
A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DA COVID-19

THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS UNDER COVID-19

Saulo Marques Mesquita*
Fabrício Macedo Motta**

RESUMO: *O presente trabalho tem o objetivo de analisar os impactos da Covid-19 sobre o âmbito dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere à colisão provocada pelas medidas adotadas pelo poder público, visando combater a pandemia. O isolamento social, o fechamento de cidades, o lockdown, a restrição ao trânsito de pessoas e o monitoramento das atividades sociais colocam em rota de colisão os direitos à vida, à integridade física, à saúde, à liberdade de locomoção, à intimidade e vida privada, à liberdade de manifestação e à livre iniciativa, o que demanda um juízo de ponderação por parte do poder público. Assim, procede-se a uma teorização do tema, com base no referencial teórico aplicável, demonstrando-se a necessidade da utilização de critérios pautados nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da unidade, da harmonização, da concordância prática, da eficácia integradora, da força normativa e da máxima efetividade da Constituição.*

Palavras-chave: Covid-19. Direitos fundamentais. Colisão. Ponderação.

Abstract: *This article aims to analyze the impacts of Covid-19 on the scope of fundamental rights, especially regarding the collision caused by the measures adopted by the government, aiming to combat the pandemic. Social isolation, city closings, lockdowns, restrictions on the traffic of people and monitoring of social activities put the rights to life, physical integrity, health, freedom of movement, intimacy and privacy, freedom of expression and free initiative on a collision course, which requires a weighting assessment by the government. Thus, a theorization of this theme is carried out, based on the applicable theoretical framework, demonstrating the need to use criteria based on the principles of proportionality, reasonableness, unity, harmonization, practical agreement, integrative effectiveness, normative force and the maximum effectiveness of the Constitution.*

Keywords: Covid-19. Fundamental rights. Collision. Weighting.

* Tribunal de Contas do Estado de Goiás e Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, Goiânia, GO, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0001-6779-3613>

** Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, Goiânia, GO, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0001-8140-3351>

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se destina a investigar os impactos da Covid-19 sobre o âmbito dos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Proceder-se, desse modo, a uma teorização, com suporte no referencial teórico aplicável, visando à compreensão e ao aperfeiçoamento do juízo de ponderação a ser exercido nas situações em que os efeitos da pandemia induzem os direitos fundamentais à situação de recíproca colisão.

Inicia-se o trabalho com uma abordagem a respeito da disseminação mundial da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus Sars-Cov-2, que levou a Organização Mundial de Saúde (OMS) a declarar, no dia 11 de março de 2020, situação de pandemia. Com isso, foi reconhecida a situação de contágio em escala mundial, alcançando todos os continentes. Esse agente patogênico foi descoberto em dezembro de 2019, após casos registrados na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, na China, primeiro epicentro da doença. Embora haja indícios de que o vírus tenha migrado de animais para seres humanos naquele país, não existem evidências conclusivas a esse respeito. O certo, contudo, é que o vírus provoca uma doença infecciosa altamente transmissível, podendo levar a um grave quadro de síndrome respiratória aguda.

Não é exagero afirmar que essa pandemia representa, lamentavelmente, um dos grandes acontecimentos do presente século, haja vista seu vertiginoso crescimento, com grande quantidade de contaminados e expressivo número de óbitos. Havendo se espalhado por quase todo o globo terrestre – além de ceifar a vida de milhares de pessoas –, o vírus espraia seus efeitos para além do sistema de saúde, produzindo consequências nefastas no campo das relações econômicas e sociais. A inexistência de vacinas, no primeiro ano da pandemia, e as dificuldades de tratamento levaram ao colapso dos sistemas de saúde de diversos países, tornando imprescindível a adoção de medidas de isolamento social, apontadas como o único meio de diminuir a progressão da curva de contágio. Contudo, tais medidas produziram evidentes reflexos na seara econômica, impactando os níveis de produção industrial e de comércio, com uma reação em cadeia de fechamento de empresas, de crescimento dos níveis de desemprego, de empobrecimento da população e de queda das receitas fiscais.

Tais problemas colocam em risco diversos direitos fundamentais, tais como a vida, a integridade física, a saúde, a intimidade e a vida privada, a liberdade de locomoção, a livre iniciativa e a liberdade de expressão. Não raras vezes, defronta-se o Estado com a necessidade de tutelar algum desses direitos, em prejuízo dos demais. Identificam-se, inclusive, situações de

evidente colisão de direitos, exigindo do gestor público a imperiosa tarefa de escolher qual deles deverá prevalecer.

Diante disso, procede-se, neste trabalho, a uma investigação teórica a respeito dos direitos fundamentais, visando compreender as balizas doutrinárias e constitucionais estabelecidas no ordenamento brasileiro. Busca-se, ainda, uma reflexão a respeito dos instrumentos que podem ser empregados na difícil tarefa de ponderação, atividade esta imprescindível à solução das situações em que se verifica a colisão de direitos fundamentais. Almeja-se, com isso, compreender o marco normativo e doutrinário inerente ao sistema jurídico constitucional brasileiro, com vistas a subsidiar uma solução para as situações de conflito de direitos suscitadas na esteira das medidas adotadas no combate à Covid-19. A metodologia utilizada para esse fim centrou-se no estudo do referencial teórico aplicável ao tema, visando identificar a forma como o modelo constitucional vigente constrói o cabedal de direitos fundamentais impactados pela pandemia e, ainda, o caminho traçado para a solução de aparentes conflitos em sua concreção. Ao lado disso, a metodologia abarca a realização de pesquisa perante fontes oficiais diretamente envolvidas no combate à pandemia, particularmente a OMS, visando à compreensão de seu impacto na comunidade internacional.

