



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
CURSO DE DIREITO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO II**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA E A LEGALIDADE  
DAS MEDIDAS ADOTADAS NO BRASIL**

**ORIENTANDO (A): ANA LUIZA COSTA FRANÇA  
ORIENTADOR (A): PROF<sup>a</sup> DR<sup>a</sup>. FERNANDA DE PAULA FERREIRA MOI**

**GOIÂNIA**

**2023**

ANA LUIZA COSTA FRANÇA

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA E A  
LEGALIDADE DAS MEDIDAS ADOTADAS NO BRASIL**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de  
Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da  
Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a): Dr<sup>a</sup>. Fernanda de Paula Ferreira Moi

GOIÂNIA-GO

2023

ANA LUIZA COSTA FRANÇA

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA E A  
LEGALIDADE DAS MEDIDAS ADOTADAS NO BRASIL**

Data da Defesa: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Prof. (a): Dra. Fernanda Ferreira de Paula Moi

---

Nota

---

Examinadora Convidada: Prof. (a): Dra. Fernanda da Silva Borges

---

Nota

Quanto à Constituição, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. A persistência da Constituição é a sobrevida da democracia. [...] Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (Deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, na solenidade de promulgação da Constituição Federal, em sessão do dia 5 de outubro de 1988)

## RESUMO

O presente estudo pretende analisar os direitos fundamentais no cenário de pandemia enfrentado pelo Brasil recentemente. Busca-se responder como esses direitos positivados na Constituição Federal de 1988 e hierarquicamente superiores a demais disposições do ordenamento jurídico podem colidir entre si, implicando em uma limitação de um frente a outro. Na hipótese de conflito entre esses direitos, utiliza-se do juízo da ponderação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, para tentar solucionar tal situação. Na pandemia vivenciada pelos brasileiros, diversas foram as medidas adotadas em uma tentativa de conter o contágio pela Covid-19, resultando em certas limitações de direitos fundamentais, levantando questionamentos acerca de sua legalidade. A pesquisa será norteada pela revisão bibliográfica da significativa obra de Robert Alexy: “Teoria dos Direitos Fundamentais” e pela análise de casos concretos frente aos ensinamentos do jurista.

**Palavras-chave:** Pandemia. Direitos Fundamentais. Colisão. Proporcionalidade. Ponderação. Limites.

## **ABSTRACT**

The present study aims to analyze the fundamental rights in the pandemic scenario faced by Brazil recently. It seeks to answer how these positivized rights on the Federal Constitution of 1988 and hierarchically superior to other provisions of the legal system may collide with each other, implying a limitation from one to the other. In the event of a conflict between these rights, the judgment of weighting is used, applying the principle of proportionality, to try to solve this situation. In the pandemic lived by brazilians, several measures were adopted in an attempt to contain the spread of Covid-19, resulting in certain limitations of fundamental rights, raising questions about its legality.

**Keywords:** Pandemic. Fundamental Rights. Collision. Proportionality. Weighting. Limits.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>10</b>
1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL .....	11
1.2 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	14
1.3 A TEORIA AXIOLÓGICA DE ROBERT ALEXY .....	15
<b>2 APLICABILIDADE PRÁTICA DA TEORIA AXIOLÓGICA DE ROBERT ALEXY: UMA ANÁLISE DO HC 82.424/RS E A TEORIA DA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO ELLWANGER .....</b>	<b>19</b>
<b>3 A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL .....</b>	<b>255</b>
3.1 AS MEDIDAS APLICADAS PELO BRASIL DURANTE A PANDEMIA, SUA LEGALIDADE E A TEORIA DE ROBERT ALEXY .....	26
3.1.1 A LIMITAÇÃO AO DIREITO ÀS LIBERDADES INDIVIDUAIS .....	277
3.1.2 A LIMITAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E AO SIGILO DE DADOS ...	29
3.1.3 A LIMITAÇÃO AO ACESSO À INFORMAÇÃO .....	31
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>35</b>

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais ocupam local privilegiado no ordenamento jurídico por serem colocados em texto constitucional com garantias fundamentais. Entretanto, tais direitos não são absolutos, cabendo recair sobre eles algumas limitações, que serão analisadas no presente trabalho.

Desse modo, busca-se uma maior compreensão sobre as limitações aos direitos fundamentais a partir das medidas adotadas para o combate e controle do cenário pandêmico vivenciado pelo Brasil.

A pesquisa se valerá dos entendimentos do importante jurista Robert Alexy que, em sua obra “A Teoria dos Direitos Fundamentais”, defende que esses direitos podem, eventualmente, colidir-se entre si, sendo necessária uma solução ponderada em favor de um deles, aplicando a Lei de Colisão.

Em um primeiro momento, a pesquisa explicará sobre o histórico dos direitos fundamentais no Brasil e a lenta evolução que permitiu que esses direitos fossem consolidados e positivados na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, discorrerá sobre a colisão entre direitos fundamentais e a Teoria Axiológica do notório jurista Robert Alexy, a qual aborda a Lei de Colisão, do princípio da proporcionalidade e do juízo da ponderação para analisar casos concretos e os direitos fundamentais em conflito.

No segundo capítulo, analisará a principal referência de aplicação da Teoria Axiológica e seus aspectos no judiciário brasileiro: o Caso Ellwanger. Para tal, será necessário o exame dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede do HC 82.424/RS.

Por fim, fará uso do método comparativo para analisar as medidas adotadas pelo Brasil, principalmente a Lei 13.979/20 e a Medida Provisória 954/20, e pelos Estados e a aplicabilidade da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, verificando o caso concreto e a aplicabilidade dos princípios arguidos como essenciais para que possa ocorrer a proteção de um direito fundamental em face de outro.



Assim, ao final do presente trabalho, será possível compreender o contexto jurídico vivenciado pelo Brasil na pandemia e a legalidade das medidas adotadas durante esse período e como foi possível a limitação de direitos fundamentais em detrimento do interesse coletivo a partir do princípio da proporcionalidade e da Teoria Axiológica de Robert Alexy.

Importante ressaltar que a pesquisa se norteará pela revisão bibliográfica da significativa obra de Robert Alexy: “A teoria dos Direitos Fundamentais” e pela análise de casos concretos frente aos ensinamentos do jurista.

## 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A humanidade, a partir da ocorrência de diversos eventos históricos e da própria experiência em sociedade, identificou, em um primeiro momento, a necessidade dos valores humanos mais importantes serem resguardados como normas no ordenamento jurídico.

