
COVID-19 E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PONDERAÇÃO COMO TÉCNICA DE PROTEÇÃO DA ORDEM JURÍDICO-SOCIAL

COVID-19 AND FUNDAMENTAL RIGHTS: WEIGHTING AS A TECHNIQUE FOR THE PROTECTION OF THE LEGAL-SOCIAL ORDER

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2009); Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003); graduado em Direito em (1997) e em Relações Internacionais pela mesma Universidade (2000); Professor titular na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS; Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8374-3920>.

ABNER DA SILVA JAQUES

Mestrando em Direito pela UFMS, com bolsa CAPES; graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2018); pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, em Mato Grosso do Sul (IBET/MS); e pós-graduando em Direito Ambiental, Agrário e Urbanístico pela UNISC, em parceria com a CFOAB/ENA.

RESUMO

Objetivo: atualmente o mundo sofre com a contaminação comunitária de um novo coronavírus (Sars-Cov-2) que, inclusive, resultou no reconhecimento do estado de pandemia pela Organização Mundial da Saúde. No Brasil, diversas têm sido as medidas formuladas com a finalidade de prevenir e controlar a contaminação. Dentre



elas, tem-se medidas potencialmente capazes de restringir o conteúdo de direitos fundamentais, razão pela qual o objetivo da pesquisa será analisar se algumas das medidas sem mostram proporcionais enquanto instrumentos para controle e prevenção ao COVID-19. Assim, a problemática discutida tentará dar resposta ao seguinte questionamento: A partir da aplicação da técnica da ponderação, é possível identificar ofensas desproporcionais aos direitos fundamentais à locomoção e inviolabilidade dos dados pessoais, decorrentes das medidas adotadas para combate à pandemia da COVID-19?

Metodologia: o método utilizado será o hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas, documentais e análise de dados secundários, com a finalidade de construir um estudo exploratório e aplicável na realidade jurídica.

Resultados: Sopesando-se esse conflito, tem-se que as medidas abordadas para a restrição de direitos fundamentais muitas vezes padecem de necessidade e, principalmente da proporcionalidade em sentido estrito.

Contribuições: as contribuições da pesquisa indicam um conflito entre a busca pela efetivação do direito à saúde – para o controle comunitário do vírus – e outros direitos fundamentais relacionados à liberdade de locomoção e à inviolabilidade do sigilo dos dados pessoais.

Palavras-chave: covid-19; direito fundamental à inviolabilidade dos dados pessoais; direito fundamental à locomoção; ponderação; proporcionalidade.

ABSTRACT

Objective: *currently the world suffers from community contamination of a new coronavirus (Sars-Cov-2), which has even resulted in the recognition of the pandemic state by the World Health Organization. In Brazil, several measures have been formulated with the purpose prevent and control contamination. Among them, there are measures potentially capable of restricting the content of fundamental rights, which is why the objective of the research will be to analyse whether some of the measures are not proportionate as instruments for the control and prevention of COVID-19. Thus, the issue discussed will attempt to answer the following question: From the application of the weighting technique, is it possible to identify disproportionate offenses to the fundamental rights to locomotion and inviolability of personal data, resulting from the measures adopted to combat the pandemic of COVID-19?*

Methodology: *The method used will be the hypothetical-deductive, based on bibliographic, documentary research and analysis of secondary data, in order to build an exploratory study and applicable in the legal reality.*



Results: *Thus, weighing up this conflict, the measures addressed to restrict fundamental rights often suffer from necessity and, mainly, from proportionality in the strict sense.*

Contributions: *The research contributions indicate a conflict between the search for the realization of the right to health – for the community control of the virus – and others fundamental rights related to freedom of movement and the inviolability of the confidentiality of personal data.*

Keywords: *covid-19; fundamental right to the inviolability of personal data; fundamental right to locomotion; weighting; proportionality.*

1 INTRODUÇÃO

No final do ano de 2019, em Wuhan (Província de Hubei, na China), foi identificado um surto contínuo de síndrome respiratória provocado por meio de um novo coronavírus (Sars-Cov-2). Os estudos até então formulados nas ciências de saúde não foram capazes de identificar a situação que ocasionou o surgimento do vírus.

Dentre os mais de 100 (cem) países afetados com surtos comunitários da COVID-19, justificando, inclusive, o reconhecimento de uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a China se destacou com um poder de redução de mais de 90% (noventa por cento) dos casos em seu território, de modo que, em termos de tratamento de dados numéricos, conseguiu achatar a curva de transmissão do vírus e superar o estado de contaminação comunitária para esporádica.

No Brasil, como a contaminação comunitária não atingiu ainda seu pico, diversas têm sido as medidas adotadas com a finalidade de tentar dar uma efetiva resposta de controle e prevenção à COVID-19. Dentre as várias medidas disponíveis, destacam-se duas que serão objeto de maior análise: a) a tentativa de formação e manejo de um banco de dados pelo Poder Público, cuja iniciativa foi tomada por meio da inserção do artigo 6º na Lei nº 13.979/2020 e com a edição da Medida Provisória nº 954/2020; b) a restrição de locomoção possibilitada por meio



do artigo 3º, da Lei nº 13.979/2020, que autoriza o Poder Executivo (seja no âmbito estadual, municipal, distrital ou federal), a determinar medidas de restrição de trânsito, isolamento, quarentena e – indiretamente – toque de recolher.

A partir disso, o objetivo da pesquisa será analisar se as medidas acima citadas se mostram razoáveis enquanto instrumentos para controle e prevenção ao COVID-19. Assim, a problemática discutida tentará dar resposta ao seguinte questionamento: A partir da aplicação da técnica da ponderação, é possível identificar ofensas desproporcionais aos direitos fundamentais à locomoção e inviolabilidade dos dados pessoais, decorrentes das medidas adotadas para combate à pandemia da COVID-19?

Para a construção do estudo, no primeiro item será abordado sobre as primeiras impressões sobre as medidas de prevenção e controle da COVID-19 no contexto mundial e, especialmente, acerca das principais medidas e instrumentos normativos elaborados no Brasil.

No segundo item, buscará analisar o controle judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal nas medidas elaboradas, seja por gestores municipais, estaduais, distrital ou federal, com ênfase no conteúdo das decisões proferidas na: a) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; b) ação de suspensão de segurança nº 5.362-PI, sob relatoria do ministro Dias Toffoli e; na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387, sob relatoria da Ministra Rosa Weber.

