



REFLEXOS DA PANDEMIA NOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS¹

Áquila Kleinpaul Regner²

Sanderson Mendanha Peixoto³

RESUMO: O presente estudo possui como objetivo, analisar os reflexos da pandemia do Covid-19 no Brasil sob à ótica dos Direitos Fundamentais presentes na Constituição Federal, (com foco nos direitos da liberdade de locomoção, liberdade religiosa e a liberdade de pratica de cultos religiosos), e o comportamento do Poder Judiciário na garantia de tais postulados, os quais possuem ampla ligação com um ramo legal ainda maior, os Direitos Humanos. Através de uma pesquisa de revisão bibliográfica dedutiva-descritiva, percebe-se que a Covid-19 causou grandes agravos no Brasil. Seja na economia, no sistema de saúde público ou na política, fato é que a pandemia não pode ser combatida com desinformação, inverdades ou estímulos divergentes; assim, percebe-se que o Poder Judiciário, desde 2019, vem atuando na tentativa de equilibrar tais postulados. Percebe-se que algumas ações do judiciário acabam por ferir direitos fundamentais, com o intuito de garantir direitos sociais, como à saúde e à educação; ao passo que, também se vê direitos sociais cerceados, com o intuito de auferir ainda mais valor nos direitos fundamentais, como à vida e à dignidade humana. Pode-se dizer que, no atual cenário, o Estado deverá trabalhar com medidas públicas eficientes para a garantia da saúde universalizada, enquanto o Judiciário, também deverá priorizar tal entendimento, com o escopo de defesa ao direito à vida e aos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Pandemia. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the effects of the Covid-19 pandemic in Brazil from the perspective of the Fundamental Rights present in the Federal Constitution, (with focus on the rights freedom of movement, freedom of religion and freedom to practice religious services), and the behavior of the Judiciary in guaranteeing such postulates, that have broad connection with an even larger legal branch, Human Rights. Through a deductive-descriptive bibliographic review research, it is clear that Covid-19 has caused great harm in Brazil. Whether in the economy, the public health system or politics, as a matter of fact is that the pandemic can't be fought with misinformation, untruths or divergent stimuli; thus, it is clear that the Judiciary, since 2019, has been acting in an attempt to balance such postulates. It is noticed that some actions of the judiciary end up violating fundamental rights, in order to guarantee social rights, such as health and education; while, social rights are also seen to be restricted, in order

¹ Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara/FAJ, como parte obrigatória para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

² Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Jussara. E-mail: aquilakleinpaulregner@hotmail.com.

³ Professor Mestre em Educação, Linguagem e Tecnologias pela Universidade de Goiás (2014/2016).

Graduado em Letras, pela Universidade de Goiás, (1999/2002). E-mail: sandersonmendanha@yahoo.com.br.

to gain even more value in fundamental rights, as to human life and dignity. It can be said that, in the current scenario, the State must work with efficient public measures to guarantee universalized health, while the judiciary, should also prioritize such understanding, with the scope of defending the right to life and human rights.

Keywords: Fundamental Rights. Pandemic. Judicial power.

1 INTRODUÇÃO

Na data de 11 de março de 2020, a propagação da COVID-19, doença causada pelo coronavírus (Sars-Cov-2), passou a ser considerada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma pandemia. A mudança de classificação expôs a preocupação das autoridades sanitárias e políticas acerca da alta transmissibilidade da doença, ocorrida por contatos interpessoais e manuseio de materiais contaminados, além de sua elevada letalidade.

Em função disto, protocolos sanitários mundiais e brasileiros estabeleceram como medidas de contenção da contaminação o distanciamento social, a higienização das mãos e utensílios, o seu não compartilhamento e o uso de máscara facial em todos os ambientes.

Para efetivar estes protocolos, os governos de todos os níveis federativos brasileiros passaram a estabelecer medidas de enfrentamento à pandemia, limitando à movimentação espacial de pessoas. Mas foi necessário criar mecanismos de regulação e equilíbrio de outras áreas também, tendo em vista que o isolamento trouxe reflexos à economia, educação, relações de trabalho, cumprimento de contratos, entre outros.

As ações governamentais direcionadas à imposição do distanciamento social geraram, como consequência natural, restrições às liberdades dos indivíduos, especialmente a de locomoção, a de reunião e a de culto religioso.

Como estas liberdades são direitos fundamentais de hierarquia constitucional, tanto quanto a vida e a saúde, que se busca proteger, implantou-se um possível conflito.