2 A PANDEMIA COVID-19

A OMS, agência subordinada à Organização das Nações Unidas (ONU), com sede em Genebra, na Suíça, declarou, no dia 11 de março de 2020, situação de pandemia em virtude da disseminação mundial da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus Sars-Cov-2. Isso ocorreu diante do alastramento do contágio dessa doença por diversos países, em todos os continentes.

O agente patogênico foi inicialmente identificado na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, na China. Isso ocorreu em dezembro de 2019. Mostrando-se um vírus altamente transmissível, em poucos meses o contágio alcançou os países asiáticos mais próximos, para, em seguida, alcançar os demais continentes.

Estudos iniciais apontam a possibilidade de uma mutação ter facilitado a migração do vírus de animais para os seres humanos, levando a uma pandemia de proporções nunca antes vistas.

Trata-se de uma doença infecciosa aguda, altamente transmissível, podendo levar a um grave quadro de síndrome respiratória, evoluindo, em muitos casos, para situações de óbito. Segundo a OMS, os sintomas mais comuns são febre, tosse seca e fadiga. Outros sintomas, menos comuns, são congestão nasal, conjuntivite, dores de cabeça e de garganta, diarreia, perda do olfato e do paladar, erupções cutâneas e descoloração dos dedos das

mãos e dos pés. Segundo aquela entidade, aproximadamente 80% dos doentes se recuperam sem necessidade de tratamento hospitalar. Contudo, um em cada cinco pacientes fica seriamente doente, desenvolvendo dificuldades para respirar.

O risco de evoluir para sintomas mais graves é maior para pacientes idosos e pessoas portadoras de comorbidades, como hipertensão, doenças cardíacas, diabetes, problemas pulmonares e câncer (WHO, 2020b).

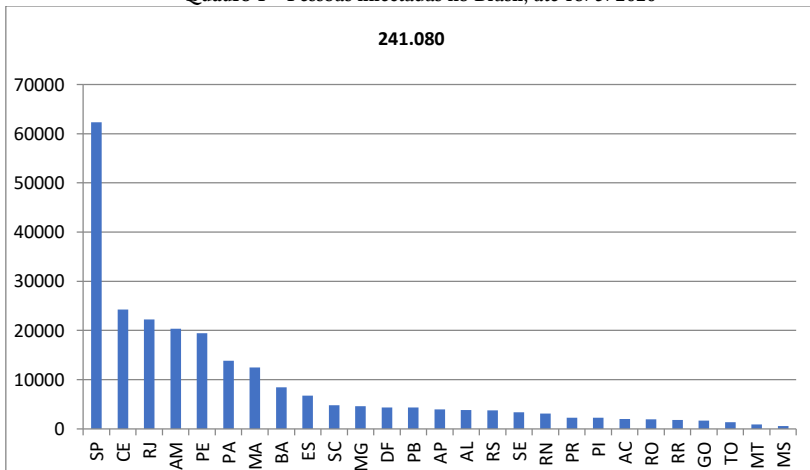
Sem embargo disso, pacientes jovens e sem comorbidades também têm desenvolvido sintomas graves, com óbitos em considerável proporção, principalmente em razão das variantes decorrentes do descontrole da pandemia.

Trata-se de um vírus cuja transmissibilidade se mostra bastante elevada, com curvas de crescimento vertiginosas. Apresentam-se, abaixo, os quadros demonstrativos da quantidade de infectados e de óbitos. Adverte-se que, por se tratar de uma pandemia em curso, os dados referem-se ao momento em que obtidos, ainda em 2020, servindo apenas para demonstrar a gravidade de situação enfrentada.

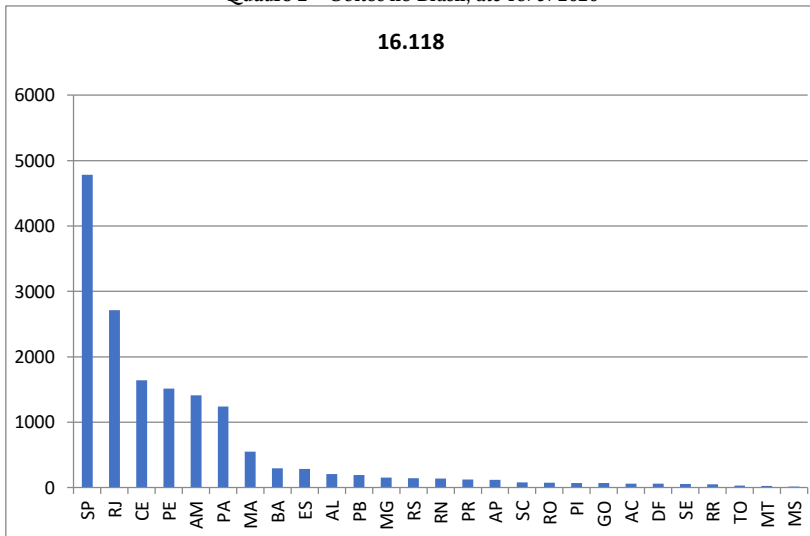
Ademais, deve-se salientar que o presente trabalho não tem por objeto uma análise específica da evolução da pandemia. Trata-se, isso sim, de um estudo realizado no campo da ciência do Direito, cujo foco se volta para o desenvolvimento de uma reflexão teórica a respeito dos impactos da Covid-19 nos direitos fundamentais, especialmente no que toca à recíproca colisão provocada pela pandemia.

Feitas tais observações, demonstram-se abaixo os números relativos à pandemia representativos do momento em que obtidos.

