

A TEORIA DO SOPESAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO CONTRA OS IMPACTOS SOCIAIS DA COVID-19 NO BRASIL

Caio Augusto Souza Lara¹

Victoria Magnavacca Coelho²

Wilson de Freitas Monteiro³

Resumo

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde decretou o estado de pandemia da COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus. A partir de então, o Brasil, enquanto sociedade e Estado, se deparou com a necessidade de reavaliação da estrutura social em seus diversos aspectos. Nesse contexto, o presente artigo trata da colisão dos direitos fundamentais em tempos de pandemia sob a ótica da teoria do sopesamento de Robert Alexy. O estudo se desenvolve com foco interdisciplinar, que abarca desdobramentos atuais do direito constitucional, da hermenêutica e da filosofia jurídica. Utiliza-se a metodológica jurídico-sociológica e a investigação jurídico-exploratória. Demonstra-se que a teoria do sopesamento deve ser observada pelos agentes públicos no atual contexto sob a ótica da moral kantiana da dignidade humana, isto é, da não redução da vida humana a instrumento, com base na proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição dos direitos fundamentais.

Palavras-chave

COVID-19; Direitos Fundamentais; Teoria do Sopesamento.

Recebido em: 18/04/2020

Aprovado em: 15/06/2020

¹Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. E-mail: caiolarabh@yahoo.com.br.

² Pós-Graduanda em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pelo Programa de Pós-Graduação lato sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: victoriarmagnavacca@hotmail.com

³ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: wilsonfmonteiro@hotmail.com.

WEIGHT FORMULA FOR WIGHING AND BALANCING IN PANDEMIC TIMES: ANALYSIS OF THE PLAN OF ACTION OF THE PUBLIC POWER AGAINST THE SOCIAL IMPACTS OF COVID-19 IN BRAZIL

Abstract

On March 11, 2020, the World Health Organization declared the pandemic state of COVID-19, the disease caused by the new coronavirus. From then on, Brazil, as a society and as a State, faced the need to reassess the social structure in its various aspects. In this context, this article deals with the collision of fundamental rights in times of pandemic from the perspective of Robert Alexy's weighing theory. The study was developed with an interdisciplinary focus, which encompasses current developments in constitutional law, hermeneutics and philosophy of law. Legal-sociological methodologies and legal-exploratory research are used. In the end, it is observed that the weighing theory must be observed by public agents in the current context from the perspective of Kantian morality of human dignity, that is, the non-reduction of human life to an instrument, based on proportionality, adequacy and need the restriction of fundamental rights.

Keywords

COVID-19; Fundamental Rights; Weight Formula for Weighing and Balancing.

1. INTRODUÇÃO

No início de 2020, a estrutura social do planeta teve suas bases afetadas, quando foi identificada uma pandemia em decorrência de uma variação do coronavírus. As doenças provocadas por tal vírus causam infecções respiratórias em seres humanos e em animais, geralmente brandas e moderadas, com sintomas parecidos aos de um resfriado comum. O novo coronavírus, por sua vez, é uma nova cepa do vírus que se apresentou de maneira mais letal aos seres humanos, sendo mapeado pela primeira vez na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China (FIOCRUZ, 2020), quando, em 31 de dezembro de 2019, foi registrado o primeiro de muitos relatos de uma misteriosa pneumonia.

A partir do início de fevereiro, a Organização Mundial da Saúde - OMS passou a se referir oficialmente à doença causada pelo novo coronavírus como COVID-19. A sigla COVID significa CORona VIRus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto o número “19” faz referência ao ano de 2019, quando os primeiros casos foram detectados (FIOCRUZ, 2020).

A contaminação em escala global começou em janeiro de 2020, quando os primeiros casos foram detectados nos Estados Unidos e na Europa. Posteriormente, a doença atingiu os outros continentes e o número de óbitos vem crescendo exponencialmente. Dessa forma, o diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, anunciou em 11 de março de 2020, que, a partir daquele momento, a COVID-19 se caracterizava como uma pandemia (OPAS, 2020).