Já no terceiro item, serão analisadas se a) a tentativa de formação e manejo de um banco de dados pelo Poder Público, cuja iniciativa foi tomada por meio da inserção do artigo 6º na Lei nº 13.979/2020 e com a edição da Medida Provisória nº 954/2010 e; b) a restrição de locomoção possibilitada por meio do artigo 3º, da Lei nº 13.979/2020, que autoriza o Poder Executivo (seja no âmbito estadual, municipal, distrital ou federal), a determinar medidas de restrição de trânsito, isolamento, quarentena e – indiretamente – toque de recolher, são passíveis, a partir da aplicação da regra da ponderação, de resultar em ofensa aos direitos fundamentais à locomoção e/ou à inviolabilidade dos dados pessoais.



O método utilizado será o hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas, documentais e análise de dados secundários, com a finalidade de construir um estudo exploratório e aplicável na realidade jurídica.

2 PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO E CONTROLE DA COVID-19 NOS CONTEXTOS MUNDIAL E BRASILEIRO

A China, enquanto primeiro país a registrar os surtos respiratórios, firmou uma parceria com a OMS, com a finalidade de buscar respostas emergenciais ao problema de saúde pública. Desse modo, foram criados, ainda em dezembro de 2019, dois grupos de trabalhos, denominados “*Joint Prevention and Control Mechanism*” e “*Central Leadership Group for Epidemic Response*”, para identificar medidas de prevenção e controle ao COVID-19 (WANG *et. al.*, 2020).

A atuação desses grupos pode ser dividida em três etapas. A primeira, ainda no momento inicial do surto, buscou prevenir a contaminação do vírus em outras províncias além de Hubei, bem como identificar a fonte inicial do vírus e se seria o caso de contaminação zoonótica¹ (WANG *et. al.*, 2020). Ainda que essa primeira etapa não tenha sido um sucesso no que tange à contenção do vírus, houve avanço nas medidas adotadas, sobretudo para gerenciar o contato entre as pessoas e aplicação de testes laboratoriais para minoração dos riscos de óbito (OMS; CHINA, 2020).

A segunda etapa contou novamente com a tentativa de evitar a exportação do vírus de Hubei a outras províncias, mas principalmente foram tomadas medidas de prevenção para impedir a importação do vírus de Hubei, com a pretensão de restringir a propagação numérica de contaminações. Por isso, houve determinações de restrição no tráfego de pessoas entre Provinciais e na região entorno de Wuhan foi sanitariamente isolada. Neste ponto, ainda, aprimoraram-se os tratamentos dos

¹ Uma contaminação zoonótica ocorre quando há a transmissão de parasitos, fungos, vírus, entre outros de animais ao homem. Inclusive, esta é uma das suspeitas – que ainda não foram objeto de confirmação científica – para a causa de surgimento da primeira transmissão, porquanto o vírus SARS-COV-2 possui similitudes genômicas a outro vírus identificados em morcegos, na China.



casos confirmados, com o consequente isolamento social equarentena às pessoas próximas que tiveram contato com os infectados (OMS; CHINA, 2020).

O trânsito de pessoas na China foi reduzido consideravelmente, ao passo que também houve amplo investimento na construção de hospitais, na formação de equipes técnicas para monitoramento da pandemia e identificação de novos contaminados. Um ponto muito importante foi a constante divulgação de informações e orientações sobre a propagação do vírus, como um aparente mecanismo de controle social com base no risco² (OMS; CHINA, 2020).

A terceira etapa se preocupou com medidas implementáveis para prevenção do contágio em locais públicos, com a monitoração constante das pessoas em grupo de riscos – utilização de inteligência artificial e *big data*³–, e com políticas econômicas para ampliação de programas de seguro de saúde por parte do Estado Chinês (OMS; CHINA, 2020).

Todo o processo de cuidados que teve a China com o controle da pandemia representa a sua preocupação nos últimos anos: a gestão planejada de situações imprevisíveis e de riscos, sobretudo no campo econômico, a partir de uma centralização das medidas a serem adotadas, todas em nome da República, com a delegação de competências às províncias e demais setores. É por esse motivo que o Estado Chinês tem conseguido atender de maneira eficaz sua população e com uma baixa métrica do contágio para seu coeficiente populacional (OMS; CHINA, 2020).

² A ideia de controle social por meio da notificação de risco é uma medida que consiste em tornar públicas informações sobre dificuldades na gestão do risco. Essa técnica é tratada por Hans Jonas como heurística do medo, pois entende que diante da sensação de temor é possível alterar as condutas do ser humano, tendo por finalidade evitar prognósticos negativos. Ou seja, valendo-se de uma visão futurista e caótica, despertar-se-ia no indivíduo um sentimento de reflexão, capaz de emergi-lo em medo e, conseqüentemente, fazê-lo a agir de maneira a redirecionar suas condutas, evitando prognósticos negativos (JONAS, 2006).

³ Apesar de não ter uma uniformidade conceitual – muito em razão de ser um tema atual, que constantemente sofre contribuições em seu conteúdo – o uso de big data está relacionado à produção excessiva de dados e, portanto, à tentativa de datificar toda uma sociedade. Na China, por exemplo, sua utilização serviu como mecanismo de tomada de decisão em tempo imediato, justamente com a finalidade de impor restrição de locomoção aos cidadãos e, especificamente aos contaminados, identificar seus contatos com outras pessoas.



Para ressaltar as medidas de prevenção e controle adotadas pela China, é válida uma comparação⁴, com a situação nos Estados Unidos da América (EUA). Segundo dados da OMS, até 30 de abril de 2020, os EUA, que possuem uma população aproximada de 333.000.000 (trezentos e trinta e três milhões de pessoas), registrou mais de 1.000.000 (um milhão) de casos confirmados de contaminação por COVID-19, com um número de 52.428 (cinquenta e dois mil, quatrocentos e vinte e oito) mortes (OMS, 2020), enquanto que a China, até a mesma data, havia registrado, junto à OMS, a transmissão do vírus a 84.373 (oitenta e quatro mil, trezentos e setenta e três) pessoas, com um número aproximado de 4.643 (quatro mil, seiscentos e quarenta e três) mortes⁵ (OMS, 2020).

A experiência no controle da contaminação nos Estados Unidos da América foi consideravelmente mais tardia se comparada às medidas adotadas na China. Enquanto neste país a preocupação e a emissão de relatórios se deram logo nas primeiras semanas de contágio, inclusive com amplo diálogo com a OMS, aquele, mesmo em tendo um conhecimento sensorial maior sobre o assunto – porquanto já havia participado de um processo de observação da contaminação em outros países –, ainda assim protelou o momento inicial de prevenção e controle, de modo que os danos têm sido excessivamente graves⁶.

