

RECEBIDO EM: 20/04/2022
APROVADO EM: 10/04/2023

A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

THE WEIGHTING OF FUNDAMENTAL RIGHTS DURING THE COVID-19 PANDEMIC

*Ana Maria Muniz dos Santos Rocha¹
Bruno Marques Ribeiro²
Lilian Mara Silva³*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito e características dos direitos fundamentais. 2. A covid-19 e suas principais implicações na sociedade globalizada. 3. A ponderação dos direitos fundamentais durante a pandemia. 4. Teoria aplicada ao caso concreto. Conclusão. Referências.

-
- 1 Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-Graduada em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração Marketing e Comunicação (ESAMC).
 - 2 Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB).
 - 3 Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela UFU. Pós-graduada em Administração Pública pela Universidade federal de Uberlândia.

RESUMO: O presente trabalho, com base em pesquisas bibliográficas e documentais, busca esclarecer dogmaticamente sobre a ponderação dos direitos fundamentais durante a pandemia de covid-19. O objetivo geral é compreender o equilíbrio entre os direitos fundamentais nas relações particulares durante o contexto pandêmico. Fez-se necessário abordar o contexto histórico dos direitos fundamentais, bem como o conceito dos direitos fundamentais, o contexto brasileiro dos direitos fundamentais e ainda suas principais características. Nesse parâmetro, todas as abordagens foram realizadas para chegar na questão das interferências recíprocas entre os direitos fundamentais. Tal discussão já vinha sendo debatida no meio acadêmico e, certamente, foi intensificada durante a pandemia instigando essa pesquisa. Ao final, para enriquecer toda a discussão proposta, houve apontamentos sobre duas decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas antes e durante o contexto pandêmico para demonstrar como os tribunais têm se comportado frente a esta temática. A pesquisa foi realizada com base no método dedutivo, buscando abordar primeiramente os direitos fundamentais enquanto premissa geral, para posteriormente adentrar na premissa específica da ponderação desses direitos nas relações particulares. Ao final da pesquisa a conclusão que se chegou é que: os conflitos entre direitos fundamentais devem ser solucionados com cautela, pois se tratam de direitos com alta relevância e que impõe limites entre si. A interrelação entre os direitos fundamentais foi essencial no enfrentamento à covid-19, pois as liberdades foram restringidas em prol de um bem maior: a saúde da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Características. Ponderação. Covid-19.

ABSTRACT: This essay, based on bibliographic and documentary research, seeks to clarify the weighting of fundamental rights during the covid-19 pandemic. The general objective is to understand the balance between fundamental rights in particular relationships within the context of the pandemic. To that end, the concept of fundamental rights, the history of fundamental rights and the Brazilian context of fundamental rights and their main characteristics is examined. In addressing the subject we arrive at the issue of reciprocal interference between fundamental rights. This was an issue that was already being debated in the academic world but which was significantly intensified as a result of the pandemic. To complement the discussion, there are notes on two decisions of the Federal Supreme Court handed down before and during the pandemic, with the objective of demonstrating how the courts have behaved towards this issue. The research was carried out based on the deductive method, seeking first to

approach fundamental rights as a general premise, and then looking at the weighting of these rights in private relationships. At the end of the research, the conclusion reached is that the conflict between fundamental rights must be resolved with caution, as they are very relevant and impose limits on each other. The interrelationship between fundamental rights was essential in the fight against covid-19, as freedoms were restricted in favor of a greater good: the health of the community.

KEYWORDS: Constitutional Right. Fundamental Rights. Characteristics. Weighting. Covid-19.

INTRODUÇÃO

A sociedade está sempre em constantes mutações, e a pandemia de covid-19 é a prova de que mudanças acontecem por diversos fatores, neste caso por um vírus que obrigou o mundo a recalcular sua rota. Neste contexto, o direito com seu viés regulamentador das relações humanas, e, enquanto solucionador de conflitos decorrentes dessas relações, revelou-se uma ferramenta fundamental para o combate à pandemia. Afinal o arcabouço legislativo não estava preparado para uma mudança tão repentina, e, num primeiro momento, os tribunais – principalmente, o Supremo Tribunal Federal – tiveram que dar conta de medidas que pudessem assegurar os direitos da população.

A grande questão que se põe é que a interpretação das normas (princípios e regras que consagram os direitos fundamentais) é feita pelos operadores do direito (juristas, advogados, promotores, etc.), e estes fazem suas interpretações sem desvincular-se dos seus pontos de referência. E talvez essa seja uma justificativa plausível para tantos debates no mundo jurídico e tantas decisões contraditórias em diferentes tribunais.

Os debates travados acerca dos direitos fundamentais ao longo do tempo se mostraram saudáveis na medida em que possibilitaram a evolução do direito sem que haja necessidade de alteração da legislação. As interpretações modernas possibilitaram que os direitos fundamentais, que eram considerados meros escudos, se transformassem em atores principais em todas as relações (públicas e privadas).

No cenário pandêmico, foi muito importante essa evolução, pois ela influenciou no modo como a sociedade encarou a covid-19, ou seja, os direitos fundamentais não eram mais só uma obrigação do Estado e sim de toda uma coletividade, que baseada na solidariedade precisou exercitar a empatia. Ou seja, refletir sobre o fato de que o exercício inconsequente de suas liberdades poderia resultar em perda de várias vidas – reforçando

a teoria dos limites recíprocos entre os direitos fundamentais que vinha se consolidando no Brasil.

1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da proposta de pesquisa, primeiramente é necessário reforçar o fato de que há sempre discussões e divergências de pensamento (e isso não é exclusivo da ciência jurídica), conforme o teólogo e escritor Boff (2014, p. 09) “todo ponto de vista é a vista de um ponto”. Cada operador do direito ao olhar para uma nova situação fática/jurídica, uma nova lei ou uma nova teoria irá fazer uma interpretação, que levará em conta suas vivências jurídicas e seus estudos acerca do tema. Esse fato não pode ser ignorado, pois as normas jurídicas em sentido estrito⁴ são frutos da interpretação de regras ou princípios (normas jurídicas em sentido amplo⁵) que estão positivadas em um dado país. Por tais pensamento é possível, de início, pensar que o conflito entre os direitos fundamentais – antes e durante o contexto pandêmico – podem ter interpretações mais ou menos intervencionistas, pois deve-se se levar em consideração o momento histórico. Afinal, antes da pandemia a ideia era de um Estado com intervenções mínimas na vida privada, todavia no contexto da pandemia foi necessário que o Estado intervisse com muita intensidade (inclusive com medidas de distanciamento social) para organizar a população de maneira que o direito à vida fosse preservado.