Os dados mais atuais da OMS confirmam 6.416.828 (seis milhões quatrocentos e dezesseis mil oitocentos e vinte e oito) casos de COVID-19 - 129.281 (cento e vinte e nove mil duzentos e oitenta e um) novos em relação ao dia anterior - e 382.867 (trezentas e oitenta e dois mil oitocentos e sessenta e sete) mortes - 4.842 (quatro mil oitocentas e quarenta e duas) novas em relação ao dia anterior - até 15 de abril de 2020 (OPAS, 2020). Esta foi a primeira vez em que um número tão expressivo de pessoas contaminadas foi marcado desde a decretação da pandemia (WHO, 2020).

No Brasil, por meio do Ministério da Saúde, foram confirmados 691.758 (seiscentos mil novecentos e um mil setecentos e cinquenta e oito) contaminados e de 36.455 (trinta e seis mil quatrocentos e cinquenta e cinco) mortes, até o dia 08 de junho de 2020, sendo declarado que há transmissão comunitária da COVID-19 em todo o território nacional (OPAS, 2020).

A partir de então, os governos e entidades mundiais se viram em um cenário que clamava pela adoção de políticas públicas que viabilizassem a limitação da proliferação do vírus. Nesse contexto, uma resposta controversa surgiu: o isolamento social. Quanto menos contato as pessoas tiverem com outras pessoas e com o ambiente externo não esterilizado, menos expostas ao vírus estarão. A medida já foi adotada por diversos países e estima-se que grande parte da população mundial está ou já esteve em isolamento. No entanto, tal panorama não se reflete, necessariamente, no Brasil.

O Governo Federal se negou a adotar o isolamento enquanto estratégia nacional de combate à doença, argumentando que poderá causar um colapso econômico não suportável pela população e pelo Estado, gerando miséria, fome e demais problemas decorrentes de uma crise econômica. Na contramão dessa atuação, diversos governos municipais e estaduais decretaram o isolamento social compulsório determinando que sua população não saia de casa sem necessidade.

Vinte e três estados brasileiros determinaram medidas de isolamento social, alguns outros, como Minas Gerais e Rio de Janeiro, já consideraram a abertura gradativa do comércio e da volta as aulas presenciais na rede pública de ensino (CAETANO; ROXO, 2020).

Assim, as estratégias traçadas pelo Poder Público para combater a pandemia colocaram em debate uma imperiosa e delicada abordagem acerca dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o presente trabalho presta-se a analisar os conflitos de direito fundamentais em tempos de pandemia da COVID-19 sob a ótica da teoria do sopesamento de direitos fundamentais de Robert Alexy.

Nessa toada, tem-se, portanto, uma ameaça biológica que vem causando grande número de mortes mundialmente e gerando incertezas do futuro. Diante

disso, o problema fundamental da presente pesquisa é: como devem ser analisados os direitos fundamentais, diante do contexto extraordinário estabelecido pela COVID-19 no país?

O objetivo geral do trabalho de investigação proposto é: analisar o impacto da pandemia do COVID-19 sob a ótica dos direitos fundamentais, buscando instrumentos que possam direcionar a atuação do Poder Público na proteção de suas populações. São objetivos específicos do trabalho: analisar os aspectos conceituais, características e dimensões dos direitos fundamentais; analisar a teoria de sopesamento de direitos fundamentais de Robert Alexy enquanto instrumento de baliza para a atuação do Poder Público em tempos de pandemia; relacionar os direitos fundamentais e suas restrições em tempos de pandemia à teoria de Alexy.

Como marco teórico, adota-se o pensamento de Robert Alexy (2008), renomado hermenauta alemão que compreende a existência de uma miríade de efeitos decorrentes da ponderação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o estudo se desenvolve a partir da abordagem fundamentalmente zetética do Direito, com foco eminentemente interdisciplinar, abarcando os modernos desdobramentos do direito constitucional, hermenêutica e filosofia jurídica (GUSTIN; DIAS, 2015). Ademais, a pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin e Dias (2015), o tipo jurídico-projetivo, ressaltando a evolução dos conceitos jurídicos relacionados ao tema.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E DIMENSÕES

Por direitos fundamentais entende-se “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (SILVA, 2005, p. 179). Assim sendo, os direitos fundamentais, são os direitos que representam as liberdades públicas, atinentes

ao ser humano, reconhecidos quando positivados no espectro do direito constitucional de um determinado Estado.