Diante deste cenário, tornou-se importante avaliar, sob o ponto de vista da proporcionalidade, a validade e adequação das medidas adotadas pelos governantes, o que constitui a proposta deste trabalho. Assim, o trabalho adota, como objetivo geral, uma análise das consequências diretas da pandemia, ocasionada pela Covid-19, nos Direitos fundamentais da liberdade de locomoção, religiosa e de cultos religiosos e as medidas tomadas pelo Poder Judiciário na garantia dos Direitos Fundamentais. Como objetivos específicos, esses focam em estudar a progressão da Covid-19 no Brasil; explorar a Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como seu respaldo na Carta Magna; evidenciar os impactos da pandemia nos direitos

fundamentais; expor as medidas tomadas pelo Poder Judiciário na garantia dos Direitos Fundamentais no Brasil.

A metodologia deste trabalho é a revisão bibliográfica, indutiva e qualitativa. Para tanto, utilizar-se-á de dados legais oficiais e científicos encontrados na lei, doutrina, jurisprudência, periódicos jurídicos e outros trabalhos de graduação, com o intuito de trazer a discussão, conteúdos que sustentem os objetivos delineados.

2 TÓPICOS ESSENCIAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONTEMPORÂNEA

A origem dos Direitos Fundamentais remonta ao final do Século XVIII e compreender esta localização histórica é muito importante para analisá-los nos dias de hoje. Isto porque antes não havia a concepção de indivíduo. As pessoas não tinham valor por si mesmas, mas somente enquanto inseridas em grupos. Foi somente quando o ser humano passou a ser reconhecido como indivíduo, detentor de dignidade pelo fato de ser pessoa, que surgirá o conceito de direitos fundamentais. Na lição de Bobbio (1992, p.29): “Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual”.

A chamada primeira geração dos direitos fundamentais surge, portanto, para proteger o indivíduo. Mas proteger de quê? Do arbítrio do Estado. Os direitos individuais criarão um espaço de liberdade que deverá ficar imune à interferência estatal abusiva. Assim, é importantíssimo entender que a presença dos direitos individuais está intimamente relacionada à limitação do poder. Quanto mais direitos individuais efetivos, menor o risco de experiências autoritárias.

A liberdade negativa, ideia elaborada no fim do Séc. XVIII, surge da compreensão de que ao governo de sociedades complexas não pode ser atribuído todo o poder para decidir sobre todos os aspectos da vida. Aliás, o raciocínio é: quanto menos o Estado decidir sobre as liberdades individuais, maior a proteção e respeito ao ser humano.

Esta é a lição de Benjamin Constant (1985, p. 20):

Não somos persas, submissos a um déspota, nem egípcios, subjugados por sacerdotes, nem gauleses, que podem ser sacrificados por druidas, nem enfim gregos ou romanos, cuja participação na autoridade social os consolava da servidão privada. Somos modernos que queremos desfrutar, cada qual, de nossos direitos; desenvolver nossas faculdades como bem entendermos, sem prejudicar a ninguém; vigiar o desenvolvimento dessas faculdades nas crianças que a natureza confia à nossa afeição,

tão esclarecida quanto forte, não necessitando da autoridade a não ser para obter dela os meios gerais de instrução que pode reunir; como os viajantes aceitam dela os longos caminhos, sem serem dirigidos na estrada que desejam seguir. (...) os governos têm novos deveres. Os progressos da civilização, as transformações operadas através dos séculos pedem à autoridade mais respeito pelos hábitos, pelos afetos, pela independência dos indivíduos. Ela deve dirigir esses assuntos com mão mais prudente e mais leve.

Ou seja, há limites. A ideia de autoridade se desenvolve nesta esteira, porque há questões que não dependem somente das vontades individuais. Sempre há casos em que a liberdade de um colide com a liberdade de outro e cabe à autoridade a solução deste problema.

E também a autoridade tem restrições: as Constituições realizam este papel. Há um espaço de discricionariedade, mas é necessário que o Direito ofereça parâmetros mais seguros para que não se decidam questões tão importantes apenas a partir de valores próprios.

É inerente à ideia de norma, a noção de limitação. O Direito apenas regula questões possíveis. Aquilo que necessariamente acontecerá (como o ato de respirar, por exemplo) não é objeto normativo. Somente atos que podem ou não acontecer (possíveis, portanto) podem ser normatizados. Caberá ao Direito estabelecer o que considera como correto e esta definição alinha-se com as restrições. É por isso que se diz que não há direitos absolutos.

A limitação aos direitos tem que ser discutida em duas frentes: a limitação empreendida de forma geral, pelo legislador e a realizada pelo juiz, em sede de um caso concreto.