Sobre os direitos fundamentais não se pode olvidar que há todo um contexto histórico por traz das constituições. A positivação dos direitos na constituição é relevante, pois esta é considerada a norma fundamental do país. Toda essa contextualização é muito importante para o entendimento dos direitos fundamentais. Segundo as lições de Canotilho (1993):

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. (CANOTILHO, 1993, p. 145)

4 As normas jurídicas em sentido estrito aqui são utilizadas de acordo com as lições de Aurora Tomazini. Uma norma jurídica em sentido estrito é aquela aplicada mediante uma hipótese que vai implicar em um resultado, que só é possível mensurar mediante o caso concreto. Em suas palavras “significações construídas a partir dos enunciados postos pelo legislador, estruturadas na forma hipotético-condicional” (CARVALHO, A. 2009, p. 215).

5 Normas jurídicas em sentido amplo também é utilizada de acordo com Aurora. Em suas palavras normas em sentido amplo são “unidades do sistema do direito positivo, ainda que não expressem uma mensagem deontica completa” (CARVALHO, A. 2009, p. 215).

Sarlet (2019, p. 393) reconhece em seus escritos a importância da história dos direitos fundamentais não só pela evolução que eles tiveram, mas também para a hermenêutica que se deve fazer quando se trata de direito fundamentais. De acordo com o autor, os direitos do homem fazem parte de uma pré-história dos direitos fundamentais, que vai se concretizar no fenômeno da constitucionalização.

Por outro lado, de acordo com Barcelos (2018, p. 212), os direitos fundamentais são aqueles direitos que muitos chamam de direitos naturais do homem, em sua visão eles já seriam direitos adquiridos e apenas foram consagrados/reconhecidos pelo Estado.

No entanto, dizer que os direitos fundamentais são preexistentes não é o melhor vocabulário, pois esse entendimento esbarra numa das questões elementares dos direitos fundamentais trazidos por Sarlet (2019) e Canotilho (1993) no sentido de que os direitos fundamentais são frutos de uma luta histórica, de revoluções, de conquistas alcançadas pelos antepassados. Ou seja, eles não preexistiam pelo contrário foram conquistados. Não se pode ignorar os movimentos que ganharam forças no século XVIII e as revoluções do terceiro estado frente aos governos monárquicos e absolutistas, pois nesses movimentos o embate consistia em uma sociedade progressista que almejava ideais de liberdade frente à estrutura decadente e, que não se sustentava mais, a chamada monarquia. Logo, dizer que os direitos fundamentais eram preexistentes e coube apenas aos Estados consagrarem-nos é ignorar que há um contexto histórico que explicam o seu surgimento e sua fundamentalidade.

Segundo Silva (2014) os “direitos fundamentais do homem” são compostos pelos princípios basilares a um ordenamento. Ainda segundo o doutrinador, os direitos fundamentais são aqueles sem os quais a pessoa não cumpre seus objetivos de vida, não se adapta e talvez nem sequer sobreviva. Tais direitos além de serem reconhecidos e positivados, devem, principalmente, produzir a eficácia que deles se espera. Em suas palavras:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2014, p. 180, grifo do autor)

Sarlet (2019, p. 411 a 413) define os direitos fundamentais como “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados” e chama a atenção para existência (simultânea) de fundamentalidade formal e fundamentalidade material. Formal no sentido de gozarem de supremacia hierárquica sobre os demais

direitos, por fazerem parte das chamadas cláusulas pétreas (art. 60 da CF/88) e por se aplicarem ao direito público e ao direito privado, esse último com as devidas ponderações. E a fundamentalidade material no sentido de seu conteúdo e abrangência mostra-se de grande relevância para determinado Estado, e, conseqüentemente, para a população deste Estado.

Assim os direitos fundamentais, são aqueles que constituem o propósito e os ideais de um Estado, que estão reconhecidos e prescritos em sua maioria na Constituição⁶, visando garantir aos cidadãos direitos sem os quais não se pode ter uma vida com dignidade, com liberdade e igualdade. Tais direitos precisam ser efetivos e eficazes, garantindo a concretude de outros tantos direitos que sejam a eles correlatos. Os direitos fundamentais são a bússola que vai guiar o sistema jurídico como um todo, então é preciso dar-lhes máxima efetividade.

Convém dizer que, embora os direitos fundamentais estejam inter-relacionados com os direitos do homem e com os direitos humanos, não se deve confundir tais expressões e também não há incompatibilidade entre elas. De acordo com os entendimentos de Canotilho (1993) e Mazzuoli (2014) os direitos do homem são tidos como os direitos naturais do homem, os direitos humanos são aqueles que estão positivados no âmbito internacional (nas convenções e acordos internacionais) e por fim os direitos fundamentais são aqueles que estão positivados nas constituições de cada Estado.

No Brasil, os direitos fundamentais foram positivados pela Constituição Federal de 1988. Não é demais salientar que, a constituição de um país significa muito para o seu povo, pois traz em seu bojo uma gama de direitos e deveres que representam a base e valores daquela sociedade. Para a população brasileira há um gosto ainda mais especial dado ao contexto histórico em que a constituição foi promulgada: após 21 anos de ditadura e totalitarismo (tempos obscuros, horrendos e de muito sofrimento para a nação brasileira).

Assim a Carta Magna, como também é chamada, representou grandes avanços. Nota-se um especial cuidado do constituinte para que os direitos fundamentais nela estabelecidos fossem eficazes e efetivos (ou pelo menos não restringíveis). Isto explica o porquê dos direitos e garantias fundamentais serem cláusulas pétreas, garantindo que estes não sejam reduzidos/suprimidos e que as pessoas tenham pelo menos a possibilidade de, sempre que necessário, exercê-los em sua plenitude.

O referido cuidado, não deve ser interpretado como cuidado em demasia, pois todos os direitos fundamentais são resultados de muita luta, de batalhas, de enfretamentos e muito debate para que atualmente se estivesse no estágio em que se encontram. Alguém teve que se sacrificar para que eles

6 Como a própria CF/88 determinou que o rol de direitos e garantias fundamentais é um rol exemplificativo, significa que ela admite a possibilidade de existirem direitos e garantias fundamentais em legislação infraconstitucional ou mesmo legislações internacionais (BRASIL, 1988).

fossem reconhecidos e valorizados. E, atualmente, têm-se grupos de lutas e resistência, que fazem o melhor que podem para que as próximas gerações possam gozar de muitos direitos que são diariamente atacados.

Importante mencionar que nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/88 “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que significa dizer que desde o momento que a CF/88 entrou em vigor, tais normas deveriam produzir seus efeitos. Não se pode esquecer, que mesmo nos casos dos direitos que necessitam de norma integradora (eficácia limitada), quando se tratarem de direitos e garantias fundamentais a aplicabilidade é imediata.