De acordo com José Afonso da Silva, os direitos fundamentais: “são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular” (SILVA, 2005, p. 180).

Quanto às suas características, os direitos fundamentais se desenvolveram à sombra das concepções jusnaturalistas, que têm por origem a tese afirmadora de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis. No entanto, em expurgo à conotação jusnaturalista, ainda é possível reconhecer certas características, vindouras dos tempos do jusnaturalismo, na contemporaneidade dos direitos fundamentais efetivados pela Constituição da República, quais sejam: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Também há de se lembrar do caráter absoluto que, no entanto, não pode mais ser aceito, tão somente quando houver um recorte histórico em sua abordagem (SILVA, 2005, p. 181).

Por historicidade, tem-se que os direitos fundamentais são históricos como quaisquer outros, tendo uma origem atrelada a contextos histórico-sociais, passando por modificações ao longo do tempo, acompanhando tal contexto. Há que se ressaltar que a historicidade rechaça toda e qualquer “fundamentação baseada em direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas” (SILVA, 2005, p. 181). Já a inalienabilidade trata dos direitos fundamentais enquanto intransferíveis, inegociáveis e sem conteúdo econômico-patrimonial, sendo, portanto, indisponíveis. A imprescritibilidade diz respeito ao exercício de boa parte dos direitos fundamentais, que só ocorre mediante o reconhecimento pela ordem jurídica e, como são sempre exercíveis e exercidos, não há qualquer intercorrência temporal de não exercício que possa cancelar sua prescrição. Por fim, a irrenunciabilidade aponta para a possibilidade da abdicação de exercício desses direitos, mas jamais a sua renúncia (SILVA, 2005, p. 181).

É curioso ressaltar que o filósofo alemão Jurgen Habermas (1997b), na obra “Direito e Democracia: em facticidade e validade”, defende a aplicação de sua teoria do discurso ao processo de legitimação de direitos, a partir da defesa de um constitucionalismo procedimentalista. Por intermédio desta visão, Habermas defende que a criação de direitos e sua respectiva positivação só é efetiva quando legitimada democraticamente. Nesse sentido, tais direitos positivos, ao serem tidos como legítimos, constituem-se nos direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo constituinte (HABERMAS, 1997b).

Em virtude das percepções temporais acerca dos direitos fundamentais, estes passaram a ser percebidos e analisados através de quatro dimensões. Paulo Bonavides (2006) reconhece que “os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam a subjetividade que é seu traço mais característico” (BONAVIDES, 2006, p. 564). Assim sendo, os direitos fundamentais de primeira dimensão “são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente” (BONAVIDES, 2006).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais, por sua vez, não nega ou exclui os direitos de primeira dimensão, contudo, busca do Estado a oferta de condições mínimas de vida como dignidade, sempre intentando diminuir as desigualdades sociais e proteger os mais vulneráveis. Uma nuance característica desta dimensão é sua positividade, tendo em vista que o seu objeto é a propiciação de um bem-estar social, dissociada da busca pelo combate à intervenção estatal no espectro das liberdades individuais (BONAVIDES, 2006).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgem no marco temporal delimitado pelo fim da Segunda Guerra Mundial, com o início do ideal de proteção internacional dos direitos humanos, conforme Paulo Bonavides (2006) denota, ao afirmar que

a terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e

ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas (BONAVIDES, 2006, p. 568).

Desta forma, imbuídos de alto teor de humanismo e universalidade, pode-se afirmar que os direitos fundamentais de terceira geração seguem a tendência de se consolidarem enquanto direitos que não se destinam exclusivamente à proteção dos interesses de um indivíduo, grupo ou Estado. Eles surgem da reflexão acerca de temas atinentes à comunicação, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à paz (BONAVIDES, 2006).

Acerca dos direitos de quarta geração, Paulo Bonavides (2006), leciona que

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (BONAVIDES, 2006, p. 571).