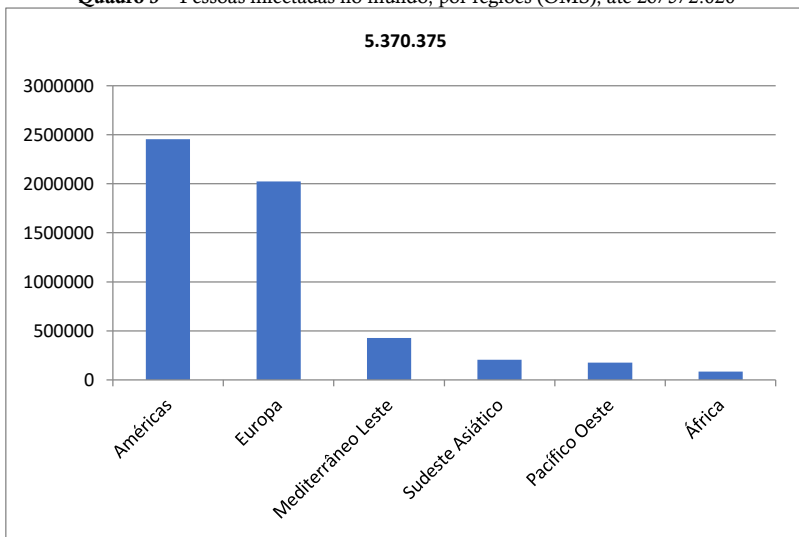
Quadro 1 – Pessoas infectadas no Brasil, até 18/5/2020



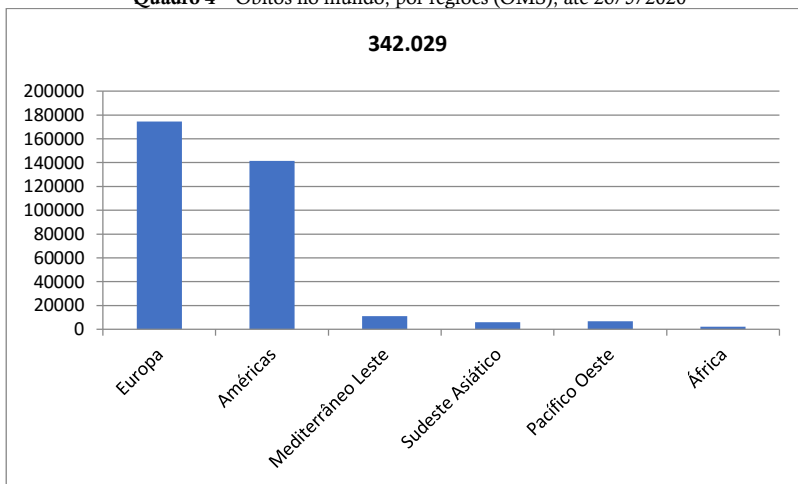
Fonte: Elaborada pelo autor, com base nos dados de Brasil (2020).

Quadro 2 – Óbitos no Brasil, até 18/5/2020

Fonte: Elaborada pelo autor, com base nos dados de Brasil (2020).

Quadro 3 – Pessoas infectadas no mundo, por regiões (OMS), até 26/5/2.020

Fonte: Elaborado pelo autor, com base nos dados de WHO (2020a).

Quadro 4 – Óbitos no mundo, por regiões (OMS), até 26/5/2020

Fonte: Elaborado pelo autor, com base nos dados de WHO (2020c).

Os quadros apresentados demonstram a preocupante situação enfrentada em todo o mundo. Até o dia 26 de maio de 2020, contabilizaram-se 5.370.375 casos, resultando 342.029 óbitos. Apenas no Brasil, até 18 de maio de 2020, são 241.080 casos, com 16.118 óbitos. E, não obstante os números apresentados pelo Boletim Epidemiológico mencionado, o sítio oficial do Ministério da Saúde¹ aponta que, em 27 de maio de 2020, já se alcança a marca de 391.222 casos, com 24.512 óbitos².

Dado o crescimento vertiginoso de ambas as curvas, é necessário ressaltar que tais números representam apenas o momento retratado. Contudo, são suficientes para comprovar a gravidade do problema, o qual produz reflexos em diversas áreas dos países afetados, atingindo diretamente a vida e a saúde de suas populações, além de instalar crises econômicas ensejadoras de desemprego, empobrecimento e fechamento de empresas. Tais dificuldades levam a uma equação de difícil solução, uma vez que seus desdobramentos atingem direitos fundamentais tutelados pelo regime constitucional, induzindo, não raras vezes, a uma colisão entre eles mesmos. Isso enseja uma reflexão a respeito de como deve ser exercido o juízo de ponderação, tarefa imprescindível à solução de tais situações conflituosas.

¹ <https://covid.saude.gov.br/>.

² Durante a revisão do presente trabalho, apurou-se na mesma fonte que, em 14 de julho de 2021, o número de contaminados no Brasil já havia alcançado a marca de 19.151.993 pessoas, com 535.838 óbitos, demonstrando que os números iniciais apenas refletiam um problema que viria a assumir magnitude ainda mais expressiva.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nas democracias modernas, os direitos fundamentais representam uma realidade imperativa, haja vista sua finalidade assecuratória de condições ao exercício de todas as faculdades inerentes à condição humana. Há, com efeito, um vínculo indissolúvel com o conceito daquilo que se entende como o mínimo existencial, destinado à consecução dos elementos necessários para uma existência compatível com a dignidade de cada ser humano.

É assim que o ordenamento jurídico pátrio cuida em tutelar os direitos fundamentais, quer seja explicitando-os no rol do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), quer seja protegendo aqueles que implicitamente se encontram inseridos no amálgama do sistema instituído.