Em um segundo momento, pautados numa ideia de dignidade humana, e a fim de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, os direitos fundamentais se desenvolveram de forma a conceder mais garantias para que se assegurem direitos de liberdades, direitos sociais e direitos baseados nos princípios de solidariedade e fraternidade.

Os direitos fundamentais são aqueles que, atribuídos ao ser humano, são reconhecidos e positivados na Constituição de determinado Estado.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (DIMOULIS, MARTINS. 2012. p. 40.)

Notoriamente, esses direitos ocupam lugares privilegiados no ordenamento jurídico, visto que são colocados em texto constitucional juntamente a garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais, então, são forma de delimitar locais nos quais o poder estatal não poderá intervir, além de representar os fundamentos nas quais a comunidade se baseia. Logo, são a expressão e a garantia da liberdade pessoal de cada indivíduo que compõe a sociedade.

Apesar de semelhantes, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais faz-se necessária. Os direitos humanos, por possuírem conceito mais amplo, são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos (UNICEF, 2015) e são aplicados e reconhecidos em âmbito internacional. Desse modo, não dependem de norma constitucional que os consagre. Os direitos fundamentais, por sua vez, exigem a sua positivação no Estado por meio da

Constituição elaborada por cada local.

Marcelo Galuppo define direitos fundamentais como produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, direitos humanos estes que seriam entendidos como elementos de discursos morais justificados ao longo da história (GALUPPO. 2003, p. 233.).

Ainda que atualmente estejam consolidados e garantidos, a evolução e consolidação dos direitos fundamentais se deu através de árduas lutas e de forma lenta e gradual ao longo do tempo.

## 1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

O surgimento dos direitos fundamentais no Brasil está diretamente ligado às lutas enfrentadas pela sociedade. No país, assim como no mundo, esses direitos surgiram ao longo de diversos períodos e anos. Desse modo:

A história dos direitos fundamentais está correlacionada à história do constitucionalismo, à história do surgimento do Estado Constitucional e como fortalecimento e reconhecimento da ideia de proteção dos elementos da dignidade do homem. (MENDES. 2014. p. 135.)

No ano de 1964, houve no Brasil a instauração de um governo militar que controlou e regulou o país e todos os seus cidadãos por um período de 21 anos. Com esse regime, houve a interferência direta do Estado brasileiro em todos os setores da comunidade, não havendo sequer a aplicação dos direitos inerentes aos seres humanos, tais como a dignidade humana e a proteção da liberdade.

Durante o período de governança militar ocorreu a legitimação de diversas regras contrárias aos direitos humanos, tendo como principal a forte repressão de cidadãos brasileiros que se expressavam contrários ao regime imposto.

O Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, determinava a suspensão de eleições diretas para Presidente da República, a possibilidade de cassação de mandatos legislativos e a suspensão de direitos políticos. O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, concedia ao Presidente o direito de fechar o Congresso, determinava a extinção dos partidos políticos existentes e a não sujeição dos atos

dogoverno militar à investigação judicial. O advento dessas medidas repressivas demonstram a forma pela qual os militares no poder buscavam anular a resistência e os direitos de seus opositores.

O Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966, tornou indiretas as eleições para governador e prefeito. O Ato Institucional nº 4, também de 1966, convocou extraordinariamente o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição elaborado pelo presidente da ditadura militar à época.

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, fechou o Congresso e deu aos militares poderes totais sobre todos os cidadãos em território nacional, dando início ao período mais duro da ditadura, no qual podiam prender e julgar qualquer pessoa, independentemente de provas. Com a determinação de novos Atos Institucionais, ocorria, progressivamente, o endurecimento do regime imposto pelos militares.

Nesse contexto, é fundamental ressaltar que diversos cidadãos brasileiros enfrentaram perseguições pelo governo da época, tendo, inclusive, sido acusados de crimes. Um estudo realizado pela Arquidiocese de São Paulo e publicado na obra “Brasil: Nunca mais” registrou que, em relação à

[...] frequência do tipo de acusação que era dirigida aos réus demonstrou que, em primeiro lugar, aparecia a questão da militância em organização partidária proibida: 4.935 casos. Em seguida, vem a acusação de participação em ação violenta ou armada, com 1.464. No que toca a 18 pessoas, o motivo do processo consistiu na manifestação de ideias por meios artísticos, o que contraria obviamente a própria Constituição outorgada pela Junta Militar em 1969 e sua antecessora de 1967. A participação em diferentes postos do governo deposto em 1964, bem como a simples identificação política com ele, foram motivo de incriminação em 484 casos (1986, p. 86-87).

Esse regramento imposto a todos durante os anos de ditadura militar no país permitiu a violação de todos os direitos individuais uma vez atribuídos aos cidadãos brasileiros.

Finalmente, em março de 1985, houve o fim desse período tão cinzento para a história brasileira. O povo brasileiro, visando a necessidade de garantir direitos e liberdades, de modo a nunca tê-los retirado novamente, contribuiu para a criação da Constituição Cidadã, ainda vigente nos tempos atuais.

A Constituição Federal brasileira, de 5 de outubro de 1988, dispôs sobre os direitos fundamentais, principalmente, em seu artigo 5º, que visa dar a todos os cidadãos, sem distinção e de maneira universal, garantias essenciais para sua dignidade. Desse modo, estavam consagrados os direitos fundamentais na lei superior do país.

Imprescindível ressaltar que os direitos presentes na Carta Magna, não excluem os outros adotados por princípios ou tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Assim, as normas de direitos fundamentais podem ser expressas por regras ou princípios.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p. 90-91)

Ademais, os direitos fundamentais possuem uma série de características importantes. Dentre elas, estão: a historicidade, pois são fruto de um contínuo processo histórico; a imprescritibilidade, visto que não deixam de ser exigíveis com o decorso do tempo; a irrenunciabilidade, baseada no entendimento que, mesmo que não haja a disposição do direito, este não pode ser renunciado. Por fim, a inalienabilidade seria o caráter indisponível atribuído aos direitos fundamentais.

Entretanto, a indisponibilidade dos direitos fundamentais não impede a imposição de restrição a eles. Assim, apesar de indisponíveis, podem ocasionalmente e temporariamente ser limitados, o que os tornam objeto de relativização.

[...] a liberdade de expressão é por vezes limitada face a obrigação profissional de manter-se o sigilo. Estados estrangeiros e o Brasil, excepcionalmente, têm aceitado flexibilizar direitos trabalhistas como arma para contrapor-se a necessidade de demissão coletiva. O importante, em hipóteses do gênero, é ter em mente que a disponibilidade dos direitos fundamentais sempre deve estar relacionada a uma medida de razoabilidade. (UCHÔA, 2006, p. 18)

Ainda sobre a possível relativização dos direitos fundamentais:

São frequentes — e aceitos — atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo. A liberdade de expressão, v. g., cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão. A liberdade de professar qualquer fé, por seu turno, pode não encontrar lugar propício no recinto de uma ordem religiosa específica. Da mesma forma, o indivíduo pode ver-se incluído numa situação especial de sujeição. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 146.)