No que concerne ao Brasil, após a identificação dos primeiros casos do vírus em seu território, o país passou a adotar inúmeras medidas descentralizadas e locais para contenção dos riscos. Até o momento, dado o seu número populacional

⁴ As comparações formuladas neste capítulo são estritamente numéricas. Servem apenas para destacar a importância da análise dos casos de contaminações, com a finalidade de verificar, posteriormente, se há justificativa em eventuais restrições entre direitos fundamentais. Diferentemente da China, que possui um governo autoritário e que a compreensão sobre os Direitos Humanos é diversa do ocidente (em especial os relacionados à liberdade), os governos democráticos, como é o caso da Itália, Estados Unidos da América e Brasil (que serão abordados adiante), buscam efetivar um conteúdo axiológico maior à liberdade e, por conta disso, nos primeiros momentos demoraram a adotar medidas de distanciamento social.

⁵ Já a China, cujo território está entre os cinco maiores do mundo, possui uma população aproximada de 1,4 bilhão de pessoas (COUNTRYMETERS, 2020). Esses dados orientam a necessidade de uma maior reflexão sobre a adoção de medidas que sejam eficazes na contenção do vírus.

⁶ Essa situação é bem interessante porque coloca em cheque a liderança dos Estados Unidos em tentar oferecer uma resposta global à crise, de modo que privilegia a China como expoente na gestão global de riscos, tanto que tem sido o único capaz de dar assistência material aos demais países, fornecendo máscaras, orientações, kits de prevenções, respiradouros, dentro outros instrumentos essenciais.



de aproximadamente 220.000.000 (duzentos e vinte milhões de pessoas) (COUNTRYMETERS, 2020) – se comparado aos Estados Unidos – tem se mostrado mais efetivo na contenção dos riscos⁷.

No Brasil, previamente à primeira contaminação pelo vírus notificada ao Ministério da Saúde (MS), foi criado, por meio da Portaria MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-COVID-19), cujo ato primário consistiu na elaboração do ‘Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19’. Referido plano serviu para apresentar os níveis de respostas e as estruturas de comando a serem adotadas em cada caso⁸. Ainda, já foi declarado o Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), conforme previsão do Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011 (BRASIL, MS, 2020).

Para o enfrentamento direto à pandemia, destaca-se o conteúdo da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020⁹, tramitada em regime de urgência, que buscou dispor sobre as medidas para enfrentamento do Estado de ESPIN. Logo no §1º, do

⁷ Aqui a comparação já é válida, porque o critério de distinção entre os três países (Brasil, Itália e EUA) é apenas no número de população. Os três possuem governos democráticos, em que a definição sobre o conteúdo axiológico do direito à liberdade é semelhante. Portanto, o que difere na contenção e gestão dos riscos, está relacionado ao momento em que as medidas de distanciamento social passaram a ser tomadas.

⁸ No geral, o documento, para aplicação de uma resposta, busca compreender níveis de avaliação da contaminação sobre eficácia da transmissão no Brasil, propagação geográfica – seja entre humanos ou animais –, gravidade clínica da doença, vulnerabilidade da população local, adoção de medidas preventivas, como vacinas, por exemplo, e também orientações da OMS (BRASIL, MS, 2020).

⁹ Além das medidas descritas na Lei n. 13.979/2020, com a finalidade de equilibrar a economia, a concretização da saúde e o desenvolvimento social, várias outras foram adotadas pelo Poder Executivo Federal, tais como: i) A Lei nº 13.982/2020, que dispõe sobre a concessão de renda básica emergencial a trabalhadores informais, sem renda fixa, autônomos, entre outros, enquanto durar o ESPIN; ii) a concessão de crédito para manutenção de empregos, regulamentada por meio da Medida Provisória (MP) nº 935/2020; iii) a possibilidade de acordos coletivos para redução de salários e jornadas de trabalho, cuja previsão advém da Medida Provisória nº 936/2020; iv) A parceria da União com estados e municípios para liberação de recursos implementáveis na política de prevenção e controle ao coronavírus (MP nº 938/2020); v) A implementação de calendário escolar flexível, indicada na Medida Provisória nº 934/2020, que servirá como corolário da tentativa do distanciamento social vi); A isenção do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) em operações com crédito (Decreto nº 10.305/2020); vii) A prorrogação para entrega da declaração do Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF), para o dia 30 de junho, conforme Instrução Normativa nº 1.930/2020, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil; viii) A suspensão do pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), determinada por meio da Circular nº 897/2020, do Ministério da Economia e; ix) O adiamento do pagamento de contribuição previdenciária, autorizada por meio da Portaria nº 139/2020, do Ministério de Estado da Economia.



artigo 1º, há a indicação da motivação da norma jurídica, que é a proteção da coletividade (BRASIL, 2020a). Esta norma se apresenta como o principal instrumento jurídico para legitimar todas as decisões relacionadas à tentativa de controle da transmissão comunitária do vírus. Por conta disso, o artigo 3º traz as previsões das medidas que podem ser adotadas de modo concorrente pelas autoridades locais, estaduais e nacional, no âmbito de suas competências:

I - isolamento¹⁰; II - quarentena¹¹; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária [(ANVISA)], por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País e; b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020a).

Além dessas medidas, ainda é necessário pontuar o conteúdo do artigo 6º, *caput* e seu §1º, que prevê a obrigação de compartilhamento de dados entre órgãos e entidades de todos os âmbitos da Federação – inclusive podendo realizar solicitações às pessoas jurídicas de direito privado – desde que seja realizada por autoridade sanitária –, com a pretensão de identificar pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus (BRASIL, 2020a).

Diante da disciplina do *caput* do artigo 3º da Lei nº 13.979/2020, todas as autoridades, no âmbito de suas competências, poderão determinar as medidas disponíveis e necessárias para enfrentamento da emergência de saúde pública

¹⁰ O conceito de isolamento utilizado na Lei replica o mesmo conceito apresentado pelo Regulamento Sanitário Internacional, da OMS. Refere-se, portanto, à “[...] separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus” (BRASIL, 2020a).

¹¹ De igual modo, o conceito de quarentena utilizado pela norma possui guarida no Regulamento Sanitário Internacional da OMS, tratando-se de “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, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus” (BRASIL, 2020a).



(BRASIL, 2020a). Significa dizer que nos planos municipais e estaduais, os gestores poderão prover determinações que entendam relevantes para contenção ou prevenção de vírus¹², mesmo que as medidas adotadas resultem em restrição de direitos fundamentais. Inclusive, por força do §4º do mesmo artigo, há a determinação vinculativa e obrigacional da norma cujo descumprimento poderá resultar em responsabilização, nos termos de Lei específica¹³ (BRASIL, 2020a).