São, desse modo, direitos inerentes e ínsitos à própria condição humana. Nessa linha, pode-se afirmar, inclusive, que o direito natural é uma das fontes de inspiração filosófica dos direitos fundamentais, pois decorrem eles do “reconhecimento de um conjunto de direitos tidos, então, como inerentes à pessoa humana” (SILVA, 1997, p. 173). É por essa razão que se verifica a existência de um liame indissociável entre os conceitos de direitos fundamentais e de direitos do homem. A esse respeito:

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, juridico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2003, p. 393).

Há, nessa concepção, o reconhecimento de que os direitos fundamentais implicam uma “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado” (SILVA, 1997, p. 177), possibilitando a satisfação, ao menos em tese, das necessidades inerentes à condição humana. É por essa razão que Canotilho (2003, p. 407-410) destaca, em relação aos direitos fundamentais, suas funções de defesa/liberdade, de

prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação. Na essência, cada uma dessas funções se presta a tutelar os elementos mínimos à existência do ser humano, em plena situação de dignidade. E, acrescentasse, “a Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas” (SILVA, 1997, p. 182).

Além disso, é importante notar que os direitos fundamentais se revelam mediante dimensões. Nessa linha, como leciona Conceição (2016, p. 42), apresentam eles uma dimensão subjetiva, representada pelas posições jurídicas dos indivíduos perante o Estado e, a um só tempo, também apresentam uma dimensão objetiva, relacionada à sua posição de princípios estruturadores e conformadores do Estado. Essa dupla dimensão torna palpável a existência dos direitos fundamentais como um sistema de valores encampados pelo ordenamento jurídico constitucional, donde extrai sua força normativa. Existe, diante disso, uma fundamentalidade das normas de direitos fundamentais, em decorrência “da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário” (ALEXY, 2008, p. 520).

Assim, os direitos fundamentais representam “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais” (SARLET, 2018, p. 187). Desse modo, como visto, esse catálogo essencial não se resume à perspectiva subjetiva, espreado também seus efeitos à atuação positiva dos poderes constituídos. Essa atuação deve atender aos comandos decorrentes do sistema construído com vistas à proteção de tais direitos, não sendo lícito ao Estado ignorá-los, ainda que estejam apenas implícitos no arcabouço normativo. Nessa linha, a atuação administrativa assume feição conformadora, destinada à definição e à própria concretização desses direitos.

Nesse mesmo passo, é esperado que o catálogo de direitos fundamentais se mostre em harmonia com o edifício constitucional erigido, de modo que seus influxos não resultem em situação de contradição e incoerência. O intérprete deve estar atento a essa realidade, de modo que a atividade hermenêutica não venha a prescindir do pressuposto de que cada direito fundamental explicitado se relaciona com os demais, agindo e reagindo, sem, contudo, deixar de integrar um sistema, o qual deve permanecer coeso e coerente.

4 O IMPACTO DA COVID-19 SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A crise provocada pela pandemia, como demonstrado, ultrapassa os estritos limites da área médica, levando diversos outros setores a uma situação de convulsão. Isso coloca em xeque diversos direitos fundamentais, tornando imprescindível a adoção de providências destinadas a assegurar sua tutela.

Em primeiro lugar, por se tratar de uma crise de saúde, o primeiro impacto se faz sentir exatamente nos direitos à vida, à saúde e à integridade física.

O direito à vida “consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano” (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 405). Trata-se de um direito inato ao ser humano, cuja tutela remonta ao próprio Pentateuco, cujo reconhecimento se dá na expressão “não matarás”. Esse comando resume, sucintamente, o ideal inerente à proteção da vida humana. É por isso que “a noção de um direito à vida foi (e ainda é) muitas vezes associada à noção de um direito natural, no sentido de um direito inato e inalienável do ser humano, como bem ilustra a obra de John Locke” (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 402). Trata-se, com efeito, do mais amplo e basilar de todos os direitos fundamentais, pois é pressuposto e antecedente aos demais. Sem a preservação da vida, não haveria como se falar na existência ou, ainda, na necessidade de qualquer outro direito fundamental. Nesse sentido:

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente, sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. [...] No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana [...], o direito à privacidade [...], o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência (SILVA, 1997, p. 194-195).

Diante dos números apresentados, é inequívoco o grave impacto da pandemia nesse direito elementar e fundamental. Milhares de vidas foram e continuam sendo ceifadas pela Covid-19 ao redor do globo. E o caso do Brasil não é diferente. Desse modo, não resta dúvida de que a vida é o primeiro direito fundamental afetado pela pandemia.

Rememora-se, aqui, o que já foi afirmado no início desta seção. O direito fundamental à vida não se encontra cingido a uma perspectiva subjetiva. Como é próprio, ele espraia seus efeitos à atuação comissiva dos poderes constituídos, os quais devem adotar comandos positivos destinados à sua proteção, o que se dá mediante a tutela do direito à saúde. A esse respeito:

É no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto (no caso da dimensão positiva, trata-se de prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.) com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 630).

O direito à saúde compreende duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas” (SILVA, 1997, p. 299).