Ante o exposto, não é possível atribuir aos direitos fundamentais a característica de absolutos, tendo em vista que sua aplicação pode ser limitada e relativizada.

Por exemplo, em determinada relação jurídica pode haver colisão entre o direito à liberdade de manifestação de pensamento, disposta no art. 5º, inciso IV da CF, frente à vedação ao racismo, art. 5º, inciso XLII da CRFB/88.

Assim, apesar de consagrados na Constituição Federal, recebendo o caráter de lei superior às demais hierarquicamente, estão sujeitos a limitações e ponderações, uma vez que não há hierarquia entre os próprios direitos fundamentais.

[...] A Constituição Federal não possui direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, uma vez que razões de interesse público legitimam a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas a essas liberdades, na proteção de outros valores constitucionalmente protegidos. (ALEXANDRINO, PAULO. 2022, p. 94)

## 1.2 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, por não serem considerados absolutos, podem, por muitas vezes, colidirem entre si, impondo certas limitações uns aos outros.

A colisão ou conflito entre esses direitos podem ocorrer quando, diante de uma situação real na sociedade, uma das partes na relação jurídica postula um direito fundamental visando sua proteção, e a outra invoca outro direito fundamental.

Diante de um caso concreto, será possível a análise e ponderação entre os direitos fundamentais.

Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito

fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental prima facie ou de um direito fundamental prima facie, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. (...) Assim que o dever passa a existir, passa o titular a estar em uma posição de não-liberdade definitiva, em face do Estado, no que diz respeito a usar ou não usar capacete. A regra que obriga os motociclistas a usar capacete é uma restrição a um direito fundamental, porque em virtude de sua vigência surge, no lugar da liberdade prima facie, uma não-liberdade definitiva de igual conteúdo. (ALEXY, 2017. p. 283.)

Conforme Steinmetz (2001), pode-se afirmar que sempre haverá a iminência de um conflito quando a Constituição Federal defender paralelamente dois bens que podem enfrentar contradição concreta.

Essa colisão somente é possível pois os direitos fundamentais são volúveis, ou seja, suas limitações não estão completamente expressas na Constituição, sendo suscetíveis a conflitos quando se encontram frente a frente com outro direito.

A partir disso, várias teorias foram desenvolvidas para que houvesse uma melhor forma de compreensão e aplicação de direitos fundamentais quando ocorresse conflito entre eles durante algum caso concreto. É possível afirmar que, dentre as diversas teorias de direitos fundamentais existentes e trabalhadas em todo o cenário internacional, a adotada pelo Brasil e pelo Supremo Tribunal Federal é a Teoria Axiológica do importante jurista alemão Robert Alexy.

### 1.3 A TEORIA AXIOLÓGICA DE ROBERT ALEXY

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy pode ser classificada como uma teoria estrutural, uma vez que é analítica, ou seja, analisa as fundamentações e cabimentos dos direitos fundamentais. Ademais, tendo em vista que é guiada pela fundamentação correta de decisões que envolvem os direitos fundamentais, apresenta caráter normativo-analítico. Sua principal obra acerca do assunto, "Teoria dos Direitos Fundamentais", é muito utilizada como referência no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, é possível afirmar que a teoria axiológica ou teoria de ponderação ou sopesamento de Robert Alexy adota o método hermenêutico-concretizador de interpretação dos direitos fundamentais contidos na Constituição.

O referido método reconhece e afirma a importância do aspecto subjetivo na interpretação das normas, de forma a observar sempre o caso concreto para o qual se busca uma solução.

Essa pré-compreensão faz com que o intérprete, na primeira leitura do dispositivo, extraia dele um determinado conteúdo, que deve ser comparado com a realidade existente. Desse confronto, resulta a reformulação [...] no intuito de harmonizar os conceitos por ele [intérprete] preconcebidos àquilo que deflui do texto constitucional, com base na observação da realidade social. (ALEXANDRINO, VICENTE. 2022, p. 62)

Importante ressaltar que tal método reconhece a prevalência do texto constitucional e busca a resolução do conflito de modo a sempre observar o disposto em normas constitucionais.

Exemplo da aplicação da teoria de Alexy é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.122/DF pelo Supremo Tribunal Federal. No caso em comento, houve uma clara colisão entre o direito à liberdade política, de pensamento e comunicação, vedada a censura (arts. 5º, incisos IV e IX e 220, §2º da Constituição Federal) e o direito à inviolabilidade da intimidade e privacidade (art. 5º, inciso X, CF). Perante o STF foi impugnada norma eleitoral que proíbe a realização de propaganda eleitoral via *telemarketing* em qualquer horário (art. 25, §2º, da Resolução 23.404/2014 do Tribunal Superior Eleitoral).

Diante de tal caso concreto, utilizando-se da ponderação, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o direito à intimidade e à privacidade deveria prevalecer, no referido momento, diante da liberdade política e de expressão. Por esse motivo, a norma eleitoral estabelecida pelo Tribunal Superior Eleitoral foi declarada constitucional.

Cabe ressaltar que, apesar da proibição do *telemarketing*, a propaganda eleitoral poderia ser realizada por todos os outros meios possíveis, desde que menos invasivos, assegurando a liberdade política dos candidatos. Assim, o Supremo Tribunal Federal inferiu que as normas impostas pelo órgão superior eleitoral eram razoáveis, no caso citado, haja vista que o custo da relativização da liberdade política era ínfimo quando comparado com a importância e necessidade da proteção à intimidade de todos.

Evidentemente, assim como proposto pela teoria da ponderação de



Robert Alexy, o STF, nessa decisão, não anulou ou retirou o direito à liberdade política. Optou-se, buscando elementos do caso concreto, a aplicação de um juízo de ponderação que, na presente situação, entendeu como prevalente o direito de proteção à intimidade.

A partir da importância do juízo da ponderação, estabelece-se um princípio fundamental para sua aplicação: o princípio da proporcionalidade. Para uma melhor compreensão sobre o sopesamento e o princípio da proporcionalidade que o guia, é fundamental a diferenciação, proposta pelo autor da teoria, entre regras e princípios.