Deste modo, de acordo com Bonavides (2006, p. 572), os direitos fundamentais de quarta dimensão elucidam os direitos das três primeiras enquanto hastes de uma estrutura que tem como cume o direito à democracia, possibilitando a construção de uma “sociedade aberta para o futuro” (BONAVIDES, 2006, p. 571).

Entende-se, portanto, que a base primordial dos direitos fundamentais é a preocupação com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Marilena Chauí, baseando-se na máxima da moral kantiana dispõe que

Considerando que a humanidade dos humanos reside no fato de serem racionais, dotados de vontade livre, de capacidade para a comunicação e para a vida em sociedade, de capacidade para interagir com a Natureza e com o tempo, nossa cultura e sociedade nos definem como sujeitos do conhecimento e da ação, localizando a violência em tudo aquilo que reduz um

sujeito à condição de objeto. Do ponto de vista ético, somos pessoas e não podemos ser tratados como coisas. Os valores éticos se oferecem, portanto, como expressão e garantia de nossa condição de sujeitos, proibindo moralmente o que nos transforme em coisa usada e manipulada por outros (CHAUÍ, 2008, p.433).

Immanuel Kant (2002), por sua vez, elabora a fórmula da humanidade: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2002, p. 52). Compreende-se, desta forma, que os direitos fundamentais e suas dimensões estão intrinsecamente ligados à fórmula da humanidade, uma vez que não se deve considerar a hipótese de irreducibilidade do ser humano para qualquer fim, sendo esse o fim em si mesmo. Essa afirmação denota que, uma vez percebido o processo de construção de discutidos direitos, não há que se falar em retrocesso, redução, anulação, revogação ou extinção destes. Assim sendo, o Estado está atado ao dever de atender a todos os indivíduos que deles precisarem e por eles clamarem.

3. A TEORIA DO SOPESAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

O conflito é inerente às formações sociais humanas, principalmente considerando as construções modernas plurais e, portanto, é papel fundamental do Estado a regulação e pacificação das controvérsias. Para Konrad Hesse, o processo político da moderna sociedade pluralista, é “a compensação entre diferentes opiniões, interesses e aspirações, como a resolução e regulação de conflitos, converteram-se em tarefa arquetípica e condição de existência do Estado” (HESSE, 2009, p.4).

No sentido de pacificar os conflitos, nos moldes da teoria constitucionalista atual, não há direitos fundamentais absolutos. Assim, temos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque

razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. [MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000.] (BRASIL, 2000) (g.n).

Conforme visto, os direitos fundamentais são corolários à noção de dignidade humana e de acordo com João Trindade Cavalcante Filho (2014)

190

Trata-se, como se sabe, de um princípio aberto, mas que, em uma apertada síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais. Embora não se trate de unanimidade, a doutrina majoritária concorda que os direitos fundamentais “nascem” da dignidade humana. Dessa forma, haveria um tronco comum do qual derivam todos os direitos fundamentais (CAVALCANTE FILHO, 2014, p.4).

Robert Alexy, observando os percalços causados pelas definições abertas dos direitos fundamentais na Constituição da República Alemã, alegou que “será demonstrado que a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais” (ALEXY, 2008, p. 29).

Enquanto pressuposto essencial para aplicação de sua teoria, Alexy detalha as naturezas e diferenças de princípios e regras, visto que somente os princípios suportam o sopesamento, por serem “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 92).

No mesmo sentido, dispõe Dworkin que as regras ou devem ser aplicadas em seu todo, caso o fato corresponda ao regulado por ela, ou ela não deve ser aplicada, caso o fato esteja fora de sua regulamentação. Havendo uma antinomia deve-se aplicar os critérios da hierarquia, especialidade ou cronológico. Por outro lado, os princípios podem ser aplicados parcialmente,

considerando sua interferência nos demais princípios, e no caso de conflito “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”.

Com base nisso, considera-se os direitos fundamentais enquanto princípios que, de acordo com José Afonso da Silva, são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [...] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais” (SILVA, 2005, p.94). Então, nesse sentido, trata-se do sopesamento dos direitos fundamentais nos seguintes termos

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justificando a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2008, p. 594).