Alexy (1999, p. 275) afirma que os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios. “As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios”. Para ele (2008, p.90/95), os princípios são normas, mandados de otimização que se realizam dentro das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas ao intérprete, a quem cabe decidir a aplicação através da ponderação, utilizando-se da máxima da proporcionalidade.

A máxima da proporcionalidade é composta por três máximas parciais que devem ser observadas ao se resolver a colisão entre os princípios. A primeira analisa a dimensão jurídica: a chamada proporcionalidade em sentido estrito verifica se as vantagens da restrição ao direito superam as desvantagens. As duas outras estão relacionadas ao plano fático: adequação, que observa se a restrição estabelecida alcançará o fim desejado; e necessidade, em que se analisam se não há meios menos gravosos de se proceder perante o caso. (Alexy, 1999, p.277-278)

Ao tratar os princípios como valores, Alexy (2008, p.139) amplia a carga subjetiva, vez que a decisão escapa à normatividade constitucional e se instala em um juízo do que é o bom ou melhor para o intérprete no caso concreto. Como entre os princípios não existe hierarquia, a

decisão só cabe ao intérprete, o que é muito problemático e mesmo anti-democrático, pois depende da sua visão de mundo.

Como ensina Hume apud Almeida (2008, p. 501): “princípios deontológicos não podem derivar sua validade ou sua aplicabilidade de condições fáticas, sob pena de incorrer na falácia naturalista”.

Esta é uma crítica que precisa estar presente. São só com estas ressalvas que se pode trabalhar com o pensamento de Alexy. Ponderar não é mero decisionismo, mas técnica que deve ser aplicada com uma fundamentação consistente que respeite a integridade do ordenamento jurídico e toda a tradição do Direito.

Uma questão que se apresenta são se as restrições, mesmo em sede de ponderação, devem respeitar algum núcleo essencial. O art. 1º da Constituição Alemã afirma: “(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. [...] (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário” (BUNDESTAG, 2022, p. 16).

Esta vinculação a que os poderes estão submetidos levantou o debate sobre a existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, que não poderia ser objeto de restrição por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Há duas teorias neste tema (LOPES, 2004, p. 8). A Teoria Absoluta que entende que os direitos fundamentais possuem um conteúdo *prima facie*, um suporte fático que não poderia ser restringido por nenhum ato estatal. Neste caso, o suporte fático tem uma natureza geral, identificável em todas as situações.

Já a Teoria Relativa entende que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais só é verificável nas situações concretas, após a aplicação da ponderação. Assim, é variável a análise das restrições, vez que o sopesamento seria necessário para se definir a limitação. Esta é a ideia defendida por Alexy e aplica-se tanto às leis e atos administrativos quanto às decisões judiciais.

Por esta teoria, admite-se inclusive a restrição total de um direito no caso concreto, após a ponderação mediada pela máxima da proporcionalidade.

Este é o momento de se destacar a lição de Dworkin sobre a integridade do Direito. Não se pode perder de vista que as interpretações devem reconhecer o valor normativo dos direitos fundamentais, quando estes se apresentam como princípios e não podem ficar a cargo da mera subjetividade do aplicador. Ele deve observar a tradição e a integridade jurídica para realizar a sua função. Isto vale também para o debate sobre as restrições.

Dworkin (2007, p.277) faz a seguinte comparação:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...) em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus antecessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como o produto de muitas mãos diferentes.

Quando se analisa a questão das limitações a direitos fundamentais, um dos principais debates é a colisão entre direitos individuais e bens ou interesses coletivos. Não é possível, juridicamente, estabelecer primazia entre eles e de fato a solução somente será possível em sede de ponderação, como ensina Alexy.

Alexy (2010, p. 197) confere aos direitos individuais uma posição *prima facie*, mas isto não pode ser compreendido como uma precedência absoluta. O que ele leciona é que a argumentação necessária para se afastar um direito individual deve ser mais robusta, sempre mediada pela aplicação da máxima da ponderação.

Os direitos individuais funcionam como limites ao arbítrio do Estado. Muitas experiências históricas provam que ditaduras foram implantadas e mantidas sob o argumento da necessidade de se restringir liberdades em nome da proteção de interesses coletivos. Ao mesmo tempo, viver em sociedade significa partilhar interesses que são ditos coletivos, exatamente pela impossibilidade de se dividi-los, e que para realizá-los exijam em alguma medida o cerceamento de individualidades. Qualquer afastamento de um direito fundamental deve ter justificação aprofundada, principalmente quando se tratam dos individuais.

Com estas considerações, analisar-se-ão agora as medidas tomadas durante a pandemia que se relacionam com os direitos fundamentais.