Regras disciplinam condutas inflexíveis, devido ao seu rígido operador deontico, interpretadas na base do “tudo ou nada”, mediante processo de aplicação, mera subsunção da norma ao fato; à medida que, princípios são mandamentos, cuja conduta deve se realizar de modo versátil, graças ao seu flexível operador deontico, assim a norma deve se realizar da “melhor maneira possível”, por isso é imprescindível um procedimento de interpretação mais delicado, o sopesamento. (GUERRA, 2007, p. 27)

Para Alexy (2008, p. 93), as regras que entrarem em conflito se excluem mutuamente, enquanto os princípios permitem a ocorrência do denominado sopesamento, assim, na situação concreta, um dos princípios será aplicado em detrimento do outro com o qual ocorreu o conflito, observada a necessidade dele diante do caso específico.

A partir disso tem-se a lei de colisão, desenvolvida por Robert Alexy, com o seu estudo da teoria dos princípios. Para melhor aplicação dessa medida, os responsáveis devem observar o “Princípio da Proporcionalidade”, que possui a finalidade de limitar possíveis excessos produzidos na aplicação de normas, sendo utilizado para interpretar conflitos, fazendo-se aplicar aquele de maior importância conforme o caso verídico apresentado.

Como já mencionado previamente, verifica-se a aplicação e disposição desse princípio, enquanto presente na teoria de Robert Alexy, no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como possível exemplo o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal:

Art.

5º-

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ante o exposto, é necessário ressaltar que o princípio da proporcionalidade estabelece que certos direitos somente serão restringidos na medida na qual seja necessário salvaguardar outros direitos ou interesses dispostos na Constituição Federal, sejam eles de qualquer natureza.

No ordenamento jurídico alemão, que primeiro implantou a aplicação desse princípio, ordenou-se uma subdivisão para facilitar a análise em caso concreto:

a) Pertinência ou Adequação: deve-se analisar a capacidade da medida adotada, no caso concreto, de solucionar o conflito de direitos fundamentais;

b) Necessidade ou Exigibilidade: analisa-se o caso concreto para verificar a necessidade da medida, a imprescindibilidade desta para a solução do conflito;

c) Proporcionalidade em sentido estrito: “Um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca” (ÁVILA: 2002, p. 110).

Dessa forma, é indispensável a observância a todos os sub-princípios que compõem o princípio da proporcionalidade, em sua devida ordem. Entretanto, não são exigíveis ao mesmo tempo.

Com a elucidação de conceitos importantes acerca das bases da lei de colisão, adentramos esse próprio conceito.

A lei de colisão, de Robert Alexy, é aquela decorrente de um caso concreto no qual entram em conflito entre dois direitos fundamentais. Sobre o assunto:

[...] o conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais (colisão de direitos fundamentais em sentido amplo) ocorre quando há um choque entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos. Nessa hipótese, não se trata de qualquer valor, interesse, necessidade da comunidade, mas de um bem jurídico relevante, ou seja, aquele que a Constituição elegeu como digno de especialreconhecimento e proteção. (ALEXY: 1999, p. 67)

Desse modo, deve-se examinar, na situação real, os princípios conflitantes e a situação de aplicação permitida para que seja possível encontrar regra jurídica que resolva qual princípio terá incidência sobre outro, servindo como

base para situações futuras.

Entretanto, assim como Robert Alexy cria diferentes conceitos para princípios e normas, diferencia, também, a colisão entre regras e a colisão entre princípios.

No caso do conflito de regras:

A ênfase é na exclusão mútua que duas regras contraditórias produzem uma na outra; em caso de conflito, a questão é resolvida por uma cláusula de exceção, ou pela adoção de algum critério que soluciona antinomias (especialidade, temporalidade, entre outros). Ao final, caso o conflito não seja apenas aparente e as regras sejam efetivamente contraditórias, deve-se proceder à declaração de invalidade de uma das regras incidentes sobre a situação. (ALEXY, 2008, p. 92-93).

No caso do conflito entre princípios:

A colisão de princípios, por sua vez, permite que se fuja à lógica da invalidade, sendo resolvida pela aplicação da lei de colisão, na qual se determina que princípio ganha maior peso na relação de precedência condicionada e que, por conseguinte, deve regular o fato (ALEXY, 2008, p. 95).

A partir do exposto, voltamos ao conceito da teoria da ponderação, constantemente aplicada a casos do regramento jurídico brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, como os que serão apresentados, que determinará critério adotado para aplicação do princípio que melhor atende o caso.

Portanto, entende-se que é consolidado o entendimento de que é completamente viável e possível a ponderação entre dois direitos fundamentais, desde que para a aplicação da norma que é de maior relevância no momento de análise do caso concreto.

## **2 APLICABILIDADE PRÁTICA DA TEORIA AXIOLÓGICA DE ROBERT ALEXY: UMA ANÁLISE DO HC 82.424/RS E A TEORIA DA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO ELLWANGER**

Os direitos fundamentais podem ser descritos como representantes de um mínimo existencial necessário aos seres humanos, uma vez que possuem como principal finalidade assegurar à sociedade uma vivência harmônica na qual seja sempre garantida a dignidade de cada ser humano.

Verifica-se que esses direitos surgem conforme a necessidade do período histórico vigente, tendo sido positivados e compreendidos no ordenamento jurídico com o passar dos anos. Cabe ressaltar que os direitos fundamentais estão previstos, no caso do Brasil, principalmente, na Constituição Federal brasileira. Entretanto, são encontrados também em tratados que versam sobre os Direitos Humanos, como a Convenção de São José da Costa Rica.

Diante disso, urge a importância em analisar um importante caso presente no ordenamento jurídico brasileiro no qual os juristas, em sua análise, entenderam pelo cabimento da teoria da ponderação de Robert Alexy e do princípio da proporcionalidade: o caso Siegfried Ellwanger.

Siegfried Ellwanger Castan é descendente de imigrante alemão e nasceu em Candelária, no Rio Grande do Sul, em 30 de julho de 1928. Foi o fundador da Revisão Editora, em 1987, que tinha como especialidade difundir ideias contestadoras dos fatos históricos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial.

Ainda em 1987, Ellwanger publicou seu primeiro livro “Holocausto – judeu ou alemão?: nos bastidores da mentira do século”. A repercussão de sua obra ocorreu no ano de lançamento de sua própria editora.

Na referida obra, publicada sob o nome S. E. Castan, o autor traçou uma retrospectiva da ideologia nazista na Europa, na qual tentou demonstrar, com a citação de testemunhos, opiniões e outras fontes – citadas durante o livro porém não confirmadas – que o extermínio em massa de ciganos, judeus, poloneses, doentes mentais e homossexuais não teria ocorrido realmente.