Ainda no intuito de alcançar o melhor entendimento dos direitos fundamentais torna-se relevante para esta pesquisa destacar algumas características dos direitos fundamentais, quais sejam: historicidade; universalidade, relatividade, inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade.

De acordo com Silva (2014), a historicidade nada mais é do que os fatos históricos⁷ enquanto componentes de um certo tempo que influenciaram na criação, desenvolvimento e aprimoramento dos direitos fundamentais, ou seja, o caminho percorrido pelos direitos fundamentais (desde os primórdios até os tempos atuais). Com isso, claramente está refutada a tese jusnaturalista que elenca os direitos fundamentais como aqueles naturais do homem, que desde sempre existiram. Ignorar as questões históricas é uma aberração, principalmente considerando que as arguições dos idealistas e dos realistas (analisadas em conjunto) parecem fazer maior sentido. Para os realistas, os direitos fundamentais são resultados de grandes batalhas logo, há sempre um contexto histórico por trás deles. Nesse sentido, as batalhas surgem de um propósito, portanto, frutos de ideais e objetivos de uma sociedade (tese dos idealistas), que desenvolverá estudos, teses e argumentações a fim de que se reconheçam o seu caráter fundamental. Desta forma, as teses se completam e dão maior relevância à característica histórica dos direitos fundamentais. Segundo Araújo e Nunes Jr. (2001, p. 77), o ponto principal da evolução histórica dos direitos fundamentais é a busca incessante pela dignidade da pessoa humana. Nas suas palavras “a ideia de direitos fundamentais tem um forte sentido de acúmulo histórico de direitos relativos à dignidade humana, que constituíram produto de um quadro evolutivo patrocinado pelos movimentos humanistas que pautaram a história do mundo”.

Por estarem intimamente ligados a dignidade humana, os direitos fundamentais possuem o atributo da universalidade, isto significa dizer que são aplicáveis a todos os seres humanos sem distinção de cor, raça, classe

7 “São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;” (SILVA, J. A. 2014, p. 183).

social ou qualquer outra característica pessoal. O caráter *erga omnes* que lhes são aplicáveis torna inconcebível qualquer ideia separatista. Conforme Ferreira Filho (2012), os direitos fundamentais, dado sua evolução histórica, teria um caráter tão superior que nem mesmo o constituinte dos direitos fundamentais teria a capacidade de alterá-los⁸.

Outra característica que promove relevante discussão é o caráter não absoluto ou também denominado de caráter relativo dos direitos fundamentais. Apesar de toda relevância eles podem ser relativizados a depender da situação, algumas até previstas pelo próprio ordenamento jurídico, como por exemplo: a previsão do art. 5º, inc. XLVII, alínea a – que relativiza o direito a vida com a previsão de morte em caso de guerra declarada. Para Moraes (2014), a limitação dos direitos fundamentais poderá ser encontrada no próprio texto constitucional, dada a existência de inúmeros direitos previsto na carta magna, principalmente levando em consideração que em algum momento estes direitos podem conflitarem entre si⁹. Ainda sobre a relativização dos direitos fundamentais Agra (2018), que prefere usar a expressão direitos humanos, trata da limitação por meio da interferência recíproca¹⁰, pois em alguns momentos um ou mais direitos podem ser alvos de antinomias constitucionais. Ou ainda, pelo fato de poderem ser regulamentados por leis infraconstitucionais. Assim, os direitos fundamentais não são ilimitados uma vez que, se necessário, poderão sofrer limitações trazidas na própria legislação ou em decisões proferidas pelos tribunais. Não obstante, a limitação poderá ser do próprio indivíduo que se propõe a limitar-se voluntariamente em prol de algum objetivo, um exemplo é o limite de liberdade de expressão por cláusulas de sigilo de informações profissionais.

Na obra de Silva (2014), outra atribuição importante elencada aos direitos fundamentais é a inalienabilidade que se caracteriza por serem direitos que não possuem natureza patrimonial dos quais o indivíduo

8 “Sem dúvida, a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia, continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média (FERREIRA FILHO, M. G. 2012, pp. 1282-1283).

9 “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua.” (MORAES, A. D. 2014, pp. 30-31).

10 “Ao contrário do que muitos imaginam, os direitos humanos não são absolutos. Existe a possibilidade de serem regulamentados por leis infraconstitucionais, como também possuem âmbitos de incidência conexos, fatos esses que frequentemente propiciam uma colisão entre eles. Para evitar que a mencionada antinomia normativa se transforme em uma antinomia fática, recorre-se a alguns princípios como o da proporcionalidade ou concordância prática com a finalidade de delimitar a incidência de cada um. Conclui-se que os direitos humanos são relativos em virtude de serem limitados por outras prerrogativas, restringindo-se uns aos outros em uma interferência recíproca.” (AGRA, W. M. 2018, p. 196).

possa deles dispor totalmente. Se o poder constituinte deu a todos direitos fundamentais conclui-se que todos precisam de tais direitos. Portanto, não devem desfazer-se deles, visto que sobre tais direitos não caberá qualquer ato de disposição total dos mesmos, como por exemplo celebrar um contrato que deixe o indivíduo totalmente sem liberdade de expressão. Em razão da autonomia privada, há atos entre particulares (ex.: contratos) que podem limitar o direito fundamental por um período de tempo, mas se restringe ao âmbito desse ato em específico (e isso pode se dar em razão de interesses econômicos). Porém, jamais os atos da vida privada podem substancialmente dispor da totalidade dos direitos fundamentais visto que eles são inalienáveis. Noutras palavras, os direitos fundamentais não suportam imposições que tornem difícil sua aplicação ou inviabilizem sua eficácia, estas imposições não podem ser feitas nem mesmo pelo titular do direito.

Também é característico dos direitos fundamentais a imprescritibilidade, o que significa dizer que independente do lapso temporal entre a sua inserção no mundo jurídico (no ano de 1988) e a sua efetiva utilização, todos os cidadãos poderão exercê-lo. O instituto da prescrição não se aplica aos direitos fundamentais; lembrando que a prescrição é a perda do direito de exigir o cumprimento de alguma prestação. A imprescritibilidade se observa tanto para a exigência da eficácia vertical quanto para a eficácia horizontal.

E, por fim, a irrenunciabilidade, na qual todos são portadores dos direitos fundamentais, todos possuem a faculdade de exercê-lo ou não e, por conseguinte, jamais será permitido atos de renúncia aos direitos fundamentais. Não é possível um cidadão simplesmente dizer que não quer ter o direito a saúde porque esse direito é inerente a ele e isso não o obsta de não o exercer. Portanto, o que se tem é a faculdade jurídica de exercício, e, por outro lado, a vedação à renúncia, porque claramente o não exercício é muito diferente do instituto da renúncia.