Assim, tem o Estado o dever de adotar todas as providências necessárias à tutela dos direitos à vida e à saúde, conceitos que alcançam, também, o de integridade física. Não sem razão, estabelece o art. 196 da CRFB que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Diante da grave situação pandêmica, impõe-se ao poder público o empenho de seus esforços e recursos, com vistas a preservar a vida e a saúde da população. Por vezes, no entanto, essa tarefa demanda a adoção de medidas que podem impactar outros direitos fundamentais. Há, assim, diversas situações em que a tutela dos direitos à vida e a à saúde entra em

rota de colisão com outros direitos. É o caso, por exemplo, das limitações ao direito de locomoção. Com vistas a evitar a disseminação do vírus – limitando o crescimento da curva de contágio –, adotam-se medidas severas, como, por exemplo, as limitações ao trânsito de pessoas, o confinamento social, o isolamento de cidades e o *lockdown*, qualificado este como a mais intensa medida restritiva, uma vez que importa na suspensão de todas as atividades em determinadas localidades, muito embora haja certa elasticidade no conceito, cuja amplitude pode variar conforme as especificidades da região atingida (GREER, 2020, p. 97).

Quanto à liberdade de locomoção, não há dúvida de que se trata, também, de importante direito fundamental. O direito de ir e vir, de transitar por todo e qualquer lugar público ou aberto ao público, é uma prerrogativa inerente à liberdade que permeia a vida do homem, especialmente no seio de suas relações sociais. É próprio do ser humano caminhar, locomover-se, transitar entre as diferentes esferas do mundo material. Assim, “a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização” (SILVA, 1997, p. 231). A respeito do tema, também é oportuna a seguinte lição:

A liberdade de locomoção, assim impropriamente chamada, pois é o direito de ir, vir e também de ficar – *jus manendi, ambulandi, eundi* outro citroque – é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça (FERREIRA FILHO, 2020, p. 261).

É assim que “podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção” (SAMPAIO DÓRIA, 1960, v. 2, p. 651). Não há, assim, necessidade de autorização específica para ir, vir, ficar ou permanecer em locais públicos. É por tal razão que se afirma que a liberdade de locomoção, ao lado de sua dimensão positiva, opera também um conteúdo negativo, funcionando como um direito de defesa. Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2017, p. 527) afirmam que tal direito se dirige contra o Estado e terceiros, de modo que não se possa apresentar oposição ou embaraço à livre circulação de pessoas. Nessa linha, as medidas adotadas com vistas à restrição de circulação de pessoas, em decorrência da pandemia, estariam, à primeira vista, a obstruir esse tão importante direito fundamental. Disso decorre a necessidade do juízo de ponderação, tema a ser tratado adiante.

Outro direito fundamental afetado pelas medidas de combate à pandemia é o da intimidade e vida privada das pessoas. As demandas por isolamento social, estabelecidas pelo poder público, são, invariavelmente, acompanhadas de elementos de informação, destinados a aferir a adesão da população. Tendo em vista o atual estágio de desenvolvimento tecnológico, *smartphones*, providos de sistema de *Global Positioning System* (GPS), permitem rastrear os deslocamentos de seus usuários. Assim, o poder público se vale de dados fornecidos pelas operadoras de telefonia, com o escopo de mensurar os índices de adesão às políticas de isolamento social.

Quanto ao tema, é preciso considerar que o direito à intimidade e à vida privada é primordial nas democracias modernas, pois tem o claro escopo de evitar ingerências do Estado ou de terceiros na esfera individual das pessoas. Conceitua-se nos seguintes termos:

Um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular (FERRAZ JÚNIOR, 1992, p. 77).

Na mesma linha, afirma-se que a privacidade é “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso pode ser legalmente sujeito” (PEREIRA, 1980, p. 202). Trata-se, assim, de um espaço intransponível por parte de terceiros, onde o respectivo titular pode exercer sua individualidade sem o receio de ser incomodado por qualquer atuação invasiva ou curiosa. Consubstancia-se, assim, em uma salvaguarda do espaço íntimo, inalcançável por intromissões ilícitas externas (MORAES, 2006, p. 47).

Com efeito, diante do monitoramento levado a cabo pelo poder público, visando aferir o nível de adesão da população às medidas de isolamento social, apresenta-se um aparente conflito do direito à vida e à saúde com o direito à intimidade e à vida privada, a ser resolvido, também, com o emprego do juízo de ponderação.

Ao lado disso, há outro direito fundamental que pode ser vulnerado sob a justificativa da tutela do direito à vida. Trata-se do direito à liberdade de expressão, que, em algumas situações, pode ser obstruído por medidas destinadas a combater a pandemia. Esse direito também se encontra

visceralmente associado à satisfação das necessidades inerentes à condição humana, pois assegura a pretensão à manifestação das ideias e sentimentos, o que é vital para a realização existencial. Trata-se de “uma garantia essencial ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana” (SARMENTO, 2018, p. 264).

Como ser racional, o homem produz pensamentos na quase totalidade dos momentos de sua vida. Assim, a externalização do produto de seu raciocínio é uma providência indispensável à sua vivência, em especial se considerado o traço social indissociável da natureza humana. Por tal razão, afigura-se de todo procedente a afirmação de que, se “fosse possível vedar absolutamente o direito à expressão, seria necessário para isso dissolver e proibir a existência da própria sociedade” (MACHADO, 2013, p. 5). Sem liberdade de expressão, não se poderia conceber a existência de uma sociedade livre, justa e solidária, descumprindo-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República, conforme estabelecido pelo art. 3º, inciso I, da CRFB.

Em tempos de pandemia, a liberdade de manifestação do pensamento é um direito eventualmente submetido a restrições. Isso se percebe especialmente no que diz respeito a medidas adotadas com o escopo de conter a disseminação de informações que possam colocar em xeque o combate ao vírus, em especial aquelas que, hodiernamente, se convencionou denominar como *fake news*. São exemplos disso afirmações relacionadas a tratamentos miraculosos, declarações desprovidas de embasamento científico e, também, notícias falsas sobre os números e o impacto da doença. Nessa linha, de questionar-se em que medida é lícito ao poder público, ao argumento de tutelar o direito à vida, estabelecer restrições ao exercício do direito de manifestação do pensamento.