O autor buscou, no decorrer de toda a sua obra, desacreditar dados históricos obtidos sobre o genocídio produzido pelo nazismo, alegando pouca confiabilidade nas fontes testemunhais da época.

Ademais, evidencia em sua história, a todo momento, preocupação com a Alemanha nazista e as acusações de crimes contra a humanidade a ela imputadas, colocando os alemães e os oficiais da época como as verdadeiras grandes vítimas da guerra. Assim, denomina os judeus como os responsáveis pela derrota alemã de 1918, aduzindo que devem ser considerados como inimigos internos da pátria.

Em 1991, então, com a grande repercussão acerca da obra, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra o editor e escritor Siegfried Ellwanger pela distribuição e comercialização de obras de conteúdo discriminatório contra o povo judeu em sua própria obra e demais que estavam sendo publicadas por sua editora. Conforme a Promotora de Justiça responsável pelo caso:

[...] tais obras abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias e com isso procuram incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica (RJTJRS, p. 37).

Recebida a denúncia pelo Juízo da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, determinou-se busca e apreensão de todas as obras denunciadas. Em 1995, então, obteve-se a sentença de 1º grau que absolveu o réu, diante de argumento da prova da inexistência dos fatos:

Os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu. Constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo. Lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram, e por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica. (...) As outras manifestações apresentadas pelas obras, com relação aos judeus, outra coisa não são, senão simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão (RJTJRS, 2004, p. 46).

Nota-se, em uma primeira análise, que a juíza entendeu que não houve prática do crime de racismo, tendo o réu apenas usufruído de seu direito à liberdade de expressão.

Entretanto, esse não foi o entendimento do Ministério Público no caso. Insatisfeito, interpôs recurso de Apelação à instância superior e alegou, de forma preliminar, nulidade da sentença por ausência de motivação e desvio do objeto da causa. Ademais, ressaltou o argumento de que a editora do réu induzia a discriminação contra o povo judeu. Assim, em segunda instância, houve a anulação da sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre com a consequente condenação do autor por suas ações e de sua editora.

A decisão proferida em segunda instância, além de ter tratado fundamentalmente sobre o crime de racismo, tratou sobre a questão da colisão entre os direitos relativos à proteção da dignidade do povo judeu e à liberdade de expressão do réu, na qual restou sustentada a preponderância do primeiro sobre o último,

analisado o caso concreto.

Com a condenação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o advogado do réu impetrou *Habeas Corpus* frente ao Superior Tribunal de Justiça para modificar a decisão, sob o argumento de que as ações do autor não configurariam a prática de racismo e que, por isso, não estaria sujeito à cláusula constitucional de imprescritibilidade.

Sustentou o impetrante que a Lei nº 7.716/89, em sua redação originária, definia somente os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, compreendidos na noção conceitual de racismo. Buscava, dessa forma, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, a partir de uma análise completamente técnica do termo “racismo”, uma vez que o delito de discriminação não é imprescritível.

A 5ª Turma Julgadora do Superior Tribunal de Justiça, em 2001, durante a sessão de julgamento do *Habeas Corpus* manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que condenou autor pelo crime de racismo. Dessa decisão, o advogado do paciente impetrou novo *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Cabe ressaltar, acerca desse julgamento, a importância dos votos da maioria de ministros do Supremo Tribunal Federal que abordaram a existência de uma colisão de direitos fundamentais no caso, dentre eles destaca-se o Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Marco Aurélio Mello, por exemplo, destacou a dimensão social e política, não podendo ser tida como uma proteção cega e desproporcional da autonomia das ideias do indivíduo. Além disso, afirmou que mesmo que passível de limitação, é necessária uma complexa análise das provas obtidas no caso concreto.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, afirmou que:

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto [...].

[...]

É por tal razão que enfatizei, no voto que proferi na sessão de 9-4-2003, que a incitação ao ódio público contra o povo hebreu não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

[...]

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus (como se registra no caso ora em exame), não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal.

Assim, em sessão realizada em 2003, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, acordaram pelo indeferimento do *Habeas Corpus* e reconheceram o abuso no exercício da liberdade de expressão e a prática do crime de racismo, pelas razões sintetizadas na ementa do julgado:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

[...]

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Constata-se então que o próprio ordenamento jurídico brasileiro declarou que os direitos fundamentais não são revestidos de caráter absoluto, suscetíveis a limitações de natureza jurídica e ética. A partir disso, uma vez identificados abusos no caso concreto, a reação estatal é legítima.

Importante ressaltar que o caso Siegfried Ellwanger não foi o pioneiro para a relativização dos direitos fundamentais no Brasil e para a aplicação do princípio da proporcionalidade e da teoria da ponderação. Isso pois, a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu certos limites e restrições a esses direitos em algumas situações específicas.

Tem-se como exemplo a disposição de que certas liberdades individuais podem ser restringidas em situação de grave ameaça à ordem pública ou à segurança nacional. Por isso, o que ocorreu no caso citado foi uma aplicação dessas restrições previstas na Constituição e nas leis infraconstitucionais brasileiras.

Ademais, verifica-se a aplicação da teoria axiológica de Robert Alexy, principalmente a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes, uma vez que foi fundamental para o julgamento do caso a interpretação das normas jurídicas a partir dos valores e princípios constitucionais.

O Ministro afirmou, durante o julgamento, a limitação ao exercício da liberdade de expressão, devendo-se aplicar a teoria da ponderação aos valores constitucionais conflitantes. Assim, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não necessitaria de reforma alguma, visto que mostrou-se proporcional e correta diante do caso concreto.

Dessa forma, é possível afirmar que a teoria axiológica e o princípio da proporcionalidade relacionam-se à Siegfried Ellwanger e o seu caso ao buscar o equilíbrio dos princípios constitucionais conflitantes e garantir a proteção desses de forma proporcional e necessária.

Isso pois, o princípio da proporcionalidade consiste na restrição de certos valores, bens ou princípios constitucionais em face de outros conforme a necessidade para garantir direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, utilizando-se, fundamentalmente, de que os direitos de natureza individual ou coletivas não são absolutos.

No caso Ellwanger, pode-se afirmar então, que levou-se em consideração a análise de três elementos descritos previamente para análise da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação está demonstrada na condenação de Siegfried Ellwanger pelo crime de racismo, que solucinou o conflito, tendo em vista o repúdio a esse crime pela República Federativa do Brasil, conforme artigo 4º, inciso VIII, da Constituição Federal e a sua caracterização como crime inafiançável e imprescritível, nos termos do artigo 5º, incisos XLII e XLIII da CFRB/88.