Assim, conforme a situação fática atual, há conflito de princípios, isto é, conflito de direitos fundamentais que precisa ser solucionado para adoção da medida menos prejudicial à população durante o combate ao COVID-19. Para tanto, Alexy (2008) propõe que

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro **sob determinadas condições** (ALEXY, 2008, p. 93).

Extrai-se três máximas da teoria em estudo: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade expressam a exigência de uma análise teleológica, na medida em que se deve obter a máxima realização em relação às possibilidades fáticas, exigindo que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso (ALEXY, 2008). Já a proporcionalidade em sentido estrito demanda que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593).

Para Gilmar Mendes

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (MENDES; GONET, 2012, p.263).

192

Sobre a análise teleológica, reconhece Alexy (2008) a abertura discricionária agregada e, portanto, se manifesta no seguinte sentido

visto que há direitos fundamentais envolvidos em ambos os lados, há entre esses direitos um impasse epistêmico. É certo que cada um dos direitos fundamentais exige a solução mais vantajosa para si, mas nenhum deles têm, em razão do impasse, força para decidir a contenda. A situação substancial dos direitos fundamentais é, portanto, neutra. Nessa situação, os princípios materiais de direitos fundamentais não têm força para evitar que do princípio da competência decisória do **legislador democraticamente legitimado decorra uma discricionariedade epistêmica para sopesar** (ALEXY, 2008, p. 622) (g.n.).

A palavra epistemologia é composta de dois termos gregos: *episteme*, que significa ciência, e *logia*, vinda de logos, significando conhecimento, assim a epistemologia é o conhecimento filosófico, análise crítica, avaliação dos métodos e dos resultados e formas de relações entre as ciências (CHAUÍ, 2008).

Portanto, identifica-se uma discricionariedade para uma análise científica-social, que buscará na moral a ponderação dos direitos fundamentais colidentes, não só para o legislador, como traz Alexy, mas no caso atual no artigo estudado, em todas as esferas no Poder Público.

Essa abertura à discricionariedade fez com que a teoria do sopesamento fosse alvo de críticas, dentre elas a crítica à “jurisprudência de valores” do Tribunal Alemão, feita por Habermas (1996a). Para o autor as normas e os valores se diferem, e por outro lado regras e princípios são normas que não possuem por objetivo a realização de um fim, mas são, na verdade,

deontologicamente válidas. Dessa forma, não seria possível entender os princípios como mandamentos de otimização. A abertura de se avaliar os direitos fundamentais sob um prisma valorativo, teme Habermas, pode refletir em uma irracionalidade das decisões e de arbitrariedades, baseadas em costumes.

Bernhard Schlink corrobora tal crítica declarando que "direitos fundamentais estão abertos às interpretações mais variadas quando são vistos como princípios. [...] A regra da otimização é um conceito tão aberto que pode justificar qualquer intromissão estatal nas liberdades" (SCHLINK, p.721).

Nesse sentido, tal discricionariedade, para que não haja enfraquecimento, violação arbitrária dos direitos fundamentais e perda da objetividade jurídica, deve ser guiada por parâmetros próprios do caso concreto, analisados por uma lógica argumentativa e motivada na proteção do bem social, sem ferir a órbita individual.

4. A PRÁTICA DO SOPESAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE COVID-19

Atualmente, o Brasil está lidando com uma crise sanitária e social estabelecida em torno do aumento de casos da COVID-19 no território nacional. De acordo com a Nota Técnica do MonitoraCovid19, de 28/04/2020,

Dentre os municípios com mais de 100 mil habitantes, praticamente todos já apresentam casos da doença. Nos municípios com população entre 50 mil e 100 mil habitantes 79% dos municípios têm presença de casos, 44% dos municípios com população entre 20 mil e 50 mil, 22% dos municípios com população entre 10 mil e 20 mil habitantes e 9% dos municípios com população até 10 mil habitantes apresentam casos de Covid-19 (FIOCRUZ, 2020, p.1).