Também é importantíssimo destacar a relação dos direitos fundamentais previstos no art. 5º e seu caráter não taxativo, também conhecido pela expressão *numerus apertus*. A própria constituição tratou de declarar que o art. 5º constitui um rol exemplificativo, pois os direitos positivados em seu âmbito não afastam a incidência de outros direitos previstos em outros regimes (como por exemplo, direitos previstos em tratados e acordos internacionais, ou mesmo direitos fundamentais novos que possam surgir ao longo do tempo). Conforme Alexandrino e Paulo (2016), os direitos fundamentais, por possuírem conceitos abertos, fenômeno também conhecido como princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, possibilita que ao longo do tempo sejam inseridos novos direitos. É possível vislumbrar, por exemplo, inserções de novos direitos fundamentais expressos em tratados firmados após o início de vigência da CF/88, tratados dos quais o Brasil

seja signatário.¹¹ Assim, apesar do título II, capítulo I da CF/88 ser bastante extenso, não se pode dizer que os direitos fundamentais são *numerus clausus*, não se trata de uma previsão exaustiva de direitos fundamentais. Apenas para exemplificar, cita-se os direitos processuais que podem estar previstos em outra parte da própria constituição ou em lei infraconstitucional.

2. A COVID-19 E SUAS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Primeiramente, é preciso pontuar a alta transmissibilidade do vírus Covid-19 que se propaga instantaneamente mediante um simples contato. Conforme estudos realizados pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz (2021), sabe-se que a transmissão ocorre mediante secreções contaminadas, como gotículas de saliva, espirro, tosse e catarro. Deve-se evitar o contato pessoal próximo, como o toque ou aperto de mão, e o toque em objetos ou superfícies contaminados, seguido de contato com a boca, o nariz ou os olhos.

Neste cenário, o distanciamento social¹² tornou-se a única medida eficaz para o controle da doença (enquanto isso a ciência corria contra o tempo na busca de um imunizante capaz de induzir a criação de anticorpos que protegessem a vida em casos de contaminações). Buscando dar legalidade às medidas de distanciamento e de isolamento, foi promulgada a Lei nº 13.979/2020 para dispor acerca da importância da quarentena e da restrição das aglomerações adotando métodos de controle de fluxos e limitando a trafegabilidade das pessoas.

Todavia, a legislação mencionada no parágrafo anterior conflita com o direito à liberdade de ir e vir – sendo este um direito fundamental estampado em nossa Constituição Federal. Assim, com a eclosão da pandemia da covid-19 tem-se um cenário perfeito para estudo da ponderação dos direitos fundamentais, uma vez que se têm dois bens constitucionalmente protegidos conflitantes: o direito à vida (nele compreendido o direito à saúde) e a liberdade de ir e vir. A covid-19 trouxe um momento de intensa reflexão acerca da liberdade das quais as pessoas dispõem, ou pensam que dispõem.

11 “Enfim, deve-se entender que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, constituindo eles um conjunto aberto, dinâmico, mutável no tempo. Essa característica dos direitos fundamentais encontra-se expressa no § 2º do art. 5º da CF/1988, nos termos seguintes: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. 2016, p. 97).

12 Conforme a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2020) o termo correto para “a diminuição de interação entre pessoas de uma comunidade para diminuir a velocidade de transmissão do vírus” é o distanciamento social, trata-se de uma estratégia eficaz quando se sabe que há pessoas contaminadas, mas ainda não foi possível determinar quem são essas pessoas para colocá-las em isolamento social. Nesse sentido, o isolamento social “é uma medida que visa separar as pessoas doentes (sintomáticos respiratórios, casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo coronavírus) das não doentes para evitar a propagação do vírus”. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, **Tele Saúde - RS: Posts Coronavírus**. Disponível em: https://www.ufrgs.br/telessauders/posts_coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/. Acesso em: 13 de outubro de 2021.)

O objetivo do artigo não se encontra pautado em explicações científicas e epidemiológicas acerca dos danos causados pelo coronavírus. Entretanto, sob o viés da linguagem jurídica, busca-se – através da pandemia – refletir acerca do equilíbrio entre os direitos fundamentais como forma de garantir a efetiva proteção/promoção dos mesmos. Após quase dois anos de pandemia, presume-se que todos saibam os impactos trazidos pelo coronavírus, mas não é demais relembrar em breve síntese a importância dos direitos fundamentais afetados pela pandemia. Frisa-se a Covid-19 é um problema multidisciplinar, pois não se trata apenas de um problema médico, mas sim de um problema que irradia efeitos nas questões políticas, jurídicas e solidárias.

O principal direito afetado pela pandemia foi direito a vida, que está expressamente garantido em nosso ordenamento, e, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, inc. XLVII, alínea a), não há outras formas de relativização deste direito. O constituinte foi categórico ao prever a única hipótese de relatividade do direito à vida e o fez porque a vida é o bem maior. Somente com a proteção da vida é que se pode cogitar a proteção dos demais direitos fundamentais. Como bem explicitado por Mendes e Branco (2020, p.337) “Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais”. Neste contexto a preservação do direito à vida é inquestionável.

Outro direito fundamental impactado pela pandemia é o direito fundamental à liberdade de ir e vir, que se revela como um dos principais direitos da sociedade contemporânea. Assim sendo, a liberdade de locomoção não pode ser restrita sob pena de afronta ao art. 93, IX, CF/88. Não há dúvidas sobre a fundamentabilidade do direito de ir e vir, todavia, diante da situação emergencial imposta pela covid-19 – cuja disseminação do vírus aumentava a cada dia – o sistema de saúde colapsou e muitas vidas foram perdidas em razão da ausência de leitos que pudessem lhe garantir o direito básico: a vida. Diante dessa situação pandêmica, o direito de ir e vir precisou ser flexibilizado e ganhou novas roupagens interpretativas em prol do bem estar da coletividade.

Uma reflexão muito frequente no seio da pandemia de covid-19 é sobre como resolver os conflitos entre os direitos fundamentais. Algum direito fundamental sobrepõe ao outro? É possível ponderar entre os direitos fundamentais e, numa situação jurídica concreta, verificar qual direito prevalece perante o outro? O judiciário brasileiro, tão abarrotado de processos, conseguiria dar essa resposta em tempo razoável? É preciso partir do pressuposto de que não há concorrência entre os direitos fundamentais e que tanto o direito à vida quanto o direito à liberdade de ir e vir são garantias necessárias à sobrevivência. Entretanto, a pandemia mostrou que o sucesso

da proteção da humanidade frente a esse inimigo comum (o vírus) depende de um esforço coletivo, ou seja, a garantia de proteção da humanidade não pode ser tolhida ou prejudicada pelo exercício das liberdades individuais (porque tais atitudes revelam-se de um egoísmo sem precedentes).