3 A COVID-19 E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) passou a considerar a infecção pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) como uma pandemia. A pandemia de COVID-19, doença causada pelo vírus (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS BRASIL, 2020 e UNIVERSIDADE ABERTA DO SUS – UNA-SUS, 2020).

Trata-se de uma doença altamente infecciosa e com sérias sequelas, dentre elas um elevado índice de letalidade, e seu contágio ocorre pelo contato próximo de pessoas contaminadas com outras saudáveis ou pelo contato com objetos e superfícies contaminadas.

Em função disso, as autoridades sanitárias passaram a indicar o distanciamento social, a higienização das mãos e utensílios e o seu não compartilhamento como principais medidas de contenção da contaminação. Posteriormente, foi acrescentado ao protocolo sanitário, o uso de máscara facial em todos os ambientes, sobretudo os públicos.

Diante disto, os governos do mundo todo começaram a adotar medidas para forçar o isolamento social. Não foi diferente com o Brasil, que, nos vários níveis federativos, adotou medidas para garantir o distanciamento das pessoas e o uso de máscaras.

Contudo, embora com ânimo de garantir o bem maior da vida e a saúde, algumas medidas sofreram críticas, por suposta violação a direitos fundamentais. De fato, mesmo não sendo estes absolutos, há núcleos essenciais que precisam ser preservados.

Por isso, é necessário avaliar qual a abrangência dos direitos em conflito e qual a melhor solução interpretativa para fazê-los conviver, o que se propõe a seguir.

4 A COVID-19 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO, DE REUNIÃO E DA PRÁTICA DE CULTOS RELIGIOSOS

4.1 DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E DE REUNIÃO EM FACE AO ALASTRO DA COVID

A liberdade, tal como conhecemos hoje, protegendo o indivíduo da invasão e imposições estatais sobre sua esfera particular, surgiu com o Estado Liberal. Antes disso, a liberdade fora entendida como a possibilidade de participação política do indivíduo na definição dos rumos de sua comunidade, a chamada "liberdade dos antigos", vigente na Grécia Antiga.

É por isso que a liberdade entendida como direito individual e caracterizada pelo poder de autodeterminação dos cidadãos, é conhecida como "liberdade dos modernos". Sua consolidação implicou, inicialmente, na imposição de uma conduta negativa ao Estado, no sentido de abster-se de colocar impedimentos nas escolhas e ações do indivíduo. E foi esta restrição lançada ao Estado que inseriu este direito no conjunto dos direitos fundamentais de 1ª geração ou dimensão.

Com a evolução do estudo sobre os direitos fundamentais, passou-se a reconhecer a ideia de que eles não podem impor restrições apenas ao Estado, devendo também produzir o

mesmo efeito sobre os demais indivíduos, para se fazerem completos. Ou seja, sua existência e reconhecimento também trazem implicações às relações privadas, emanando eficácia horizontal, ao obrigar cidadãos iguais (SARMENTO, 2010, p. 39-48).

Contudo, como já mencionado, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrições legítimas, desde que previstas constitucionalmente e amparadas pela proporcionalidade, analisada e considerada casuisticamente.

Neste sentido, é admissível que a liberdade também sofra restrições. A liberdade de locomoção é, inclusive, frequentemente limitada para permitir a convivência harmoniosa das liberdades, como esclarece George Marmelstein (2018, p. 108), utilizando como exemplo de sua afirmação a existência de semáforos para regular o trânsito.

A Constituição de 1988 também prevê hipóteses em que, tratando-se de estado excepcional, a liberdade possa sofrer limitações. Isto se justifica para permitir a preservação ou resgate de outros direitos ameaçados ou já comprometidos e considerados valiosos, cuja manutenção ou restabelecimento somente sejam possíveis mediante o sacrifício parcial e temporário da liberdade.

Não se pode admitir o sacrifício permanente e nem diante da existência de outras possibilidades menos gravosas, sob pena de se transformar a excepcionalidade em “normalidade”.

É o caso do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, previstos nos arts. 136 e 137 a 139 da Constituição. Neles, a restrição a determinados direitos, dentre eles as liberdades de locomoção e reunião, justifica-se como sendo o único meio para possibilitar a preservação e/ou resgate da ordem institucional. Trata-se de admitir a conclusão de que, em casos tais, a liberdade, apesar de seu enorme relevo, pode colocar em risco outros direitos, igualmente fundamentais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 165) esclarece, de forma técnica, que no regime excepcional dos direitos fundamentais, a restrição não alcança os próprios direitos, mas apenas as garantias dos mesmos, suspendendo as limitações postas à ação governamental em relação àqueles direitos.

O reconhecimento da pandemia no Brasil não levou à decretação do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, vez que a Lei 13.979/2020 dispôs sobre as medidas de enfrentamento da emergência da pandemia do COVID-19.