A delimitação expressa de aplicação de medidas mais relevante está descritas no §7º, do artigo 3º, que prevê que deverão ser previamente autorizados pelo Ministério da Saúde os casos de: isolamento; quarentena; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos e; autorização excepcional para importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na ANVISA, a serem determinados por gestores locais de saúde. Já as demais hipóteses descritas nos incisos III, IV e VII do mesmo artigo, poderão ser deliberadamente aplicadas pelos gestores locais (BRASIL, 2020a), sem prévio exame ou autorização do Ministério da Saúde.

3 O CONTROLE JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS MEDIDAS ADOTADAS PARA O COMBATE AO COVID-19

Apesar da preocupação em conceder respostas rápidas para prevenção e controle da contaminação comunitária do novo coronavírus, certamente que as medidas adotadas pelo Poder Executivo (Federal, Estadual, Municipal, ou Distrital) ficam sujeitas ao controle repressivo pelo Poder Judiciário, sobretudo em casos que representem ofensas ou delimitações a direitos fundamentais. Desde a sanção da

¹² É importante ponderar a previsão do §1º, do artigo 3º da mencionada Lei, que determina que: “As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública” (BRASIL, 2020a).

¹³ Não há menção expressa sobre qual a responsabilização que estará passível ao agente que não cumprir a determinação legal.



Lei nº 13.979/2020, diversos pontos tiveram sua constitucionalidade questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, seja diante de ato Poder Executivo Federal ou atos praticados por gestores municipais, estaduais e/ou distrital, com base em autorização conferida pela Lei mencionada.

O primeiro caso decorre da própria multiplicidade de agentes que podem desempenhar as competências indicadas na Lei nº 13.979/2020. sobretudo as que importam em restrição de pessoas e uso de locais públicos. Essa previsão gerou instabilidade no sistema de gestão e político brasileiro, na medida em que resultou na emissão de inúmeros decretos, determinando a restrição de locomoção (em locais e horários), de trânsito intermunicipal, suspensão de atividades empresariais, entre outras; e revelou um descompasso entre os objetivos de gestores locais e o próprio Poder Executivo Federal, quanto à efetividade e importância das medidas que estão sendo tomadas, com a preocupação deste voltada à manutenção da estabilidade econômica que até então vinha sido construída¹⁴.

Diante dessa situação, com a pretensão de efetivar as medidas locais adotadas e garantir a autonomia dos Poderes Executivos municipais, estaduais e distrital, houve a proposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal, ocorridos durante a pandemia. O argumento que justificaria a medida judicial seria de que o “[...] governo [Federal] nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária” (BRASIL, STF, 2020a), de modo

¹⁴ Como exemplo para esse descompasso de objetivos destaca-se a pretensão de adotar o ‘isolamento vertical’, que consiste em determinar que as medidas de distanciamento social, especialmente a quarentena, se destinasse apenas às pessoas que compõem os grupos de riscos (com idade superior a sessenta anos ou com doenças graves, como bronquite, lúpus, chagas, entre outras). A ideia que chegou a ser pensada, por exemplo, - não apenas no Brasil mas também no Estados Unidos da América – é a chamada ‘efeito rebanho’, que consiste no ato voluntário de se contaminar propositalmente com o vírus para, após, ficar imune às doenças causáveis por ele, em caso de superação de seus efeitos. Certamente essas ideias foram rechaçadas nos âmbitos locais, que mantiveram as medidas de distanciamento social adotadas como forma de prevenir a contaminação do vírus.



que poderia vir a embaraçar as medidas adotadas e, mais que isso, ofender o Pacto Federativo.

Em decisão liminar proferida pelo ministro Alexandre de Moraes, foi reconhecida a importância das decisões de governos municipais, estaduais e distrital, sob o argumento de que a competência para concretização da saúde pública é concorrente e, portanto, as medidas passíveis de aplicação nos âmbitos locais podem complementar legislações federais, desde que exista ato jurídico fundamentado com base no interesse local (BRASIL, STF, 2020a):

As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, observando-se, de “maneira explícita”, como bem ressaltado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, ao conceder medida acauteladora na ADI 6341, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”. Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas [...] (BRASIL, STF, 2020a).

O conteúdo dessa decisão deixa nítida que a emergência para enfrentamento à pandemia exige uma cooperação mútua entre os Poderes Executivos da Federação. Mas, mais importante do que reconhecer a existência de uma competência concorrente, é atribuir a motivação das medidas adotadas sob o pálio do interesse local, justificável especialmente por meio de relatórios técnicos. Nesse sentido, destaca-se que o artigo 3º, inciso VI, da Lei nº 13.979/2020, exige além do interesse local para medidas restritivas de locomoção (interestadual ou intermunicipal), a recomendação técnica e fundamentada da ANVISA, para evitar vilipêndios ao direito fundamental à locomoção (BRASIL, 2020a).

Sobre esse ponto, é válido destacar outra decisão proferida no bojo da ação de suspensão de segurança nº 5.362-PI, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), sob relatoria do ministro Dias Toffoli, que, ao analisar decreto editado pelo Estado do Piauí em juízo perfunctório, compreendeu pela indispensabilidade de laudo técnico para adoção de medidas restritivas no direito de locomoção (BRASIL,



STF, 2020b); ou seja, sustentou que o poder discricionário no exercício da competência concorrente exige comprovação científica de sua efetividade:

Não é demais ressaltar que a gravidade da situação por todos enfrentada exige a tomada de providências estatais, em todos as suas esferas de atuação, mas sempre através de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes, e fundadas em informações e dados científicos comprovados.

Bem por isso, a exigência legal para que a tomada de medida extrema, como essa ora em análise, seja sempre fundamentada em parecer técnico e emitido pela ANVISA. Na presente situação de enfrentamento de uma pandemia, todos os esforços encetados pelos órgãos públicos devem ocorrer de forma coordenada, capitaneados pelo Ministério da Saúde, órgão federal máximo a cuidar do tema, sendo certo que decisões isoladas, como essa ora em análise, que atendem apenas a uma parcela da população, e de uma única localidade, parecem mais dotadas do potencial de ocasionar desorganização na administração pública como um todo, atuando até mesmo de forma contrária à pretendida (BRASIL, STFb, 2020).

