pode se concluir que elas devem prevalecer, neste caso, sob a liberdade de ir e vir dos cidadãos, pois tem como objetivo salvaguardar um bem maior, que é a proteção da saúde de toda a coletividade, sendo assim empregado o juízo de ponderação. Não existindo prejuízo a sociedade, pois no caso da Pandemia do Coronavírus, tal sopesamento tem como objetivo maior a proteção do bem maior para a coletividade, o qual é a higidez da saúde pública, sendo legal, constitucional e plenamente correta e justa o seu emprego.

É importante salientar que o papel do Estado no regime democrático tem relação a salvaguarda da vida humana e a saúde (artigo 5º, *caput*, e 196 a 200, CR/88), ainda com a liberdade, a dignidade, e os valores éticos que lhe são inerentes. Estado e governo nada mais são do que instrumentos a serviço do homem e da sociedade.

A pessoa é o centro de todo o Direito, e não pode ser usada como meio e sim como fim em si mesmo. Aos Estados não há escolha a ser feita, há somente o primeiro objetivo e imediato de proteger a pessoa e sua condição, e isso independe do matiz ideológico de um governante ou outro, que apenas estão temporariamente no cargo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXY, Robert **El Concepto y la Validez Derecho y Otros Ensayos**. Baelona 1994.

ALEXY, R. **A Institucionalização dos direitos humanos no estado constitucional democrático. Derechos y Libertades**, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano 5, v.8, p. 21-41, jan.-jun. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais**, balanceamento e racionalidade. Ratio Juris, 2003.

ALEXY, Robert. **Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ANON, Orlando Luiz. **Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo, **Cudo de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Usp sobre **Organização Mundial da Saúde (OMS)** disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br> acessado em: 15/08/2021.

BRASIL, Organização Mundial da **Saúde** versão português disponível em: <http://who.int/pt/pt/>, acessado em: 15/09/2021.

BRASIL, acesso ao artigo disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/coronavirus-saiba-o-que-e-uma-pandemia>, acessado em 12/08/2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL, **LEI n° 13.979/2020**, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979).

BRASIL. Ministério da Saúde. Covid-19: **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acessado em: 07/10/2021.

BUROWSKI, Martin. **La Restricción de los Derechos Fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional. Maio-agosto 2000.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CANOTILHO, apud, Luciano Sampaio Gomes Rolim. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Disponível em março de 2002: <http://www1.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto>, acessado em: 05/10/2021.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROUSSEAU, JJ. **Do Contrato Social**. Rio de Janeiro: Globo, 1962.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