Contudo, é indiscutível que esta lei admitiu uma situação excepcional, justificando a adoção de medidas diferenciadas, estabelecidas por normas novas.

Dentre estas, o art. 3º da Lei 13.979/2020 permitiu a adoção da quarentena, definida pelo art. 2º, II, como a “(...) restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação (...)” (BRASIL, 2020).

A questão polêmica trazida pela pandemia de COVID-19 sobre o exercício das liberdades de locomoção e reunião é a análise da necessidade e da possibilidade de sua restrição em prol da preservação da vida e da saúde. Tudo isto, partindo das premissas de que 1) estes direitos são mais valiosos do que as referidas liberdades, 2) a restrição e/ou privação destas é a melhor saída para a preservação daqueles e 3) é necessário impor a cada cidadão a restrição das liberdades para que se permita a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, preservando-se a vida e a saúde do outro.

Os bens jurídicos vida e saúde têm sido considerados mais valiosos em relação à liberdade, embora não haja hierarquia normativa. Todo direito fundamental somente é passível de aplicação a um ser humano vivo e a manutenção da vida depende do gozo de saúde. Logicamente, não se descuida de toda a importância da liberdade e de sua imprescindibilidade à vida digna. Tampouco é razoável negociar a liberdade, trocando-a pela vida ou pela saúde. Em situações de normalidade, é inadmissível a exclusão de qualquer um destes direitos.

De acordo com os protocolos sanitários mundiais e brasileiros, capitaneados pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde, respectivamente, referendados por inúmeras instituições de saúde e de pesquisa nacionais e estrangeiras, o contato entre pessoas é a maior fonte de contágio da doença. Por consequência, inibir o contato é medida extremamente eficaz no impedimento da disseminação do vírus e suas penosas sequelas.

E, para garantir que não haja contato interpessoal, é válido estabelecer a restrição às decisões e ações dos indivíduos com relação a seu deslocamento e reunião. Ou seja, é necessário impor restrições à liberdade de locomoção e reunião, para garantir o distanciamento social.

A limitação às liberdades de locomoção e reunião visa a preservar a vida e a saúde de todos, pois cada vida individual importa ao Estado. Ao agir para preservá-las, ele conserva um de seus elementos constitutivos, o povo, fundamental por ser o detentor do poder soberano, segundo Nina Ranieri (2013, p. 108).

Mas, ainda que um indivíduo não se preocupe em preservar a própria vida e a própria saúde, admitindo arriscá-las ou dispor delas pela falta de adoção das medidas sanitárias necessárias, as restrições impostas pelo Estado aos particulares serão legítimas, como forma de garantir a eficácia horizontal dos direitos, preservando-se os demais cidadãos.

Conforme esclarece George Marmelstein (2018, p. 103):

Há, ainda, dentro do art. 5º, uma proteção implícita à autonomia da vontade, aqui entendida como a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Cada um deve ser senhor de si, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas pessoais, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia.

Assim, parece clara a validade de medidas estatais, em todos os âmbitos federativos, para limitar a circulação de pessoas e impor-lhes o uso de equipamento obrigatório de proteção. Mas todas as medidas empreendidas com esta justificativa serão válidas? Por certo que não.

A fim de garantir o distanciamento social e, assim, diminuir ao máximo a propagação da COVID-19, alguns municípios brasileiros impuseram o toque de recolher e a proibição de circulação de munícipes a não ser para atividades essenciais específicas.

Associados a estas medidas, foram decretados, também, o fechamento do comércio, de unidades escolares e estabelecimentos de lazer e imposto o uso obrigatório de máscaras faciais nas ruas e todos os ambientes públicos. Cada municipalidade adotou medidas com maior ou menor rigidez, atendendo ao seu juízo de ponderação quanto às medidas necessárias e adequadas ao controle da pandemia em seus territórios.

A autonomia municipal e estadual para a tomada de medidas de enfrentamento à pandemia foi garantida pelo STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. O Ministro concedeu a medida cautelar em 24.03.2020, referendada pelo plenário em 15.04.2020, reconhecendo que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória 926/2020 não afastavam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

Impôs-se, assim, seria restrição à liberdade de locomoção e reunião. Mas ela se mostrou necessária e aceitável, do ponto de vista jurídico e normativo. Isto, porque, as medidas impostas mostraram-se adequadas (capazes de alcançar a finalidade proposta), necessárias (constituindo o meio menos gravoso para a busca dos objetivos) e proporcionais (apresentando vantagens superiores às desvantagens naturalmente decorrentes da restrição) ao alcance do objetivo proposto, o qual também era razoável. Este também foi o posicionamento majoritário do Judiciário nos casos em que foi instado a se manifestar sobre o toque de recolher, a restrição de circulação de munícipes e o fechamento do comércio.