Diante dessas considerações, é possível verificar que a caracterização da situação de pandemia – ainda que já em surto de contaminação comunitária no Brasil – não justifica a adoção de medidas arbitrárias que padeçam da motivação necessária à formulação de normas jurídicas ou tomadas de decisões administrativas; pelo contrário, conforme a construção que tem sido feita pelo Supremo Tribunal Federal, a motivação na tomada de decisões e, portanto, formulação de normas jurídicas (sejam Leis ou Decretos), exige a presença de interesse local (BRASIL, STF, 2020a) e certeza científica na concretude da medida¹⁵

¹⁵ Neste ponto, destacam-se duas medidas que colidem diretamente com a intenção de se concretizar o interesse local e necessidade de um prévio exame técnico capaz de atestar a eficácia do ato:

1. O artigo 4º, inciso VIII, do Decreto nº 47.006/2020, do Estado do Rio de Janeiro, previu a suspensão, pelo prazo de quinze dias, da circulação de transporte intermunicipal de passageiros, que liga a região metropolitana à capital do Rio de Janeiro, apenas com exceção nos casos de barcas e trens. Ainda, houve a edição do Decreto nº 47.019, também do Estado do Rio de Janeiro, que ampliou a restrição de trânsito aos municípios de Pinheiral, Barra Mansa e Volta Redonda (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020). De todo modo, referidos decretos foram objetos de Ação Cível Pública (ACP) proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), que ao ser recebida e processada teve concedida decisão liminar para o fim de suspender a eficácia dos decretos, sob o seguinte fundamento: “[...] em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, notadamente aqueles inscritos como fundamentais na Constituição Federal, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Assim, mesmo em situações emergenciais, deve preponderar a ponderação e o equilíbrio entre as medidas restritivas adotadas e os objetivos perseguidos pelo poder público” (TJRJ, 2020).



(BRASIL, STF, 2020b). Evidentemente que o estado de calamidade pública na saúde brasileira exige um esforço coletivo para controle e combate à propagação do COVID-19, mas diante da preponderância dos direitos fundamentais são elementares maiores exames técnicos para identificar se não há possíveis vilipêndios à ordem constitucional.

Há outra decisão também que se mostra importante no controle judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que foi a proferida em caráter liminar pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387, tendente à discussão judicial sobre a Medida Provisória (MP) nº 954, de 17 de abril de 2020. A MP impunha às Empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP o dever de “[...] disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas” (BRASIL, 2020b). Ao ser analisada a questão suscitada, foi determinada a suspensão de sua eficácia, sob o fundamento de inexistência de urgência ou interesse público coletivo que justifique a edição da MP e, principalmente, em razão da ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados, cuja consequência pode resultar em ofensa ao direito à inviolabilidade do sigilo dos dados pessoais dos cidadãos (BRASIL, STF, 2020c).

Frise-se que apesar de não ser diretamente analisado o conteúdo do artigo 6º, *caput* e §1º, da Lei nº 13.982/2020, a transcendência dos efeitos dessa decisão serve como parâmetro para aplicação da norma jurídica, porquanto orienta que medidas como essa – de compartilhamento de dados –, em um estado democrático, são excessivamente temerosas e a aplicação depende de um profundo exame em

2. O Estado de São Paulo editou o Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020, com a finalidade de decretar quarentena no Estado de São Paulo. Para tanto, por meio do artigo 2º, determinou a suspensão das seguintes atividades: “I - o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, especialmente em casas noturnas, “shopping centers”, galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas; II - o consumo local em bares, restaurantes, padarias e supermercados, sem prejuízo dos serviços de entrega (“delivery”) e “drive thru” (ESTADO DE SÃO PAULO, 2020a). A discussão sobre essa medida está relacionada ao interesse que possuiria o Governador do Estado de São Paulo em editar Decreto que vinculam outros gestores municipais e que, inclusive, não evidencia seu interesse local, especialmente para determinar fechamento de ramos de atividade em municípios que à época do primeiro Decreto de quarentena sequer tinham registros de contaminações.



hard case. O conteúdo desse dispositivo, apesar de ainda não possuir uma regulamentação própria – o que o torna em norma jurídica em branco, porque há um antecedente em sua regra matriz, sem um conseqüente jurídico que torne líquida uma imposição – nada mais busca do que a possibilidade de criar um banco de dados (*big data*) sobre os cidadãos.

Todas as decisões acima mencionadas foram proferidas em juízo cautelares e, portanto, estão sujeitas a um novo reexame em seu conteúdo, pelo órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal. De todo modo, é necessária uma profunda análise das medidas que estão sendo adotadas pelo Poder Executivo (federal, estadual, municipal e/ou distrital), a partir da técnica da ponderação, para verificar se há legitimidade na restrição/limitação da eficácia dos direitos fundamentais, diante do Estado de ESPIN.

4 A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO NAS MEDIDAS ADOTADAS EM RESPOSTA À COVID-19

A situação de emergência na saúde pública, decorrente da transmissão comunitária de um vírus, certamente pode servir como justificativa para adoção de medidas capazes de restringir direitos fundamentais, afinal, como bem ressalta Sarlet (2001, p. 10) “[...] a saúde¹⁶, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros; ou seja, o Estado (assim como os demais particulares) tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer no sentido de prejudicar a saúde” e, complementarmente, de tomar decisões capazes de dar concretude ao conteúdo axiológico do direito, pois, consoante os ensinamentos de José Afonso da Silva (2008, p. 178) a teleologia dos direitos fundamentais “[...] é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma

¹⁶ O direito à saúde possui previsão no artigo 196 da Constituição Federal, que disciplina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988, CRFB).



convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”, sem as quais, a pessoa humana não se realiza e, no caso da saúde, sequer sobrevive.

A grande questão por detrás do debate que se pretende dirimir com o presente estudo está relacionada à tentativa de compreender até que ponto a ilusão de preocupação de efetivação do direito à saúde pode restringir outros direitos fundamentais, principalmente quando diante da ausência de um estudo aprofundado e capaz de dirimir a coalisão dessas categorias de direitos.

Antes de adentrar ao exame ponderativo das medidas selecionadas, é elementar apresentar uma ressalva sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro. Esses direitos, independentemente da dimensão¹⁷, se tratam de direitos de defesa dos cidadãos que, conforme Canotilho (2003, p. 407), possuem dupla ótica, porquanto constituem “[...] normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; [que] implicam, [para os cidadãos] no poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos”. Sob essa premissa é possível dizer que, diante da carga axiológica, corroborada por meio do conteúdo do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal¹⁸, os casos de restrição de direitos fundamentais deverão ser detidamente ponderados e realizados a partir de um procedimento formal rigoroso.

