



A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA – NENHUM DIREITO É ABSOLUTO

Guilherme Araujo LOPES¹

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo principal refletir acerca da relatividade dos direitos fundamentais em uma situação de calamidade pública, como a causada pela pandemia da COVID-19. Através de uma análise histórica desses direitos e uma contextualização com o momento atípico atual, busca-se constatar que por serem direitos fundamentais, não significa dizer que são absolutos e graças a essa possível flexibilização o combate ao vírus pôde ser mais efetivo. É inegável a importância e a necessidade desses direitos, trata-se de pilares para uma sociedade justa e um estado democrático, mas se fossem absolutos teriam efeitos contrários aos pretendidos; tornaria o convívio social inviável e impossibilitaria que fossemos uma sociedade ordenada. Devido ao momento excepcional, alguns direitos fundamentais foram atingidos, como os de livre locomoção em tempos de paz e o de reunião, tudo isso por recomendação das autoridades médicas nacionais (Ministério da Saúde) e internacionais (Organização Mundial da Saúde). O Brasil não é exceção, vários países do mundo, tomaram medidas ainda mais duras -e efetivas- a fim de evitar a proliferação do denominado Coronavírus. Também se objetiva neste trabalho acadêmico diferenciar o quesito fundamental da qualidade de absoluto, é de extrema inviabilidade tornar qualquer direito incondicional, salvo o de não torturar, do qual não há legislação que de forma justa, o flexibilize.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Flexibilização. Constituição Federal. Pandemia.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais na inovadora Constituição Federal de 1988 são um marco do qual todos brasileiros podem se orgulhar, trata-se de uma grande reunião de dispositivos que visam a proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Com previsão no título II da magna carta, são baseados no princípio da dignidade

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: gui.lhermearaujo@hotmail.com

humana e têm por finalidade garantir direitos que devem ser assegurados pelo poder estatal.

A presente apreciação acadêmica buscou em seus capítulos seguintes conceituar e diferenciar termos relacionados e muitas vezes confundidos com os direitos fundamentais, após tais considerações, é improvável não reconhecer que os referidos instrumentos são de suma importância para a existência do Estado, sociedade e ordem democrática.

Dada a importância e necessidade desses mecanismos, é de fácil concepção a relevância em preservá-los em momentos instáveis e inesperados como a Pandemia global que nos atinge. Garantias fundamentais como justiça e liberdade se tornam o centro de debates e base -ou pelo menos deviam- para projetos e medidas a serem tomadas.

Portanto, com o estudo de doutrinas conceituadas, fatos históricos e exercícios de contextualização, ilumina-se a ideia de importância dos mecanismos garantidores de direitos, mas também de sua não solidez absoluta, visto que, se há indivíduo com direito absoluto, há na outra face indivíduo sem nenhum direito ou com o mesmo sendo gravemente lesado.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Os direitos fundamentais têm como base a imposição de limites ao poder do governante e a finalidade de resguardar os direitos do ser humano de forma individual. A doutrina considera que as primeiras limitações ao poder estatal se deram nos anos finais da idade média. A relevante Carta Magna inglesa de 1215 é considerada o antecedente mais importante, ela reconheceu os direitos dos barões e impôs limites ao poder absolutista do rei.

No século XVIII, com as revoluções francesa e americana, positivou-se os primeiros enunciados de direitos individuais. A carta de Virgínia, em 1776 foi a primeira declaração e estabeleceu, dentre seus dispositivos fundamentais, a igualdade de direitos, a liberdade de imprensa, a eleição de representantes, direito de defesa, divisão de poderes e liberdade religiosa.

Já em 1789, pós Revolução Francesa, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que é um marco histórico mundial, com seu caráter universal, era considerada válida para toda a humanidade. Por fim, após a Segunda Guerra

Mundial, a ONU criou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948; reafirmando a importância dos direitos humanos.