Finalmente, também o exercício da atividade econômica e da livre iniciativa pode ser qualificado como um direito fundamental. Há uma inafastável conexão entre a valorização do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso é objeto de reconhecimento explícito pela CRFB, ao dispor, em seu art. 170, *caput*, que a ordem econômica tem fundamento na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna. Assim, a dignidade do ser humano somente pode ser integralmente assistida quando lhe são proporcionadas condições para o exercício de sua atividade laboral, o que é imprescindível para sua própria subsistência e, também, para a daqueles que dependem da cadeia produtiva. Nesse sentido:

Na verdade, o trabalho é ao mesmo tempo um direito e uma obrigação de cada indivíduo. Como direito, deflui diretamente do direito à vida. Para viver, tem o homem de trabalhar. A ordem

econômica que lhe rejeitar o trabalho, recusa-lhe o direito a sobreviver. Como obrigação, deriva do fato de viver o homem em sociedade, de tal sorte que o todo depende da colaboração de cada um (FERREIRA FILHO, 2020, p. 313).

É assim que, para a plena realização das potencialidades de cada ser humano, deve o Estado assegurar-lhe condições para o exercício da atividade produtiva, assumindo, assim, um papel garantidor e, ao mesmo tempo, secundário. Com isso, confere-se concretude ao valor social do trabalho, o qual se constitui em um dos fundamentos da República, nos termos do art. 1º, inciso IV, da CRFB. Inequivoco, assim, tratar-se de verdadeiro direito fundamental. E, ressalte-se, mesmo para aqueles que entendem não se tratar de direito fundamental, ainda assim o trabalho humano “é consagrado como objeto a ser valorizado” (GRAU, 2018, p. 1.884).

De todo modo, o certo é que as medidas de combate à pandemia atingem referido direito fundamental, uma vez que as determinações de isolamento social e de fechamento do comércio impactam severamente na atividade laboral. Impedidas de funcionar, empresas enfrentam consequências avassaladoras, frustrando-se suas expectativas de receita, o que induz à despedida de empregados e, em diversos casos, até mesmo ao encerramento das atividades. Há, de forma evidente, uma colisão de direitos fundamentais, em que, com o fito de se tutelar a vida e a saúde, avilta-se o direito ao trabalho e à exploração da atividade econômica.

Como visto, o combate à Covid-19 coloca em rota de colisão um importante elenco de direitos fundamentais. Importa saber, portanto, como lidar com o conflito daí oriundo, de modo a se ponderar quais valores devem receber a devida primazia.

5 JUÍZO DE PONDERAÇÃO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O intérprete não pode se furtar à tarefa de apontar a direção correta para a solução de situações de aparente conflito entre as disposições da lei. Para tanto, é indispensável que venha a se guarnecer de técnicas suficientes à formação de um encaminhamento compatível com a orientação finalística do ordenamento jurídico positivo. Somente com o devido manejo da hermenêutica, o conflito entre direitos fundamentais, fruto da pandemia, poderá ser solucionado.

Em primeiro lugar, é importante ter em conta que, independentemente do viés empregado (jusnaturalista ou juspositivista), os direitos fundamentais são imanentes à existência do ser humano. No

entanto, isso, de per si, não lhes atribui um caráter absoluto. É razoável que se admita sua flexibilização, sobretudo em situações em que

o benefício a ser auferido é menor do que eventuais prejuízos que seu exercício possa provocar. A título de exemplo, é digna de nota a questão inerente ao direito à intimidade e à vida privada, o qual não pode ser assegurado plenamente aos internos do sistema penitenciário, sob pena de favorecer o funcionamento de organizações criminosas e a prática de condutas delitivas. Assim, caso outros direitos fundamentais possam ser vulnerados, nada obsta a que se adotem restrições ao exercício do direito à privacidade. Nessa linha, “assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas” (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 449). Contudo, sua restrição “apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes” (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 449).

Também, a título de exemplo, pode ser mencionada a liberdade de locomoção. Por óbvio, o acesso a qualquer local público é de ser franqueado, mas não em absoluto. A “liberdade de ir ou ficar termina onde atenta contra o bem geral” (FERREIRA FILHO, 2020, p. 261). Assim, o direito de locomoção pode ser objeto de restrições pautadas pela necessidade de tutelar valores mais relevantes, como a vida, a saúde, a segurança e a ordem pública.

Nessa mesma linha, a própria liberdade de expressão não se encontra dotada de caráter absoluto. Pelo contrário. Esse direito fundamental implica também diversos ônus, como a vedação ao anonimato e a possibilidade de responsabilização cível ou criminal, em caso de excesso. E, de igual modo, na medida em que o exercício desse direito venha a travestir-se do potencial de prejudicar valores mais elevados, admite-se possa ser objeto de restrição. A seguinte lição é elucidativa:

Uma compreensão elástica do âmbito de proteção esbarra, todavia, em algumas questões polêmicas, como, por exemplo, a negativa de fatos históricos ou mesmo no que diz com a existência de um dever de verdade quanto aos fatos, bem como no tocante aos assim chamados delitos de opinião, visto que nesses casos verifica-se maior controvérsia sobre a sua inclusão no âmbito de proteção da liberdade de expressão (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 497).