A necessidade evidencia-se no fato de que não há outro meio mais eficaz para o caso em comento, além da decisão condenatória. O elemento da proporcionalidade em sentido estrito é atendido com a análise da proporção entre um direito fundamental – a dignidade humana, fundamentalmente – e outro direito



fundamental – a liberdade de expressão e opinião.

Assim, embora se reconheçam os aspectos sensíveis dos casos interpretativos nos limites dos direitos fundamentais, nosso ordenamento constitucional permite que tais direitos, sejam submetidos a uma ponderação, principalmente pela sua característica de não serem absolutos.

Cabe, então, ao Poder Judiciário controlar as violações cometidas em nome de direitos e garantias individuais, por meio do regular exercício da jurisdição, e implementar a ponderação de valores necessária à solução de cada caso, como ocorrido durante a pandemia de Covid-19.

### **3 A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL**

A pandemia causada pelo coronavírus SarsCov-2, no Brasil, assim como no mundo, provocou uma crise em todos os aspectos da vida em sociedade. Desse modo, afetou também diversos direitos fundamentais, principalmente aqueles relacionados de algum modo com a saúde, tais como o direito à vida, à integridade física, o próprio direito à saúde e direito de locomoção.

Assim, por ter ceifado, lamentavelmente, diversas vidas ao redor do país e do mundo, a Covid-19 afetou, primordialmente, o direito fundamental à vida. O citado direito exige, para a sua manutenção, a garantia da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a Constituição Federal concede ao Estado o dever de adotar providências cabíveis para, por exemplo, a proteção ao direito à saúde e à integridade física, direito à intimidade e vida privada e à vida.

Por isso, frente ao grave cenário pandêmico enfrentado pelo Brasil, houve a necessidade do poder público estabelecer certas medidas que por vezes impactaram demais direitos fundamentais.

Algumas das diversas medidas adotadas nos anos de ápice da pandemia foram as limitações ao direito de locomoção, como, por exemplo, as limitações ao trânsito de pessoas, o isolamento social, o isolamento de cidades e decretação de

*lockdown*.

Algumas outras medidas foram sendo adotadas conforme o risco de contágio do vírus foi diminuindo e as mortes passaram a ser eventuais. Tem-se como exemplo deste cenário a medida de restrição dos horários permitidos para funcionamento de bares e restaurantes, como ocorreu na cidade de Goiânia/GO.

Todas as medidas citadas, não há dúvidas, englobam os direitos fundamentais mais diversos que estão positivados no nosso ordenamento jurídico. Por isso, em uma primeira análise, poderia-se dizer que todas essas medidas estariam a impedir os tão necessários e importantes direitos fundamentais. Entretanto, como apresentado, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se da teoria da ponderação, que permite, diante de situações excepcionais, a sobreposição de um direito a outro.

Os juristas sempre deverão considerar as máximas do princípio da proporcionalidade no momento de apreciação de restrições aos direitos fundamentais:

A proporcionalidade, por sua vez, evoluiu, sobretudo, como um mecanismo instrumental para aferir a legitimidade das restrições a direitos fundamentais. [...] ela se tornou um mecanismo de controle dividido em três etapas, nas quais se vai verificar: (i) a adequação de uma medida para produzir determinado resultado (idoneidade do meio para realizar o fim visado), (ii) a necessidade da providência, sendo vedado o excesso (se houver meio menos gravoso para atingir o mesmo fim é ilegítimo o emprego do meio mais gravoso) e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se afere se o fim justifica o meio, vale dizer, se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se sacrifica. (BARROSO, 2019, p. 514).

Além disso, devem as normas estarem sempre conforme a legalidade, uma vez que só há a colisão entre direitos, bens ou valores constitucionais e legais.

### 3.1 AS MEDIDAS APLICADAS PELO BRASIL DURANTE A PANDEMIA, SUA LEGALIDADE E A TEORIA DE ROBERT ALEXY

Como demonstrado, tem o Estado o dever de adotar todas as providências necessárias a tutela dos direitos fundamentais a fim de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento elencado no artigo 1º, inciso III, da

Constituição da República Federativa do Brasil. Tem-se como um dos principais direitos para garantir esse fundamento, o direito fundamental à saúde. A própria Constituição Federal estabelece, em seu artigo 196:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dessa forma, tivemos a adoção da primeira medida como tentativa para lidar com o novo cenário nacional: a Lei nº 13.979/2020. Essa lei, sancionada pelo Presidente da República, à época Jair Bolsonaro, dispôs sobre medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública causado pela proliferação do vírus da Covid-19, buscando proteger a coletividade.

### 3.1.1 A LIMITAÇÃO AO DIREITO ÀS LIBERDADES INDIVIDUAIS

A Lei 13.979/20 determinou como medidas que poderiam ser adotadas pelas autoridades, no âmbito de suas competências, para o enfrentamento da crise de saúde pública enfrentada em 2019: a quarentena; o isolamento; determinação de realização compulsória de exames médicos; teste laboratoriais; coleta de amostras clínicas; vacinação ou outras medidas profiláticas ou tratamento específicos.

Determinou, também, que poderiam ser aplicados o uso obrigatório de máscaras de proteção individual; estudo ou investigação epidemiológica; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; restrição excepcional e temporária de locomoção, por rodovias, portos ou aeroportos; autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos na lei. Uma das principais disposições dessa lei foi a de que cada ente da federação estava autorizado a adotar medidas próprias para combater a Covid-19.

A partir dessas – severas – novas determinações os direitos fundamentais foram colocados em uma rota de colisão entre eles. Quanto ao direito de liberdade,

restringido pela limitação de trânsito de pessoas nacionalmente, o isolamento social, o “lockdown” e o isolamento de cidades, pode ser apontado como um dos direitos fundamentais que mais sofreu limitações na tentativa de conter a pandemia.

É importante reafirmar que nenhum direito fundamental é absoluto, podendo sofrer limitações, como, por exemplo, em caso de decretação de Estado de Sítio, conforme artigo 139, incisos I e II da CRFB/88. Entretanto, tais limitações, que podem ser fixadas em lei, como ocorreu no presente caso, não devem se basear em critérios desarrazoados e arbitrários, devendo sempre observar o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

No presente caso, a adequação se deu a partir da finalidade de preservar o direito à saúde dos cidadãos brasileiros, assegurado no artigo 5º da Constituição Federal. Principalmente, deu-se como forma para assegurar o fundamento da República do Brasil: a dignidade da pessoa humana, tendo em vista os agravamentos dos números de casos de infectados pela Covid-19 e a saturação do sistema de saúde.