No Brasil, todas as constituições traziam em seus textos direitos individuais. Sobre essas garantias, Rodrigo César Rabello Pinho exemplifica:

A de 1824, em seu art. 179, garantia “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. A Constituição de 1891 destinava uma seção à declaração de direitos, assegurando a “brazileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade” (art. 72). A de 1934, editada após a Constituição alemã de Weimar, continha, ao lado de um título denominado “Das Declarações de Direitos”, um outro dispendo sobre a ordem econômica e social, incorporando ao texto constitucional diversos direitos sociais. A tutela a essa nova modalidade de direitos, os sociais, permaneceu em todas as demais Constituições. A Carta de 1937 consagrava direitos, mas o art. 186 declarava “em todo o país o estado de emergência”, com a suspensão de diversas dessas garantias. Esse estado de emergência foi revogado apenas em novembro de 1945. A Constituição de 1946 destinou o Título IV à declaração de direitos. Esse enunciado de direitos fundamentais permaneceu nas Constituições de 1967 e 1969, muito embora ambas contivessem dispositivos que excluía da apreciação judicial os atos praticados com base em atos institucionais (respectivamente, os arts. 173 e 181). (PINHO, 2018, p. 99 e 100)

A atual Constituição de 1988 contém uma grande carta de direitos e garantias fundamentais e inovou ao colocar esses dispositivos antes mesmo da organização do próprio Estado. Não à toa é chamada de constituição cidadã, esta que pôs fim aos anos de chumbo da Ditadura Militar e ainda instaurou um estado de democrático de muitos direitos.

Quando se fala de conteúdo, os direitos fundamentais e os direitos humanos, são essencialmente os mesmos, a diferença está no plano de positivação de cada um; os direitos humanos estão consagrados no plano internacional, em forma de tratados e convenções, que podem ser ratificados por cada país, já os direitos fundamentais, compõem o plano interno do Estado, com previsão na Constituição.

2.1 Do estado de calamidade pública

O Decreto 7.257/2010 define o estado de calamidade pública: “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente

atingindo”. Ou seja, trata-se de uma medida a ser tomada em emergências, das quais o poder público não possui capacidade plena para controlá-las.

Na realidade, a decretação do estado de calamidade tem como consequência mais efetiva a não necessidade de cumprimento da meta fiscal, assim possibilitando que o poder governante gaste mais recursos públicos para combater a situação anômala. No presente momento, tal decreto viabilizou que o Estado usasse mais numerário no enfrentamento a pandemia do novo Coronavírus e desse suporte aos mais necessitados, por meio do auxílio emergencial.

No caso de estado de calamidade nacional, necessita-se do aval do Congresso, que por meio de suas casas devem aprovar um PDL (projeto de decreto legislativo) dando permissão para a união decretar o estado de calamidade pública e por consequência descumprir a meta fiscal.

3 RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são irrenunciáveis e inalienáveis, contudo, como já exposto anteriormente; não são absolutos. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes diz que “os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, vez que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna” (MORAES, 2004, p. 63), o ministro denomina esses fenômenos como princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

O ordenamento pluralista que nos rege, faz com que as normas precisem dialogar entre si, para que todos os anseios constitucionais possam ser alcançados. Portanto, existir uma limitação a tal direito, em virtude da proeminência de algum outro, é essencial para o convívio democrático das normas. Sobre essa questão, Orlando Luiz de Melo Neto destaca:

Nesse viés, doutrina e jurisprudência enfatizam que os direitos fundamentais se expõem a restrições autorizadas expressas ou implicitamente pela própria Constituição, classificando-as com reserva legal simples e reserva legal qualificada. A reserva legal simples ocorre quando o texto constitucional estabelece que determinado direito poderá ser restringindo nos termos da lei, a exemplo do inciso VI do artigo 5º (“na forma da lei”). Já a reserva legal qualificada, ocorre quando a Constituição além de exigir que a restrição decorra da lei, elenca os fins e as condições necessárias, a exemplo do artigo 5º, XII, (interceptação telefônica para fins penais). (NETO, 2014)