O coronavírus provocou reflexões antes ignoradas no âmbito da maioria das ciências e antecipou algumas discussões que possivelmente aconteceria no futuro. A necessidade do distanciamento social fez com que a população evitasse todos os tipos de aglomerações (dos encontros familiares aos grandes eventos). Houve restrição do direito aos encontros coletivos e atingiu, com força máxima, todas as formas de socialização até então conhecidas e comumente utilizadas. Acelerou-se a necessidade de atitudes coletivas em prol de um objetivo comum¹³, no caso da pandemia a higienização dos locais individuais e coletivos tornou-se obrigatória para que se atingisse o objetivo de cessar a contaminação.

A pandemia veio carregada de sentimentos negativos, frustrantes e desesperadores, mas oportunizou a reflexão, como sintetiza Cueto (2019, p.02). Em um mundo onde diferentes escândalos competem para ocupar os meios de comunicação de massa, as enfermidades epidêmicas são uma ocasião para que a saúde pública, os cientistas e os historiadores da saúde reivindicuem em voz alta a importância de seus trabalhos. Para demonstrarem a importância da prevenção frente às enfermidades endêmicas que podem ser prevenidas e que seguem flagelando a sociedade; para desmascarar a letalidade do negacionismo científico e para a defesa solidariedade.

Diante da síntese das explicações ora apresentadas, o que está em questão: O direito a vida e a proteção da coletividade ou a garantia do direito de ir e vir? Uma discussão sobre a individualidade do direito de locomoção e a solidariedade para garantir a proteção da coletividade. Parece que o direito à vida e proteção de toda coletividade merece uma atenção especial. Isso não significa que o direito de ir e vir é menos importante ou uma garantia fundamental com menos força. Ocorre que o direito enquanto ferramenta reguladora das condutas humanas precisa estar atento ao contexto que o cerca, e, no momento de ápice pandêmico em que vidas foram perdidas, as liberdades individuais precisaram ser restringidas em prol de um bem maior. Em outro momento, quando houve ampla cobertura vacinal e foi seguro para a coletividade as restrições foram flexibilizadas (para alívio de muitos). É importantíssimo perceber esse movimento de adaptabilidade que os direitos fundamentais têm frente às diversas situações, deste modo os direitos fundamentais são sempre atuais e permitem cada vez mais que a sociedade evolua e busque sempre estar em harmonia.

13 O debate sobre a fraternidade e a solidariedade existe desde a Revolução Francesa, foi impulsionado pelas atrocidades da Segunda Guerra Mundial, porém a pandemia de covid-19 elevou essa discussão ao nível global. Na sociedade contemporânea globalizada o sucesso do controle da pandemia depende do trabalho conjunto das nações para que se controle a transmissão do vírus e o surgimento de novas variantes.

E, durante a pandemia de covid-19, foi possível refletir sobre o fundamento que permeia os direitos e os deveres fundamentais. São eles que sustentam a teoria de limites recíprocos entre os direitos fundamentais (tema abordado no próximo tópico), e dentre os deveres fundamentais é importante destacar o dever de solidariedade. Essa temática não é nova no mundo jurídico e estava presente nos debates sobre as questões ambientais, porém com o advento da pandemia foi possível perceber o quanto a sociedade precisa desse ideal para atingir certas metas – principalmente porque a sociedade contemporânea é globalizada, o que significa que as ações dos países não trazem apenas reflexos internos, mas também reflexos de ordem externa. Num contexto pandêmico, não é possível obter sucesso no objetivo comum de frear a pandemia se algumas cidades promovem o distanciamento e outras não, porque tais atitudes facilitam o surgimento de novas cepas que podem ser difundidas facilmente dentro do país. Então é necessário um esforço conjunto e simultâneo das pessoas, de manter o distanciamento, de tomar todos os cuidados de higiene, de se vacinarem quando for sua vez para que se tenha controle da pandemia e se possa flexibilizar as liberdades individuais que foram restringidas.

De acordo com Mendonça (2018, p. 93), o catálogo de direitos fundamentais também traz consigo, ainda que de maneira implícita, os deveres fundamentais afinal entre eles há uma relação simbiótica (interferências recíprocas) e para todo direito naturalmente existe um dever, que pode ser de responsabilidade do Estado ou da coletividade. E, não há como falar apenas em direitos sem falar nos deveres, pois segundo Mendonça (2018, p. 95) “ao Estado não caberia apenas deveres, nem mesmo aos cidadãos seriam viabilizados apenas direitos”. Nesse sentido, não se ignora a relevância da liberdade de ir e vir, todavia, no contexto pandêmico, tal liberdade deve ser exercida com a máxima cautela, zelo e com muita responsabilidade social. O exercício inconsequente da sua liberdade de ir e vir pode resultar na perda da vida de outrem. É preciso ter ciência da responsabilidade que a população tem no combate à pandemia (que não vai acabar amanhã, os cuidados devem permanecer, mesmo após a vacinação).

O dever fundamental de solidariedade, segundo Mendonça (2018, p. 101) é decorrente da vida em sociedade, pois o homem não é um ser isolado. E essa convivência em comunidade possibilita a desenvoltura de sentimentos como a empatia que faz com que surja o entendimento de que os homens são semelhantes entre si. Ainda de acordo com Mendonça (2018, p. 101) o sentimento de empatia é que impulsiona o espírito de colaboração e cooperação para com os seus semelhantes e faz com que as pessoas saiam da posição passiva e assumam atitudes de responsabilidade fundamentadas na solidariedade. E, é baseado na solidariedade, na empatia, no sentimento coletivo ou qualquer outra nomenclatura que se queira usar, que será possível

passar por momentos tão difíceis. É compreender que suas atitudes, se estiverem em conformidade com a ciência podem salvar vidas, mas por outro lado se estiverem em desacordo podem destruir vidas (e não só daquele que se foi, mas também dos que ficaram e tem que conviver com a perda precoce de um ente querido).

Assim, é imprescindível ter conhecimento da “medida de responsabilidade geral em evitar causar danos aos outros, de modo a serem as práticas e convenções sociais os instrumentos delineadores dessa responsabilidade” (Mendonça, 2018, p. 102). Conforme Mendonça (2018, p. 104) “o senso de responsabilidade social, concebido a partir do ato de reconhecer-se no outro, conduz o indivíduo a manter sua conduta pautada no compromisso comunitário, que está ligado às obrigações recíprocas”. É fazer o correto mesmo que não tenha lei te obrigando, é se vacinar mesmo que não te exija o passaporte de vacinas, porque seu comprometimento é com a sociedade objetivando alcançar o fim comum: vencer a pandemia (preservando a vida e a saúde) e poder desfrutar do direito fundamental de ir e vir (e de outras liberdades individuais que porventura tenham sido restringidas).