A restrição de direitos fundamentais é possível num sistema democrático, mas como bem sustenta Canotilho (2003), ela fica adstrita à própria comprovação de sua validade, da finalidade da Lei que determina a restrição, do julgamento subjetivo no âmbito da proteção do direito e, principalmente, aos limites impostos na Constituição Federal. Há diversos casos – na própria Carta Política, por exemplo –,

¹⁷ Assim como os Direitos Humanos, os Direitos Sociais se apresentam em dimensões, pois decorrentes de lutas e conquistas históricas. Neste ponto, opta-se pela expressão “dimensão” ao invés de “geração”, pois como bem explicam Rocasolano e Silveira (2011, p. 69-70), as dimensões dos direitos humanos se completam, na medida em que aqueles mais recentes tomam como pressuposto ou ponto de partida os anteriores, especialmente para conseguir explicar sua relevância no cenário jurídico. Contudo, é de se reconhecer que não se pode chamar de despicienda a ‘teoria das gerações dos direitos humanos’, uma vez que a partir dela é possível identificar – e melhor explicar – os fatos históricos relevantes e os protagonistas que atuam na formação de uma nova ‘geração/dimensão’.

¹⁸ Referido dispositivo remete à aplicação imediata das normas informadoras de direitos fundamentais (BRASIL, CRFB, 1988).



que autoriza a restrição de direitos fundamentais; contudo, em situação semelhante a que perpassa o mundo, as inúmeras medidas delimitativas de direitos fundamentais que vêm ocorrendo, especialmente por meio de Decretos, são justificadas a partir de dois instrumentos: Estado de Defesa e Estado de Sítio.

Portanto, a ressalva que se compreende necessária de construir, em primeiro momento, é que: o mecanismo utilizado pelo Estado Brasileiro para determinar a restrição de direitos fundamentais, seja no direito à locomoção, à inviolabilidade do sigilo das informações e outros demais passíveis de ofensa diante das medidas adotadas, se legitimam por meio do decreto, pelo Presidente da República, do Estado de Defesa e, sendo insuficiente, após a autorização do Congresso Nacional, do Estado de Sítio. Isto porque, a Constituição Federal, para situação de restabelecimento de ordem pública decorrente de calamidade de grandes proporções na natureza e/ou de comoção grave de repercussão nacional, possibilita a adoção desses estados excepcionais, cuja consequência do seu reconhecimento é o manejo similar das medidas veiculadas na Lei n. 13.979/2020¹⁹.

Nesse ponto, não se questiona se materialmente poderia haver a limitação de direitos fundamentais – isso será objeto de análise adiante –; mas sim da forma constitucionalmente pensada para legitimar medidas passíveis de serem adotadas que influenciam no conteúdo de direitos fundamentais. Além do mais, esses estados são de competência do Poder Executivo Federal e, portanto, a dureza de seus atos derivam de representação nacional e não de agentes municipais, estaduais ou distrital. Deste modo, a sistemática mais coerente possível, especialmente com a finalidade de evitar um ‘estado de decretos formal e materialmente inconstitucionais’

¹⁹ 1. Para o caso de Estado de Defesa: “[...] I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes” (BRASIL, CRFB, 1988) e; 2. Para o caso de Estado de sítio: “[...] I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens (BRASIL, CRFB, 1988).



seria o reconhecimento de um dos Estados excepcionais (Defesa e/ou Sítio)²⁰, a emissão de decreto que dispõe sobre as medidas passíveis de aplicação e, por fim, a delegação das competências sobre o pretexto do interesse local²¹.

Ultrapassada essa questão, adentra-se ao exame da necessidade de ponderação das medidas adotadas para controle e prevenção à COVID-19. Isto se dá porque, em ordem de encontrar parâmetros adequados, há concomitante enfrentamento de paralaxes científicas, tais como conteúdo essencial, restrições (possibilidade de restrição ou regulação) e eficácia de direitos fundamentais. Desse modo, intenciona apresentar pontos nevrálgicos de preocupação que atinem às restrições impostas à privacidade, intimidade e sigilo de dados, como meios de controle sócio-sanitários.

Existe profícuo embate a respeito da natureza e extensão das limitações a direitos fundamentais. Alexy (2014), por exemplo, aborda sobre a possibilidade ou impossibilidade de limitação de direitos fundamentais. Em sua obra, inclusive, há referência a Friedrich Klein, o qual, ao adotar a Teoria Interna, professava ser impossível limitar prerrogativas fundamentais. Para elucidar os ensinamentos desse teórico, destaca-se o magistério de Sarlet (2009, p. 388), que de maneira elucidativa pondera que:

[...] um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já 'nasce' com os seus limites. Neste sentido, fala-se da existência de 'limites imanentes', que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se

²⁰ Apesar de se reconhecer que a utilização do Estado de Defesa ou Sítio são representações históricas graves adotadas no Brasil, durante a época do governo de militares, é importante reconhecer, em contrapartida, que a função do instituto sofreu alterações quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Em outros termos, em momento de retomada histórica da representação cidadã, o instituto ainda assim constou como instrumento à disposição da manutenção do interesse público. Portanto, não são válidas apenas apegos ou preciosismos históricos como justificativa da gravidade da adoção da medida quando, em verdade, há subsunção da situação vivenciada decorrente da pandemia à norma constitucional. Inclusive, o respeito à forma estabelecida na Constituição Federal é capaz de manter incólume o Estado Constitucional, pois as restrições de direitos fundamentais eventualmente realizadas estariam formalmente justificadas.

²¹ Ainda que não seja a via eleita para determinar a restrição de direitos fundamentais, é válido tecer uma segunda advertência: adotando como ponto de partida as autorizações descritas na Lei n. 13.979/2020 e considerando que elas, na maioria dos casos, importam em restrições de direitos fundamentais, seria elementar a atuação conjunta dos Poderes Executivos e Legislativos (municipais, estaduais e distrital) para que as determinações fossem feitas por meio de Lei e não decretos.



deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como 'desvantagens' normativas impostas externamente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico.

Noutro norte, a Teoria Externa, adotada por Silva (2014), pode ser entendida como a percepção dos direitos fundamentais em que há, em um plano, o direito *de per se* e, doutro lado, as suas restrições (ou o seu âmbito restritivo-interventivo). Para afeitos às ciências naturais, o âmbito restritivo, permitido pelo pálio constitucional, consiste numa superfície de contato com outras esferas jurídicas, sendo caracterizada por uma tensão superficial moldada por normas de fundamento constitucional (regras e princípios). Neste espectro, Alexy (2014, p. 277) aborda que:

Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.