Seguindo a mesma linha de pensamento, Cibele Fernandes Dias Knoerr afirma que, “os direitos fundamentais admitem limitação seja em face de outros direitos fundamentais (numa situação de colisão) ou em face do interesse público. Logo, não são direitos absolutos”. (Knoerr, 2009, p.37)

Enfim, não há hierarquia entre os direitos fundamentais, o constituinte não informou qual direito fundamental deve prevalecer sobre o outro, tal conclusão deve se dar em cada caso concreto, as circunstâncias ditarão qual direito, naquele caso, deve se sobrepor sobre ao outro, mas assim como em todo caso de conflito, a palavra-chave é equilíbrio, para que a sobreposição não seja igual ao esvaziamento completo do outro dispositivo.

4 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em que pese alguns direitos fundamentais parecerem contraditórios entre si, eles possuem iguais valores, como relevância, importância e fundamento: o princípio constitucional da dignidade humana, esse, é núcleo de todo e qualquer direito fundamental. Porém, mesmo possuindo a mesma essência, existem conflitos entre esses dispositivos, ocasionando em uma questão jurídica complexa.

Quando o conflito entre normas infraconstitucionais acontece, a solução do embate está nos termos de validade da regra, há casos que as normas conflitantes não podem compor o mesmo ordenamento jurídico, para isso, existem três critérios capazes de solucionar tais colisões, como o critério cronológico, o hierárquico ou ainda, o da especialidade.

Entretanto, os critérios supracitados não possuem capacidade para resolver conflitos envolvendo os direitos fundamentais, que são normas caracterizadas por princípios, ou seja, havendo colisão de direitos fundamentais, coexiste uma disputa principiológica, por isso a solução não consiste em suprimento de um, mas sim em prevalência de algum nas circunstâncias do caso concreto.

O interesse público também deve ser levado em consideração quando se tem um caso de colisão de direitos fundamentais, dessa forma, o ministro Gilmar Mendes dispõe:

A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. (MENDES, 2010, p. 373)

Seguindo essa linha de pensamento, as medidas de combate a pandemia mesmo que atinjam alguns direitos fundamentais, também devem ser observadas a partir da perspectiva do interesse da comunidade e do bem estar da sociedade em geral, além, de serem medidas com o intuito de proteger o direito a saúde e à vida.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PANDEMIA

A Suprema Corte do Brasil foi por muitas vezes acionada, a fim de analisar a legalidade e constitucionalidade de medidas tomadas para o combate da COVID-19, desde ações do poder público ou omissões deste frente a crise sanitária. A Organização Mundial da saúde (OMS) recomendou como medida principal para contenção da proliferação do vírus; o isolamento social.

Visto que, o Governo Federal foi omissivo em tomar a frente no combate da pandemia, e mais, o chefe do governo minimizou a doença, os governadores passaram a editar decretos que limitavam o acesso das pessoas a locais públicos, como parques e praias. Tais decisões receberam questionamentos jurídicos, até mesmo levando o STF a decidir se os chefes dos estados-membros poderiam agir dessa maneira, com o deferimento do Supremo, as medidas foram endurecidas e mais restritivas, objetivando aumentar o distanciamento e diminuir a proliferação.

Alguns direitos foram temporariamente feridos com a finalidade de conter o vírus da covid-19, assim como o direito de ir e vir, o direito de reunião, quiçá até mesmo o direito a religião; com as igrejas fechadas e o impedimento de se realizar cultos.