Tais exemplos são suficientes para demonstrar que os direitos fundamentais, muito embora sejam essenciais para assegurar o

desenvolvimento de todas as potencialidades do ser humano, não podem ser contemplados como elementos dotados de intangibilidade, sujeitando-se, isto sim, a um procedimento de relativização, quando necessário. Assim, o estabelecimento de restrições pode ser medida imprescindível para solucionar situações de colisão entre direitos fundamentais, havendo uma verdadeira “reserva geral imanente de ponderação” (SARLET, 2018, p. 202). É preciso ter em vista, inclusive, que essa atividade de ponderação sequer necessita ser explicitamente autorizada pela CRFB, uma vez que ela é inerente ao próprio sistema dos direitos fundamentais. Entender o contrário levaria a uma situação de inação por parte do poder público, uma vez que ele deixaria de tutelar determinado direito ao argumento de que haveria outro direito em sentido contrário. Com isso, ao final, o direito mais valioso acabaria sendo aviltado.

Nessa linha, ao intérprete da lei e ao gestor público, deparando-se com a colisão de direitos fundamentais, em decorrência da Covid-19, é imperativo o exercício do juízo de ponderação, de modo a avaliar se as restrições impostas a determinados direitos são realmente justificáveis. Não se trata, simplesmente, de atribuir significado normativo aos respectivos textos legais, mas, sim, de buscar conferir equilíbrio aos bens em situação conflituosa. A respeito de como fazê-lo, mencione-se a seguinte lição:

Vários critérios podem ser propostos. O primeiro – óbvio – é o de se procurar a conciliação de ambos. Outro, o da pertinência, ou seja, qual o princípio que concerne, mais de perto, à matéria em causa. Aponte-se mais um – o do ‘peso’. Entretanto, este presume uma valoração – qual o princípio mais importante -, o que é sempre arbitrário e discutível já que a Constituição não estabelece tal escala (FERREIRA FILHO, 2020, p. 342).

Por óbvio, caso haja a possibilidade de conciliação, não se estará diante de verdadeira situação de colisão de direitos fundamentais. Desse modo, os critérios de pertinência e de peso parecem melhor se amoldar ao exercício de valoração, o qual, como visto, poderá vir a ser dotado de subjetividade, alcançando, nesse caso, resultados discutíveis. Para afastar, ao menos em parte, esse elemento subjetivo, é essencial que a ponderação seja levada a efeito com base em critérios pautados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Funcionam eles como importantes parâmetros para a solução dos casos de tensão entre direitos fundamentais. Sua aplicação conduz à definição de qual direito, no caso concreto, necessita ser sacrificado, com uma avaliação a respeito da

imprescindibilidade dessa medida extrema. É dizer, o sacrifício deve ser inevitável e, ao mesmo tempo, redundar em um impacto menor do que o benefício a ser obtido.

No que toca à Covid-19, incumbe ao intérprete avaliar se o sacrifício dos direitos de locomoção, de livre iniciativa, de manifestação do pensamento e de privacidade é menos prejudicial do que a violação dos direitos à vida e à saúde. Naturalmente, em termos genéricos, *a priori*, qualquer um dirá que sim. No entanto, é essencial que essa avaliação não seja levada a efeito de forma abstrata, mas, sim, levando-se em conta as particularidades das situações concretas que se apresentam cotidianamente. Por vezes, a depender da restrição a ser levada a cabo, o direito de ir e vir, por exemplo, poderá receber um peso maior, diferente daquele obtido em uma análise apriorística. Daí a importância de revestir-se de proporcionalidade e razoabilidade a ponderação a respeito do direito que deverá receber primazia.

É necessário ter em vista, também, que, para além da razoabilidade e da proporcionalidade, outros critérios se prestam a coadjuvar o trabalho do intérprete. Para se chegar a bom termo – fazendo prevalecer o direito fundamental mais importante –, é imprescindível que se tenham os olhos voltados ao princípio da unidade da Constituição. Naturalmente, deve-se atentar para o fato de que o ponto crucial da efetivação desse princípio se assenta na dificuldade em solucionar as tensões inseridas em seu próprio texto, especialmente porque se trata de um documento dialético, de composição das forças políticas (BARROSO, 2010, p. 302). Contudo, o fato de haver tensões não dota os conflitos com a nota da insolubilidade. A concepção a respeito da unidade da Constituição deve induzir o intérprete a analisá-la como um sistema coerente, afastando uma leitura em tiras ou em pedaços isolados (GRAU, 2003, p. 88). Assim, para uma mesma situação de fato, a aparente incidência de duas normas conflitantes resolve-se com a consideração de que o sistema estabelecido é uno e, portanto, possibilita uma harmonização. Nessa linha:

Princípio da unidade da Constituição. Aceito e posto em prática esse princípio, o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo em que se habilita a desqualificar, como contradições meramente aparentes, aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas e que só a interpretação racional evidenciará serem diferentes – ‘pretendam’ regular a mesma situação de fato (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 107).

Afigura-se primordial, assim, considerar que o mesmo texto constitucional que tutela o direito à vida, tutela também a livre iniciativa, assim como protege a privacidade e as liberdades de locomoção e de expressão. Trata-se de um todo, coeso, unitário, que não elege preferências senão diante da imprescindibilidade de solucionar um caso concreto.

Também é curial mencionar que, em reforço à utilização do princípio da unidade, incumbe ao intérprete complementar a atividade hermenêutica com os princípios da eficácia integradora, da força normativa e da máxima efetividade da Constituição (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 110-111). A solução da situação de conflito entre direitos fundamentais deve considerar a necessidade de integrar as diferentes partes do texto constitucional, produzindo um resultado coerente com o sistema geral estabelecido. E, além de reconhecer a normatividade inerente a cada dispositivo, deve alcançar a interpretação que lhe assegure o maior grau de influência no mundo concreto.