Mas note-se que, embora as limitações impostas para evitar o deslocamento de pessoas tenham se mostrado, em regra, proporcionais e adequadas, a adoção de outras medidas distintas,

mas sob a justificativa de garantir o isolamento social, podem não ter compartilhado da mesma validade.

É o caso da criação do Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI-SP), implementado pelo governo do Estado de São Paulo em 09.04.2020, em parceria com as 4 maiores Operadoras de Telefonia Celular (Oi, Tim, Claro e Vivo), para monitoração, por via de georreferenciamento, da taxa de isolamento social no estado. O Sistema é uma parceria entre as 4 empresas citadas, a prestadora de serviços ABR Telecom, por parte da indústria, e o Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), por parte do governo paulista.

Esta medida não encontra respaldo na proporcionalidade, uma vez que, sob o argumento de submeter interesses privados a públicos, permite um controle desmedido e desnecessário sobre a vida de toda a população do estado.

A instituição do Sistema devassa a privacidade de todos os residentes no território paulista, não sendo demais concluir que, para impor tamanho ônus, parte do pressuposto de que todos os cidadãos portadores de celulares descumprirão a ordem de manter o isolamento social e deverão, por consequência, ser monitorados.

A fiscalização da ocorrência de aglomerações indesejáveis e sua dispersão é medida necessária, mas que encontra outros meios menos gravosos e menos invasivos para ser feita. Note-se a possibilidade de realização de rondas por guardas municipais ou policiais, a manutenção de canal para recebimento de denúncias e a coleta de dados numéricos acerca da quantidade de pessoas se deslocando para cada área da cidade pelo sistema público de transporte.

Ademais, eventos que geram aglomeração têm que ser divulgados, o que geralmente é feito por redes sociais, permitindo ao governo ter ciência de sua ocorrência.

Não se descarta, também, a eficiência da aplicação de multas e outras sanções aos proprietários dos locais de reunião, quando privados.

Todas estas ações somadas têm condições de permitir uma fiscalização eficaz, tornando o monitoramento de celulares medida exagerada ao fim que almeja, embora adequada, do ponto de vista da máxima da proporcionalidade, haja vista ser bem sucedida no monitoramento.

Embora o Judiciário paulista tenha enxergado constitucionalidade no SIMI-SP, permitindo a sua continuidade em decisões como as dos mandados de segurança nº 2073904-24.2020.8.26.000, 2073871-34.2020.8.26.000 e 2075442-40.2020.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, não há como concordar com este posicionamento.

No caso em tela, é perceptível como o princípio da supremacia do interesse público é utilizado de forma desviada. Como bem explica Daniel Sarmiento (2010, p. 35):

Parece-nos que o princípio em discussão baseia-se numa compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o leitmotiv do Estado Democrático de Direito, de que essas pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos.

Lembrando as lições de Alexy, expostas no tópico inicial deste artigo, destaca-se que muitas experiências totalitárias tiveram início e continuidade sob o argumento da necessidade de se restringir liberdades em nome da proteção de interesses coletivos. E isto é o que se arrisca, mas não pode ocorrer mediante o monitoramento de celulares dos indivíduos.

4.2 DA RESTRIÇÃO À PRÁTICA DE CULTOS RELIGIOSOS

A proteção dos locais de cultos religiosos é uma das dimensões da liberdade de religião garantida na Constituição do Brasil no art. 5º, VI.

A liberdade religiosa garante às pessoas o direito de crer em divindades e esta crença se exterioriza em cultos, cujas Igrejas têm a liberdade de organização. Todas estas manifestações da liberdade religiosa exigem do Estado a abstenção de intervir em quaisquer destes aspectos. Jorge Miranda (2000, p. 409) ensina:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.

Garantir que as pessoas sejam livres em suas crenças (inclusive o não crer) representa um profundo respeito ao ser humano. É uma característica que nos diferencia de outros animais a capacidade de acreditar no sobrenatural e de forma coletiva, como leciona Yuval Noah Harari (2018). Portanto, a liberdade de crença está intimamente relacionada à dignidade da pessoa humana.