5.1 Do direito à vida e o direito de ir e vir

Com os decretos estaduais restringindo a livre circulação das pessoas, alguns profissionais do Direito, ou até mesmo pessoas de outras áreas, passaram a questionar se essas medidas não lesavam o direito fundamental, previsto no inciso XV do artigo 5º da Constituição da República que diz: “é livre a locomoção no

território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Pois bem, no caput do já mencionado artigo 5º da constituição federal é assegurada a “**inviolabilidade do direito à vida**”. É de conhecimento de todos que aglomerações de pessoas pode facilitar a disseminação do vírus, fato comprovado pelo cientistas e infectologistas -os profissionais capacitados para isso- e também que a medida mais eficaz de combate é o isolamento social, só assim segurando a curva de contaminações e evitando as saturações dos sistemas de saúde, público e privado.

A partir do exposto, fica de fácil concepção uma colisão de direitos fundamentais: em uma ponta o direito à vida e na outra o direito de ir e vir. Como já supracitado, é necessário analisar o caso e ver qual direito deve prevalecer em detrimento do outro, há tempos a doutrina e a jurisprudência adota a teoria da ponderação dos princípios de Robert Alexy

Nessa colisão supracitada, será necessário limitar o direito de ir e vir das pessoas, para impedir que várias outras morram. Diante dessa cruel realidade, me parece claro e coerente uma ponderação desses direitos no sentido de suspensão **temporária** da plena livre circulação das pessoas, a fim de assegurar o direito à vida de outros cidadãos. Seguindo esse mesmo raciocínio, Ricardo Rusell Brandão Cavalcanti conclui:

Após refletir sobre o tema, defendo por constitucional os decretos estaduais limitando temporariamente a liberdade de ir e vir das pessoas enquanto assim for necessário para preservar a vida das pessoas. (CAVALCANTI, 2020, p.2).

Por fim, a ponderação acima exposta, é a mais dotada de razoabilidade e coerência, visto que, não faria sentido, seria algo irracional, colocar o bem de livre locomoção acima do bem jurídico importantíssimo que é a vida, não se nega a importância da liberdade de ir e vir, mas é provável que seja melhor ficar temporariamente sem o direito de livre locomoção do que de forma definitiva ficar sem vida.

5.2 Da liberdade religiosa

Com o crescimento da curva de contaminação e o aumento do número de mortes, alguns chefes do executivo, em âmbito estadual e municipal, tornaram mais duras algumas medidas que visavam evitar aglomerações. E o ministério público ajuizou ações civis buscando impedir eventos e reuniões em templos religiosos durante o aumento de vítimas fatais da covid-19.

Essas ações geraram críticas de várias entidades e até mesmo do atual presidente da república, Jair Messias Bolsonaro, que argumentou que as igrejas são o “último refúgio das pessoas” e trata-se de garantia constitucional, e mais, no Diário Oficial da União de 26 de março Bolsonaro decretou que as atividades religiosas deviam compor o rol de itens essenciais durante a pandemia.

A jurisprudência que surgiu frente a essas tentativas de tornar o direito a liberdade religiosa absoluto, foi na linha de que nenhum direito fundamental individual é absoluto, devendo buscar-se a harmonia do ordenamento e prevalência da saúde pública.

Também nesse sentido, Geovane Couto da Silveira destaca a importância de poder restringir esses direitos, mas enfatiza a necessidade de respeitar alguns critérios para tal restrição:

O primeiro deles é a temporalidade, tendo em vista que as decisões devem delimitar o período temporal pelo qual a restrição será adotada, sendo ilegal o estabelecimento de medidas que não disponham o tempo máximo de vigência.

O segundo requisito é a generalidade. Sobre ele, deve-se destacar que aqui reside a principal crítica em face das ações ajuizadas pelo Ministério Público em São Paulo e no Rio de Janeiro, tendo em vista os processos que buscaram restringir o funcionamento de algumas entidades religiosas em específico. A restrição ao exercício da liberdade religiosa deve ocorrer de maneira geral, em relação a todo e qualquer tipo de evento religioso e não casuisticamente.