3. A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DURANTE A PÂNDEMIA

Sobre o conflito entre direitos fundamentais é oportuno primeiramente destacar que eles surgem decorrente da eficácia imediata e simultânea de vários direitos fundamentais. Eficácia é a capacidade de produção dos efeitos previstos na norma. Uma forma didática de entender o plano da eficácia dos direitos fundamentais é utilizar-se dos ensinamentos de Pontes de Miranda para fazer um paralelo dos planos do negócio jurídico com os planos das normas fundamentais. Uma norma sobre direito fundamental é válida quando cumpre os requisitos de validade formal e material previstos na constituição – ou seja, respeitou o processo legislativo, bem como o conteúdo material dos direitos fundamentais existentes. A norma sobre direitos fundamentais é vigente (tem força para vincular as condutas humanas) quando ela ultrapassa o período de *vacatio legis* (no caso de lei infraconstitucional que não tenha estabelecido prazo diverso) ou *vacatio constitutionis* (quando a previsão for constitucional e o legislador estabelecer prazo para entrada em vigor, já que a regra é eficácia imediata). E o terceiro plano da escada ponteana trata sobre a eficácia, que é a produção dos resultados previstos na CF/88, lei ou tratados, ou seja, o direito fundamental previsto em dispositivo vigente deverá gerar os efeitos que dele se espera. No caso dos direitos fundamentais a eficácia pode ser horizontal (entre particulares) ou vertical (em relações com o Estado). Conforme Silva (2014, p. 56) “Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos”.

Ocorre que, a violação dos direitos fundamentais, em tempos de pandemia, demonstrou o quanto ponderação é importante para a sociedade atingir os objetivos coletivos que almeja (principalmente baseado no fundamento da solidariedade entre as gerações). A pandemia evidenciou os conflitos entre direitos fundamentais e o quanto é importante que exista limitações recíprocas entre eles. A solidariedade e a empatia exigidas pela pandemia fazem com que a ponderação dos direitos fundamentais se tornasse muito mais relevantes do que era no passado.

Os governos do mundo todo têm tomado medidas para equilibrar os direitos fundamentais, um exemplo dessas medidas é o chamado passaporte da vacina cujo objetivo é evitar que pessoas que optaram por não se imunizar coloque em risco a vida de outras pessoas. Tal medida demonstra claramente a relevância da ponderação no contexto de pandemia, pois todos têm direito fundamental de ir e vir. Todavia, considerando as circunstâncias da covid-19 e, sendo comprovado pela ciência que a vacina é a única forma de amenizar os efeitos adversos da doença, aquele que escolhe não se vacinar poderá ter seu direito de ir e vir limitado (afinal os direitos fundamentais não são absolutos e podem ter interferências recíprocas). Ou seja, os administradores públicos estão restringindo a circulação dessas pessoas em pontos turísticos, locais fechados e etc. para não colocar em risco o restante da população. Isso faz com que as pessoas, ainda que obrigadas, respeitam os direitos fundamentais de seus semelhantes.

Ainda sobre os direitos fundamentais, conforme Sarlet (2012, p. 316):

Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental.

Nesse sentido, se durante a pandemia o direito fundamental à vida está conflitando com a liberdade de ir e vir (considerando que está comprovado pelas ciências médicas que a vacina é o único antídoto eficaz para o vírus da covid-19) não pode o legislador editar normas que não observem o devido processo legislativo (sentido formal), bem como as que flexibilizem o uso das medidas de prevenção (máscara, álcool em gel e etc.) ou mesmo permitir a entrada de pessoas não vacinadas em locais fechados sem a observância dos estudos científicos e análise dos números da doença (sentido material), pois ao fazer isso estaria o Estado negligenciado o seu dever de proteção e sua obrigação de promoção do direito fundamental à vida e à saúde. Seria uma medida desproporcional ao contexto histórico na qual está sendo aplicada.

Outra razão para o debate sobre a ponderação de direitos fundamentais está nos tipos de eficácias que estes direitos em regra produzem. Os direitos fundamentais geram eficácia vertical (produzida na relação Estado-Cidadão) e também produz eficácia horizontal (gerada no âmbito particular nas relações Cidadão-Cidadão). Ou seja, em ambas as relações de aplicam os direitos fundamentais de modo que em qualquer uma delas podem gera conflitos entre direitos fundamentais.

Atualmente há um contraponto entre a eficácia horizontal e o princípio da autonomia privada, debate este que foi acirrado durante a pandemia. Mesmo antes do momento pandêmico, já existia uma preocupação da doutrina sobre qual seria o limite da incidência dessa eficácia nas relações entre particulares para não aniquilar o princípio da autonomia privada (nele incluídos a opção de se vacinar ou não). No Brasil o professor Wilson Steinmetz dedicou-se a escrever uma obra intitulada *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais* em que ele enfrenta exatamente esse dilema entre a autonomia privada (liberdades individuais) e os direitos fundamentais de outros particulares.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas é fruto de uma interpretação vanguardista que tem ganhado força no Brasil. Segundo Agra (2018, p. 200), a discussão sobre a eficácia horizontal começou a ser internalizada por uma decisão do Tribunal Federal Alemão em que fora decidido que para os direitos fundamentais afetarem as relações privadas era necessário um aval do legislador (famoso caso Lüth). Esta abertura foi considerada um avanço, pois antes desta decisão as contendas entre particulares só poderiam ser resolvidas com base no direito privado, e após a decisão ao menos cogitava-se a utilização dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Sarlet (2012), em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais” sustenta que essa discussão sobre a eficácia horizontal, para muitos doutrinadores, tem suas raízes na questão da interpretação sistêmica dos direitos fundamentais e os princípios básicos do direito privado. Corolário às discussões de vários doutrinadores e juristas, eis que se têm o surgimento de três teorias que buscam explicitar melhor a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo elas: teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, e teoria da ineficácia horizontal.

Na teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, que teve como precursores Nipperdey e Leisner, os direitos fundamentais vinculavam o Estado, o que não impedia que eles fossem suscitados pelos particulares a qualquer tempo. Não obstante a permissão para que particulares o invocassem, isso seria feito sem a interferência do legislativo, afinal eles gozam de eficácia *erga omnes*. Tal teoria tem fulcro no princípio da unidade da ordem jurídica, de que o ordenamento deverá ser interpretado como um sistema, em que as leis estejam em perfeita harmonia. Por isso, o direito privado não pode ser considerado um paralelo à constituição, e sim como diplomas que fazem

parte de um sistema jurídico. Assim conforme dito anteriormente, volta-se à teoria da ponderação de Alexy, para que possa solucionar os conflitos sem menosprezar nenhum direito fundamental. Isso será possível mediante uma interpretação harmônica, sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Para Steinmetz (2004) a teoria da eficácia imediata é a melhor solução para embates entre bens constitucionalmente protegidos, como no caso do direito à vida, à saúde e à liberdade (de ir e vir) presentes no art. 5º da CF/88, pois em se tratando de um conflito constitucional (entre direitos fundamentais) deve ser resolvido com as ferramentas constitucionais. Conforme Steinmetz (2004) a Teoria dos princípios de Alexy é ideal para tentar solucionar esse embate que tem se intensificado no âmbito das relações privadas, principalmente no atual contexto pandêmico de flexibilização das regras de distanciamento social. Assim deve analisar entre os direitos fundamentais conflitantes tendo como norteador o princípio da proporcionalidade.