Finalmente, ao intérprete cumpre valer-se, também, dos conceitos de concordância prática e harmonização da Constituição. E, muito embora a nota da subjetividade ainda possa se fazer presente, isso não traveste tais institutos de menor relevância no que toca à solução dos conflitos entre direitos fundamentais. Quanto ao tema:

O princípio da concordância prática ou da harmonização pontifica no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, tanto no que se refere à colisão entre direitos fundamentais, quanto na colisão entre estes e outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados. A constituição não estabelece critérios para a harmonização, já que se arranca do pressuposto de que inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, de tal sorte que, na sua realização, a noção de concordância prática (harmonização) não se concretiza senão mediante avaliações mais ou menos subjetivas do intérprete quando do ato de interpretação e aplicação (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 219).

Com efeito, tem-se que a Covid-19 demanda medidas gravosas, as quais podem colocar em posição de conflito direitos fundamentais de estatura constitucional. É assim que os direitos à vida, à saúde, à integridade física, à liberdade de manifestação, à intimidade e vida privada, à liberdade de locomoção, à atividade econômica e à livre iniciativa têm colidido cotidianamente. Sempre com o desiderato de minorar os efeitos da

pandemia, restrições têm sido impostas a pessoas naturais e jurídicas, em todo o território nacional. Ao intérprete da lei, assim, apresenta-se o desafio de, mediante diligente juízo de ponderação, resolver tais situações conflituosas, valendo-se de critérios de proporcionalidade e razoabilidade, escudando-se, também, em princípios como os da unidade, da harmonização, da concordância prática, da eficácia integradora, da força normativa e da máxima efetividade da Constituição.

6 CONCLUSÃO

A Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus Sars-Cov-2, é uma realidade. Neste primeiro quarto de século, trata-se do maior desafio natural até então enfrentado pela humanidade, a qual se sujeita a um inimigo invisível que, em todo o mundo, fere, mata e empobrece. Seus efeitos deletérios não distinguem nacionalidade, raça, sexo ou classe social. É assim que, por todo o globo, vidas são ceifadas, pessoas são hospitalizadas, sistemas de saúde entram em colapso, empregos são perdidos, empresas são fechadas e a pobreza avança.

Diante desse quadro desolador, medidas de contenção, por vezes severas, precisam ser adotadas. Providências, como o isolamento social, o fechamento de cidades, o *lockdown*, a restrição ao trânsito de pessoas e o monitoramento das atividades sociais servem ao propósito de evitar a escalada do contágio e do número de mortes.

No entanto, na outra ponta, tais medidas podem atingir o núcleo essencial de diversos direitos fundamentais, como a intimidade e a vida privada, a liberdade de locomoção, a livre iniciativa e a liberdade de expressão. Os próprios direitos à vida, à integridade física e à saúde são colocados em xeque, especialmente diante da eventual ineficácia das medidas adotadas. Ocorre, a olhos vistos, um quadro de colisão de direitos fundamentais, uma vez que a tutela de uns pode levar ao prejuízo de outros.

Com essa percepção, o presente trabalho produziu uma reflexão teórica quanto aos impactos da Covid-19 sobre o âmbito dos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Essa teorização, com suporte no referencial teórico aplicável, demonstrou os fundamentos dos direitos à vida, à saúde, à liberdade de locomoção, à intimidade e vida privada, à liberdade de manifestação do pensamento e à liberdade da atividade econômica e da livre iniciativa.

A colisão de direitos fundamentais exige do poder público o exercício de um juízo de ponderação, de modo que possa eleger aqueles que, mediante critérios minimamente objetivos, haverão de prevalecer. Para tanto, impõe-se a utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que os benefícios a serem obtidos sejam maiores do

que os sacrifícios suportados. Além disso, cabe ao poder público pautar suas ações com base em princípios como os da unidade, da harmonização, da concordância prática, da eficácia integradora, da força normativa e da máxima efetividade da Constituição. Somente assim, mediante uma ação consciente e coordenada, pautada pelo cabedal normativo instituído e, também, por critérios técnicos e científicos, terá o poder público condições mínimas de enfrentar esse mal desolador que aflige toda a humanidade. Enfrentar o vírus e, de outro lado, preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, é tarefa desafiadora. Com coragem e convicção, espera-se que essa batalha seja vencida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico Especial – COVID-19. **Semana Epidemiológica de 17 a 23/5/2020**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/21/2020-05-19---BEE16---Boletim-do-COE-13h.pdf>. Acesso em: 26 maio 2020.

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

CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de direitos fundamentais**. Campina Grande: EDUEPB, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 1, p. 71-94, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GRAU, Eros Roberto. Dos princípios gerais da atividade econômica. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREER, Scott L. *et al.* In and out of lockdowns, and what is a lockdown anyway?: policy issues in transitions. **Eurohealth**. n. 2, v. 26, p. 97, 2020.

MACHADO, Natália Paes Leme. A plena liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, n. 2, v. 10, p. 280-296, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, J. Matos. **Direito de informação**. Lisboa: Edição do autor, 1980.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio. **Direito constitucional, v. 2: comentários à Constituição de 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. Fundamentos. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard**. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 27 maio 2020a.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic. Q&As on coronavirus and related health topics.** Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses>. Acesso em: 26 maio 2020b.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Coronavirus situation report 126.** Data as received by WHO from national authorities by 10:00 CEST, 25 May 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports>. Acesso em: 26 maio 2020c.

Recebido: 5/6/2020.

Aprovado: 29/7/2021.

Saulo Marques Mesquita

Mestre em Direitos e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

Diretor da Escola Superior de Controle Externo.

E-mail: smmesquita@tce.go.gov.br.

Fabrcio Macedo Motta

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (UFG).

Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM-GO).

E-mail: fmmotta@ufg.br.