Verifica-se a necessidade da medida diante da exigibilidade de que o Poder Público promovesse medidas para assegurar aos brasileiros seus direitos fundamentais previstos na Constituição. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, deu-se a partir da análise de que as restrições aos direitos fundamentais de liberdade dos indivíduos durante a pandemia são compensadas pela proteção à saúde e à vida de todos.

Bernardo Gonçalves Fernandes afirma, em relação às limitações ao direito à liberdade ocorridas na pandemia, que: “Muitos disseram que tais medidas só poderiam ser tomadas pela decretação do Estado de Sítio, o que se traduz em total desconhecimento do Direito Constitucional.”.

Isso pois, em diversas situações, ainda em tempos de paz, ocorrem restrições a esse direito. No uso dos meios de transporte, exemplificadamente, cabe às autoridades exercer o poder de polícia para controlar o trânsito, de modo a preservar o direito, apenas o limitando para que seja exercido de modo ordenado.

Em face da não compreensão da possibilidade de restrição dos direitos

fundamentais em detrimento de outros, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade (ADI 6341), pelo Partido Democrático Trabalhista, perante o Supremo Tribunal Federal para questionar certos dispositivos da Lei 13.979/20. Essa ação questionou, além da restrição dos direitos fundamentais, a competência dos entes federativos para editarem medidas próprias para a diminuição de casos de Covid-19.

Segundo o Plenário do STF, trata-se de uma competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios a garantia da saúde e a proteção da liberdade das pessoas. Também se alegou, que as disposições da Lei 13.979/2020 decorrem da competência da união em legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da lei do SUS (Lei 8.080/90), mas que isso não reduziria a competência material dos demais entes da federação quanto à prestação de serviços de saúde.

Assim, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu inconstitucionalidade da Lei 13.979/20, uma vez que todos os entes possuem competência, portanto devem combater a pandemia.

Importante ressaltar, por fim, que todas as medidas que foram permitidas às autoridades adotarem, conforme o texto da Lei 13.979/20, somente poderiam ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e estavam limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

### 3.1.2 A LIMITAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E AO SIGILO DE DADOS

A Lei 13.979/20 determinou a obrigatoriedade de compartilhamento de “dados essenciais” entre os órgãos e entidades da administração pública de pessoas infectadas ou com suspeita para melhor enfrentamento da pandemia. Essa e demais determinações, como a vedação de divulgação dessas informações para empresas públicas e privadas e destruição dos dados após o fim da pandemia, foram incluídos pela Medida Provisória 954/20.

Diante desse texto, contido no artigo 6º e seguintes da referida lei, o direito

à intimidade e à vida privada foram afetados em virtude da tutela do direito à vida.

Assim, frente à insatisfação gerada a partir da edição de Medida Provisória 954/2020, foram ajuizadas cinco ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 6387), Partido da Social Democracia Brasileira (ADI 6388), Partido Socialista Brasileiro (ADI 6389), Partido Socialismo e Liberdade (ADI 6390) e Partido Comunista do Brasil (ADI 6393). Diversas foram as alegações inquiridas acerca da Lei 13.979/20 e da Medida Provisória 954/20.

O Conselho Federal da OAB, em sede da ADI 6387, arguiu que havia vícios de inconstitucionalidade formal e material, estando presente o vício material uma vez que violou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, e, também, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, presente no artigo 5º, inciso X, da CRFB/88 e do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa, artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

O vício formal evidencia-se com a inobservância do artigo 62, *caput*, da Constituição Federal, na medida em que não foram demonstrados os requisitos necessários para edição de medida provisória: urgência e relevância material.

Argumentou que a Medida Provisória 954/20 não evidenciou a “importância superlativa” da pesquisa que fundamenta a solicitação de compartilhamento de dados, além de não explicar a forma como tal pesquisa contribuirá para a elaboração de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, tendo em vista que não informa o tipo de pesquisa a ser realizado. Ademais, afirma que o compartilhamento de dados não foi motivado, uma vez que o IBGE informou o adiamento do Censo Demográfico para 2021.

Assim, afirma que a referida medida não observou ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que não restou demonstrada a finalidade do uso da pesquisa, nem a adequação ou necessidade da divulgação dos referidos dados ou delimitava o campo de proteção na operação de processamento dos dados.

Importa registrar a indicação do precedente formado no RE 1055941, sobre o compartilhamento de dados pelo COAF/UIF ao Ministério Público.

Argumentou que a Medida Provisória viola o sigilo de dados e invade a privacidade e intimidade dos brasileiros, sem a devida proteção ao procedimento, sem justificativa adequada, sem finalidade específica e sem garantia de manutenção do sigilo por autoridade com credibilidade, representatividade e legitimidade, como disposto na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709).

Requeru, então, a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 954/2020, em sua integralidade, bem como o reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa.

Essa ação direta de inconstitucionalidade, distribuída por sorteio para a ministra Rosa Weber, que, tendo em vista a relação temática, foi reunida as demais citadas e tornaram-se a ADI 6387 DF. Em decisão monocrática liminar, a ministra entendeu que a Medida Provisória 954/2020 exorbitou dos limites traçados pela Carta Magna ao dispor sobre a disponibilização dos dados pessoais de todos os consumidores dos serviços citados pela Lei 13.979/20, pelos respectivos operadores, a entidade integrante da Administração indireta.

A ministra afirma ainda que a citada medida provisória não gera interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, não atendendo os requisitos de necessidade, adequação e proporcionalidade essenciais para a adoção da medida. Assim entendeu a ministra uma vez que não foram demonstradas o modo e a finalidade para a qual esses dados seriam utilizados, não sendo possível observar sua necessidade e adequação, ou seja, não se observou a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Portanto, por não atender aos requisitos, a Medida Provisória 954/20 foi suspensa para que não houvesse o compartilhamento de dados pessoais de milhares de brasileiros.

### 3.1.3 A LIMITAÇÃO AO ACESSO À INFORMAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 deu ao acesso de informações de interesse público garantia de direito fundamental em seu artigo 5º, inciso XXXIII.

No âmbito da pandemia de Covid-19, foi editada a Medida Provisória

928/20, que dispôs sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, que adicionou à Lei 13.979/20 seu artigo 6º-B, *caput* e parágrafos 1º ao 5º. Esse dispositivo determinava a suspensão dos prazos para resposta de pedidos de acesso à informação em órgãos públicos em regime de emergência; determinou que os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta sejam reiterados em prazo de até dez dias contado do fim do período de calamidade pública e negou a possibilidade de recurso nos casos de negativa aos pedidos de informação formulados durante a pandemia.