Em 08 de junho de 2020, o número de casos no Brasil somava 691.758 (seiscentos mil novecentos e um mil setecentos e cinquenta e oito) contaminados e de 36.455 (trinta e seis mil quatrocentos e cinquenta e cinco) mortes, pelo novo coronavírus (BRASIL, 2020).

Diversas medidas vêm sendo estudadas com o intuito de promover o achatamento da curva epidemiológica, um conceito oriundo da saúde pública que faz referência ao diagrama que cria uma representação visual do número de pessoas contaminadas pela COVID-19 ao longo do tempo. O principal objetivo do achatamento da curva, isto é, da diminuição do contágio ao longo do tempo, é evitar o colapso da saúde pública, fenômeno que pode ocorrer, caso o número de pessoas infectadas ultrapasse a capacidade máxima de tratamento do sistema público de saúde (ZORZETTO, 2020).

O Imperial College of Science, Technology and Medicine (2020), através da Imperial College COVID-19 Response Team, uma equipe científica e consultiva criada para estudar as implicações da pandemia da COVID-19, reportou que promover o achatamento da curva é necessário, pois o alto índice de infectados pelo novo coronavírus pode sobrecarregar o número de leitos de unidade de terapia intensiva (UTI), em um intervalo de tempo consideravelmente curto. Assim, o achatamento da curva consiste em reduzir, ao máximo, o número de contaminados pela doença para que com o retardo do crescimento da COVID-19 evite-se a sobrecarga do sistema de saúde. Para tanto, adotando técnicas de alívio dos efeitos, o isolamento social representa a maneira mais eficiente de achatar a curva epidemiológica (FERGUSON *et al*, 2020).

A necessidade do isolamento social vem sendo percebida como uma medida que apresenta eficácia, no intento de promover o achatamento da curva, de acordo com o matemático Luiz Henrique Duczmal, em entrevista concedida ao jornal O Tempo (2020): “sem isolamento, a curva com certeza estaria maior. Em muitas cidades, houve reação bem rápida, como em Belo Horizonte, que conseguiu achatar bastante a curva, por tomar ação quando havia poucos casos” (RODRIGUES, 2020). Assim sendo, a condução da situação, em prol do bem-estar da coletividade, tornou-se um desafio por parte dos entes federados.

O pacto federativo no Brasil concede aos municípios e estados autonomia governamental, administrativa e financeira, sendo vedada, em regra, a intervenção. Assim, tem-se que as decisões administrativas locais, regionais e nacionais no combate aos efeitos da pandemia da COVID-19 estão,

respectivamente com os prefeitos, governadores e com o presidente da República.

A saúde pública é um direito social e uma obrigação do Estado, que deve tratar do tema concorrentemente entre os entes federados visando uma prestação mais efetiva ao indivíduo, conforme art. 23, inciso II, da Constituição da República (BRASIL, 1988). Corroborando o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, declarou que os estados e municípios têm autonomia suficiente para atuar no combate ao coronavírus. De acordo com o Ministro Marco Aurélio, deve-se atentar ao coletivo, visto que a saúde pública é de interesse vital a todos os cidadãos (BRASIL, 2020).

De acordo com a Recomendação nº 027, de 22 de abril de 2020 do Conselho Nacional de Saúde

o enfrentamento à pandemia do COVID-19, tem sido mais efetivo em países que têm como referência política a soberania e o desenvolvimento nacional, que atenderam as orientações da OMS, utilizando métodos como a testagem em massa, isolamento social, e uso de máscaras pela população, bem como a tomadas de decisões e ações rápidas, efetivas e sustentáveis, para atender à necessidade urgente de preservação das vidas, apoiando-se na produção de conhecimentos técnicos e científicos, ajustados às necessidades sociais, econômicas e políticas do seu povo; [...] Recomenda ad referendum do Pleno do Conselho Nacional de Saúde ao Estado brasileiro Que sustente, nos níveis federal e estadual, a recomendação de **manter o isolamento social, num esforço de achatamento da curva de propagação do coronavírus, até que evidências epidemiológicas robustas recomendem a sua alteração** (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, prevê a possibilidade de restrição da liberdade individual, sob pena de responsabilização, tanto dentro das fronteiras nacionais quanto para as viagens internacionais. Prevê ainda a garantia da informação e da salvaguarda da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2020). Veda-se, no entanto, a restrição que afete o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, ou