Exatamente para se permitir que os indivíduos possam manifestar a sua fé livremente, é que se exige do Estado a mínima intervenção nesta esfera da vida. Não cabe ao poder público imiscuir-se e impor suas ideias às pessoas. É daí que vem a noção de Estado laico. Esta questão é tão cara ao Estado Democrático de Direito que a Constituição de 1988 não admite a sua

restrição nem mesmo em casos excepcionalíssimos como o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

A liberdade religiosa se relaciona, todavia, com a liberdade de reunião e associação. Reuniões para o exercício de cultos e a associação para a organização de Igrejas. Neste campo de reuniões e associações ideológicas, a interferência estatal deve ser mais reduzida ainda, a fim de não se afetar a laicidade do poder público.

O art. 136, §1º, I, “a” da Constituição do Brasil admite a restrição do direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações, quando da decretação do Estado de Defesa. E o art. 139, IV prevê a suspensão da liberdade de reunião em caso de Estado de Sítio.

Assim, embora não se possa restringir a liberdade de crença e cultos, em caso de Estado de Sítio e de Defesa, o exercício da liberdade de culto, que exija reunião, poderá ser limitado ou suspenso quando das circunstâncias excepcionais mencionadas pela Carta Magna.

O reconhecimento da pandemia no Brasil não culminou, como mencionado anteriormente, na decretação dos estados de exceção. Foi criada a Lei 13.979/2020 para dispor sobre as medidas de enfrentamento da pandemia do COVID-19, a qual permitiu, nos arts. 2º e 3º, a adoção da quarentena, com restrições de atividades.

O Decreto 10.282/2020 (alterado pelo Decreto 10.292/2020), que regulamentou a Lei 13.979/2020, estabeleceu em seu art. 3º (BRASIL, 2020):

Art. 3º. As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º. § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como: (...) XXXIX - atividades religiosas de qualquer natureza, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde; e (Incluído pelo Decreto 10.292/2020)

Observe-se, portanto, que as atividades religiosas foram consideradas pelo Governo Federal como atividades essenciais. Contudo, várias normas estaduais e municipais não as qualificaram como essenciais, proibindo a realização de reuniões religiosas, que provocassem aglomerações. A título de exemplo o Decreto 33.519/2020 do Estado do Ceará suspendeu o funcionamento de Igrejas e Templos, bem como o Decreto 729/2020 do Estado do Pará, que ressalva a possibilidade de reuniões virtuais. A tradicional Festa Religiosa do Círio de Nazaré em Belém do Pará, que anualmente reúne milhões de pessoas em outubro, teve sua procissão cancelada e a programação realizada virtualmente, por decisão da Arquidiocese de Belém-PA (2020).

A partir daí iniciou-se o debate sobre a possibilidade de restrição a cultos religiosos. Reforce-se que nos termos da ADI 6341, o STF reafirmou a competência concorrente da União, Estados-Membros e Distrito Federal e a competência Suplementar dos Municípios para adoção de medidas restritivas no âmbito dos seus territórios.

O contexto da pandemia levantou um debate bastante polêmico: de um lado a necessidade de fechamento de cultos religiosos para conter as aglomerações e de outro a perspectiva da natureza essencial desta liberdade.

É certo que a crença religiosa é uma dimensão essencial à dignidade humana, mas no contexto de uma pandemia, em que o contágio é potencializado por aglomerações e as recomendações sanitárias determinam o isolamento social, é constitucional proibir a realização de reuniões religiosas?

Aplicando-se a máxima da proporcionalidade ante ao conflito entre liberdade religiosa e o direito à saúde tem-se o seguinte: 1) Os Decretos que restringem as reuniões religiosas são capazes de alcançar a finalidade de proteção da saúde, decorrente da Pandemia do COVID-19? (Máxima da Adequação). A resposta é sim, haja vista que a aglomeração social amplifica o contágio de uma doença que tem provocado muitas mortes. 2) Os Decretos que restringem as reuniões religiosas escolheram o meio menos gravoso para alcançar a proteção da saúde? (Máxima da Necessidade). Considerando que as manifestações religiosas não foram proibidas, exceto quando houvesse reunião de pessoas, deve-se admitir

que esta situação foi observada. Várias missas e cultos passaram a ser realizados virtualmente, permitindo aos indivíduos a manifestação de suas crenças. 3) As vantagens da proibição de reuniões religiosas superam as desvantagens desta limitação? (Máxima da Proporcionalidade em Sentido Estrito). Em face das muitas mortes oficialmente reconhecidas (e sabendo-se existir uma subnotificação dos casos pelas dificuldades e custos de testagem), é necessário reconhecer que ao se evitar contatos sociais, muitas vidas serão preservadas. Não se desmerece a importância das crenças religiosas para os indivíduos, vez que elas compõem a própria noção de uma vida digna para muitas pessoas. Mas admitindo-se que elas não foram proibidas (somente as aglomerações), entende-se que a restrição foi proporcional.