Não há dúvidas que a pandemia trouxe para o país um cenário de insegurança, uma vez que notícias falsas e informações não verificadas acerca do contágio pela Covid-19 circulavam pela internet em larga escala. Assim, pela necessidade de maiores informações pela população a todo momento, a edição dessa medida sofreu reações de diversos setores da sociedade, que alegaram a sua inconstitucionalidade formal e material.

Diante dos vícios contidos na Medida Provisória 928/2020, foram ajuizadas as ações diretas de inconstitucionalidade 6351 (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), 6347 (movida pela Rede Sustentabilidade) e a ADI 6353 (Partido Socialista Brasileiro). As ADIs 6347 e 6353 foram apensadas à ADI 6351.

O Conselho Federal da OAB, em sede da ADI 6351, argumentou que a Medida Provisória 928/20 continha vícios de inconstitucionalidade formal e material. A inconstitucionalidade formal está contida na não observância dos requisitos para a edição de medidas provisórias determinados no artigo 62, *caput*, da Constituição Federal, entendendo não terem sido atendidas as exigências de relevância e urgência. Além disso, está presente também na afronta ao princípio da separação dos poderes, conforme artigo 2º, *caput*, da CRFB/88.

O vício material, por sua vez, encontra-se na limitação injustificada ao direito à informação (artigo 5º, XXXIII, CF), à transparência e à publicidade (artigo 37, *caput*, §3º, II, CF). Assim argumenta tendo em vista que a suspensão dos prazos de resposta aos pedidos de acesso a informações; a violação do devido processo legal com o impedimento de recursos interpostos contra a negativa da referida resposta e a imposição de ônus excessivo ao cidadão no ato de exigência de



reiteração do pedido ao fim do estado de calamidade pública decretado, essa medida cercearia os direitos fundamentais de todos.

O ministro Alexandre de Moraes, relator da ação, entendeu que a Medida Provisória 928/20, em seu artigo 1º (artigo 6º-B e parágrafos da Lei 13.979/20), pretendia transformar a exceção de sigilo de informações em regra, não se aplicando os princípios de publicidade e transparência da Administração Pública. Desse modo, determinou a suspensão da eficácia do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020.

Pode-se afirmar, então, que não restou observado o princípio da proporcionalidade na edição da Medida Provisória 928/20. Isso pois entendeu-se que essa não cumpria os requisitos da adequação, ou seja, não era adequada para o problema que buscava solucionar; da necessidade, sendo prescindível a sua adoção, com outras medidas podendo ser tomadas em seu lugar e o da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a edição da medida provisória não superava as limitações aos direitos fundamentais causadas pela mesma.

## **CONCLUSÃO**

No atual período democrático vivenciado pelo Brasil, não há nada mais essencial do que a proteção aos direitos e garantias fundamentais. Apesar de sua grande importância, esses direitos não possuem caráter absoluto, sendo suscetíveis a limitações e restrições, desde que observados certos requisitos.

Na pandemia de Covid-19 vivenciada pelo país e pelo mundo, observou-se uma necessidade de preservação de alguns direitos em face de outros, uma vez que o interesse coletivo deve sempre ser resguardado.

Dessa forma, a presente pesquisa buscou elucidar a possibilidade de

adoção da teoria da ponderação e do princípio da proporcionalidade, possibilitando que, em casos de colisão de direitos fundamentais, seja possível a limitação de um em face de outro.

Isso pois, por terem os direitos e garantias fundamentais natureza de princípios, conforme a Teoria de Robert Alexy, podem ser aplicados a esses o princípio da proporcionalidade, o qual consiste nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e necessidade referem-se a uma análise do caso concreto e do ato para que seja possível averiguar se esse é compatível com aquele e se é necessário. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consistirá em um exame da situação em que um princípio terá precedência em relação a outro.

Além disso, com a análise de casos concretos ocorridos no judiciário brasileiro, verificou-se que a teoria e o princípio abordados pelo jurista Robert Alexy são utilizados como fundamento de legalidade em decisões do Supremo Tribunal Federal quando se aborda o tema de limitações a direitos fundamentais.

Por se tratar de um princípio relativamente recente no cenário jurídico brasileiro, a sua aplicação gera incertezas daqueles que o desconhecem e acabam por afirmar, que as medidas geradas a partir de sua utilização não seriam compatíveis com o Direito Constitucional. Entretanto, trata-se apenas de um desconhecimento de certos elementos da matéria.

Pode-se dizer, então, que o princípio da proporcionalidade e a teoria da ponderação são os instrumentos que garantem, nos casos de conflito entre direitos de igual relevância, a legalidade de limitação e relativização de um direito em razão de outro diverso.

Dessa forma, restou evidente que, durante a pandemia, o direito à vida e à saúde da coletividade se encontram em posição superior a outros direitos e liberdade individuais, como o direito de locomoção, o direito de reunião e o direito à vida íntima privada. Nesse mesmo viés, ao não serem observados os subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) do princípio da proporcionalidade, não foi possível a aplicação de outras medidas, consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, como a divulgação de informações

peçoais a um banco de dados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

BRASIL. MS. **Portaria n. 356, de 11 de março de 2020**. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde

pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). DOU, Brasília, DF, 12 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória nº 954/2020. Emergência de Saúde Pública de Importância internacional decorrente do novo coronavírus (COVID-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Fumus Boni Juris. Periculum in Mora . Deferimento.** Relatora Min. Rosa Weber, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 – DF. Referendo em medida cautelar em ação Direta de inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária Internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes Federados para legislar e adotar medidas sanitárias de Combate à epidemia internacional. Hierarquia do Sistema único de saúde. Competência comum. Medida Cautelar parcialmente deferida.** Relator Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 10 abril. 2023.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233.

GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional.** 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional.** Editora Saraiva: São Paulo. 9ª Edição. 2014.

**O que são direitos humanos?** [www.unicef.org](http://www.unicef.org), 2015. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos>. Acesso em: 19 de novembro de 2022.

MOTTA, Fabrício Macedo; MESQUITA, Saulo Marques. **A colisão de direitos fundamentais em decorrência da Covid-19.** RDL, Natal/RN, 2021. p. 193-214.

**REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.** Edição especial. Porto Alegre: TJRS, 2004. 332 p.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF habeas corpus nº 82.424/RS.** Brasília: Brasília Jurídica, 204. 232 p.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Direitos fundamentais: noções gerais e resolução de conflitos.** 2006. 55f. Monografia da Universidade de Fortaleza, Curso de Mestrado

em Direito Constitucional. Fortaleza. 2006, 18.

VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.