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas também vem da Alemanha, defendida por Günter Dürig. Tal teoria diz que os direitos fundamentais poderão incidir sobre as relações privadas, todavia essa incidência se dará por meio das famosas cláusulas gerais, ou seja haverá uma mediação legislativa. Assim, o direito privado por meio das aberturas deixadas pelas cláusulas gerais, fariam a delimitação daquilo que é direito fundamental e se estes se aplicam aos particulares. Conforme Sarlet (2012), esse movimento pode ser comparado ao movimento de recepção ou não dos direitos fundamentais pelo direito privado.

A teoria da eficácia indireta se revela frágil por dois fatores: a) primeiro porque a interpretação harmônica e sistêmica dos direitos fundamentais trazida pela eficácia direta engloba o uso das cláusulas gerais, então não teria uma inovação; e b) segundo porque quanto questão da recepção ou não dos direitos fundamentais é perceptível que não há qualquer sentido, pois se os direitos fundamentais estão na constituição, que é hierarquicamente superior, aquilo que estiver nas normas inferiores que não for compatível com a Constituição Federal de 1988, foi tacitamente revogado. Logo, se há essa vinculação do direito privado ao direito constitucional, ao aplicar o direito privado teoricamente estar-se-ia aplicando a constituição, porque aquele não tem força para afastar a incidência deste.

Por fim, a teoria da ineficácia horizontal, que também é oriunda da Alemanha, vem apenas contradizer aquilo que as duas teorias anteriores apresentam. Parece mais um inconformismo com as novas tendências jurídicas. Tal teoria aponta que os direitos fundamentais são exclusivos e tão somente servem para serem direitos de defesa contra as ingerências do Estado.

Segundo Kloster (2019) tal premissa não teve muita importância visto que, o próprio tribunal alemão, passou a reconhecer em suas decisões a nova tendência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo

que alguns doutrinadores nem cogitam escrever sobre ela, porque entendem que a discussão gira em torno da eficácia ser imediata ou não, sabem que há uma eficácia horizontal, apenas divergem sobre o modo como ela será feita.

Não se pode deixar de lado as lições de Sarlet (2012), que ao decorrer de seus escritos, sempre deixa claro que apesar da relevância do direito comparado - que enriquece e muito o debate - sobre as eficácias, é preciso estar bastante atento aos limites textuais e as particularidades de cada constituição, e nunca perder de vista o fundamento de validade de qualquer interpretação que se faça, seja ela sistêmica ou não.¹⁴

De acordo com Salert (2012) e com Steinmetz (2004) a teoria adotada no Brasil é a da eficácia direta, pois os direitos fundamentais são direitos *prima facie*. Todavia ambos, alertam sobre a relatividade desta premissa, pois a questão das eficácias deve ser entendida como “mandados de otimização”, cuja observância da proporcionalidade no caso concreto faz-se necessária, uma vez que não está diante de uma batalha do “tudo ou nada”.

Chama-se a atenção para a leitura feita por Sarlet (2012) sobre o fato da doutrina brasileira não se fazer tão preocupada com a dicotomia de eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais. Primeiramente porque a constituição diz que os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, e segundo que a observância aos direitos fundamentais se trata de uma interpretação sistêmica, buscando consonância com a constituição e mais procurando dar efetividade aos direitos fundamentais, assim não há que se falar em demasia ou insuficiência desses direitos.

Ao adotar a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas pode-se fazê-la recorrendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, buscando sempre uma ponderação entre os direitos fundamentais violados. Além disso, se evitará uma exegese baseada na literalidade de modo a alcançar a máxima efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Por todo arcabouço apresentado nesta pesquisa este parece ser o melhor caminho.

4. TEORIA APLICADA AO CASO CONCRETO

Ante o debate proposto sobre a ponderação entre o direito à saúde e a liberdade de locomoção, faz-se necessário abordar questões de ordem prática ocorridas antes e durante o contexto pandêmico, para vislumbrar melhor a aplicação de tais ensinamentos, e como a pandemia influenciou os tribunais na interpretação da eficácia dos direitos fundamentais.

14 “Importante é, considerando apenas os exemplos citados, que as peculiaridades de cada ordem constitucional concreta e os seus respectivos limites textuais sejam suficientemente considerados para efeitos também do debate ora travado, que não pode dispensar um olhar sobre o direito comparado.” (SARLET, I. W. 2012).

Uma das mais famosas decisões, antes do contexto pandêmico, e que não poderia ficar fora de análise é o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 201.819-8¹⁵ que reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, abordando sua incidência nas relações privadas.

O recurso extraordinário versava sobre exclusão de sócio da União Brasileira dos Compositores, sem o devido respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Logo de início, os eméritos julgadores refutaram a aplicabilidade da eficácia horizontal apenas nas relações entre o poder público e o particular. Rechaçada tal posição, ainda foram brilhantes em confirmar que, além da existência de eficácia vertical os direitos fundamentais também gozam de eficácia horizontal.

Vejam importante trecho do julgado:

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

O trecho transcrito ilustra bem toda pesquisa realizada, e todas as teses demonstradas, principalmente a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares. Inclusive reforça que

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I- Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II- Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III- Sociedade civil sem fins lucrativos. entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. atividade de caráter público. exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. [...] A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV- Recurso extraordinário desprovido. Acórdão em Recurso Extraordinário n. 201.819-8 R], Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DJ: 11/10/2005, Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736142/recurso-extraordinario-re-201819-rj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 mai. 2019.

tal eficácia não reduz o princípio da autonomia privada. A verdade é, que a autonomia privada não pode ser exercida a bel prazer, a ponto de trazer prejuízos a outrem. Nesse sentido a mesma constituição que lhe considera um bem constitucionalmente protegido também lhe apresenta limites para seu exercício. Deste modo não há que se pensar em sobreposição entre bens constitucionalmente protegidos, mas sim na convivência harmônica entre eles.