Por fim, é preciso destacar que as proibições de reuniões religiosas não ofendem a integridade do ordenamento jurídico, que se mantém hígido e coeso, vez que há a preservação dos direitos fundamentais e a laicidade do Estado não resta afetada, por não obrigar as pessoas a professarem ou não professarem uma fé.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais têm indiscutível importância na sociedade. Sua denominação já carrega esta ideia. Herança do Estado Liberal, foram estabelecidos inicialmente para impedir o Estado de interferir na esfera particular do indivíduo de forma a prejudicá-lo e impedi-lo de exercer com integridade suas escolhas e sua dignidade humana.

Posteriormente, a sua consolidação provocou a sua imposição também a relações privadas, de forma que os particulares, tanto quanto o Estado, passaram a estar obrigados a respeitar os direitos de todos os indivíduos. Foi o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos.

Dentre suas características, estão a relatividade, que permite a imposição de restrições, para harmonizar a convivência com outros direitos e com os direitos de outros indivíduos, e também a irrenunciabilidade. Segundo esta, um titular não pode abrir mão de um direito fundamental, embora o gozo não seja obrigatório, aceitando-se a abstenção de uso e concretização.

A vida e a proteção à saúde podem, portanto, não ser priorizadas por seu titular, o que não constituirá ilícito nem atrairá a aplicação de sanções. Mas a autonomia de sua vontade encontrará obstáculo, caso suas condutas tenham poder de violar a vida e a saúde de outras pessoas, em função da eficácia horizontal dos direitos de todos os indivíduos.

Assim, em meio a uma pandemia, como a de COVID-19, que surpreendeu a humanidade e teve repercussão na vida social, afetando muitos direitos fundamentais, o Estado poderá legitimamente impor condutas com vistas a preservar a vida e a saúde das pessoas. Mesmo que estas signifiquem estabelecer restrições a outros direitos fundamentais, como a liberdade.

Além da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as medidas governamentais de enfrentamento à pandemia que limitam a liberdade também são legítimas em função da relevância dos bens jurídicos que se visa a proteger, ou seja, a vida e a saúde. Afinal, a existência de todos os outros direitos fundamentais somente se justifica diante da existência de vida. E esta somente se torna viável, mediante a existência de saúde.

Neste sentido, é proporcional restringir as liberdades de locomoção, reunião e culto, de forma provisória, conforme visto em todo o território brasileiro, para enfrentar a pandemia e conservar a vida e saúde dos indivíduos. É adequado, necessário e proporcional.

É de se elogiar, inclusive, que a excepcionalidade não tenha sido causa de decretação de estados de exceção, pois os direitos fundamentais restam mais protegidos.

Contudo, não se pode utilizar a pandemia, bem como a ideia de supremacia de interesse público ou as características dos direitos fundamentais, para legitimar toda e qualquer medida de restrição a eles. Ações extremas e desnecessárias a sua conservação devem ser rechaçadas, pois experiências históricas já demonstraram que ditaduras foram implantadas e mantidas sob o argumento da necessidade de se restringir liberdades em nome da proteção de interesses coletivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In.: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. V.17, 1999. p. 267-279

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

ALEXY, Robert. **Theory of Constitutional Rights**. Great Britain: Oxford, 2010.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. **Revista Direito GV**. vol. 4, n. 2, p. 493-516, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/JGPV7ZMYCKJyCgTNPcQHVZB/?lang=pt>>. Acesso em: 15 out. 2022.

ARQUIDIOCESE DE BELEM DO PARÁ. **Comunicado Oficial – Círio 2020**. Disponível em: <https://arquidiocesedebelem.com.br/pautas_e_notas/comunicado-oficial-cirio-2020/>. Acesso em 21, nov. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liminar na ADI 6341**. Min. Rel. Marco Aurélio Melo. DJE 16, abr. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>>. Acesso em 21, out, 2022.

BUNDESTAG, Deutscher. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradutor: Assis Mendonça Aachen. E-book, 2022. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 11, out. 2022.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo e BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. In: **Revista de Ciência e saúde coletiva**, vol.18, no.9, Rio de Janeiro, set. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900024&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 11, nov. 2022.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos, comparada à dos modernos. In: **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM, 1985.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 36 ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

LOPES, Ana Maria D'Avila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In.: **Revista de Informação Legislativa**. A.41. n. 164, out/dez/2004, p. 7-16.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Como é transmitido (COVID-19)**. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#transmissao>>. Acesso em 13, nov. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, direitos fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS BRASIL. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812>. Acesso em 01, nov. 2022.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

UNIVERSIDADE ABERTA DO SUS – UNA-SUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus**. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em 12.10.2020.