A relevância de compreensão da possibilidade de restrição de direitos fundamentais, tanto por regra quanto por princípios, consiste na ciência de que, a priori, os direitos fundamentais são restringidos por normas de foro constitucional e, se necessário for, de modo contextual, podem experimentar restrição em seu conteúdo essencial relativo. Eis, aqui, o contexto hodierno. A profusão de contaminações pela COVID-19 criou um estado excetivo que, por contingenciamento sanitário - com inexorável implicações no direito à vida e à saúde -, mostrou-se possível, por ponderação de direitos e garantias constitucionais, criar restrições à liberdade de locomoção (isolamento, quarentena, restrições de transporte rodoviário), à livre iniciativa (impedimento de abertura de empreendimentos), ao exercício de atividade profissional, ao direito de reunião (vedação à acumulação em locais públicos), entre outros.



Retomando as medidas discutidas no capítulo anterior, que por sinal já foram objeto de apreciação em juízo perfunctório pelo Supremo Tribunal Federal, é possível visualizar, de plano, que seus conteúdos foram objetos de aprimoramento pela via jurisdicional, justamente pela tensão existente entre a concretização das medidas – que importa, por consequência, na delimitação do alcance de direitos fundamentais – e os próprios direitos fundamentais.

Para se compreender melhor a abordagem necessária nesses dispositivos, serão analisadas as seguintes medidas: a pretensão de uso de dados pelo Poder Público (art. 6º, da Lei n. 13.979/2020) e; b) os instrumentos que importam em restrição no direito de locomoção, especificamente em relação à determinação de toque de recolher.

Como já abordado anteriormente, em controle repressivo o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão cautelar de lavra da Ministra Rosa Weber, decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387, pela necessidade de suspensão da eficácia da Medida Provisória (MP) nº 954, de 17 de abril de 2020. A MP impunha às Empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP o dever de “[...] disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas” (BRASIL, 2020b).

De igual maneira, os atos administrativos que importam em restrição do direito de locomoção deverão ser detidamente estudados, pois além da presença dos requisitos que já indicou o Supremo Tribunal Federal (interesse local na medida e necessidade de certeza científica), é elementar identificar se não haveriam outras condutas a serem praticadas, que possam importar em menor ofensa à direitos fundamentais.

Ao buscar atribuir a maior eficácia ao direito fundamental, Silva (2014) propõe, o uso da técnica da ponderação enquanto regra de tipo especial, que serve para orientação para aplicação de outras regras. Para tanto, deve ser analisada a adequação, necessidade, grau de eficiência e proporcionalidade, para se efetivar um sopesamento capaz de tutelar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. No caso, há evidente conflito entre o direito à saúde, que serve como motivação dos



atos administrativos que estão sendo analisados e, ainda, direito à ao sigilo da intimidade e dos dados pessoais e à locomoção.

No plano da adequação, como bem ressalva Silva (2014), deve ser analisada se a medida adotada é suficiente para fomentar a realização do objetivo pretendido, desde que diante de um conflito de direitos fundamentais da mesma categoria.

1. No caso, a função não apenas da MP nº 954/2020, mas também da previsão do artigo 6º, da Lei nº 13.979/2020, seria a tutela da coletividade durante o estado de emergência em saúde pública. Entretanto, não há adequação entre a conduta pretendida – sobretudo no caso da Medida Provisória – e o direito fundamental que potencialmente pode ser ofendido, justamente porque o enfrentamento da crise atual na saúde pública não será superada por meio da formação de banco de dados pelo poder público.

2. De igual modo, no caso do toque de recolher, a justificativa está voltada à tutela da coletividade e controle da contaminação da COVID-19. Seu objetivo finalístico, se comparada à medida de tratamento de danos, é mais genuíno e possui potencial maior para concretizar o motivo pelo qual é utilizada. Entretanto, ainda assim, no plano da adequação, a utilização do toque de recolher abre margem para discussão, sobretudo diante da necessidade de ponderar o efeito da restrição do direito à locomoção com a efetividade de se concretizar um controle do vírus. Isto porque, por exemplo, na maioria dos municípios em que foram determinados toque de recolher, o comércio funciona – apesar das restrições de público e orientações sanitárias – normalmente, o que coloca em cheque a efetividade e certeza científica do toque de recolher.

Ademais, na mesma linha de ideias, tem-se a importância do exame da necessidade que, segundo Silva (2014), consiste no exame comparativo de medidas possíveis para alcançar um fim desejado. Assim, são duas as variáveis que norteiam a técnica: “[...] 1. A eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e 2. O grau de restrição ao direito fundamental atingido” (SILVA, 2014, p. 104). Em verdade, a necessidade pode ser entendida como a perseguição do meio menos gravoso ao direito fundamental ou aquele que apresente mais eficiência na



concretização do fim almejado. Portanto, em confronto entre as duas variáveis, é aconselhável a observância da que melhor impute eficiência. Significa dizer, deste modo, que “[...] no teste da necessidade não se deve perguntar se há medidas mais eficientes que a medida estatal adotada, mas apenas se há medidas tão eficientes quanto, mas que restrinjam menos o direito afetado” (SILVA, 2014, p. 105).

Para ambos os casos analisados, há alternativas capazes de atribuir grau de eficácia à construção do objetivo pretendido (tutela da coletividade e controle da emergência em saúde pública), como é o caso, por exemplo, do incentivo ao distanciamento social voluntário e exercício de políticas econômicas capazes de garanti-las. Não é elementar, portanto, uma restrição ao conteúdo do direito à locomoção e à inviolabilidade das informações pessoais, sobre o pretexto de tutela do direito à saúde.

Ademais, no exame da ponderação, é necessário identificar se há proporcionalidade nas medidas adotadas. Conforme os ensinamentos de Silva (2014), apenas a verificação de adequação e necessidade da medida adotada não é suficiente para atribuir a melhor finalidade, porquanto se poderia estar diante de situação eminentemente eficiente, mas que, em contrapartida, resulte em ampla restrição a outros direitos. Assim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito também é essencial, pois “[...] consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos” (2014, p. 109) e tem como função principal evitar exageros que, embora adequadas e necessárias, restrinjam em excesso direitos fundamentais. Nesse sentido, há categorias de questionamentos que devam ser feitas para garantir uma efetiva aplicação da regra de proporcionalidade e, principalmente, o conteúdo essencial de um direito fundamental.

1. No caso da tentativa de utilização de dados pessoais pelo Poder Público, não é possível identificar uma conotação que a relacione à efetividade do controle e prevenção ao COVID-19. Diferentemente do que ocorre na China, por exemplo, cujo regime de governo é autoritário, uma democracia não admite a restrição na inviolabilidade e no sigilo das informações, sem um pretexto efetivo de relevante perigo. Significa dizer, deste modo, que a pretensão de adoção de medidas como



essa importa em esvaziar por completo o conteúdo axiológico do direito fundamental cujo objetivo é a proteção da vida pessoal e intimidade dos cidadãos.