Já durante o contexto pandêmico o Supremo Tribunal Federal foi chamado a resolver a questão da vacinação compulsória (trazida na Lei nº 13.979/2020), a adoção de medidas que indiretamente levasse a população a se vacinar (o chamado passaporte de vacinas) e a intangibilidade do corpo humano. A ação direta de inconstitucionalidade nº 6.587¹⁶ se encaixa perfeitamente na presente pesquisa, porque a controvérsia gira em torno da restrição da liberdade individual e a proteção da coletividade, entre o direito à saúde da coletividade e autonomia privada em recusar-se a vacinar. Em resumo a contenda sobre a restrição do direito à liberdade de ir e vir das pessoas que optaram por não se imunizar no que diz respeito a frequentar certos locais em prol do benefício de toda coletividade. O relator da ADI, ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto diz que:

Como se constata, a obrigatoriedade da vacinação, mencionada nos textos normativos supra, não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meios de sanções indiretas, consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais. (STF, 2020, p. 15, grifo do autor)

Em outro ponto o ministro relator destaca que:

Alcançar a imunidade de rebanho mostra-se deveras relevante, sobretudo para pessoas que, por razões de saúde, não podem ser imunizadas, dentre estas as crianças que ainda não atingiram a idade própria ou indivíduos

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: Ações diretas de inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a covid-19 prevista na lei 13.979/2020. Pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis. Direito social à saúde. Proibição de vacinação forçada. Exigência de prévio consentimento informado do usuário. Intangibilidade do corpo humano. Prevalência do princípio da dignidade humana. Inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança, propriedade, intimidade e vida privada. Vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante. Compulsoriedade da imunização a ser alcançada mediante restrições indiretas. Necessidade de observância de evidências científicas e análises de informações estratégicas. Exigência de comprovação da segurança e eficácia das vacinas. Limites à obrigatoriedade da imunização consistentes na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais.[...] V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

cujo sistema imunológico não responde bem às vacinas. Por isso, *a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas*, acreditando que, ainda assim, serão beneficiárias da imunidade de rebanho. (STF, 2020, p. 17, Grifo do autor)

Por fim, cabe destacar que na decisão o Ministro Lewandowski reconheceu que a solidariedade constitui objetivo fundamental previsto da CF/88, e, é por essa razão que a autonomia privada não pode sobrepor ao direito à saúde dos brasileiros. De acordo com o ministro:

Aqui, vale rememorar que, *dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, listados art. 3º da Constituição, *sobressai o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos*. Essa é a razão pela qual se admite que o Estado, atendidos os pressupostos de segurança e eficácia das vacinas restrinja a autonomia individual das pessoas com o fito de cumprir o dever de dar concreção ao direito social à saúde, previsto no art. 196 da Lei Maior, fazendo-o por meio de “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”. (STF, 2020, p. 18, grifo do autor)

Por fim, ficou constatado que os direitos fundamentais produzem eficácia imediata. E tal eficácia foi evidenciada durante a pandemia na qual foi possível perceber vários exemplos de irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas mais variadas relações particulares. Os tribunais não falharam em seu dever de trazer segurança jurídica à população, que já sofreu demais em decorrência do vírus da covid-19, com o vírus da propagação das *fake news* e do negacionismo, e quer harmonia e paz para galgar os objetivos de sociedade justa e solidária conforme previsto na Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

No que tange ao estudo realizado, inicialmente procurou-se demonstrar o conceito dos direitos fundamentais, sua inter-relação com outros conceitos, mais precisamente os direitos humanos e os direitos do homem, de modo a clarificar que apesar dos conceitos estarem relacionados não devem ser utilizados como sinônimos, pois cada um tem seu significado no mundo jurídico. Após a definição do que são direitos fundamentais, passou-se ao breve contexto histórico em que foram criados e qual a importância do olhar histórico para os direitos fundamentais. Ratifica-se a importância de ver os direitos fundamentais como oriundos de lutas e conquistas, pois essa análise

de linha do tempo permite compreender porque tais direitos atualmente são considerados direitos fundamentais.

Mais adiante, dedicou-se a análise do contexto de pandemia da covid-19 e suas implicações na sociedade contemporânea e globalizada. Além disso, pesquisou-se a celeuma sobre o direito fundamental à saúde e o direito de ir e vir, concluindo que no contexto pandêmico o primeiro prevaleceu sobre o segundo. Posteriormente, constatou-se a legalidade e a constitucionalidade das medidas de restrições impostas mediante o dever fundamental da solidariedade.

Sabendo da importância dos direitos fundamentais e de suas respectivas interferências entre si, entendeu-se que, além Teoria da Ponderação entre direitos fundamentais, a Teoria da Eficácia Horizontal também pode ser um caminho para a adoção da razoabilidade e da proporcionalidade nos conflitos entre bens fundamentais. Para isso, foram analisadas as teorias sobre a medida da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse tópico abordou a teoria da eficácia horizontal mediata, imediata e ineficácia dos direitos fundamentais todas elas advindas do direito alemão e que têm sido consagradas na jurisprudência brasileira.

O estudo permitiu concluir que em ambas teorias o resultado final é semelhante, qual seja: a interpretação e resolução de tais conflitos devem ser com base na ponderação dos direitos fundamentais conflitantes como aconteceu frequentemente na pandemia da covid-19. E conforme visto no tópico de “5 Teoria aplicada ao caso concreto” o Supremo Tribunal Federal, no seu papel do julgador tendo ponderado com responsabilidade, ou seja, os ministros não tem adotado o simples afastamento de um direito fundamental para aplicação de outro direito fundamental sem elucidar os critérios utilizados para a ponderação, de modo a não deixar dúvidas porque um direito fundamental deve (numa situação jurídica concreta) prevalecer sobre o outro, como é o caso do direito à saúde coletiva prevalecendo sobre a autonomia privada (liberdade de locomoção).

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado*. 15ª ed. São Paulo: Método, 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Ana Maria Muniz dos Santos Rocha
Bruno Marques Ribeiro
Lilian Mara Silva

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. 52ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 12 out. 2021

_____. *Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 12 out. 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Editora Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CUETO, Marcos. *O Covid-19 e as epidemias da globalização*. Disponível em: encurtador.com.br/mzGL3. Acesso em 12 out. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Como o coronavírus é transmitido*. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/como-o-coronavirus-e-transmitido>. Acesso em 12 out. 2021.

KLOSTER, Ângelo Márcio. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Brasília: AGU. Mar. 2010. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630>. Acesso em: 13 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDONÇA, Suzana Ma. Fernandes. Deveres fundamentais de solidariedade. *Revista de Derecho*. 2da época, Ano 14, n. 18, Montevidéu, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Data de acesso 28 jul. 2019

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Supremo Tribunal Federal - HC: 71373-4 RS, Relator: Marco Aurélio, DJ: 10/11/1994, STF, 1994 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2021.

Supremo Tribunal Federal – ADI nº 6.587 DF, Relator: Ricardo Lewandowski, DJ: 17/12/2020, STF, 2020. Disponível em: encurtador.com.br/dvGO9. Acesso em: 13 out. 2021.