Por fim, o terceiro requisito se relaciona com a preservação do núcleo essencial, visto que mesmo diante da possibilidade de restrição ao direito de culto, a restrição ao exercício coletivo da liberdade deve ocorrer de maneira excepcional e preservando o exercício dos outros núcleos da liberdade religiosa, como o direito à liberdade de crença. (SILVEIRA, 2020)

Portanto, partindo da premissa da não solidez absoluta dos direitos fundamentais, é razoável flexionar **temporariamente** a liberdade religiosa a fim de proteger a vida das pessoas, mas não seria medida democrática ou constitucional, se tal restrição fosse com objetivos difusos ao interesse do bem estar público.

6 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais foram conquistas históricas e resultado de lutas por liberdades, devem sempre ser assegurados e respeitados, seja pelos não titulares ou pelo poder estatal. Diante do exposto nesse artigo, evidenciou-se complexas questões envolvendo esses direitos: a necessidade de não serem absolutos, a importância da relatividade destes e as possíveis colisões entre si mesmos.

Frente a relevância desses mecanismos, se torna imprescindível a preservação e harmonização desses direitos em um momento de calamidade, como o enfrentado pelo mundo atualmente, por causa do *coronavírus*. Graças a um ordenamento pluralista, alguns embates de princípios podem ocorrer, devendo o legitimado resolvê-lo levando em consideração as circunstâncias e o interesse público.

A relatividade dos direitos de ir e vir ou do direito de liberdade religiosa, é de extrema relevância para o combate do destrutivo vírus e a preservação do máximo possível de vidas, trata-se de uma ponderação do que é mais importante no momento, sem base em interesse individuais ou vontade de classes.

Portanto, nenhum direito, mesmo que fundamental, é absoluto, trata-se de um pilar para um estado democrático de direito: que todos possam ser limitados; até mesmo o limite que os limitam deve ter limitação. As colisões desses direitos e a necessidade eventual de escolher um que deve ser sobreposto a outro, são complexidades presentes em um ordenamento jurídico pluralista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Princípios formais e aplicação do Direito. Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NETO, Orlando Luiz de Melo. **A Relatividade dos Direito Fundamentais e os Limites a sua Relativização** 07 mar 2014 data de acesso: 05 set. 2020 disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38573/a-relatividade-dos-direito-fundamentais-e-os-limites-a-sua-relativizacao>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAVALCANTI, **A pandemia e a limitação ao direito de ir e vir**, publicado em 04/2020, data de acesso: 08 set. 2020 disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81406/a-pandemia-e-a-limitacao-ao-direito-de-ir-e-vir>

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

Diário Oficial de 16 de março de 2020, data de acesso: 07 set 2020 disponível em: <https://in.gov.br/materia>

GOMES, **Qual a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais?** Data de acesso: 07 set. 2020 disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1477308/qual-a-diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>

HEUSELER, jornal jurídico, **Colisão de direitos fundamentais**. Data de acesso: 09 set. 2020 disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/colisao-de-direitos-fundamentais>

MARTINS, Fempar – fundação escola do ministério público do paraná, **A relatividade dos direitos fundamentais no estado democrático de direito e suas implicações**, data de acesso: 07 set. 2020 disponível em: http://www.femparpr.org.br/monografias/upload_monografias/DANIELE%20DIAS%202MARTINS.pdf

MENDES, Gilmar Ferreira. **Limitações dos direitos fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 373-439.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63.

PINHO Rodrigo César Rabello, saraiva, **Coleção Sinopses Jurídicas 17 - Direito constitucional**, edição 16, 2014

RIBEIRO, **Colisão de Direitos Fundamentais**, jus.com.br, publicado em 07/2018, data de acesso: 08 set. 2020 disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67467/colisao-de-direitos-fundamentais>

SILVEIRA, **A restrição à liberdade religiosa em meio à pandemia do novo coronavírus**, data de acesso: 09 set. 2020 disponível em: <https://geovanecoutodasilveira.jusbrasil.com.br/artigos/827160621/a-restricao-a-liberdade-religiosa-em-meio-a-pandemia-do-novo-coronavirus>