atividades de cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

Observa-se, portanto, diante da determinação de isolamento social indicada como a medida eficaz para a prevenção do aumento da curva, um conflito entre o direito à saúde e o direito à liberdade individual que devem ser sopesados. Insta notar que a prevalência de um direito sobre outro se delimita em função das peculiaridades do caso concreto. Nas palavras de Gilmar Mendes “Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos” (MENDES; GONET, 2012, p.264).

Dworkin (1978) trabalhou em cima do conflito entre a política e os princípios. Para o autor os princípios possuem uma dimensão moral, uma exigência de justiça, de equidade e de respeito à dignidade humana. Em contrapeso a política busca obter um determinado objetivo, para se atingir uma situação política, social, econômica, desejável. “Princípios são argumentos que descrevem direitos; políticas são proposições que descrevem metas” (DWORKIN, 1978, p. 90). O autor exemplifica:

a liberdade de expressão é um direito, e não uma meta, porque os cidadãos têm o direito a tal liberdade como resultado de uma moralidade política, e um incremento na produção de munições é uma meta, não um direito, porque esse incremento contribui para uma guerra, mas nenhum fabricante tem direito a um contrato com o governo [para produzir mais munição] (DWORKIN, 1978, p. 90).

Dessa forma, podem ser desenvolvidas políticas que visem controlar os efeitos da pandemia no Brasil, no entanto, tais políticas não podem exceder os limites dos direitos fundamentais. Para tanto, os limites dos direitos fundamentais devem ser conhecidos e sopesados, visto que há um conflito. Gilmar Mendes aponta que “[...] nem sempre é simples precisar os contornos de um direito fundamental [...] Retesa-se, pois, a sensibilidade do operador jurídico, dele se exigindo, ao cabo, que se mantenha fiel aos valores predominantes na sua sociedade, na busca de soluções justas, técnicas e com respaldo social.” (MENDES, GONET, 2012, p.269)

Tal sensibilidade pode ser descrita enquanto discricionariedade e essa não se pode basear na moralidade burguesa, que ignora e violenta muitos aspectos da população brasileira, *in verbis*

Marx afirmava que os valores da moral vigente – liberdade, felicidade, racionalidade, respeito à subjetividade e à humanidade de cada um, etc. – eram hipócritas não em si mesmos (como julgava Nietzsche), mas porque eram irrealizáveis e impossíveis numa sociedade violenta como a nossa, **baseada na exploração do trabalho, na desigualdade social e econômica, na exclusão de uma parte da sociedade dos direitos políticos e culturais.** A moral burguesa, dizia Marx, pretende ser um racionalismo humanista, mas as condições materiais concretas em que vive a maioria da sociedade impedem a existência plena de um ser humano que realize os valores éticos (CHAUI, 2008, p. 455) (g.n.).

Nesse sentido, corroborando a ideia de moral burguesa de Marx, Kant diz que “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; **mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade**” (KANT, 2002, p. 77) (g.n.).

Entende-se, portanto, que nos termos atuais, a teoria do sopesamento de princípios de Alexy deve ser observada pelos agentes públicos sob a ótica moral de Kant da dignidade humana visando não inviabilizar absolutamente nenhum direito fundamental, mas tratá-los com proporcionalidade considerando o risco iminente à vida e a saúde pública que a pandemia atual vem gerado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil possui como fundamento a dignidade da pessoa humana, que se constitui enquanto conceito aberto. Conceitos abertos apresentam para o direito uma dicotomia, sendo por um lado obstáculos à sua efetivação e objetividade, e por outro necessários para sua adaptação e dinamização.

A partir do debate promovido por Robert Alexy e os críticos de sua teoria, é conveniente lembrar que tal abertura demonstra que o sistema jurídico é suscetível a influências morais. A Constituição da República não adota, porém, um sistema moral único e inequívoco. No entanto, parece razoável considerar-se a máxima da moral kantiana em que intangível será a dignidade humana, não podendo o homem ser utilizado enquanto instrumento para fim algum (imperativo categórico).