Além disso, no caso do artigo 6º, da Lei 13.979/2020 a inexistência de uma delimitação no alcance do dispositivo e, portanto, a proeminência de uma elasticidade na norma jurídica, exige, como meio de se garantir o conteúdo essencial do direito fundamental à inviolabilidade dos dados pessoais, o exame da proporcionalidade, justamente com a intenção de evitar adoção de medidas, inclusive por governos municipais, estaduais ou distrital que seja efetivamente temerária à ordem constitucional.

2. Em relação à delimitação do direito à locomoção, a adoção do toque de recolher não significa o esvaimento por completo do núcleo essencial do direito fundamental. Nesse sentido, conforme já vem sido advertido acima, é possível a compreensão da proeminência da medida, mas a partir da própria complementação que construiu o Supremo Tribunal Federal, ou seja, desde que imposta diante de repercussão de caráter local – portanto, por gestores municipais e nunca estaduais – e, principalmente, havendo recomendação técnica de que a medida possui efetividade elevada. Isto porque, falar-se em baixa efetividade, em termos de proporcionalidade, pode ser um risco ao direito à locomoção, na medida em que a restrição daquele direito fundamental será excessivamente gravosa se comparada à efetividade atribuída ao direito à saúde.

Diante dessas considerações, é possível compreender que as medidas que têm sido adotadas pelo Poder Executivo, sejam no âmbito municipal, estadual, distrital o federal, precisam ser detidamente analisadas, com a pretensão de não se permitir o esvaziamento do conteúdo essencial de outros direitos fundamentais, sob a premissa de se tutelar o direito à saúde.

5 CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa, compreendeu-se que o reconhecimento de uma pandemia, pela OMS – no contexto global –, e o estado de Emergência de Saúde



Pública de Importância Nacional – no plano interno – justificam a ideia de diversas medidas coletivamente pensadas, com a finalidade de superação do surto de contaminação comunitária do vírus propagador da COVID-19.

Conforme abordado, no Brasil, foi elaborada uma Lei ordinária geral (13.979/2020), que dispôs sobre as medidas jurídicas passíveis de adoção por governos municipais, estaduais, distrital e federal, com o objetivo de reestabelecer a ordem pública no que concerne à preservação da saúde. Nesse sentido, viu-se que o direito à saúde possui imensa importância no ordenamento jurídico, uma vez que seu conteúdo está intrinsecamente relacionado ao atendimento da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida. Assim, a tentativa de sua preservação tem sido o ponto de partida para que os âmbitos do Poder Executivo construam suas soluções de modo locais e concorrentes.

Entretanto, a pretensão de controle à transmissão comunitária do vírus não pode ser utilizada como fundamento para se ter como reflexo, o esvaziamento do conteúdo de direitos fundamentais. É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, vem realizando um controle repressivo sobre as medidas adotadas, seja para aperfeiçoá-las, como é o caso, por exemplo, de reconhecer a competência concorrente dos âmbitos do Poder Executivo em poderem, inclusive, suplantar o conteúdo de Federal, desde que sobreleve relevante interesse local na motivação do ato; seja para impor regras às medidas praticadas pelos gestores, como é o caso da necessidade de laudo técnico para a determinação de isolamento social ou quarentena; ou, ainda, na suspensão de eficácia da medida que buscava conceder ao Poder Público acesso a dados pessoais de cidadãos.

Como essas decisões foram proferidas em juízos cautelares, certamente depreenderão uma análise aprofundada, especialmente para verificar possíveis ofensas a direitos fundamentais. Para o exame em juízo meritório, certamente será elementar o uso da técnica da ponderação, a fim de buscar atribuir a maior eficácia ao direito fundamental. No caso, há evidente conflito entre o direito à saúde, que serve como motivação dos atos administrativos que estão sendo analisados e, ainda, direito à inviolabilidade do sigilo dos dados pessoais e à locomoção.



Desse modo, foi possível concluir que, ao serem realizados prévios exames, a partir da técnica da ponderação, nas determinações de toque de recolher e tentativa de uso de dados pessoais pelo Poder Público, as medidas padecem de adequação, necessidade e, principalmente, proporcionalidade, cuja consequência finda por ser a ofensa aos direitos fundamental à locomoção e à inviolabilidade dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DASILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília: Diário Oficial da União, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954, d3 17 de abril de 2020**. Brasília: Diário Oficial da União, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso em: 03 mai. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília: Diário da Justiça, 2020a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Brasília: Diário Oficial da União, 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 29 abr. 2020

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação de suspensão de segurança nº 5.362-PI**. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília: Diário da Justiça, 2020b. Disponível em:



<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5362.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387**. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília: Diário da Justiça, 2020c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adi-6387.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COUNTRYMETERS. **Dados sobre a população mundial** – atualizado em 2020. Brasil: Sítio online do contry meters, 2020. Disponível em: <https://countrymeters.info/pt>, Acesso em: 28 abr. 2020.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Decreto estadual n. 47.006 de 27 de março de 2020**. Rio de Janeiro: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTAyNDk%2C>. Acesso em 28 abr. 2020.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020**. São Paulo: Diário Oficial do Estado de São Paulo, 2020a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/193361>. Acesso em: 1º mai. 2020.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

OMS; CHINA. **Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)**. GENEBRA: Sítio online da OMS, 2020. Disponível em: <default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

OMS. **Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 101: Data as received by WHO from national authorities by 10:00 CES, 30 April 2020**. Genebra: Sítio online da OMS, 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200430-sitrep-101-covid-19.pdf?sfvrsn=2ba4e093_2. Acesso em: 29 apr. 2020.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **DIREITOS HUMANOS**: Conceitos, significações e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRIBUNAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Decisão em Ação Civil Pública nº 2.874-RJ**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/docs/ACP_Paulo_Afonso_barreiras_sanitarias_Decreto5.7662020.pdf/at_download/file. Acesso em: 26 abr. 2020.

WANG, Yixuan et. al. *Unique epidemiological and clinical features of the emerging 2019 novel coronavirus pneumonia (COVID-19) implicate special control measures*. In: **Journal of Medical Virology** - Special Issue on New coronavirus (2019-nCoV or SARS-CoV-2) and the outbreak of the respiratory illness (COVID-19): Part-III, vol 92, issue 6, jun-2020, p. 568-576. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/jmv.25748>. Acesso em: 28 abr. 2020.