Deve-se atentar, no entanto, à discricionariedade que tal teoria concede aos operadores do direito, sendo cabível uma enorme valoração do direito. Com ela, abre-se uma perigosa porta para a arbitrariedade. Retomando Marx, que se voltou à figura moral de Kant, reafirma-se que a moral burguesa trata os humanos enquanto meio. Isto é, como instrumentos do sistema capitalista. Baseia-se, nessa moral, o anseio de proteger o país do colapso econômico em meio uma pandemia, visando proteger o fim, que é o sistema, sacrificando-se os meios, que são os seres humanos.

Assim, entende-se que a existência dos direitos fundamentais enquanto garantidores da dignidade da pessoa humana e orientadores da atuação do Poder Público deveria levar a uma arquitetura de combate à pandemia no território nacional pautada na proporcionalidade. O norte seria o não esgotamento de nenhum direito fundamental, atentando-se, ainda, para uma lógica argumentativa que impeça a leviandade das arbitrariedades e considere as necessidades reais e o contexto de vida dos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Recomendação nº 027*. De 22 de abril de 2020. Recomenda aos Poder Executivo, federal e estadual, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, ações de enfrentamento ao Coronavírus. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1132-recomendacao-n-027-de-22-de-abril-de-2020>. Acesso em 08 de jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979*. De 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Ministério da Saúde corrige boletim sobre COVID-19*. Brasília, DF, 08 jun. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47026-ministerio-da-saude-corrige-boletim-sobre-covid-19>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23.452*. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16-9-1999. Publicado no Diário da Justiça de 12-5-2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341*, Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 24-03-2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020

CAETANO, G.; ROXO, S. *Quarentena é mantida por 23 estados em combate ao coronavírus*. O Globo Brasil, São Paulo, 06 abr. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/quarentena-mantida-por-23-estados-em-combate-ao-coronavirus-24354401>. Acesso em 16 abr. 2020.

CAVALCANTE FILHO, J. T. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Brasil, 2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 08 jun. 2020

CHAUÍ, M. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2008.

DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FERGUSON, N. M. *et al. (Imperial College COVID-19 Response Team). Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. Londres: Imperial College of Science,

Technology and Medicine, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>. Acesso em 09 jun. 2020.

FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. *Por que a doença causada pelo novo vírus recebeu o nome de Covid-19?*. Rio de Janeiro, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/por-que-doenca-causada-pelo-novo-virus-recebeu-o-nome-de-covid-19>. Acesso em: 16 abr. 2020.

FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. *Tendências atuais da pandemia de Covid-19: Interiorização e aceleração da transmissão em alguns estados*. Nota Técnica 28 de abril de 2020. Brasil, 2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/monitoracovid_notatecnica_28_04.pdf. Acesso em 08 jun. 2020.

GUSTIN, M. B. D. S., DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press, 1996a.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2002.

HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida *et al.*, São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 16 abr. 2020.

RODRIGUES, G. *Covid-19: cem dias após primeiro caso, Brasil segue longe de estabilizar curva*. Belo Horizonte, 04 jun. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/covid-19-cem-dias-apos-primeiro-caso-brasil-segue-longo-de-estabilizar-curva-1.2345939>. Acesso em: 09 jun. 2020.

SCHLINK, B. *German Constitutional Adjudication*. *Cardozo Law Review* 18, 1996.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2005.

WHO. World Health Organization. *Coronavirus disease (COVID-19) Situation Report – 139*. Genebra: WHO; 07 jun. 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200607-covid-19-sitrep-139.pdf?sfvrsn=79dc6do8_2. Acesso em: 08 jun. 2020.

WITKER, J. *Como elaborar uma tesis em derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

ZORZETTO, R. *Para conter o avanço explosivo*. Revista Pesquisa FAPESP, São Paulo, 290 ed., abr. 2020. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/para-conter-o-avanco-explosivo/>. Acesso em: 09 jun. 2020.